ISSN 0353-9644

БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година CXXVI • Нова серија • Број 3–4

Београд
2013

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 ЦЕЛЕБЏИЋ**, 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 4000 примерака
Штампа „ЦИЦЕРО Д.О.О”, 11040 Београд, Јована Жујовића 8

ISSN 0353-9644

Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

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

Year CXXVI • New series • Number 3–4

Belgrade

2013

Owner and publisher:
BAR ASSOCIATION OF SERBIA
11000 Beograd, De?anska 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: 4000 copies

Printed by „CICERO D.O.O", Belgrade, Jovana Žujovića 8

САДРЖАЈ

Предговор 9

УВОДНИ РЕФЕРАТИ

Радоња Дубљевић
Владавина права и српско друштво 13

Владимир Миљевић
Адвокатска тајна као темељно и вечно начело професије 30

Недељко Јованчевић
Новине у закону о изменама и допунама Кривичног законика од 2012, 2013 39

ЧЛАНЦИ

Ивана Марковић
Дивергентна схваћања судске праксе и теорије – о „инцест-случају" из Немачке 73

Мирјана Павловић
Одузимање предмета као мера безбедности у кривичном законодавству Републике Србије 93

Ђорђе Сарапа
Подела ствари 104

Бранка Бановић
Утврђивање и оспоравање очинства и материнства – поступак и начини доказивања у патернитетским споровима 128

Драгана Радовановић
Једнака зарада жена и мушкараца за исти рад или рад исте вредности у светлу Закона о раду 141

Љуба Слијепчевић
Трговина људима – накнада штете 156

Игор Живковски, Илија Рилаковић
Мешовити систем поделе власти 169

КОМЕНТАРИ

Војислав Вукчевић
Примедбе на Закон о враћању имовине 181

ПРИКАЗИ

Живојин Шестић
Адвокатска читанка 185

TABLE OF CONTENIS OF BRANIC, vol. 3–4/2013

Introduction 11

INTRODUCTORY REPORTS

Radonja Dubljević
The Rule of Law and Serbian Society 13

Vladimir Miljević
The Lawyer's Secret as a Fundamental and Everlasting Principle of the Profession 30

NedeljkoJovančević
Novelties in the Law on the Amendments of the Criminal Code in 2012, 2013 39

ARTICLES

Ivana Marković
Divergente meinungen von Rechtsprechung und Lehre – über den „Inzest-Fall" aus Deutschland 73

Mirjana Pavlović
Dispossession of Object as Security Measures in the Crimal Legislation of the Republic of Serbia 93

Đorđe Sarapa
Categorisation of Objects 104

Branka Banović
Establishment and Repudiation of Paternity and Maternity – Procedure and Modes of Proof-Giving in Paternal Dis-putes 128

Dragana Radovanović
Equal Pay for Equal Work and Work of Equal Value for Men and Women in the Labour Law 141

Ljuba Slijepčević
Human Trafficking – Compensation 156

Igor Živkovski, Ilija Rilaković
Mixed System of Separation of Powers 169

COMMENTS

Војислав Вукчевић
Objections to the Law on the Restitution of Property 181

REVIEWS

Živojin Šestić
Reader for Lawyers 185

ПРЕДГОВОР

Иако овај Уредник није практиковао да се јавља у часопису кроз тзв. „реч уредника“, јер држи да то и није примерено у научно-стручном часопису, одлучио је да кроз овај „предговор“, износе нека запажања и осврне се на прилоге који се објављују.

У овом двоброју *Бранича* износе се одређени радови као уводни реферати, те научно стручни чланци, у којим се објављују радови који могу побудити пажњу како оних који се баве теоријом тако и оних које се баве праксом. Приказујемо и реферат који се односи на измене и допуне Кривичног законика из 2012. и 2013, држећи да је и то у интересу адвоката. У сваком случају радови досежу неопходан квалитет за објављивање у часопису који се налази на листи часописа за науку.

Разлози за ово кашњење су недостаци радова, посебно квалитетних стручних радова. Посебно је несхватљиво да од толиког броја адвоката нема бар неколико оних који би доставили свој рад ради објављивања. Ово тим више што има и оних колега који учествују и на домаћим и на међународним научно-стручним скуповима, па би имали шта да објаве.

Теме часописа су стално отворене, „законодавна динамика у области кривичног и грађанског права, нови закони, измене и допуне, те „Хашки трибунал“, али недостају радови, недостају стручни радови, расправе и коментари судских или административних одлука, са којима се срећу адвокати у пракси и из других правних области, али и критички однос према раду судова, тужиоца и др. Све су то теме које су актуелне и важне за адвокатски ред. Но, за чуђење је да је адвокатура у томе стала, с ретким и часним изузецима који су ипак својим радовима омогућили да *Бранич* излази као двоброј два пута годишње. Остаје нада да ће се ово стање на боље променити.

Није сасвим јасно зашто руководство АК Србије нигде не спомиње *Бранич*, зашто се није одредио референт који би радио на *Браничу*, и који би помогао и био десна рука уреднику и уређивачком одбору. Можда се неком не свиђа концепција, али у овом часопису концепцију одређује УО АК Србије, и у истом може одредити разне рубрике поред оних које су стално заступљене „чланци и коментари, прикази, осврти и сл“. Велика је штета што не постоји рубрика судске праксе, али ту је потребна велика ангажованост и то више људи.

Нема разлога за то, осим што би то могао бити одраз стања и раскола у адвокатури, на „наше и њихове“, првенствено на подручју Београда. Адвокатура није само *Бранич* занемарила. Занемарила је бројне

фундаменталне дужности. Овај уредник се нигде не позива осим када се нешто слави, што га најмање интересује.

По незваничним информацијама АК Србије, на челу са председником, је одржала велики број разних састанака и семинара у правцу обуке адвоката, али ти референти нису доставили ниједан рад да се види кроз овај часопис, о чему се ради и ко то ради.

Кроз интензивну активност у АК, један мандат од четири године као председник дисциплинског суда и скоро дванаест година као Главни и одговорни уредник часописа *Бранич*, који је кроз овај период вратио свој стари углед, и од информативног постао часопис на листи часописа за науку – овај уредник имао је прилике видети како се ради у комори и како функционише. Последње три-четири године адвокатура се не види, не препознаје се њен ехо, и нема става о било којем друштвено релевантном питању.

Адвокатура је зрела за реформу, ово је моје запажање! Што пре то боље и биће мања штета за адвокатуру. Први корак би могао бити нови избори на свим нивоима, а уз то измена и допуна Закона о адвокатури и Статута, који у појединим одредбама не одговара савременим кретањима у адвокатури и улози адвокатуре у друштву.

На крају, позивамо колеге на сарадњу, да достављају радове у што већем броју ради објављивања, да би „Бранич“ могао што редовније излазити.

Главни и одговорни уредник
Проф. др Недељко Јованчевић, адв.

INTRODUCTION

Although it has not been the usual practice of this editor to write in the magazine through the so-called "the editors word" column, since his opinion is that it is not adequate for the scientific-professional magazine, he has decided to present some annotations related to the published materials by this "introduction".

In this double issue of "Branic", there are certain works published as introduction reports, scientific- professional articles where the published works may attract attention of both those who deal with theory and practice. We are presenting the report which relates to the changes and amendments of the Criminal Law of 2012 and 2013, being of the opinion that it is all for the lawyer' benefit. In fact, the works reach the necessary quality for publishing in the magazine which is registered on the list of scientific magazines.

Reasons for this delay are chronic lack of works, especially quality professional works and it is not easy to understand that among the great number of lawyers there are only a very few who can make and give their work for publishing. There are also some who take part in domestic and international conferences and who could have something for publishing.

The magazine themes are permanently open, "legislation dynamics in the field of criminal and civic law, new laws of changes and amendments and "The Hague Tribunal", but professional works, disputes and comments on court or administrative decisions that the lawyers meet with in their practical work from other legal fields, are missing, as well as critical relation towards the court practice, attorneys etc. All these are actual and important themes for the lawyers. But, it is surprising that the advocacy stopped in that field with only a few respectable exceptions who, by their works, made it possible the publishing of this double issue of "Branic" two times a year. There is still hope that the condition will change and that the future editors of "Branic" will have more luck in this complex and responsible work.

It is not quite clear why the management of the Bar Chamber of Serbia "Branic" is never mentioned, or why nobody has been appointed to work for "Branic" which could be of great help to the editor and the editor's board. Somebody might not like the concept, but it is the Administrative Board of the Bar Chamber of Serbia that determines the concept of this magazine, brings decisions on different columns, apart from the regular ones, such as "articles, comments, reviews, overviews and alike" It is a great pity that

there is no column of court practice, great engagement of many people is necessary in that case.

There is no reason for that, except that it could be the reflection of condition and disruption in advocacy to "ours and theirs" primarily on the territory of Belgrade. Advocacy have not neglected only "Branic". It neglected numerous fundamental duties. This editor is never invited except to some celebrations, which interests him the least.

According to the unofficial information the Bar Chamber of Serbia, led by its president, have kept a great number of different meetings and seminars with the aim to educate lawyers, but these participants did not provide any work for this magazine with any information.

Through the intensive activity at the Bar Chamber, one four–year mandate as the president of the discipline court and almost twelve years as the chief editor of the magazine "Branic" which has returned its old reputation transforming from the information to scientific magazine registered on the list of scientific magazines, this editor had the opportunity to see how the chamber functions. Last three – four years, the advocacy is not visible its echo is not recognized and there is no attitude about any socially relevant issue.

Advocacy is ready to be reformed, this is my modest opinion. The sooner, the better and the harm for advocacy shall be smaller. The first step might be new elections on all levels along with the changes and amendments of the Statute which, in some of its provisions does not suit the modern movements.

Chief Editor in Charge
Prof. Nedeljko Jovancevic, Ph.D a Lawyer

УВОДНИ РЕФЕРАТИ

UDK: 342.56(497.11)
347.97/.99(497.11)

Радоња Дубљевић
адвокат из Београда

ВЛАДАВИНА ПРАВА И СРПСКО ДРУШТВО

Реформа система судске власти, која је актуелна у српском друштву, требала је да води друштву владавине права, које би, након праксе социјалистичког политичког система, омогућило заштиту људских права и слобода на већем степену. Међутим, политичку реторику не прате одговарајући резултати у пракси. Напротив, много је показатеља да је српски правни систем урушен. Потребне стручне анализе и истраживања из различитих научних области могу дати одговор где су узроци таквог пада. Овај рад само је осврт на неке од проблема актуелне реформе, настао у жељи да се анимира правничка и друга стручна јавност за тражење излаза из ситуације у којој се нашао правни систем Србије.

I

За мисао водиљу, у вези са овом темом, узели смо ону Албрехтову (Alfred Albrecht) да владавина права мора почивати на основној идеји да се сме владати само за опште добро и уверењу да не постоје само од државе створени нормативни принципи заједничког живота, већ да има нормативних принципа који претходе држави и који се могу наћи у идеји о праведности.

Учењима о природном праву, друштвеном уговору, подели власти, људским слободама и правима, праву као *ratio*, а не *voluntas* или *might*, настале су модерне концепције о правној држави, одн. владавини права. Модерне концепције о владавини права полазе од одређеног система

вредности на којима треба да почива и којима треба да тежи држава као уређена правна целина. Идеја о правној држави мењала је значење од државе као уређене правне структуре, која се јавила као антипод полицијској држави (*Rechtsstaat*), до државе која почива на вредносном систему људских права и слобода, а друштвене установе испуњава идејама правде и правичности (*rule of law*). Немачки појам правне државе (*Rechtsstaat*) и енглески појам владавине права (*rule of law*) садржински су се приближавали и удаљавали. Правна држава може постојати и у деспотији, тврди Келзен, јер и у деспотији владају закони, али правна држава, или владавина права у смислу владавине умних закона, чији је корен у природном праву, може постојати само у демократији. Зато је појам правне државе, како га виде правни позитивисти, ужи од појма државе владавине права, како га виде присталице идеје природног, одн. умног права. Русо је, наводи Е. Блох, довршио филозофију класичног природног права, јер његова *volunte generale* није ништа друго него стално истицање начела природног права. Из начела заштите индивидуалне слободе настао је друштвени уговор за заштиту те слободе, који се, опет, ради њене заштите може и отказати.

Нојман наводи да немачки појам *Rechtsstaat* и енглески *rule of law* немају додирних тачака, јер се за немачку творевину може рећи да је само правна форма посредством које свака држава, без обзира на политичку структуру, мора испољити своју вољу. Енглеска теорија превазилази позитивистичко поимање правне државе, које се састојало у интерпретацији позитивних закона и окреће се процесу доношења закона, који треба да буду резултат друштвене дебате и парламентарне расправе, одн. резултат разума.

Енглески појам владавине прва (*rule of law*) пошао је од вредносних критеријума које закони треба да узму за свој циљ, што је довело до захтева да закон није само оно што јест, већ и оно што треба да буде. Зато је владавина права владавина праведних закона (у њиховом позитивноправном смислу), али и владавина онога што закони треба да буду (у њиховом природно-правном смислу), како би се остварила правда као захтев права.

Владавина права полази, што је важно нагласити, од примата правног разлога (*ratio juris*) над државним (*ratio status*) и саму државу ставља под правни ред. Владавина права као таква може постојати само у политичком поретку демократије, који за своју средишњу вредност узима људска права и слободе, а то су оне вредности које би држава, која има у виду једино *rasion d etat,* могла да доведе у питање.

За Ролса владавина права укључује принципе: 1. да закон може захтевати само понашање које је могуће; 2. да слични случајеви морају бити третирани слично; 3. да закони морају бити познати и јасни; 3. да је афирмисана идеја примене природног права.

Наведени принципи наводе на закључак да закон није само оно што је односни поредак прогласио за закон, тј. донео на одговарајући начин. Владавина права (*rule of law*) зато није владавина датих, позитивних закона (*rule of the law*), већ владавина умних, најбољих закона. Кад не би било тако и тоталитарна власт би имала право да своје законе прогласи легитимним и прибави им ваљаност кроз чињеницу да су донети у потребној форми и да се примењују. Зато се у односу позитивног и природног права, ово друго јавља као мерило ваљаности првог.

Владавина права је, као што видимо, систем вредности на којима почива и према којима тежи модерно, уређено друштво. Да ли је српско друштво на том путу!? Ово питање намеће се не само ради циљева које је Србија поставила у тежњи према ЕУ, него и оних који се тичу њеног идентитета као друштва дораслог да баштини најбоље цивилизацијске вредности.

II

Србија нема изграђене основне претпоставке за изградњу друштва које почива на идеји владавине права. Србија нема слободан Устав. Слободан устав је доказ да је односно друштво изашло из предполитичког и предграђанског стања и да је уозбиљено идејама Слободе и Правде. Њен устав није гаранција слободе, већ акт власти ради политичке сврсисходности, који је донет у циљу решавања политичких питања, чак и оних из домена дневне политике или политичке пропаганде. Устав није прошао било какву јавну дебату, одн. пре његовог доношења о тексту устава није се изјаснила лаичка и стручна јавност. Уставом се ограничава власт као таква и штити индивидуална слобода. Устав Србије је понајмање акт конституисања слободног цивилног друштва и демократског уређења државе. Питања као што су лествица зајемчених људских права, начин њихове заштите, организација и подела власти, однос унутрашњег и међународног права, степен децентрализације друштва, нису била предмет интересовања јавности, нити су била предмет било каквих стручних сучељавања и спорења. Не верујемо да ова питања за јавност нису интересантна. Али у Србији, приликом доношења њеног посљедњег Устава, јавност није имала ту привилегију да утиче на концепт највишег закона земље. Тако су одлучиле политичке структуре руковођене потребом по-

литичких кохабитација, док им је „косовски проблем" послужио као изговор. Политичке елите, да их тако назовемо, уосталом, потпуно су се отуђиле, тако да је грађанин са својим правима њихов обични поданик, одн. категорија без посебног значења. Устав, који је донет на такав начин крњег је легитимитета.

Устав Србије не афирмише индивидуализам као полазну вредност друштва, децентрализацију као модел преношења власти, аутономију, без обзора да ли је заснована на етничком, религиозном, културном или ком другом разлогу, као суштинску вредност, мултикултурализам и мултиконфенсионалност као захтев за прихватањем Другог. Устав Србије не афирмише идеју превазилажења историјских неспоразума унутар српског народа, не указује на основне национална стремљења, не отвара Србију према суседима. Устав Србије одражава племенску и народњачку свест, бирократизам и политичку ароганцију. Више је акт који у идеју грађанина и његових права уноси низ импликација, него што их уозбиљује идејом слободе.

Актуелна реформа система судске власти, једна је од тема којом је заокупљено српско друштво и која би требало да води владавини права. На такав нас закључак упућује политичка реторика. У пракси је више доказа за супротан закључак – било каква правна сигурност и владавина права, чак и степен који је наслеђен из социјалистичког периода доведени су у питање. Проблем независности судске власти у односу на остале две гране власти, законодавну и извршну, заузима значајно место у реформском процесу. Закон о високом савету судства и Закон о судијама, оба из 2008, донети су да би се уредила судска власт и обезбедила њена аутономност и независност и превладао наслеђени концепт јединства три власти, којим је била прожета идеја социјалистичке законитости. Да ли је независност судске власти у односу на остале две гране власти остварена, одн. да ли је утицај моћних друштвених група на судску власт, тј. вршење њене функције, избор судија и сл. отклоњен, или су управо ове групе допринеле евидентном паду српског правног система. Далеко смо од тога да је судска власт стављена под контролу јавности и да је створен такав систем да се она саморепродукује, одн. да остале гране власти или моћне друштвене групе немају утицај на тај процес. Довољно је погледати одредбу чл. 5 Закона о високом савету судства да би се извео прост закључак да то није тако и да смо далеко од постављеног идеала из чл. 3, ст. 1 Закона о уређењу судова, који афирмише идеју независности судске власти. Законодавна власт, која извире из опште воље, чијим је мандатом и ограничена, не може одлучивати о избору носилаца судијских функција, јер нема изворнији легитимитет

од судске. Судска власт је, за разлику од законодавне или извршне, стална и не може бити ограничена за дио власти коју би приграбиле законодавна и извршна власт. Али, члан 5 Закона о високом савету судства имплицира проблем те независности, јер Народна скупштина бира чланове тела које, у даљем поступку, треба да бира судије као носиоце судијске функције. Додатне резерве у овај проблем уносе одредбе о избору судија и полагању судијске заклетве предвиђене Законом о судијама (в. нпр. чланове 10, 51, 52 и 53).

Доношењем Закона о уређењу судова и Закона о седиштима и подручјима судова, оба из 2008, започета је реформа судске власти са аспекта њене организације. Учињене су знатне промене у погледу врсте судова, њиховог положаја, надлежности, седишта и подручја на којима своју надлежност врше. Основани су апелациони судови, као нови у систему судске власти, са седиштима у Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу, затим је основан Управни суд Србије, док су прекршајни органи прерасли у прекршајне судове. Новине су настале и у погледу стварне надлежности судова. Али, најспорније питање тиче се подручја на којима судови врше своју надлежност. Ради се о тзв. мрежи судова, којој су стављени оправдани приговори, јер се одмах показало да су решења нерационална и економски неоправдана; места и градови, који су имали судове, остали су без дела своје традиције, јер су судови претворени у судске јединице. Поред тога, судије су постале путујућа друштва, чиновници затрпани великим бројем предмета, са захтевом да испуне норму, која није адекватан начин утицаја на ажурност у раду судија, уместо да се креативним решењима подигао њихов лични дигнитет и дигнитет судијске професије, као традиционално угледне и престижне. А управо у мањим местима, где се та димензија престижа и угледа боље види, направљене су судске јединице да све обесмисле. Посебан проблем са усвојеном судском мрежом имао је Београд, где је од некадашњих пет општинских судова направљен само један. На челу српских судова су вршиоци функције, у дужем периоду, што потврђује менталну димензију српског друштва – владати на покорности, ударити на достојанство, сузбити иницијативу, све у складу са оном народном „да се зна ко је газда".

На помолу је нова „мрежа судова", која настале проблеме само донекле поправља и ублажава. Међутим, власт није имала снаге да ранија решења у погледу организације судова, када су у питању подручја на којима врше надлежност, врати у потпуности, уз одређене корекције, а да нова решења у вези са врстом судова и стварном надлежношћу остану као де реформе, који не трпи неке озбиљне приговоре.

Да ли је било места да се један број судија разреши функције због лошег рада, недостојности и ког другог разлога? Реформа система судске власти пала је на овом важном и осетљивом питању. Вероватно да је таквих разлога било, али то се није смело чинити у поступку без тих разлога, јер су таквим поступком остале незаштићене часне судије, које су се могле наћи у погрешном друштву. И онда је настао хаос. Уследиле су жалбе, притужбе, спорови, све док нова власт није ставила тачку и вратила отпуштене судије на посао. А онда је и та власт, случајно или намерно, направила нову грешку – остало је не испитано да ли су отпуштене судије биле оправдано опуштене или не. Држава ће платити штету које су претрпеле отпуштене судије, без одговора на то претходно питање, јер се тим „разлозима" нису бавиле ни претходна ни садашња власт.

О слободним законима као битном сегменту реформе система судске власти и друштва уопште мало се говори. Закони, а не осећај, страст, неки други мотив или стандард, омогућавају да се појединачни и општи интереси и конфликти разреше у духу правде. Закони су најпоузданији критеријум да ли је односно друштво поредак слободе. Слободни закони не могу бити одраз уских интереса, посебних мотива и жеља појединаца или друштвених група, већ диктат разума и одраз слободе. А никако одраз моћи оних који врше власт. Управо је њихова улога да ту моћ обуздају, како би се остварила слобода за све, а власт и сама нашла под њиховим ударом. У томе је смисао закона као безличне, опште и непристрасне норме.

Какве је законе Србија добила у претходном периоду!?

Кривично законодавство, на пример, постало је пренормиран систем, који се често мења, чак и у концептуалном смислу, што је био случај са кривичним процесним правом. Ради се о неусклађеном и стручно неуредном законодавству, како са идејне тако и са његове техничке стране. Законодавству у које је стрпано све и свашта, што је довело до правне и стручне несигурности. Таквим приступом доведена је у питање престижна српска правна традиција, која је изнедрила великане правне мисли, оне на линији светског угледа, као и врхунске правне практичаре, иза чијег је рада остала богата теоријска анализа и не мање важна судска пракса. Судски систем додатно је урушен формирањем тзв. специјалног суда, који је одлика тоталитаризма, а не демократије коју смо очекивали као излаз. И тај концепт организације судске власти и даље је на снази – посебан, одн. специјални систем прогона за кривична дела организованог криминала и ратних злочина. Присутна је тенденција ширења овог система уместо његовог одумирања и враћања

прогона у редован кривични поступак. Присутна је и тзв. субјективизација кривичног права уношењем кривице (бипартитни систем) у појам кривичног дела (чл. 14 ст. 1. КЗ) и уношењем намере у бића великог броја кривичних дела из КЗ, што код одређених кривичних дела, посебно оних која за заштитни објект имају привреду, или уставни поредак, отвара додатне могућности за кривични прогон. Тиме је кривично законодавство, у доброј мери, постало политичко средство којим се усмерава друштвена стварност. Потребна је детаљна анализа откуда потичу и куда воде такве тенденције. Кривични закони говоре да ли је држава правна, или само идеолошка, партијска, или полицијска творевина. Они у ствари потврђују каква је општа и политичка култура односног друштва. Најбитније су средство слободе и ограничавања моћи државе.

Кривични поступак претрпео је потпуне измене. Доношењем Законика о кривичном поступку, из 2011, уведен је тзв. акузаторски поступак из англо-саксонске традиције. Зашто је напуштена традиција кривичног поступка из континенталног права, коју смо баштинили више од једног века? Начело истине није више основно обележје кривичног поступка. Истина није примарни циљ поступка и подређена је начелу равноправности странака, тако да ће поступак за резултат имати формалну истину. Ако имамо у виду да су странке само формално равноправне, јер иза тужиоца као странке стоји државни апарат, а иза окривљеног само његов бранилац, онда се и концепт формалне истине доводи у питање. Како се може говорити о равноправности странака када једна од њих /окривљени/ мора, у истрази као фази поступка, бити испитана од друге /тужилац/. Тако смо од суда и његове доминантне улоге у кривичном поступку, посебно због начела истине и улоге у доказном поступку, која је део наше традиције, стигли до решења да је суд сведен на посматрача и контролора поступка, јер на пример, по чл. 15 ст. 3 новог Законика, суд изводи доказе на предлог странака, а само „изузетно" може их сам одредити. Мере тајног надзора, којима одишу кривични процесни закони, прописане су без жеље за потребним степеном селективности. Могу се одредити за кривична дела побројана у чл. 162 Законика, међу којима су, на пример, и кривична дела „позивање на насилну промену уставног уређења", из чл. 309 КЗ и „припремање дела против уставног уређења и безбедности Србије", из чл. 320 КЗ. Ако имамо у виду да је као облик извршења кривичног дела из чл. 320 КЗ предвиђено и само „договарање", онда се на кривичну одговорност могу позвати сви они који се „са постојећим стањем" не слажу – мислећи људи, позвани да промишљају друштвене токове, који су променљиви, а никако коначни, да би се штитили мерама кривичног права. Тако под тајни надзор могу потпасти и

они који су се „договарали", а у ствари само разговарали о политичким темама и новим границама слободе. Два песника, на пример, у боемском маниру. Неселективно су уведена савремена техничка средства у откривању кривичних дела. Поставља се питање да ли су симуловани послови из чл. 174 новог Законика на етичкој равни. У судницама, украшеним непримереним плакетама, пред микрофонима и камерама, где се снима и битно и небитно, воде се скоро виртуелни судски процеси. Поступак више нико не може да прати, јер записнике и другу грађу, у предметима са хиљадама страница, више нико не може да чита. Улога браниоца сведена је на улогу посматрача. Незнатна је улога јавности у контроли судских процеса. У једном периоду важило је и кривично дело *„Недозвољено јавно коментарисање судских поступака",* из члан 336а КЗ, али је, у међувремену и срећом, укинуто. Под изговором заштите претпоставке невиности и очувања непристрасности суда, тим кривичним делом штитила се судска власт од било какве критике и јавне контроле, што потврђује и сам назив кривичног дела. Судска власт не сме остати недодирљива и ван јавне контроле. Најпре из разлога што је у питању власт, која је, макар била и судска, подложна кварењу. Нема простора ни за какву илузију, па је ова брисана одредба била велика срамота српског законодавства. На срећу, кратко је важила и није оставила трагове у пракси.

Грађански поступак заслужује посебну пажњу. Српско друштво више није заинтересовано за истину. То потврђује и концепт Закона о парничном поступку, из 2011, којим је, у чл. 7 ст. 2, прописано да ће суд размотрити само чињенице и доказе које су странке предложиле. Начело из чл. 2, ст. 1, које гласи: *„Странке имају право на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права",* доведено је у питање у даљој разради законских решења. Тако, на пример, прокламовано начело једнакости поништено је одредбом чл. 193 ЗПП-а којим је Република Србија привилегована као странка, јер се тужба против ње може поднети тек након неуспелог мирног решења спора, одн. протека прописаног рока. Начело једнакости странака, као и правило *audiatur et altera pars,* доведени су у питање одредбом чл. 294 Закона, којом је суду дато овлашћење да у фази поступка, која се зове *Претходно испитивање тужбе*, може донети решење којим се тужба одбацује, ако суд утврди да постоји који од разлога из тачке 1. до 7. овог члана. Колико је оваква одредба опасна, јер оставља простор за злоупотребе и судску арбитрерност, најбоље се види из тачке 7. овог члана, по којој је таква могућност дата суду ако утврди да *„је тужба неразумљива или непотпуна*". Суд је у прилици да примени, као што се види, једну широку и дифузну одредбу, под коју се може подвести шта

се хоће, без претходног изјашњења странка у поступку, или остављања додатног рока заинтересованој странци. Поред тога, несхватљиво је да Закон прави разлику између странке која је неука и оне коју заступа пуномоћник, одн адвокат, па да у чл. 101 пропише да се у првом случају странци мора оставити рок од 8 дана за уређење поднеска. Које је мерило законодавац узео за прављење ове разлике можемо претпоставити, али је проблем у томе што су оваквим прописивањем погажени виши правни стандарди и начела. Потребом за таквим нормирањем разоткрива се степен друштвене патологије која је довела до оваквих законских решења. Као и оног из чл. 311 ст. 2 ЗПП-а да се тужба сматра повученом ако са рочишта са главну расправу изостану тужилац и тужени, где последица изостанка, у ствари, погађа само тужиоца. Мировање поступка је правна тековина грађанског права, она није случајан институт, јер је живот много сложенији од „грешке" због које нисте дошли на рочиште и која вас може скупо коштати, јер је нисте могли предвидети, као у случају када сте у свом роковнику, због интелектуалне расејаности или ког другог нејасног разлога, након исцрпљујуће расправе, на пример, датум следећег рочишта погрешно уписали за цео месец касније. И шта вас у таквом случају може оправдати!

И други закони које примењују судска и државна власт заслужују озбиљне критике. Типичан је Закон о планирању и изградњи, који је мењан више пута. Свака је политичка структура, доласком на власт, замишљала, или је само обећавала, да ће решити легализацију бесправно саграђених објеката, као болно питање српског друштва, које се овим законима посебно третирало. Донети су и неки посебни закони у циљу решавања легализације, као, на пример, Закон о посебним условима за упис права својине на објектима без грађевинске дозволе, из 2013, као последњи у низу, који је постојећој збрци у овој области придодао нова места. Оштећени су сви, како грађани који су поштовали прописе приликом изградње објеката, тако и они који то нису чинили, јер им донети закони не обезбеђују сигурност да ће прописана права бити остварена.

Нова судска пракса скоро да не постоји. Она судска пракса која је наслеђена из социјалистичког периода, по многу чему је превазиђена.

Право на правду формално је прокламовано, али га, у грађанским и другим гранама права, може остварити ко има новац да плати високе судске и друге таксе, које су изгубиле своје почетно значење и судове и друге државне органе претвориле у квази профитне установе. Судови и други државни органи превисоке таксе наплаћују унапред, методом уцене странака и сл. У једном упозорењу државног органа у вези са обавезом плаћања таксе стоји и следећа нота: „*Међутим, ако не платите*

таксу у остављеном року, наплата таксе и опомене врши се пре уручења решења или друге исправе".

Какве би законе Србија морала да има!

Владавина права не представља владавину било каквих позитивних закона, независно од њихове стварне садржине, већ владавину онога што закони треба да буду, ако за свој циљ имају одређене вредности. Законодавац при доношењу закона, наводи Платон, мора имати на уму три ствари – како ће држава у којој се закони доносе бити слободна, јединствена и поседовати умност. За Спинозу је најслободнија она држава чији се закони заснивају на здравом разуму. Монтескије је у идеји поделе власти видио могућност за доношење праведних закона. Н. Бобио је нагласио да владавина закона слави своју победу у демократији, јер демократија као поредак слободе омогућава да се донесу умни закони.

Умни закони треба да омогуће идеју праведности. Та идеја подразумева да су закони по својој форми општи и одређени, а по својој суштини испуњени вредносним садржајем. Ово су атрибути позитивних закона. Природно право је основ њихове рационализације и мерило њихове ваљаности, као одраз захтева да закон није само оно што јест, већ и оно што треба да буде, како би се остварили „правда" и „правичност" као идеали права.

Општост је карактеристика позитивних закона. Платон је пошао од ове одлике закона, па је своју „прву најбољу владавину" – владавину људи, заменио „другом најбољом владавином" – владавином општих и непристрасних закона. А Русо је нагласио да „закон посматра поданика као једну целину, а радње узима апстрактно, никад не гледа човека као појединца, нити радњу као појединачну, конкретну радњу".

Позитивни закони морају бити одређени. Одређеност је својство доброг закона и израз техничке стране права. Некад је владало мишљење да ће принцип легалитета бити водиља законодавцу да донесе законе које ће сваки човек обдарен здравим разумом тумачити само онако како су написани, пошто ће *ратио легис*, јасно и недвосмислено, проистицати из самих речи закона. Али речи не могу бити прецизне као бројеви. Начело законитости подразумева да закони не смеју имати тзв. бланкетне норме и неодређене, безобалне појмове, који се у практичној примени могу извртути и подредити овим или оним интересима. Закони морају бити одређени да би се успоставила граница између права и неправа. А то је оно поље слободе које појединцу остаје на располагању, означено као неприкосновено и неповредиво.

Управо се у ауторитарном поретку, наводи Нојман, проширује значење општих клаузула, које постају средство за довођење позитивног

права у сагласност са захтевима владајућег друштвеног слоја, што се десило у случају нацистичке Немачке. Опште клаузуле омогућавају да се владајући назори пробију и тамо где им позитивно право противуречи.

Да ли су српски закони, они који су донети последњих година, у време тзв. реформе система судске власти, одређени! Ако, на пример, погледамо наше кривично законодавство није тешко закључити да га карактерише неодређеност бића великог броја кривичних дела. За доказ можемо узети *Кривична дела против привреде*, из главе XX, као што су кривично дело *пореска утаја,* из чл. 229, које је, у ст. 1, неодређено употребом појма „на други начин", кривично дело *злоупотреба у вези са јавном набавком,* из чл. 234а, које је, у ст. 1, неодређено употребом појма „друге противправне радње", кривично дело *проузроковање стечаја,* из чл. 235, које је, у ст. 1, неодређено употребом појма „или другим радњама које нису у складу са савесним пословањем", кривично дело *оштећење повериоца,* из чл. 237, које је, у ст. 1, неодређено употребом појма „или на други начин", кривично дело злоупотреба овлашћења у привреди, из чл. 238, које је, у ст. 1, тачка 4, неодређено употребом појма „на други начин". Поред тога, у бића већине кривичних дела из ове групе унета је намера као субјективна категорија. Намера је, као што је већ речено, одраз субјективизације кривичног права и помоћно средство да се кривично право доведе у везу са захтевима који су изван права и правде. Када се кривично дело не препознаје преко његових објективних елемената, тј његове радње и последице, која се састоји у промени у спољњем свету, онда се оно приписује учиниоцу путем намере, која се извлачи из његовог ранијег понашања, сукоба са влашћу, политичких и идеолошких уверења и сл. У тоталитарним друштвима такве тенденције имале су за резултат напуштање принципа законитости у кривичном праву, са образложењем да правда има корен у „народном духу", „идеалу револуције" и сл. Кривично дело није се препознавало, нити утврђивало преко његових објективних вредности, већ преко личности учиниоца. Довољно је било да власт некога обележи као непожељног или као непријатеља и да му преко субјективних елемената у бићу кривичног дела подметне намеру, некад и непријатељску.

Кривични закони морају достићи одређене стандарде ако односно друштво хоће да буде поредак слободе. За кривичну одговорност морају бити од значаја објективне чињенице, које се препознају преко промена у стварности, а не било каквих субјективних пројекција, које кривично право претварају у инструмент прогона. Описом бића кривичних дела треба успоставити механизам правних гаранција од самовоље и арби-

трерности. Нејасне, дифузне и широке одредбе остављају простор да се у пракси примене у складу са интересима посебних група, њихових привремених, себичних и тренутних жеља и страсти.

Позитивни закони морају одговорити и одређеној садржини. Ово питање треба сагледати у контексту вредности којима једно друштво треба да тежи, у чијем се средишту мора наћи систем људских права и слобода. Просвећени народи свој вредносни систем засновали су на људским правима. Почев од Француске револуције, која је људска права прогласила за „света", преко концепта људских права у систему УН, након што се цивилизовани свет суочио са последицама II светског рата, прописани су стандарди њихове заштите, доношењем бројних докумената о људским правима у форми резолуција, декларација, конвенција.

Од закона се захтева да осигурају вредности као што су слободе и права човека, тј. успоставе границе између слободе и неслободе. Закони морају да испуне одређена својства. Теорија законитости као владавине права, развијена код енглеских конституционалиста, подигла је законитост на ниво хуманистичког принципа и испунила га је слободом као вредносном категоријом. Тиме је превладано значење појма законитости у смислу хијерархије правних аката и њихове међусобне сагласности (формална законитост), одн. сагласности предузетих радњи од стране државних органа са општим правним актима (материјална законитост). По таквом схватању законитости није довољно да закон испуњава форму закона, одн. да је донет од стране легалне власти и проглашен за закон у одговарајућој процедури, већ је акт који за циљ има одређене вредности, као што су људска права, у чије име ограничава моћ оних који владају и штити слободу.

Какви су српски закони у погледу овог питања. Ако, опет, погледамо кривично законодавство, од кога највише зависи слобода, може се закључити да оно штити и неке променљиве вредности које слободи морају бити подређене. Спорна су кривична дела „напад на уставно уређење", из чл. 308 КЗ, „позивање на насилну промену уставног уређења", из чл. 309 КЗ, „удруживање ради противуставне делатности", из чл. 319 КЗ и „припремање кривичних дела против уставног уређења и безбедности Србије", из чл. 320 КЗ. Заштита „уставног уређења" спорна је због тога што је слобода мишљења заинтересована управо за друштвена питања. Највише заточеника савести било је због ове занимљиве и „опасне" теме. Друштвени односи нису коначно уређени. Када би ову за људски дух занимљиву, а самим тим променљиву и пролазну вредност, штитили мерама кривичног права, негирали би право на отпор и побуну против власти која је узурпирала природна права човека. Да није права на отпор

и побуну прича о људским правима била би празна. Другим речима, одредбе о заштити уставног поретка могли би искористити узурпатори демократских слобода против оних који би желели да поново успоставе демократију као политички поредак слободе. И када штити добра државе која се јављају као објективне и мерљиве вредности (становништво, територија, материјална добра) кривични закони морају имати снажне формалне гаранције, да се појединцу од стране власти не би подметнула злоупотреба слободе. Кривични законик ни на овом месту није прецизан. Остали су, на пример, правно неодређени појмови „безбедност" и „сила", тако да под ове термине свако може стрпати шта жели. Одређени облици манифестовања силе у политичкој борби ствар су достигнутих слобода и права, па је остало неодређено када се држава може позвати на безбедност, одн. када се насиље јавља као директан наставак одређеног политичког мишљења. Кривични законик ниједном својом одредбом не доприноси правилном разрешењу тзв. парадокса толеранције. Напротив, инкриминацијом припремних радњи у чл. 320 КЗ, а једна од њих је „договарање", створене су додатне могућности да се појединцу подметне злоупотреба слободе.

Заштита државе нужна је како због чињенице да држава као уређена правна целина треба да ужива правну заштиту, тако и због њене улоге у заштити људских права. Међутим, проблем је где су границе те заштите? Кривични законик може постати инструмент слободе тек када на плану деликта против државе осигура природна права човека, међу њима и слободу мишљења, а под одређеним условима осигура и заштиту државе, у смислу њеног опстанака. Кривични законик Србије није, нажалост, репрезентативан на овом питању. А достигнути стандарди владавине права сагледавају се управо кроз систем вредности које кривично законодавство има за свој циљ.

III

Српско друштво мора веровати у идеју владавине права. И тежити њеном остварењу. Мора се направити суштински, а не само формални, дисконтинуитет са наслеђеним вредностима социјалистичког политичко-правног система. Комунисти су легитимитет своје владавине извлачили из социјалистичке револуције, а свој идеолошки свет градили и бранили преко правног начела револуционарне законитости и тако усмеравали и контролисали друштвену стварност. Србији је потребно ново начело. Оно је у вредносном систему људских права. Легитимитет сваке власти мора се ценити у односу на стандарде прописаности и за-

штите људских права у пракси. Србија мора постати отворено, слободно, цивилно друштво, ослобођено стега митова, трибализма, вишка епике, колективних лутања и заблуда. Србија мора пронаћи индивидуално начело.

Велику улогу на путу изградње слободног и отвореног друштва има судска власт. Судска власт мора бити тако реформисана да својим значењем и деловањем тежи идеалу Правде, као сопственој врлини. Судска власт биће на том путу, ако остане независна у односу на законодавну и извршну власт, а под контролом јавности. Судска власт ће на таквим претпоставкама бити способна да у тежњи према правди примењује, поред позитивних закона, систем природног права. И да верује да је у питању вредност која је одраз људске суштине и као таква непролазна, за разлику од људских, позитивних закона, који, ма колико били праведни, носе у себи макар дио моћи оних који врше власт, који су их донели и одредили им важност. Непролазна вредност природног права садржана је у чињеници да је старије од државе (Цицерон), да не наређује, већ учи шта треба чинити (Лок), и да указује на морални квалитет одређене делатности (Гроцијус), па се као такво, у посебним случајевима, мора узети као коректив позитивног. Оно је то право које узима лик „умног права".

По Хобсу природни закони не морају бити објављени, а садржани су у изреци – „Не чини другима што сматраш неразумним да други теби чини". Стога, „судија треба да пође од претпоставке да је намера законодавчева правичност и да у случајевима кад реч закона не овлашћује потпуно на доношење разумне пресуде, да закон допуни природним правом". „Праведно" се, увек, не састоји у законитом, осим у случајевима када се „праведност" и „законитост" случајно поклапају, па је, по Аристотелу, потребан додатни захтев који се састоји „у начину на који се законитост спроводи", односно у „правичном", које се мора јавити као корекција позитивног закона.

Воља законодавца није једини извор праведности. Због тога се не сме узети, како сматрају правни позитивисти, да је сваки важећи закон, чија се примена обезбеђује државном принудом (*might is right*), правичан по себи, јер је, наводно, донет од стране легалне власти и у одговарајућој процедури. Мора се, у ствари, поставити сасвим друго питање, оно које се тиче вредности и практичне остварљивости циљева које закони носе, јер се, као што је речено, законито и праведно увек не поклапају.. Зато је потребно, како тврде присталице идеје природног права, веровати у вредности које постоје независно од формалног регулисања и које су одраз људске суштине и као такве универзалне, да би се у те-

жњи према правди јавиле као мерило исправности позитивних закона, који могу бити израз нечије воље или самовоље.

Радбрух у поимању односа између позитивног и природног права запажа да државу за њено позитивно право везује надпозитивно, природно право и да је право само оно што тежи да буде правда. Радбрух случајеве сукоба позитивног и природног права решава следећом формулом: „сукоб између правде и правне сигурности могао би се решити на тај начин да позитивно право, које обезбеђује пропис и моћ, има предност и онда када је садржински неправедно и несврсисходно, осим у случају када позитивни закон у толико неподношљивој мери противречи правди да закон као неисправно право мора одступити пред правдом".

Идеја владавине права у потпуности је изразила идеју природног права.

Судска власт мора бити реформисана да би дала одлучујући допринос изградњи друштва које тежи владавини права. Судије као носиоци судске власти морају прихватити дух и вредности природног права и филозофију индивидуализма. То не значи да имају право на арбитрерност, јер би то водило самовољи. Потребно је да идеал правде стави испред свих других идеала. То је и смисао престижне друштвене функције коју врше. Веровањем у такве вредности одговориће обавезама које друштво од њих захтева.

Али сав терет посла није на судској власти. Реформу судске власти мора пратити реформа друштва. Без те реформе, реформа судске власти није могућа. Судска власт примењује законе које доноси законодавна власт. А ти закони морају бити слободни и модерни. Што значи да друштво мора изградити претпоставке на којима ће почивати модеран систем судске власти. Оне се састоје у новом културном обрасцу српског друштва, које ће ослобођено од идеолошких и других стега и предрасуда, пронаћи свој нови национални, политички и културни идентитет, у чијем је средишту величанствена зграда људских права.

Литература

Albrecht A., „Правна држава", Гледишта бр. 10–12/1989, Београд, (превела са немачког Нела Милијић)

Аристотел, *Никомахова етика*, „Култура", Београд, 1970. г.

Аристотел, *Политика*, „Култура", Београд, 1970. г.

Barry, B., *The Liberal Theory of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1973

Баста Д., *Право и слобода*, Сремски Карловци – Нови Сад 1994. г.

Баста Л., *Политика у границама права*, Београд, 1994. г.

Баста – Посавец Л., „Правна држава и конституцинална демократија", Анали Правног факултета у Београду бр. 1–2/1993. г.

Bloch E., *Природно право и људско достојанство*, Београд, 1977. г.

Бобио Н., *Будућност демократије – Одбрана правила игре*, „Филип Вишњић", Београд, 1990. г.

Чавошки К., *Револуционарни макијавелизам и други есеји*, „Рад", Београд, 1989

Чавошки К., „Партијска држава и порицање владавине права", у В. Василијевић (ур.), *Правна држава*, зборник радова, Београд, 1991. г.

Чавошки К., *Демократски поредак и слобода*, Филозофске студије 1973. г, Београд

Чавошки К., „Природно право, владавина права и тирански закони", у Д. Баста – Д. Милер (ур), *Правна држава, порекло и будућност једне идеје*, Београд, 1991. г

Dicey A. V., *Introduction to the Study of the law of the Constution*, London, Macmillan co LTD, New York, St. Martins's Press, 1960.

Франк С., „Значење начела законитости у кривичном законику", Зборник Правног факултета у Загребу, 1948. г.

Hayek F. A., *The Constitution of Liberty*, London, Routledge and Kegan Paul, 1976.

Hobbes T., *Левијатан*, књ.I „Градина", Ниш, 1991. г.

Келсен Х., *Општа теорија права и државе*, Београд, 1951. г.

Кервеган J. C., „Хегел и правна држава", Гледишта, бр. 10–12/1989. г.

Клајн J., „Принцип легалитета у кривичном праву", Правосуђе, бр. 8/1938, Београд

Montesquieu S., *Дух закона*, Том I, „Филип Вишњић", Београд, 1989. г.

Матуловић М., „Принцип законитости и људска права", Домети бр. 5/1986, Ријека

Неуманн Ф., *Демократска и ауторитарна држава*, Загреб, 1974. г.

Пановић-Ђурић С., *Начела легалитета и легитимитета у кривичном праву*, Београд, 1995

Платон, *Држава*, „БИГЗ", Београд, 1993. г.

Платон, *Закони*, Београд, 1990. г.

Подунавац М., „Легитимитет", Гледишта, бр. 5–6/1984. г.

Подунавац М., „Политичка правда у демократском друштву", Правни живот 12/1995. г, Београд

Полен Р., „Филозофска анализа појма легитимитета", Гледишта бр. 5–6/1984. г., Београд

Преус У., „Улога правне државе у трансформацији комунистичких друштава", у Д. Баста – Д. Милер (ур) *Правна држава – порекло и будућност једне идеје*, Београд, 1991. г.

Радбрух Г., *Филозофија права*, „Нолит", Београд, 1980. г.

Roussoau J. J., *Друштвени уговор – О пореклу и основима неједнакости међу људима*, „Филип Вишњић", Београд, 1993. г.

Rowls J., A *Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1972.

Спиноза, *Теолошко-политички трактат*, „Култура", 1957. г., Београд

Становчић В., „Легалитет и легитимитет", Идеје бр. 4/1986. г., Београд

Становчић В., „Владавина права и демократске установе", Архив за правне и друштвене науке, бр. 2/1994. г.

Стојановић З., *Границе, могућности и легитимност кривично-правне заштите*, Београд, 1987. г.

Стојановић З., Кривично право у доба кризе, Бранич, бр. 1–2/2011. Београд.

Шарчевић Е., „Злоупотреба једног појма – Правна држава и национал-социјализам", у Д. Баста – Д. Милер (ур) *Правна држава – Порекло и будућност једне идеје*, Београд, 1991. г.

Шарчевић Е., „Појам правне државе", Гледишта, бр. 10–12/1989. г., Београд

Шкулић М. „Критичка анализа новог Законика о кривичном поступку Србије, Бранич, бр. 1–2 и 3–4/2012, Београд

Тркуља Ј., „Реалсоцијализам и правна држава", у Д. Баста – Д. Милер (ур) *Правна држава, Порекло и будућност једне идеје*, Београд, 1991. г.

Voltaire, *Филозофски речник*, Матица српска, Нови Сад, 1973. г.

UDK: 174:347.965

Владимир Миљевић
адвокат из Београда

АДВОКАТСКА ТАЈНА КАО ТЕМЕЉНО И ВЕЧНО НАЧЕЛО ПРОФЕСИЈЕ

Сажетак

Адвокатска тајна је била и остала предмет бројних полемика. Искуства француске револуције, СССР-а, земаља некадашњег источног блока и друга указују да су у историји постојали периоди када је адвокатура деловала без поштовања темељног начела чувања професионалне, адвокатске тајне. Бројни међународни и домаћи акти инсистирају на адвокатској тајни као предуслову за бављење овом професијом. Она не представља у суштини право, већ обавезу за адвоката, јер права која одговарају тој обавези само учвршћују положај адвоката, али у интересу клијента. Адвокатска тајна је општа, апсолутна и временски неограничена. Она је подједнако значајна у свим врстама поступака и правних радњи које адвокати предузимају. Данас се адвокатска тајна опет доводи у питање и релативизује уз изговор да се од ње може одступити када је то у јавном интересу, а разна софистицирана средства тонског снимања и прислушкивања представљају реалну опасност за интиму и приватност личности, па самим тим и за чување адвокатске тајне, чак и у друштвима која себе сматрају демократским.

Кључне речи: адвокатска тајна, адвокатура, адвокат, држава, демократија, приватност

1. Адвокатска тајна и оспоравања

Адвокатска тајна је специфична за однос који повезује адвоката и клијента и није у јавности довољно схваћена као један од неопходних предуслова заштите права грађана у демократском друштву. Њено спомињање код многих изазива неразумевање, негодовање, па и гнев према адвокатској професији, као да се ради о правном добру које користи адвокату, уместо да буде схваћена као тековина демократског друштва у интересу грађана у поступцима пред судом у којима се појављују као

окривљени, оштећени, странке у парничном поступку или у било којој другој процесној улози.

Корени овог неспоразума су дубоки и сежу до саме суштине паланачког духа који је одлично описао Радомир Константиновић у свом делу „Филозофија паланке"[1] написавши да дух паланке „Исповеда религију затворености". У том свету појединац не може да чува као тајну било који податак о себи ако средина процени, оправдано или не, да би то могло да јој шкоди, док су његови углед, част, приватност или други интереси у другом плану. Јасно је да су се многе тоталитарне идеологије у пракси ослањале на паланачки дух већине како би лакше наметнуле своје методе управљања државом. На други начин речено, тоталитарна друштва су била сублимација паланачког духа одевена у рухо идеологије.

Занимљиво је питање из којих разлога у јавности није спорно да лекар и свештеник могу, податак који им је поверио пацијент или верник да чувају као тајну, док се то често оспорава адвокату. Јавност често има представу, додуше сасвим оправдано, да су лекарски и свештенички позив хумани. Међутим, о адвокатима a priori постоји негативно мишљење. Ово без сумње из разлога што у свести многих појединаца, лекар и свештеник пружају помоћ, не шкодећи друштву, док адвокат помажући клијенту, истовремено делује против интереса државе. Против те предрасуде се треба борити и у том смислу ћемо ниже изнети наше ставове.

У модерном друштву које све више карактеришу нуклеарна породица, право сваког појединца на интиму, истицање личних потреба и особина, адвокатска тајна добија на значају.

Значајно је рећи да адвокатска тајна није право које су себи адвокати приграбили да би се на нечастан начин бавили својом професијом. Адвокатску тајну треба искључиво разумети као њихову основну професионалну обавезу. И ако њу прати неко право, оно је само у функцији успешнијег чувања адвокатске тајне, дакле није корелат обавезе као што би то било у уговорном праву.

Закон о адвокатури[2] обавезује адвоката да чува као професионалну тајну све што му је странка поверила или што је сам сазнао у току заступања. Статут Адвокатске коморе Србије[3], повреду дужности чувања адвокатске тајне квалификује као тежу повреду дужности адвоката. Ко-

---

[1] Радомир Константиновић, *Филозофија паланке*, часопис „Трећи програм", Београд, 1969.

[2] *Закон о адвокатури* („Службени гласник РС", 31/2011).

[3] *Статут Адвокатске коморе Србије* („Службени гласник РС"), 85/2011).

декс професионалне етике адвоката[4], детаљније разрађује предмет тајне, њено чување и откривање. Кодекс професионалне етике адвоката Европске уније[5], садржи одредбе о поверљивости и у њему у поглављу о општим начелима стоји, између осталог, и следеће: „За адвоката је битно да му странке поверавају податке које не би рекле другима, а да адвокат прима такве информације на основу односа поверења. Без сигурности о постојању поверљивости не може бити ни поверења. Поверљивост је стога примарно и основно право и дужност адвоката". Препорука Комитета министара Савета Европе која се односи на слободу обављања адвокатске професије[6], предвиђа за адвокате, између осталог, могућност да лица која су лишена слободе насамо посаветују, али и предузимање свих неопходних мера да се обезбеди поштовање поверљивости података који су размењени између адвоката и клијента. Један од основних принципа ОУН о улози адвоката[7], је и да су „Владе дужне да признају и поштују поверљивост свих комуникација и консултација између адвоката и њихових клијената, у оквиру њиховог професионалног односа". *Међународна конвенција о заштити права одбране*[8], предвиђа да „Ниједна околност не би могла оправдати чињеницу да окривљени не може слободно и тајно да комуницира са својим адвокатом, у сваком тренутку, током истраге и суђења".

Најједноставније речено, адвокатска тајна представља озбиљну гаранцију за клијента, како се овај никада не би покајао што је свој случај поверио адвокату.

2. Постоје ли границе адвокатске тајне?

Постоје ли неке постављене границе у чувању адвокатске тајне? Не постоје. Она је општа, апсолутна и временски неограничена, тако да

---

[4] *Кодекс професионалне етике адвоката* („Службени гласник РС" 27/2012).

[5] Усвојен на пленарној седници Савета адвокатских комора Европске уније (CCBE) 28. 10. 1988. године, а допуњен на пленарним седницама одржаним 28. 10. 1998. године, 6. 10. 2002. године и 19. 05. 2006. године.

[6] Препорука Комитета министара Савета Европе од 25. 10. 2000. године под називом *Слобода обављања адвокатске професије*.

[7] Усвојени на Осмом конгресу Уједињених нација о превенцији криминала и поступању према учиниоцима кривичних дела, одржаном од 27. августа до 7. септембра 1990. године у Хавани, Куба.

[8] *Међународна конвенција о заштити права одбране*, донета и депонована у Адвокатској комори Париза 26. 06. 1987. године, којој је Савез републичких и покрајинских адвокатских комора Југославије, као правни претходник Адвокатске коморе Србије, приступио у Новом Саду 25. 03. 1995. године.

важи чак и за адвокате који су престали да се баве адвокатуром, а тичу се предмета у којима су раније заступали.

Чак и за непријављивање кривичног дела за које се по закону може изрећи затвор од тридесет до четрдесет година и учиниоца, према чл. 332., ставу 4. КЗ РС[9] не одговарају, поред осталих, бранилац, лекар и верски исповедник учиниоца. Дакле, правом чувања професионалне тајне су заштићени адвокати, лекари и свештеници.

3. Адвокатска тајна са аспекта кривичног поступка (casus conscientiae)

Најтеже питање за професионалну савест адвоката се поставља када он зна да је клијент крив и то не истиче на суђењу, већ његову одговорност негира. То је тзв. casus conscientiae, дилема пред коју је често постављен адвокат, дакле сукоб између верности истини и оданости странци. Одбијањем да се да савет или брани клијент, ова дилема може да се разреши тако да тајна остане неоткривена, али да клијент остане без адвоката.[10]

4. Адвокатска тајна у другим поступцима

Није адвокат везан професионалном тајном само у кривичном поступку. Он исту обавезу има и када заступа странке у грађанском и управном поступку или предузима друге правне радње. Клијент коме је

---

[9] *Кривични законик РС* („Службени гласник РС" бр. 85/2005,88/2005,107/2005,72/2009,111/2009,121/2012.

[10] 10 О овоме више др Иво Политео, *О адвокатској тајни,* Југословенска адвокатура бр. 3/54, стр. 13.

„Једнако рјешава тај свакако тешки проблем, можда најтежи пред који уопће адвокат може бити постављен, и Хенри Роберт, један од најбољих француских адвоката и правних писаца, а чини се да још нитко није нашао други бољи излаз. И тако је тај излаз као једини постао заправо излаз за нужду, а као сваки излаз за нужду, у њему – кад га се мора употребити – долази до гужве у којој се не може избјећи да ипак неко настрада. У конкретноме случају, највјеројатније ће коначно настрадати оптужени, а будући стварно кривац (јер је адвокату под видом тајне признао кривњу), онда и заслужено. Јер, ако буде и сваки даљњи бранитељ оптуженога поступао као онај први, или ће остат оптужени без адвоката, односно онај који му буде коначно додијељен морат ће пригушити своју савјест и борити се против истине, или пак, покоравајући се и савјести и закону, допринијет ће да оптужени буде евентуално и најтеже кажњен. Хенри Роберт се тјеши тиме да ће оптужени, поучен искуством које је доживио с првим бранитељем, наредноме бранитељу затајити свој злочин и тако му омогућити да га, без грижње савјести, брани на темељу доказаних објективних чињеница".

друштво признало право на интиму и приватност, истовремено полаже и право на то да после посете адвокату, средина у којој живи ништа не сазна од онога што му је поверио. Сасвим је природно да човек не жели да људи који га окружују сазнају, на пример, да је његово предузеће пред стечајем, да је направио грубу професионалну грешку, да га банка тужи због неизмиреног кредита, да има проблеме у браку, да је наследио велику имовину, да је добио спор велике вредности итд...

Човек оправдано жели да његова интима и приватност остану далеко од очију и уши јавности, како његове слабости или грешке, тако и успеси и интереси, јер би њихово саопштавање могло код њега да изазове осећање стида или страха, да га изложи подсмеху, зависти или чак доведе у ситуацију да буде и физички угрожен.

5. Чему адвокатска тајна?

Ако је друштво признало адвокатуру као професију која пружа правну помоћ физичким и правним лицима, онда се поставља даље питање чему служи и коме користи адвокатска тајна, јер се може на први поглед замислити адвокат који саветује и заступа, али само онда и ако је клијент беспрекорно чист, поштен и моралан, па има потребу да буде посаветован. Проблем је у томе што човек није безгрешан и што би укидање права на адвокатску помоћ многе људе оставило без правне заштите. Такође, нису ретки они који без своје кривице буду увучени у спорове које нису желели, али увек постоји друга страна која је непријатељски расположена и субјективно их доживљава као противнике. Поставља се и питање, а истовремено и проблем, ко би био тај врховни судија који би дао безпризивну оцену о нечијим моралним квалитетима. Шта би без помоћи адвоката остало од једнакости пред законом коју признаје већина устава у свету?

Ако смо сада стали на становиште да сваки грађанин, ма какав био, има право на адвоката, зашто би овај био дужан да чува као тајну све оно што би могло да штети угледу и интересима његовог клијента? Одговор је једноставан. Зато што би у супротном постојање адвокатуре било бесмислено, јер нико не би хтео да повери решавање свог проблема адвокату. А управо је адвокат тај који после разговора са странком и након што је испитао до најситнијих детаља све околности њеног случаја, даје савет. Нема дакле савета као корака који претходи заступању без поверљивог разговора, а овога нема без обавезе за адвоката да чува професионалну тајну.

Морамо дакле да пођемо од премисе да човек није савршено биће, те да му се због тога не може оспорити право на уживање правне заштите. Управо су тоталитарна друштва истицала непогрешивост човека као основну врлину и само таквог величала, при чему се радило о чистој идеолошкој апстракцији, лишеној сваког утемељења у реалном животу.

Често окривљени и пре него што кривица буде доказана, има против себе полицију, тужилаштво, средину која је нерасположена према њему, породицу и пријатеље који почињу у њега да сумњају. Ту је и суд да изрекне казну ако се кривица докаже, а и затвор у коме ће провести дужи или краћи део живота. Државна машинерија, непросвећена средина и медији стварају огроман притисак који може често да замагли суштину, а то је да оптужени није уопште крив или није у тој мери да би био под тешким притиском одијума јавности. А поверити свој грех џелату излаже грешника опасности да буде строжије кажњен него што заслужује. И Хегел је рекао да држава ломи и цвет ако јој стоји на путу.

Адвокату је пружена могућност да користи законска овлашћења како би бранио клијента. То је први услов за обављање адвокатске професије коју већина не оспорава. Али како успешно заступати нечије интересе ако однос адвоката и клијента није поверљив? Тешко или никако.

Управо да би се спречиле злоупотребе од стране државе и њеног правосуђа које посебно карактеришу тоталитарна и деспотска друштва у амбијенту идеолошког, верског или другог фанатизма, увођењем адвоката у поступке грађани су добили могућност да буду равноправнији у односу на иследне и правосудне органе. Јасно је онда да адвокати не смеју да денунцирају своје странке, јер оне, на пример, остају суверене у праву да одлуче да ли ће признати кривично дело или не, уколико су га заиста и извршиле. Неприродно је очекивање да људи сами себе одају. Откривањем кривичних дела баве се полиција, а њиховим процесуирањем тужилаштво и суд.

Свако друго решење би значило прећутно озакоњење признања кривице под неком врстом притиска, па и тортуром. А власт тешко одолева искушењу да постане апсолутна тамо где за то нема препрека.

Коначно, не треба идеализовати ниједно решење. Принцип чувања адвокатске тајне је уведен пре свега због тога да би адвокатска професија дала пун допринос развијању демократских односа. Јачањем адвокатуре јача и углед правосуђа у очима грађана, па је самим тим и његов ауторитет већи. Принципи се уводе тек након што се добро проуче алтернативе за решење једног односа у друштву. Ниједан није апсолутно добар или апсолутно лош. Питање је само којим вредностима дајемо предност. Њих ствара човек који их у својој несавршености и крши. Ја-

сно је да је у земљама са дужом демократском традицијом још одавно било схваћено да све што држави одузима тоталитарни карактер, треба да добије предност над решењима која воде њеном прекомерном јачању које може само да користи тиранима.

6. Примери из прошлости

Ипак, може ли адвокатура да буде регулисана и на други начин, и тако да адвокатска тајна не представља дужност адвоката? Примери из прошлости говоре да може.

За време француске буржоаске револуције професионална тајна је укинута јер је сматрана средством завере против револуционара.

У СССР-у и земљама некадашњег источног блока традиционална адвокатура је била укинута, тако да је професија колективизована и стављена под надзор министарства правде и других државних институција. У таквим условима није могло бити говора о обавези адвоката да чува професионалну тајну. Код политичких суђења је, на пример, окривљенима нуђен списак адвоката за које је режим сматрао да су идеолошки исправни, те су такви адвокати практично постајали сарадници тужилаштва.[11]

У Кини је у току педесетих година прошлог века адвокатура укинута као професија да би била враћена 1979. године. Тек 15. маја 1996. године донет је Закон о адвокатури који прописује постојање адвокатске тајне, али је њено тумачење и примена у пракси веома рестриктивна. Тако, на пример, ако суд у току истраге захтева од адвоката да га упозна са чињеницама које указују на постојање кривичног дела о коме има сазнање, а адвокат одбије да сарађује, може да буде санкционисан.[12]

Препуштамо читаоцу да сам закључи да ли је таква адвокатура пожељна у једној модерној европској држави.

7. Адвокатска тајна у ери глобализације

Са глобализацијом односа у свету настају нови изазови за адвокатуру. Пре свега, реална је опасност њене маргинализације у корпусу

[11] Више о томе Georges Jacob, *Die Organisation der sowjetischen Anwaltschaft. Der Rechstanwalt im Ostblock*. Institut fur ostrecht Munchen, In: Revue internationale de droit comparé: Vol. 12 No 4, Octobre–décembre 1960, str. 857–860.

[12] Више о томе He Fen, *Une longue marche vers l'état de droit, La transformation du système judiciaire chinois*, Brisel, http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/memoires/heetatdedroitchinois.htm

правничких професија, а следствено томе и економског слабљења њених посленика. Непосредна последица тог стања била би све недоследнија примена етичких принципа на којима она већ дуго почива, па и значаја који се придаје професионалној тајни. Тога смо недавно били сведоци приликом покушаја државе да у Србији адвокатима уведе фискалне касе. Да се то десило, само би још један корак недостајао за повратак у тоталитарно друштво у модерном руху и под новим називом. Адвокатура и демократија су дакле неодвојиве и зато је сваки атак на адвокатуру истовремено и напад на демократију.

Директивом европског парламента од 26. октобра 2005 године[13] уведена је адвокатима обавеза да сарађују са финансијском полицијом тзв. „изјавом о постојању сумње" да одређени новац потиче из извршеног кривичног дела. И поред чињенице да је директива имала за циљ спречавање прања новца и финансирање тероризма, преко десет земаља Европске уније одбило је њену примену уз образложење да се њом повређује правило о обавези чувања адвокатске тајне и независност адвокатуре, чиме се доводи у питање доследна примена њеног темељног начела.

Изнели смо неке примере из којих се види да су државе увек биле и остају спремне да релативизују адвокатску тајну у име тзв. јавног интереса.

Друга опасност лежи у чињеници да друштво данас карактерише могућност врло ефикасног праћења, прислушкивања и дискретног задирања у интиму грађана, из најразличитијих мотива. Од праћења активности криминалаца, па до уласка у сферу приватног живота јавних и мање познатих личности. То и адвокатуру чини све немоћнијом пред налетом технолошких иновација које поништавају приватност, а државу, додуше некада и оправдано, све моћнијим контролором живота и понашања грађана. Али, и у оваквим условима човек има потребу за стручном помоћи коју адвокат може најбоље да пружи. И све док таква потреба постоји, адвокатска тајна мора да буде брана увек претећем правном насиљу и злоупотребама државе.

8. Закључак

Сматрамо да уколико је адвокат средство којим држава располаже у откривању кривичних дела, онда су са становишта људских слобода и

[13] Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme.

права крајње проблематичне и та држава и та адвокатура. Супротно овоме, модерно организованој и ефикасној држави треба да одговара јака, независна и слободна адвокатура. А то је једини начин да се постигне равнотежа између општег и појединачног интереса.

Оспоравање адвокатске тајне је напад на адвокатуру, и то управо на оно што је чини посебном, одговорном и величанственом, професијом sui generis. Без обавезе чувања професионалне тајне адвокат би постао свачији доушник и тиме се претворио у своју супротност и део државне иследничке машинерије. А такав нечастан адвокат је бесмислен и сувишан.

Vladimir Miljević
Attorney at Law, Belgrade

The Lawyer's Secret as a Fundamental and Everlasting Principle of the Profession

Summary

Lawyer's secret has been and remains the subject of great controversies. The experiences of the French revolution, the USSR, the former Eastern bloc countries and others indicate that there had been periods in history when the legal profession was practiced without respecting the ultimate principle of keeping the lawyer's professional secret. Numerous international and national documents insist on the lawyer's secret as a precondition for practicing this profession. Essentially, it does not represent the right but the obligation to the lawyer, because the rights which correspond to this obligation only strengthen the lawyer's position, however in the client's interest. The lawyer's secret is general, absolute and unlimited in time. It is equally important in all types of procedures and legal acts undertaken through a lawyer. Today, the lawyer's secret is brought into question and relativized again with the excuse that deviation from it may be made when it is in the public interest, while various sophisticated devices for audio recording, wiretapping and other constitute the real danger for the person's intimate matters and privacy and thereby also for keeping the lawyer's secret, even in the societies which consider themselves to be democratic.

Key words: lawyer's secret, legal profession, lawyer, state, democracy, privacy

UDK: 343.2/.7(497.11)

др Недељко Јованчевић
адвокат из Београда
Главни и одговорни уредник „Бранича“*

НОВИНЕ У ЗАКОНУ О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА ОД 2012, 2013.

1. Уводни приступ

1.1. Кривични законик од 2005[1] године, по својој структури и систематици када је у питању општи део, дуготрајнија је историјска и цивилизацијска тековина и вредност. У њему су уграђена важећа кривично-догматска решења, тако да нису потребни захвати који би мењали битно такав пројекат. Иако кривичноправним мерама треба прибегавати као крајњем средству (*ultima ratio*), а уз то постоји опште познати став да законе не треба често мењати, јер се у таквим случајевима доводи до правне несигурности грађана, а тиме до непоштовања правног поретка у целини, постоји оправдање да се изврше одређене измене у општем делу, које не нарушавају систематска решења, па и нове инкриминације у посебном делу. У Општем делу КЗ, вршене су одређене интервенције, које су значајне јер омогућавају суду лакшу примену закона, отклањањем ранијих лоших решења учињених приликом измена нарочито оних из 2009. године. Осим тога преузете међународне обавезе и захтеви који су везани за процес придруживања и стицања статуса кандидата за чланство у Европској унији, а која се тичу и кривичног законодавства, нала-

* Ванредни професор, Email: njovancevic@orion.rs

[1] Кривични законик, *„Службени гласник РС”*, бр. 85/05, 88/05 – исправка, 107/05 – исправка, бр. 72/09 и 111/09, Законик је ступио на снагу и примењује се од 1 јануара 1996.

гале су одређене измене и допуне[2]. Тако су уследиле измене како у општем тако и у посебном делу Кривичног законика.

1.2. *Када је у питању* – **посебни део**, за разлику од општег, због тога што доноси динамика живота и ново доба, постоји оправдање да се поједине инкриминације прилагођавају томе, и да се уведу одређена нова кривична дела (нпр. злоупотреба у јавним набавкама и др.), али и да се изврши декриминализација неких анахроних кривичних дела где кривичноправна интервенција није нужна (несавестан рад у привредном пословању), или да се изврше интервенције код неких кривичних дела код којих превише широка криминална зона уместо да пружа ефикаснију кривичноправну заштиту, угрожава неке важне вредности и интересе грађана и друштва (злоупотреба службеног положаја и др.). Поред тога било је потребно извршити одређене интервенције (измене и допуне) у појединим члановима Кривичног законика, које се односе на корумптивна кривична дела. Поред тога, било је неопходно отклонити и непрецизности законског текста и омашке до којих је дошло доношењем Закона о изменама и допунама Кривичног законика 2009. године што је довело до проблема у судској пракси. Одређене интервенције су нужне и због усклађивања са другим законима који садрже и појмове од значаја за прописивање кривичних дела[3].

2. Измене у општем делу

***2.1. Закон о изменама и допунама Кривичног законика, од* 2012**[4]. У општем делу, учињене су допуне у погледу услова за кривично гоњење за кривично дело учињено у иностранству (чл. 10), затим су прецизније одређена овлашћења суда везано за тзв. кућни затвор, нарочито о томе ко је надлежан да одређује ту меру (чл. 45 КЗ), те интервенције значајније код условног отпуста (чл. 46 КЗ), у одредбама о одмеравању казне уводи се нова одредба у чл. 54 а) – посебна околност за одмеравање ка-

[2] „Пре свега, Република Србија је преузела одређене обавезе које проистичу из потврђених међународних уговора, чланства у Савету Европе, као и из захтева Европске уније у процесу придруживања и стицања статуса кандидата за чланство у Европској унији, а које се тичу и кривичног законодавства. Такође и Група држава за борбу против корупције Савета Европе (GRECO) усвојила је извештај за Републику Србију у оквиру трећег круга евалуације, који садржи одређене препоруке за измене и допуне појединих чланова Кривичног законика, које се односе на коруптивна кривична дела".

[3] Образложење, Закон о изменама и допунама Кривичног законика, од 2012.

[4] "*Службени гласник РС",* 121/12, од 24. децембра 2012. Овај закон ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у „*Службеном гласнику РС*", изузев чл. 21. и 35. који ступају на снагу 15. априла 2013. године.

зне за кривично дело учињено из мржње, код продуженог дела брисани су из чл. 61 ст. 7 и 8, који говоре о могућности изрицања теже казне од прописане, односно да се не може изрећи већа казна од 40 година затвора. У одредбе о урачунавању притвора и раније казне (чл. 63) урачунава се и време проведено на „издржавању мере забране напуштања стана". У чл. 112 ст. 4 и 5 КЗ, прецизније се одређује појам службеног лица, страног службеног лица и одговорног лица, затим у ст. 15 мења се и правилније одређује шта се сматра „опојном дрогом", а у ст. 36 ранија реч „имовином се сматра" изменама је одређено „имовинска корист је"... итд.

2.2. *Посебни услови за кривично гоњење за кривично дело учињено у иностранству* (чл. 10 ст. 2 КЗ). Наиме, изменама и допунама се проширује могућност примене кривичног законодавства Републике Србије и онда када се за кривично дело не кажњава по закону земље у којој је учињено[5]. Изузетак од услова двоструке кажњивости за кривично гоњење и примену домаћег кривичног законодавства је био предвиђен само у случају ако за то постоји одобрење републичког јавног тужиоца. Изменама је проширена та могућност гоњења и када је то „предвиђено потврђеним међународним уговором". Ове измене неће захтевати измене и допуне Кривичног законика уколико неким међународним уговором буде предвиђена обавеза Републике Србије да за одређена кривична дела примени своје кривично законодавство иако то у земљи у којој је учињено не представља кривично дело[6].

Чланом 1. Закона мења се члан 7. Кривичног законика, тако што се примена примарног реалног принципа важења кривичног законодавства Републике Србије на учиниоце кривичних дела у иностранству проширује на сва кривична дела тероризма, а не само на кривично дело тероризма управљеног против уставног уређења и безбедности Србије. Ово је последица и усаглашавања кривичних дела тероризма са релевантним међународним уговорима.

2.3. Сила и претња **(чл 21).** У чл. 21 Општег дела КЗ говори се о утицају силе и претње на постојање кривичног дела. Тако се искључује постојање дела које је учињено под дејством *неодољиве силе* (ст. 1). Ако је дело учињено под силом која није неодољива или претњом, учиниоцу се казна може ублажити /ст. 2/. У оном случају када је извршилац дело-

[5] Чл. 2. Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2012. „Службени гласник РС", бр. 121/12, од 24. децембра 2012.

[6] Овом допуном испуњава се и препорука из Извештаја за Републику Србију у оквиру трећег круга евалуације Групе држава за борбу против корупције Савета Европе (GRECO). Види, Образложење, уз текст Предлога Закона о изменама и допунама КЗ 2012.

вао или учинио кривично дело под неодољивом силом, извршиоцем дела сматраће се лице које је применило неодољиву силу /ст. 3/. У овом случају законодавац је увео у науци познату установу – посредног извршиоца. И тако је у законику доследно проведено дејство у појединим случајевима *силе или претње*.

Но, код измена и допуна извршених 2009. године у чл. 336 ст. 1 КЗ, уведено је на који начин неко може да врши утицај на сведока, вештака или другог учесника у поступку, ради ометања доказивања, између осталог да се то може учинити и „силом претњом или другим обликом принуде". Уношењем овог другог облика принуде, који није предвиђен у општем делу КЗ, створена је ситуација коју не познаје ни теорија ни пракса. Због тога је на основу чл. 28. Измена, дошло до измена чл. 336. став 1. Кривичног законика. Наиме, осим *силе и претње*, у кривичном праву Републике Србије не постоји неки други облик принуде. И у целом Кривичном законику то је доследно спроведено, па се под општим појмом принуде подразумева сила и претња, а не и нешто треће, тако да је Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године уношењем ове допуне створио проблем јер је она непримењива[7].

2.4. Кућни затвор – казна sui generis. *У* кривичноправном смислу увођењем уз казну затвора и „кућни затвор", законодавац је прихватио већ једну познату установу која постоји у кривичним законицима држава континента, а која може да произведе многе корисне ефекте, на плану извршења кратких казни затвора, те генералне и специјалне превенције.

По Роксину (*Claus Roxin*), данас је већ присутна модификација класичне казне лишења слободе у казну кућног притвора, који се данашњим савременим електронским средствима може без проблема надзирати. Роксин истиче да је предност ове казне у томе што не изискује посебне трошкове, што не постоји опасност од криминалног инфицирања и што одузимању слободе даје хуману форму[8].

Иако законодавац не условљава издржавање казне у просторији у којој осуђени станује, тежином самог дела или запрећеном казном, кримнално-политички разлози би указивали да би то долазило у обзир за ситна, багателна, и средње тешка кривина дела[9]. Познато је да се поправни ефекат код осуђених не може постићи затворским третманом, када су у питању кратке казне затвора, што је и довело до увођења условне осуде, већ су ефекти често супротни, пошто се осуђени не може

[7] Види, Образложење уз Предлог Закона о измена и допунама КЗ, 2009.

[8] Roxin, C., Да ли кривично право има будућност, ЈРКК, бр. 3/98, види, стр. 13.

[9] Неки примери из наше праксе управо говоре супротно.

изоловати од особа са криминалним понашањем. У том правцу Роксин наводи у својој расправи о „будућности кривичног права" да „Постоји, наиме, неспорна криминалнополитичка спознаја – да се изрицањем казни лишења слободе за тзв. ситна и средње тешка кривична дела, а њихов број је највећи, (ре)социјализација скоро не може да оствари". Он наставља, „у затвору се не може научити како треба живети на слободи уз поштовање закона".[10]

Имајући у виду такву погодност код ове казне где се енормно смањују трошкови државе за издржавање казне, до могућности постизања поправног ефекта код осуђеног, издржавањем казне затвора у својој кући, ипак се види да је овде у питању битно другачија казна лишења слободе кућни затвор, од класичне казне лишења слободе која се извршава у казненим заводима, што би захтевало озбиљну и научно утемељену расправу о овом питању пре увођења овако модификоване казне затвора у Кривични законик. Ипак, последњим изменама Законика, код ове мере затвора, ублажени су неки недостаци и створене су законске могућности за правилнију примену.

а) Изменама и допунама КЗ, које су извршене 2009[11] године уведена је нова, на нашим просторима први пут, могућност да осуђени издржава казну затвора до једне године у просторијама у којима станује (чл. 45 ст. 5 и 6 КЗ). Наиме, осуђеном којем је изречена казна затвора до једне године, суд може одредити да се ова казна изврши на тај начин што осуђени не сме напуштати просторије у којима станује, осим у случајевима прописаним законом који уређује извршење кривичних санкција (чл. 45 ст. 5. КЗ). Овом законском допуном извршена је нека врста модификације казне затвора и уведена је практично једна нова категорија – *кућног затвора*[12]. Иако се овде ради о изреченој – казни затвора (!) у даљој фази се не поставља питање „казне затвора" већ се ради о условима или установама у којима се издржава та казна затвора. Пошто је законодавац одредио да се казна затвора до једне године може издржавати под одређеним условима у просторији у којој осуђени станује, то је довело до популарног назива – кућни затвор или кућни притвор ако се ради о мери обезбеђења[13].

[10] Roxin, C., op. cit. str. 13.

[11] Закона о изменама и допунама КЗ, „Службени гласник РС", бр. 72/09, од 31. 08. 2009 године.

[12] Иако ова мера одговара казни затвора, овде би се радило ипак о другој врсти затвора (кућни затвор када је у питању извршење, или кућни притвор, ако је у питању мера обезбеђења присутности), јер је систем изолације и провођење те казне битно другачији од класичне казне лишења слободе која се извршава у казненим заводима.

[13] С обзиром да заводи за извршење казне могу бити: отвореног, полуотвореног, за-

Измене и допуне КЗ које су извршене 2009. године ипак су имале бројне недостатке јер нису добро научно-стручно припремљене и нормативно-технички срећене. Пропусти су били такви да су имали одраза како на кривичноправном плану тако и на кривичнопроцесном[14].

Због тога се покушало изменама Закона о извршењу кривичних санкција, прецизније одредити начин извршења казне затвора без напуштања просторије у којој осуђени станује, као једне нове врсте казне затвора, којом ће се растеретити смештајни капацитети завода и смањити трошкови који објективно оптерећују државни буџет, што је у складу са Стратегијом за смањење преоптерећености смештајних капацитета завода за извршење кривичних санкција, коју је донела Влада[15].

б) Измене и допуне КЗ из 2012[16]. Пошто су евидентни недостаци у законском одређењу ове врсте мере – кућног затвора, а који су доводили до проблема у пракси, извршене су нужне измене и допуне КЗ, 2012 године.[17] У члану 3. Закона, извршено је прецизирање одредаба члана 45. ст. 5 и 6 Кривичног законика, које уређују казну затвора која се извршава у просторијама у којима осуђени станује. После увођења ове могућности 2009. године, у судској пракси је дошло до изразитих проблема и до неједнаког поступања због нејасне и противречне законске одредбе. Осим тога, била је и непрецизна одредба која се односила на ситуацију када осуђени самовољно напусти просторије у којима станује. Такође, ни одредба која је требало суду да пружи одређене критеријуме приликом одлучивања да ли ће осуђени да издржава казну затвора у просторијама у којима станује није могла да обави ту функцију. Она је упућивала на првом месту на околност која се тиче могућности на плану извршења, а не на материјалноправне критеријуме за доношење овакве одлуке суда. Ове извршене измене отклањају постојеће дилеме и неприхватљива решења.

У погледу ***одређивања мере кућног затвора***, пре ових измена из 2012. године, није било јасно да ли *судећи суд одмах одређује* да ли ће се казна затвора до 1 године издржавати у стану у којем окривљени станује

твореног и затвореног типа са посебним обезбеђењем, (чл. 14 ЗИКС), и просторије у којој осуђени станује је нека врста модификованог завода.

[14] Види детаљније, Јованчевић, Н., Новине у закону о изменама и допунама закона о извршењу кривичних санкција, 2011. „Бранич", бр. 1–2/2011. стр. 114–117.

[15] ЗИКС-а, „Службени гласник РС", бр. 72/2009.

[16] Закона о изменама и допунама КЗ, „Службени гласник РС", бр. 121/12, од 24. децембра 2012.

[17] Закон о изменама и допунама КЗ, од 2012, „Службени гласник РС", бр. 121/12., види чл. 3. Одређивање да извршни суд о том доноси одлуку је дуплирање посла суђења, а посебно што извршни суд нема такву процедуру и критеријуме за такво одлучивање.

или не, или ће то одређивати евентуално суд у поступку извршења казне затвора[18], сада је та дилема отклоњена[19].

Наиме, ако суд учиниоцу кривичног дела изрекне казну затвора до једне године, исти *суд може истовремено одредити* да ће се она извршити тако што ће је осуђени издржавати у просторијама у којима станује уколико се, с обзиром на личност учиниоца, његов ранији живот, његово држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учинио може очекивати да ће се и на тај начин остварити сврха кажњавања (ст. 5 чл. 45). Како се види, сада су одређени критеријуми о којима суд мора водити рачуна при одлуци да ли ће окривљени издржавати казну затвора у просторијама у којима станује. Раније је постојала одредба да ће суд водити рачуна о техничким могућностима као и о другим околностима о којима води рачуна при одмеравању казне, што је постало сувишно а уз то је потпуно неодређено, те је та законска одредба брисана (ст. 7)[20].

У погледу ***провођења мере кућног затвора***, законом је одређено да осуђени не сме напуштати просторије у којима станује осим у случајевима прописаним законом о извршењу кривичних санкција[21]. Уколико осуђени једном у трајању преко шест часова или два пута у трајању до шест часова самовољно напусти просторије у којима станује, суд ће одредити да остатак казне затвора издржи у заводу за извршење казне затвора (ст. 6 чл. 45).

---

[18] Одређивање да извршни суд о том доноси одлуку је дуплирање посла суђења, а посебно што извршни суд нема такву процедуру и критеријуме за такво одлучивање.

[19] Овај проблем Апелациони суд у Београду решавао је на следећи начин, „Споразум о признању кривице окривљени и јавни тужилац саглашавају се о врсти и висини казне у смислу чл. 282 б ст. 1. т. 1 ЗКП – а када је казна затвора, правноснажном пресудом изречена у трајању до једне године, суд може, на основу чл. 45 ст. 5 и 6 КЗ и сходно овлашћењу из члана 176е ЗИКС-а, одредити да се извршава без напуштања просторија у којима осуђени станује". Решење Апелационог суда у Београду СуХ 8/2011 од 31. августа 2011, и решење Првог основног суда у Београду ИК бр. 7/2011 од 29. јула 2011 године. У изменама и допунама ЗИКС-а од 2011, предвиђена је могућност извршења казне кућног затвора од стране суда. У Члан 174е ЗИКС-а: Након правоснажности пресуде, као и у току издржавања казне, осуђени, јавни тужилац и директор Управе могу поднети предлог да се осуђеном коме је изречена казна затвора до једне године изврши без напуштања просторија у којима осуђени станује. О предлогу из става 1. овог члана одлучује председник суда који је донео првостепену пресуду... Против одлуке суда о предлогу из става 1. овог члана, осуђени и јавни тужилац могу изјавити жалбу, у року од три дана од дана достављања одлуке. О жалби на одлуку председника првостепеног суда одлучује председник апелационог суда, сходном применом закона који уређује кривични поступак."

[20] Чл. 3. ст. 2, Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2012.

[21] О овом види опширније, Јованчевић, Н., Новине у Закону о изменама и допунама законо о извршењу кривичних санкција, 2011, Бранич, бр. 1–2/2011, стр. 113–118.

Иначе, провођење „кућног затвора", уређује се Законом о извршењу кривичних санкција[22], који уређује извршење и поштовање ограничења која су одређена окривљеном приликом провођења мере кућног затвора или притвора. У ту сврху према окривљеном се примењује *електронски надзор*, ради контроле извршења. У закону о извршењу се уређује да се провођење ове мере врши преко Посебне управе уз сарадњу са другим државним органима[23].

Након измена, чл. 45 ст. 5 и 6 гласи[24]: „(5) Ако учиниоцу кривичног дела изрекне казну затвора до једне године, суд може истовремено одредити да ће се она извршити тако што ће је осуђени издржавати у просторијама у којима станује уколико се, с обзиром на личност учиниоца, његов ранији живот, његово држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учинио може очекивати да ће се и на тај начин остварити сврха кажњавања.

(6) Осуђени којем је одређено извршење казне затвора на начин предвиђен у ставу 5. овог члана не сме напуштати просторије у којима станује, осим у случајевима прописаним законом који уређује извршење кривичних санкција. Уколико осуђени једном у трајању преко шест ча-

[22] Закон о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник РС", бр. 31/2011, од 5. 05. 2011. види чл. 17 и 20.

[23] Види детаљније, Јованчевић, Н., Новине у закону о изменама и допунама закона о извршењу кривичних санкција, 2011, Бранич, бр. 1–2/2011. стр. 111 и др.

* Изменама од 2011, ЗИКС-а, у случају да је суд донео одлуку о *условном отпусту* којом је одредио да је осуђени дужан да испуни обавезе предвиђене кривичноправним одредбама уз електронски надзор, електронски надзор извршава организациона јединица у саставу Управе надлежна за третман и алтернативне санкције, преко повереника, који утврђује и прати програм извршења условног отпуста. Ближи пропис о извршењу обавеза осуђеног предвиђених кривичноправним одредбама уз примену електронског надзора доноси министар надлежан за правосуђе.

* Због бројних недореченості у ЗИКС-у, изменама је одређено да ће „блиски прописи" о избору и начину рада повереника надлежних за извршење казне рада у јавном интересу, условну осуду са заштитним надзором, извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује, условни отпуст уз испуњење обавеза предвиђених кривичноправним одредбама са електронским надзором и контролу примене електронског надзора према окривљеном донети министар надлежан за правосуђе (чл. 18. Измена, којим се мења чл. 191а ЗИКС-а).

* Изменама ЗИКС-а, додаје се нова Глава која уређује примену *електронског надзора* према окривљеном. Новине се односе на ситуацију када суд донесе одлуку да примену електронског надзора због поштовања ограничења која су одређена окривљеном обавља Управа. Исти члан Предлога закона уређује сарадњу Управе у спровођењу мере електронског надзора са другим државним органима, као и дужност Управе да у случају кршења ограничења која су одређена окривљеном о томе одмах обавести суд, односно полицију /чл. 20/.

[24] Члан 3. Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2012.

сова или два пута у трајању до шест часова самовољно напусти просторије у којима станује, суд ће одредити да остатак казне затвора издржи у заводу за извршење казне затвора."

2.5. Условни отпуст (чл. 46). Одредбе о условном отпусту регулисане су у чл. 46 Кривичног законика од 2005. године, али су захваћене изменама најпре оним из 2009. године, а затим овим најновијим из 2012. год. По својој природи условни отпуст је сличан условној осуди и у ствари представља – суспензију казне затвора, у делу која није издржана. Након протека времена условног отпуста, ако не дође до опозива казна се сматра издржаном.

У *Кривичном законику* од 2005. године прописано је да осуђеног који је издржао половину казне затвора, под одређеним условима *суд може* условно отпустити са издржавања казне (чл. 46 ст. 1).[25] У овом тексту су јасни услови који су очито формалне природе и материјално правне. Условни отпуст је факултативан и оставља суду право на *могућност* одлуке о условном отпусту ако су испуњени и формални и материјални услови, без да суд има обавезу пуштања и чак ако су испуњени сви услови. Код овог свега суду остаје процена „да се може са основом очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело". И један и други елеменат су сувише апстрактни, тако да и поред свих испуњених услова, не мора значити да ће се осуђени на условном отпусту и добро владати. Но, и поред испуњених свих услова, суд не мора осуђеног пустити на условни отпуст.

Изменама Кривичног законика од 2009. године (чл. 46 ст. 1), законом је одређена *могућност* условног отпуста уколико је осуђени издржао две трећине казне[26], под условима, ако се у току издржавања казне тако поправио да се може са основом очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело. Као и до сада, суд ће при оцени да ли ће се осуђени условно отпустити узети у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза, с обзиром на његову радну способност, као и друге околности које показују да је у односу на њега постигнута сврха кажњавања. Ово су идентични услови као у одредбама КЗ/2005, имајући у виду разлике код формалног услова. Овим изменама КЗ из 2009. године додати су још и услови да се *не може* условно отпустити осуђени који је покушао бекство или је побегао из завода за извр-

[25] Чл. 46 ст. 1 Кривичног законика од 2005.

[26] чл. 46 ст. 1 Кривичног законика, измене 2009.

шење казне у току издржавања казне. Дакле, у овим изменама је одређено да је бекство или покушај бекства препрека да се уопште добије условни отпуст.

Схватајући, очито, условни отпуст као „фазу у извршењу казне", тим изменама уз наведено, у ст. 2 чл. 46, одређено је да „суд може у условном отпусту одредити да је осуђени дужан да испуни обавезе предвиђене кривичноправним одредбама".

Оваква законска регулатива којом се одређује факултативна могућност условног отпуста, ипак је била препрека да се више користи установа условног отпуста, што је у крајњем случају и довело до битнијих измена и допуна одредаба о условном отпусту из чл. 46 Кривичног законика, извршеним 2012. године. Измене су суштинске у односу на претходна решења и одређују обавезан и факултативан условни отпуст.

Измене Кривичног законика од 2012.[27] У изменама чл. 46 ст. 1 дословно стоји, „Осуђеног који је издржао две трећине казне затвора *суд ће условно отпустити* са издржавања казне, ако се у току издржавања казне тако поправио да се може са основом очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело. При оцени да ли ће се осуђени условно отпустити узеће се у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза, с обзиром на његову радну способност, као и друге околности које показују да је у односу на њега постигнута сврха кажњавања. *Не може* се условно отпустити осуђени који је током издржавања казне два пута дисциплински кажњаван и коме су одузете додељене погодности".

Дакле, уколико осуђени издржи две трећине казне, *суд ће га условно отпустити,* ако испуњава остале законом предвиђене услове, добро владање, извршење радних обавеза, као и друге околности које указују да је у односу на њега постигнута сврха кажњавања, с тим што се у ст. 1 чл. 46 одређује обавезан условни отпуст, док се у ст. 2 одређују услови за факултативни условни отпуст.

а) Обавезан условни отпуст (ст. 1 чл. 46)**.** Изменама КЗ, од 2012**,** мења се одредба члана 46. ст. 1. Кривичног законика која уместо факултативног, уводи *обавезан условни отпуст* у случају да су испуњени законски услови. То је у складу са праксом у европским земљама у којима се скоро по аутоматизму одобрава условни отпуст. С обзиром на то да је код нас у пракси у новије време, неосновано, дошло до значајног сужавања примене овог института што, између осталог, погоршава и иначе

[27] Чл. 4. ст. 1, Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2012.

неповољно стање у погледу капацитета наших завода у којима се извршавају казне затвора, нужно је изменом законске одредбе усмерити судове у правцу ширег коришћења овог института. Он има низ позитивних страна и може да представља значајан подстрек осуђеним лицима да се добро владају за време издржавања казне, као и да више не врше кривична дела. Ипак, иако постављен као обавезан у случају да су испуњени законски услови, условно отпуштање осуђеног лица ће у значајној мери зависити од процене суда да ли је с обзиром на његово владање у току издржавања казне, као и на друге околности у односу на њега, постигнута сврха кажњавања. Условни отпуст је кривичноправна мера која је искључиво специјално-превентивног карактера тако да би питање остваривања генералне превенције приликом одлучивања о условном отпусту требало да буде ирелевантно[28].

Ипак, ово што је наведено не иде формално и аутоматски, јер све процене даје поново суд. Издржана казна од две трећине је само *формални услов*, остало су *материјални услови* које суд мора прибавити да би могао донети одлуку о условном отпусту.

Како смо навели постоје и законске запреке које искључују могућност условног отпуста, тако да суд не може условно отпустити осуђеног који је током издржавања казне два пута дисциплински кажњаван и коме су одузете додељене погодности (чл. 46 ст. 1 последња реченица).

б) Факултативан условни отпуст (ст. 2 чл. 46). У изменама Законика од 2012, у чл. 46, ст. 2. остала је и даље *факултативна могућност условног отпуста*, с тим што су ове одредбе нове у односу на претходна законска решења, и односе се на одређена дела или за групу кривичних дела. Наиме, „(2) Уколико испуњава услове из става 1. овог члана, суд може условно отпустити осуђеног:

- који издржава казну затвора од 30 до 40 година;
- који је осуђен за кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом (чл. 370. до 393а), кривична дела против полне слободе (чл. 178. до 185б), кривично дело насиље у породици (члан 194. ст. 2. до 4), кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (члан 246. став 4), кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије (чл. 305. до 321), кривично дело примање мита (члан 367) и кривично дело давање мита (члан 368);
- који је осуђен од стране надлежних судова, односно њихових посебних одељења, у поступцима вођеним у складу са надлежношћу одре-

[28] Из Образложења Закона о изменама и допунама КЗ, 2012.

ћеном Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела:

- који је више од три пута правоснажно осуђен на безусловну казну затвора, а није извршено брисање или не постоје услови за брисање неке од осуда."

Дакле, у овом случају иако суд утврди да постоје сви услови који се предвиђају у овим одредбама, то још не значи да ће осуђени бити пуштен на условни отпуст, јер се суду оставља *могућност* доношења одлуке о пуштању на условни отпуст.

2.6. Опозивање условног отпуста (чл. 47). Изменама је отклоњена неусклађеност у наведеној одредби која говори о условном отпусту а које су биле између ст. 1 и 2. чл. 47 и ст. 5. КЗ. Наиме, у чл. 47, ст. 1, код измена Законика од 2009 године, учињена је једна техничка грешка, те је постојеће исправно решење „преко једне године", мењано убацивањем речи „преко шест месеци", што је било у супротности са одредбом у ст. 5 истог члана (где се дозвољава суду да не опозове условни отпуст и у случају да је условно отпуштени осуђен на казну затвора до једне године), тако да је изменама од 2012, правилно унесено у ст. 1, уместо речи „шест месеци" замењено речима преко „једне године"[29]. У случају осуде на казну затвора преко једне године суд ће опозвати условни отпуст, и ту нема могућности опредељења за опозив или не[30].

2.7. Посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње (чл. 54а). Овим је законодавац унео једну посебну отежавајућу околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње (чл. 6 Измена). Полазећи од релевантних међународних докумената циљ нове одредбе члана 54а Кривичног законика јесте да се обезбеди строже кажњавање, а тиме и појачана кривичноправна заштита у односу на поједине посебно рањиве друштвене групе чији су припадници жртве различитих кривичних дела која се врше из мржње због те припадности. Иако је у члану 54. Кривичног законика у оквиру општих правила о одмеравању казне већ предвиђено да ће суд приликом одмеравања казне у обзир узети и побуде из којих је дело учињено, па према томе и мржњу, та одредба је уопштена и не говори експлицитно о мржњи као отежавајућој околности (и то по наведеним основима), нити је прописује као обавезно отежавајућу околност што је учињено у одредби члана 54а Кривичног законика.

[29] Чл. 5 Закона о изменама и допунама КЗ, 2012.

[30] Чл. 5 ст. 1. и 2. Закона о изменама и допунама КЗ, 2012.

2.8. Апсолутна забрана ублажавања казне (чл 57 ст. 2 КЗ). Изменама и допунама КЗ извршеним 2009. године у чл. 57 додат је став 2. у којем се одређује да се не може ублажити казна за кривична дела из чл. 134 ст. 2 и 3, 178, 179, 180, 214, ст. 2 и 3, 246 ст. 1 и 3 , 350 ст. 3 и 4 и 388 КЗ. И поред чињенице да је у предлогу измена закона од 2012. било предложено да се та одредба брише јер је у „супротности са општим одредбама Кривичног законика", до тога није дошло[31]. Тако законодавац није прихватио брисање ст. 2 у чл. 57 КЗ, али због актуелности и готово сигурно да ће убудуће бити потребно ову аномалију отклонити из Законика, преносимо у целости текст из образложења предлога.

Наиме, у Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године уведена је апсолутна забрана ублажавања казне за одређена кривична дела. Њоме је институт ублажавања казне, иако општи институт, дерогиран у односу на одређена кривична дела. Ова одредба је у супротности са одредбама општег дела Кривичног законика које предвиђају могућност ублажавања казне у одређеним случајевима (покушај, помагање итд.), па се у пракси јавила дилема да ли предност има одредба члана 57. став 2. Кривичног законика или одредбе које предвиђају тзв. законско ублажавање казне када је реч о кривичним делима обухваћеним овом забраном. Осим тога, не виде се критеријуми на основу којих су одабрана кривична дела код којих је забрањено ублажавање казне. Тешко да се у том погледу може повезати силовање са недозвољеним преласком границе, а свакако, још мање се може наћи објашњење зашто је законодавац 2009. године забранио ублажавање казне за тежи облик кривичног дела неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога (чл. 246) када је дело учињено од стране групе (став 3), а није за најтежи облик када је дело учињено од стране организоване криминалне групе (став 4). Ни криминалнополитички се оваква одредба не може бранити ако се има у виду да Кривични законик, нарочито после Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године, предвиђа строге казне и високе посебне минимуме. Осим тога, ова одредба је наишла на критику како теорије тако и судске праксе. Опште је усвојено мишљење да би укидањем ове одредбе била уклоњена једно „страно тело" и аномалија из Законика[32].

2.9. Продужено дело (чл 61). Чланом 8. Измена бришу се одредбе члана 61. ст. 7. и 8. Кривичног законика којима је предвиђена једина

[31] Чланом 7. Закона о изменама и допунама из 2009. предложено је да се брише члан 57. став 2. Кривичног законика, којим је уведена по први пут у нашем законодавству апсолутна забрана ублажавања казне за одређена дела.

[32] Наведено из образложења предлога измена 2012.

могућност пооштравања казне, тј. могућност изрицања теже казне од прописане. Криминално-политичка потреба за оваквим изузетком не постоји. Прописане казне су довољно строге, тако да изрицане казне у пракси скоро никада не достижу прописане посебне максимуме. Судска пракса није користила ову могућност, тако ни у једном случају када је била прописана могућност пооштравања казне у ранијем југословенском кривичном праву (вишеструки поврат) никада није коришћена ова могућност.

2.10. Измене обухваћене у чл. 7, 9, 10 11, Закона о изменама, 2012, извршене су одређене техничке интервенције, које имају и материјално правни одраз.

У чл. 7. Измена, отклања се једна грешка која се поткрала у чл. 57 ст 3 КЗ – која се односи на „границе ублажавања казне". Наиме, у ст. 3, којим се одређује забрана ублажавања казне учиниоцу уколико је учинио не „исто", кривично дело (како је погрешно наведено у изменама 2009) сада одређено да се забрана односи уколико је раније осуђиван за *„истоврсно"* кривично дело.

У чл. 9 Измена, одређује се да се приликом урачунавања притвора и раније казне – чл. 63 ст. 1. има урачунати и време проведено на издржавању „мере забране напуштања стана", што је сасвим логично и оправдано. Тако се време проведено у кућном затвору урачунава као и дан затвора (ст. 4. чл. 63).

У чл. 10 Измена, изнад чл. 89а, мења се наслов тако да сада стоји „Забрана приближавања и комуникације са оштећеним", а у ставу 2 истог члана одређено је да ова мера не може бити краћа од шест месеци нити дужа од три године, што се рачуна од дана правоснажности, с тим да се време проведено у затвору, односно у здравственој установи у којој је извршена мера безбедности, не урачунава у време трајања мере. Овим се исправља пропуст јер раније није било одређено време трајања ове мере.

У чл. 11 Измена, у чл. 93. ст. 2. (одредбе које говоре о одузимања имовинске користи) када је у питању заштита оштећеног поткрала се једна техничка грешка па је уместо речи „сваког" имовинскоправног захтева, изменама одређено да се замењује правилно са речју *„своī"* имовинскоправног захтева.

***2.11. Новине у чл.* 112 ст. 4 и 5 КЗ** односе се на прецизније одређивање појма службеног лица и одговорног лица и др. Наиме, чланом 12. Измена Закона, мења се и допуњује члан 112. Кривичног законика, који одређује изразе који се употребљавају у законику. У складу са препору-

кама Групе држава за борбу против корупције Савета Европе (GRECO) прецизирани су и проширени појмови службеног лица и страног службеног лица.

На другачији начин је одређен појам ***одговорног лица***, а најважнија разлика у односу на постојеће решење јесте та што се власник субјекта привредног пословања самим тим не сматра и одговорним лицем, осим ако не врши одређене функције и послове које му дају својство одговорног лица.

Поред тога, прецизиран је и појам ***опојних дрога***, из разлога што је у периоду од последње измене Кривичног законика донет Закон о психоактивним контролисаним супстанцама, па је неопходно извршити усаглашавање ова два закона.

Најзад, исправљена је и омашка у погледу тога што је у члану 112. став 36. Кривичног законика дат појам ***имовинске користи***, а не *имовине* како је то сада прописано. Ако би тако био одређен појам имовине, он очигледно не би одговарао код оних кривичних дела код којих је имовина објект радње и на којој наступа последица. Реч је о законском одређивању појма имовинске користи како је она одређена у релевантним међународним уговорима. Након измена ст. 36 треба да гласи:

„*Имовинска корист* је добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво и ....” (чл. 112 ст. 36).

3. Измене у посебном делу

3.1. У ***посебном делу***, поред одређених декриминализација где кривичноправна интервенција није нужна (несавестан рад у привредном пословању), постоји оправдање да се уведу одређена нова кривична дела (злоупотреба положаја од стране одговорног лица – чл. 234, злоупотреба у јавним набавкама – чл 234а), али и да се изврше одређена прецизнија решења, односно да се изврши одређена декомпозиција кривичног дела као што је злоупотреба службеног положаја из чл. 359 КЗ, због тога што се оно протезало и на област привреде, (или да се изврше интервенције код неких кривичних дела код којих превише широка криминална зона) те уместо да пружа ефикаснију кривичноправну заштиту, угрожава неке важне вредности и интересе грађана и друштва. Поред тога, било је неопходно отклонити и непрецизности законског текста и омашке до којих је дошло доношењем Закона о изменама и допунама Кривичног законика 2009. године што је довело до проблема у судској пракси (нпр. чл.

182, 222, 236 ст 1. и сл.). Одређене интервенције су нужне и због усклађивања са другим законима који садрже и појмове од значаја за прописивање кривичних дела. У овом раду приказаћемо само неке битне и нове измене које се тичу нових кривичних дела, јер нема простора а нити је то потребно да се на овом месту опширно износе све измене, јер се то може наћи у појединим коментарима КЗ.

3.2. ***Угрожавање сигурности*** (чл. 138). У чл. 138 ст. 3 КЗ није дошло до брисања овог става, како је то предложено, него само до одређене допуне и уједно је дошло до адекватнијих запрећених казни, које одговарају тежини дела. Допуном је одређено у ст. 3, да поред заштите која се пружа у закону наведеним, да та иста заштита важи и за „адвоката и полицијског службеника". Наровано, заштита је одређена када је везана за послове које обавља. У погледу казне, оне су значајно ублажене или боље рећи прилагођене природи и тежини ових дела. Тако је за дело из ст. 1 одређена новчана казна или казна затвора до једне године. У ст. 2. Када је дело учињено према више лица или од стране више лица или је дело изазвало узнемиреност грађана или друге тешке последице, предвиђена је казна затвора од три месеца до три године, а за став 3, предвиђена је казна затвора од шест месеци до пет година. Гоњење за сва три облика овог дела предузима се по службеној дужности.

Надамо се да ће убудуће законодавац имати у виду код измена Законика и Образложење предлога за измене КЗ, од 2012, којим се предлаже брисање ст. 3 чл. 138 КЗ. Наиме, у чл. 13. Закона, било је предвиђено да се брише најтежи облик кривичног дела из члана 138. ст. 3. Кривичног законика. До измена из 2009 године, овај најтежи облик из ст. 3. чл. 138. КЗ, у нашем кривичном законодавству није постојао. Основна примедба је, поред претераних репресивних тежњи, да се у групу кривичних дела која пружају кривично правну заштиту основним правима и слободама човека и грађанина, уграђује заштита и државних функционера и новинара, која су иначе, када су у питању судије и тужиоци, покривена чл. 336б. Остали угрожени када то није везано за функцију су грађани и имају равноправан третман у заштити без дискриминације, тако да им није потребна „посебна заштита". Код угрожавања сигурности „осећај страха и угрожености" се не процењује објективно, већ како је угрожени то доживио, док се код заштите разних носилаца државних, јавних функција процењује напад на носиоца те функције[33].

[33] Наведено је да овај облик одраз претерано репресивних тежњи и има карактеристике вербалног политичког деликта, па му и није место у Глави четрнаестој Кривичног законика јер су у њој прописана кривична дела ради заштите основних права и слобода човека и грађана, а не права државних функционера и новинара. Што се судија и тужи-

3.3. ***Ометање правде*** (чл. 336б). Члан 30. Закона о изменама, предвиђа измену кривичног дела из члана 336б став 2. Кривичног законика. Предложеном изменом изједначавају се и адвокати са судијом, тужиоцем или његовим замеником у погледу пружања кривичноправне заштите у вршењу адвокатске службе, јер је она од подједнаког значаја за несметан рад правосуђа. Овим делом „ометањем правде", се у ствари врши двострука заштита јер је слична или иста одредба предвиђена у чл. 138 КЗ.

Недозвољено јавно коментарисање судских одлука (чл. 336а) је избрисан![34] Изменама КЗ, је правилно брисан чл. 336а – недозвољено јавно коментарисање судских одлука. Иначе ова инкриминација је могла да доведе сваког па и оног ко се бави научним радом до кривичне одговорности због јавног коментарисања судске одлуке, која није правоснажна. Ово дело је иначе уведено код изменама и допуна КЗ из 2009. Реч је о непотребној инкриминацији која ограничава и слободу испољавања мишљења а ограничава и слободу медија. Постојање кривичног дела зависи од процене суда да ли је „јавна изјава у средствима јавног информи-

---

лаца тиче, свака претња упућена њима већ је инкриминисана кривичном делом из члана 336б (ометање правде). Код кривичног дела из члана 138. реч је о изазивању осећања несигурности, а да при томе није одлучно да ли је безбедност лица коме је претња упућена била и објективно угрожена. Пре измена и допуна Кривичног законика из 2009. године основни облик кривичног дела угрожавања сигурности је био запрећен казном затвора до једне године, а тежи облик затвором од три месеца до три године, а сада је предвиђена осетно строжа казна (основни облик затвор до три године, а тежи од три месеца до пет година). Имајући то у виду, није било оправдано прописивати и најтежи облик учињен према носиоцима извршне и судске власти и новинарима који је запрећен казном затвора од једне до осам година (иста казна је, на пример, прописана за кривично дело убиства на мах). Може се поставити и питање нису ли тиме дискриминисани сви остали грађани, јер произлази да је осећање сигурности наведених лица много вредније и значајније. Околност коме је претња упућена могла би се евентуално узети у обир приликом одмеравања казне, а ако се ради о озбиљном угрожавању то би могло да представља припремне радње за кривично дело убиства представника највиших државних органа (члан 310. Кривичног законика) које су кажњиве у складу са чланом 320. Кривичног законика. Ако је, пак, у питању таква претња која би се могла оквалификовати као покушај дела из члана 310. Кривичног законика, онда су такви случајеви запрећени адекватном казном. Неприхватљиво је да се за припремање убиства представника највиших органа власти може изрећи затвор од једне до пет година, а ако им се само угрози сигурност претњом, онда је запрећено казном затвора до осам година. То је и најважнији разлог за укидање овог квалификованог облика. Реч је о очигледној неусклађености јер према прописаној казни произлази да је припремање убиства наведених лица лакше дело, него претњом угрозити њихов осећај личне сигурности. О овом образложењу убудуће треба водити рачуна. Образложење уз Предлог измена и допуна КЗ из 2012.

[34] Чланом 29. Закона о изменама и допунама КЗ, 2012, брише се кривично дело из члана 336а Кривичног законика.

сања" (и сама ова формулација из законског описа кривичног дела није адекватна) дата у намери да се повреди претпоставка невиности или независности суда. То може водити забрани коментарисања у средствима јавног информисања сваког поступка пред судом. Некоректно извештавање појединих медија о неким судским поступцима и давање неадекватних изјава од стране појединаца не могу да оправдају кривичноправну репресију, нити се пак њоме може решити проблем некоректног коментарисања судских поступака у медијима.

*3.4. **Декриминализација клевете*** (чл. 171 КЗ). Једно од веома спорних питања у кривичном праву јесте декриминализација кривичног дела клевете из чл. 171 КЗ (чл. 14. Измена). Иако је ово кривично дело укорењено у кривичном законодавству савремених држава, а у теорији и пракси није било спорно, није оправдано да се под притиском средстава информисања[35], брише из кривичног законика, наиме „ко за другог износи или проноси штогод неистинито, што може шкодити његовој части и угледу".

*3.5. **Недозвољене полне радње*** (чл. 182). Ово кривично дело говори о *блудним радњама*. Чланом 15. Закона исправља се грешка учињена Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године која је довела до тога да је за недозвољене полне радње према детету прописана строжа казна него за случај када су те исте радње учињене према детету од стране наставника, васпитача, родитеља и других наведених лица. Након измена чл. 182 гласи:

(1) „Ко под условима изу чл. 178 ст. 1 и 2, 179 ст. 1. и 181 ст. 1 и 2, овог законика изврши неку другу полну радњу, казниће се новчаном казном или затвором до три године.
(2) Ко под условима из чл. 180 ст. 1. и члана 181. став 3. овог законика изврши неку другу полну радњу, казниће се затвором од шест месеци до пет година".

*3.6. **Разбојништво*** (чл. 206). Чланом 16. Закона код привилегованог облика разбојништва у члану 206. став 4. Кривичног законика мења се граница у погледу вредности одузете ствари ради усклађивања са кривичним делом ситне крађе, утаје и преваре код кога се та граница снижава, са петнаест на пет хиљада динара. (члан 18. Закона).

*3.7. **Договарање исхода такмичења*** /чл. 208б/. И овде се ради о својеврсној превари. Чланом 17. Закона у Кривични законик се додаје нови члан 208б којим се прописује ново кривично дело – договарања исхода

[35] У образложењу Закона, се наводи да је то учињено под притиском великог броја удружења и стручне јавности, а нарочито новинарских удружења.

такмичења. Ова појава је присутна у пракси и оправдава кривичноправну интервенцију, а у већини случајева не може да се подведе под законски опис неког другог кривичног дела (пре свега преваре). Стога је било потребно прописати ново кривично дело које има основни, тежи и најтежи облик, а посебно је инкриминисан и покушај основног облика с обзиром да он према општим одредбама о кажњавању за покушај не би био кажњив.

Радња овог дела је договарање исхода спортског или другог такмичења, у намери да себи или другом прибави имовинску корист (ст. 1)[36].

Објекат заштите (заштитни објект) је регуларност такмичења и имовина.

Облик кривице је директни умишљај.

Намера је обавезан елеменат дела, као појачан субјективни елеменат на вољном плану.

За покушај дела из става 1. овог члана казниће се... (ст. 4)

Тежи облици су везани за имовински цензус, наиме за ст. 2, ако имовинска корист прелази 450.000 динара, а ст. 3, ако имовинска корист прелази 1.500.000 хиљада динара.

Предвиђена је кумулативна кажњивост и то затвор и новчана казна, за сва три облика.

Ст. 1. За основни облик казна затвора од шест месеци до три године и новчана казна.

Ст. 2. За тежи облик казна затвора од једне до осам година и новчана казна,

Ст. 3. За најтежи облик, казна затвора од две до десет година и новчана казна.

Иако постоји основа за законодавца да инкриминише – уговарање исхода такмичења, чл. 208 б, изгледа да ова инкриминација није таквог степена друштвене опасности, нити је у толикој мери изражена тежина дела и степен угрожавања заштићеног добра, а заштитни објекат је регуларност такмичења и заштита имовине, да би било нужно предвидети тако високе казне за ово дело, поготово што је уз казну затвора обавезно предвиђена и новчана казна[37].

---

[36] „Имовинску корист" треба схватати сходно одредби чл. 112 ст. 36. КЗ, али са Изменама од 2012, где се уместо речи „имовином се", замењује речима „имовинска корист је". Дакле, „Имовинска корист је добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво и ...."

[37] Предвиђене казне затвора би биле адекватније нпр. у ст. 1. до 1 године, без назначења најмање мере, ст. 2. од 3 месеца до 3 године, а у ст. 3, од 6 месеци до 5 година, уз новчану казну за све облике дела.

3.8. ***Ситна крађа, утаја и превара*** (чл. 210 ст. 2). Чланом 18. Закона предвиђа се нижа граница у погледу новчаног износа код кривичног дела ситне крађе, утаје и преваре, са петнаест хиљада се снижава граница на пет хиљада динара, чиме се проширују основни облици кривичних дела крађе, утаје и преваре. Осим у погледу прописане казне, то ће значити и то да се један део ових кривичних дела неће више гонити по приватној тужби, већ по службеној дужности. У пракси је запажен осетан пораст вршења нарочито ситног дела крађе код којег је фактички дошло до декриминализације јер за оштећеног гоњење по приватној тужби представља осетан терет, па учиниоци често и калкулишу са тим да вредност одузетих ствари не пређе износ од петнаест хиљада динара. Разлог за снижавање ове границе јесте и низак животни стандард, јер за многе оштећене износ од петнаест хиљада динара није мали износ.

3.9. ***Неуплаћивање пореза по одбитку*** (чл. 229а). Чланом 20. Измена закона, осим што је адекватније дат опис кривичног дела из члана 229а став 1. Кривичног законика он је допуњен тиме што обухвата и неплаћање доприноса или других дажбина. Овде се ради о намерном избегавању плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање по одбитку или других прописаних дажбина, од стране одговорног лица у правном лицу – порески платац, као и предузетнику – пореском платиоцу. У доприносе спада и издвајање за пензионо, а друге дажбине би биле обавезе које се обрачунавају за незапослене и сл.

У ст. 4. за ово дело је била предвиђена и мера безбедности – забране вршења, позива делатности или дужности, али је изменама одређено брисање одредба става 4. наведеног члана, јер није у складу са општим одредбама члана 85. Кривичног законика које прописују ову меру безбедности и која се изриче на основу њих.

3.10. ***Злоупотреба положаја одговорног лица*** (чл. 234). Најзначајнија измена је увођење новог кривичног дела уместо постојећег кривичног дела – несавесног рада у привредном пословању из члана 234. Кривичног законика које се као превазиђено и непотребно укида јер је својевремено уведено у настојању да се пружи појачана заштита друштвеној својини и у оним случајевима када не постоји намера да се себи или другоме прибави било каква корист (не познаје га ниједно кривично законодавство европских земаља), новим текстом члана 234. Кривичног законика уводи се кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица. Увођење овог кривичног дела јесте последица потребе да се направи битна разлика између одговорног и службеног лица што сада није случај. Наиме, кривично дело злоупотребе службеног положаја из члана 359.

Кривичног законика у потпуности изједначава службено и одговорно лице. То нема своје криминалнополитичко оправдање јер су службено и одговорно лице два различита субјекта која имају различита овлашћења и то у различитим областима. Док службено лице делује у органима управе обављајући своје службене функције, одговорно лице врши одређени круг послова у управљању и деловању субјекта привредног пословања. Осим сужене криминалне зоне код законског описа овог кривичног дела, с обзиром на то да се захтева да је прибављена противправна имовинска корист, а не било каква корист (као код службеног лица) и прописивања нешто нижих казни, сужавању криминалне зоне код овог кривичног дела допринеће и другачија формулација одредбе која даје значење израза „одговорно лице" (члан 112. став 5. Кривичног законика) јер тај појам више не обухвата власника који истовремено не обавља и послове и функцију одговорног лица.[38]

а) ***Ново дело злоупотреба положаја одговорног лица*** – *чл. 234.* је идентично са делом из чл. 359 КЗ. с тим што се у овој законској одредби тражи да се описаним радњама *одговорног лица,* „прибави себи или другом физичком или правном лицу *противправна* имовинска корист или другом нанесе имовинска штета". Дакле, овде се убацује елеменат „противправност", што значи да је потребан и субјективни однос и на овај елеменат, који се у сваком конкретном случају мора утврђивати, а не само се ослонити на елеменат противправности као саставни елеменат општег појма кривичног дела. Елеменат противправности је овде логичан, јер у привредном пословању главни мотив је стицање добити, али не и противправно. Висина казни за основни и теже облике је правилно постављена, јер је ово дело природно мање друштвено опасно, и нешто блаже од злоупотребе службеног положаја од стране службених лица.

Овако одређено ново кривично дело, са својом структуром, захтевало је и прецизније одређивање појма одговорног лица, а најважнија разлика у односу на постојеће решење јесте та што се власник субјекта привредног пословања самим тим не сматра и одговорним лицем, осим ако не врши одређене функције и послове које му дају својство одговорног лица, што је у складу са препорукама Групе држава за борбу против корупције Савета Европе (GRECO). Чл. *234. „Злоупотреба положаја одговорног лица.*

(1) Одговорно лице које искоришћавањем свог положаја или овлашћења, прекорачењем граница свог овлашћења или невршењем своје

[38] Види чл 12 ст. 4 и 5, Закона о изменама и допунама КЗ, од 2012.

дужности прибави себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или другом нанесе имовинску штету, казниће се затвором од три месеца до три године.

(2) Ако је извршењем дела из става 1. овог члана прибављена имовинска корист у износу преко четиристо педесет хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од шест месеци до пет година`

(3) Ако вредност прибављене имовинске користи прелази износ од милион и петсто хиљада динара учинилац ће се казнити затвором од две до десет година."

б) Структура кривичних дела из области привреде. Када се погледа структура ових дела, намеће се питање озбиљне и темељите реформе бројних инкриминација, која не може бити ни лака ни брза, јер тај проблем исто имају и земље са развијеном тржишном економијом и функционалним правним системом. Дакле, кривичним делима из области привреде убудуће треба посветити дужну пажњу и избацити заштиту кривичним правом, где то није нужно, и где се грађанскоправним мерама може решити одређени правни проблем. То је императив који произлази из тржишне привреде, а посебно што у том систему пословања владају строги закони тржишта, а у пословање се улази са неминовним већим или мањим тржишним ризиком, са колективним одлукама и у правилу са више учесника. Закони тржишта могу да потиру и свест и вољу, ма каква она била, па се често поставља питање доказивања субјективног односа учиниоца према делу. Осим тога резултати пословања се мере у средњорочним или дугорочним плановима, а не сепаратно и појединачно, а кратки потези у правилу не доносе корист, већ резултат треба да стиже касније у планираном периоду. Због тога сматрам да би се убудуће инкриминације у области привреде морале радити тимски уз консултације са најбољим стручњацима из области економије.

3.11. ***Злоупотребе службеног положаја*** (чл. 359). У Посебном делу Законика, једна од најнужнијих и најприхватљивијих интервенција је у кривичном делу из чл. 359 – злоупотребе службеног положаја, где се брише „одговорно лице", као потенцијални извршилац дела, јер је његова делатност везана искључиво за привредно пословање[39]. Одвајањем из овог дела као извршиоца одговорно лице, било је нужно проширити и прецизније одредити појам службеног лица и страног службеног лица, што је учињено у складу са препорукама Групе држава за борбу против корупције Савета Европе (GRECO).

[39] За ово решење овај аутор се залагао у два своја научна рада, „Кривично дело злоупотребе службеног положаја", Научни скуп, Копаоник, 2008, и „Принцип законитости и кривично дело злоупотребе службеног положаја", Гласник, АК Војводине, бр. 1. 2010.

Брисањем из члана 359. став 1. Кривичног законика, одговорно лице као потенцијални извршилац дела, законодавац је оправдано прописао ново кривично дело (чл. 234. Кривичног законика) за одговорно лице које се чини у привреди, у привредном пословању, због значајних разлика између појма одговорног и службеног лица и послова које они обављају, те објекту заштите. Док је код службеног лица широка кривичноправна заштита оправдана, када је у питању заштита „службе", па сва савремена европска кривична законодавства познају ову инкриминацију (с тим што је она на различите начине предвиђена у појединим законодавствима, тј. законодавства се разликују у погледу њеног назива и формулације), у погледу одговорног лица ситуација је битно другачија. Наиме, постојећа инкриминација из члана 359. Кривичног законика се у односу на њих показује прешироком јер може да обухвати и случајеве привредног пословања које се обавља у складу са прописима који регулишу то пословање. Зато је било неопходно прописати ново кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица, а код кривичног дела из члана 359. Кривичног законика као извршиоца предвидети само службено лице.

*3.12. **Злоупотреба у вези са јавном набавком*** (чл. 234а). Чланом 22. Закона уноси се у Кривични законик члан 234а којим се прописује ново кривично дело *злоупотребе у вези са јавним набавкама*. Имајући у виду проширеност и друштвену штетност овог понашања законски опис овог кривичног дела је постављен веома широко. Полазећи од тога да се злоупотребе у области јавних набавки по правилу врше тако што у томе учествују и наручилац и понуђач, осим одговорног лица у понуђачу, прописан је и облик код којег се као извршилац појављује одговорно или службено лице у наручиоцу. Прописан је и тежи облик с обзиром на висину вредности јавне набавке.

„Злоупотреба у вези са јавном набавком
Члан 234а

(1) Одговорно лице у предузећу или другом субјекту привредног пословања које има својство правног лица или предузетник, који у вези са јавном набавком поднесе понуду засновану на лажним подацима, или се на недозвољен начин договара са осталим понуђачима, или предузме друге противправне радње у намери да тиме утиче на доношење одлука наручиоца јавне набавке, казниће се затвором од шест месеци до пет година.

(2) Казном из става 1. овог члана казниће се одговорно или службено лице у наручиоцу јавне набавке које искоришћавањем свог поло-

жаја или овлашћења, прекорачењем границе свог овлашћења, или невршењем своје дужности крши закон или друге прописе о јавним набавкама и тиме проузрокује штету јавним средствима.

(3) Уколико је дело из ст. 1. и 2. овог члана учињено у вези са јавном набавком чија вредност прелази износ од сто педесет милиона динара, учинилац ће се казнити затвором од једне до десет година.

(4) Учинилац из става 1. овог члана који добровољно открије да се понуда заснива на лажним подацима или на недозвољеном договору са осталим понуђачима, или да је предузео друге противправне радње у намери да утиче на доношење одлука наручиоца пре него што он донесе одлуку о избору понуде, може ослободити од казне."

3.13. Чланом 23. Измена закона, врши се усклађивање кривичног дела фалсификовање знакова за обележавање робе, мера и тегова из члана 245. Кривичног законика са Законом о метрологији. Наслов изнад члана и члан 245. мењају се и гласе:

„Фалсификовање знакова, односно државних жигова за обележавање робе, мерила и предмета од драгоцених метала" Члан 245.

(1) Ко у намери да их употреби као праве, направи лажне печате, жигове, марке или друге знакове за обележавање домаће или стране робе којима се жигошу дрво, стока или каква друга роба или ко у истој намери такве праве знакове преиначи или ко такве лажне или преиначене знакове употреби као праве, казниће се новчаном казном или затвором до три године.

(2) Ко у намери да их употреби као праве направи лажна уверења о одобрењу типа мерила и уверења о оверавању мерила, односно жигове и друге знакове усаглашености којима се жигошу мерила и предмети од драгоцених метала у смислу прописа којима се уређују метрологија и контрола предмета од драгоцених метала или ко у истој намери оригинал уверења, односно праве државне жигове и друге знакове усаглашености преиначи или ко таква лажна или преиначена уверења, односно државне жигове и друге знакове усаглашености употреби као праве, казниће се новчаном казном или затвором до две године.

(3) Лажна уверења, државни жигови и знакови, мерила и предмети од драгоцених метала одузеће се".

3.14. У бројним члановима Законика вршене су одређене техничке интервенције које имају и материјално правни значај.

- Тако је у чл. 247 *омогућавање уживања опојних дрога*, став 4, који одређује да се неће казнити здравствени радник који у оквиру пружања медицинске помоћи омогући употребу опојних дрога – брише

као непотребан. Та одредба која прописује да се неће казнити здравствени радник који у оквиру медицинске помоћи омогућава *употребу опојних дрога* која је унета Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године је потпуно непотребна, јер то и иначе није кривично дело зато што му недостаје противправност. И када то не би било изричито дозвољено (члан 64. Закона о психоактивним контролисаним супстанцама), то би произлазило из општеусвојеног става теорије и праксе[40].

- Затим је избрисан чл. 312 – *тероризам,* из главе двадесет осме, која одређује кривична дела против уставног уређења и безбедности земље. Брисање члана 312. Кривичног законика је последица прописивања кривичног дела тероризма на јединствен начин, без обзира да ли је оно учињено против Републике Србије, стране државе, или међународне организације (члан 391. Кривичног законика). Услед овог су извршене нужне измене које су правнотехничке природе у чл. 319 и 321 Кривичног законика .
- Затим су отклоњене нелогичности у чл. 346 ст. 7. Кривичног законика. Изменама извршеним 2009. године. Наиме, у ст. 6 истог члана предвиђена је могућност ослобођења од казне за организатора, тим пре је то, под одређеним условима, оправдано предвидети и за припадника групе или припадника организоване криминалне групе. Дакле, изменама је предвиђена могућности ослобађања од казне и припадника групе (чл. 346 ст. 7). Истовремено је отклоњена и омашка у ставу 7. (код запрећене казне два пута се понавља новчана казна).
- *Фалсификовање исправе*, у чл. 355 ст. 1 КЗ, уместо речи „неистиниту" замењује се речју „преиначену"[41].
- *Трговина људима* (чл. 388). Чланом 38. Закона исправља се грешка код кривичног дела трговине људима из члана 388. Кривичног законика, тако да је била предвиђена строжа казна када се дело изврши према детету, него у случају када се том детету још нанесе и тешка телесна повреда. Дакле, члан 388. став 4. мења се и гласи:

„(4) Ако је услед дела из ст. 1. и 2. овог члана наступила тешка телесна повреда неког лица, учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година, а ако је наступила тешка телесна повреда малолетног лица услед дела из става 3. овог члана, учинилац ће се казнити затвором најмање пет година."

[40] Образложење уз Предлог Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2012.

[41] Чл. 34 Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2012.

3.15. Недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материјала (чл. 348). Чланом 32. Закона се мења члан 348. Кривичног законика који је после доношења Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године стварао врло озбиљне проблеме у судској пракси. Пре свега, прописивање неовлашћеног ношења оружја и других предмета овог кривичног дела као најтежег облика са прописаном веома строгом казном отворило је дилему да ли то кривично дело постоји и у случају када неко има дозволу за држање оружја. Иако су неки судови сматрали да се у том случају ради само о прекршају прописаном у Закону о оружју и муницији, други су заузели став да је у питању овај најтежи облик кривичног дела. Као даљи проблем, јавило се питање оправданости изједначавања неовлашћеног ношења оружје оних који имају дозволу за држање оружја са онима који ту дозволу немају. Најзад, прописана казна (од две до дванаест година) довела је до тога да ово дело по тежини буде значајније од оног које се врши употребом тог оружја (на пример, убиство на мах) и са којим се оно налази у стицају. Зато је неопходно да се направи значајна разлика у прописаној казни између оних који неовлашћено носе оружје, а имају дозволу за његово држање, од оних који ту дозволу немају, као и да се предвиди нешто нижа казна за најтежи облик који би могли да изврше само они који неовлашћено носе оружје немајући ни дозволу за његово држање.[42]

Као последица овог, пооштрена је казна из ст. 3 тако да сада стоји од 2 до 10 година, а у ст. 4 је снижен горњи ниво казне са 12 на 10 година. После ст. 4 додан је нови ст. 5 – ко неовлашћено носи предмете дела из става 1. овог члана за чије набављање и држање има одобрење надлежног органа, казниће се затвором од шест месеци до пет година. Досадашњи ст. 5 постаје ст. 6.

3.16. Лажни азиланти. Свако време доноси и нове проблеме. Отварањем према Европској унији и безвизни режим, омогућује кретање људи и са овог простора на простор Европске уније. То је довело до лажних захтева за пријаву у иностранству да би се докопали посла социјалне помоћи и сл. а приказујући да су били политички дискриминисани у земљи из које долазе. Ово понашање је узело маха, попримило је карактеристике једне друштвено негативне појаве, на шта су указивале стране владе, па чак и запретиле поновним увођењем виза за грађане Србије, због чега је овакво понашање било потребно инкриминисати и

[42] Образложење уз Предлог Закона о изменама и допунама кривичног законика, 2012.

предвидети као ново кривично дело. Дакле, да би се спречило злоупотребљавање права азила било је неопходно из криминално-политичких разлога такву појаву третирати и с кривичноправног аспекта. Чланом 33. Закона допуњује се Кривични законик чланом 350а, на тај начин што се уводи ново кривично дело омогућавања злоупотребе остваривања **права азила** у страној држави. Потреба да се пропише ово кривично дело је настала да би се инкриминисале радње помагања нашим држављанима који злоупотребљавају могућност добијања азила у страној држави, као што је организовање њиховог путовања у иностранство са намером прибављања имовинске користи, или им на други начин омогућавају злоупотребу права на тражење азила у страној држави. У чл. 33 Измена закона, после члана 350, додат је нови чл. 350а и то:

„Омогућавање злоупотребе остваривања права азила у страној држави

Члан 350а

(1) Ко у намери да себи или другом прибави какву корист, врши или организује транспорт, пребацивање, прихват, смештај, скривање или на други начин омогућава да држављанин Србије лажним приказивањем угрожености његових људских права и слобода, у страној држави затражи азил, казниће се затвором од три месеца до три године.

(2) Ако је дело из става 1. овог члана учињено од стране групе или злоупотребом овлашћења, учинилац ће се казнити затвором од шест месеци до пет година.

(3) За дело из става 2. овог члана организатор ће се казнити затвором од једне до осам година.

(4) Предмети, превозна и друга средства намењена или употребљена за извршење дела из ст. 1. до 3. овог члана, одузеће се."

3.17. Примање мита *(чл. 367)* ***и давање мита*** *(чл. 368).* Измене у овим члановима[43] извршене су на начин да се допуњују одредбе чл. 367. и 368. Кривичног законика које прописују кривична дела примање и давање мита, тако што се проширује законски опис тиме што се ова кривична дела могу извршити не само у *оквиру свој овлашћења*, *него и у вези са њим,* што је у складу са препорукама Групе држава за борбу против корупције Савета Европе (GRECO). Осим тога, брише се и став 6. у члану 368. Кривичног законика, такође у складу са тим препорукама, који је предвиђао могућност враћања мита лицу које га је дало.

3.18. ***Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом.*** У области кривичних дела против *човечно-*

[43] Чл. 36. и 37. Закона о изменама и допунама Кривичног законика, 2012.

сти и других добара заштићених међународним правом извршено је више измена и допуна[44], а најважније су оне које полазе од нове концепције кривичних дела тероризма. Пре свега, у члану 391. Кривичног законика одређено је основно дело тероризма (без обзира да ли је управљено против Републике Србије, стране државе или међународне организације) са бројним облицима радње извршења. Ово кривично дело, као и нова кривична дела тероризма као што је јавно подстицање на извршење терористичких дела (члан 391а Кривичног законика), вербовање и обучавање за вршење терористичких дела (члан 391б Кривичног законика), употреба смртоносне направе (члан 391в Кривичног законика), уништење и оштећење нуклеарног објекта (члан 391г Кривичног законика) и терористичко удруживање (члан 393а Кривичног законика) унета су и усклађена са низом конвенција којима је циљ спречавање аката тероризма, а посебно са Конвенцијом Савета Европе из 2005. године коју је Република Србија ратификовала 2009. године и Оквирном одлуком Савета Европске Уније о борби против тероризма од 13. јуна 2002. године која је измењена Оквирном одлуком Савета Европске уније од 28. новембра 2008. године. Прописивањем тих кривичних дела пружа се широка кривичноправна заштита од свих радњи које имају карактер терористичког акта или представљају припремну радњу за њега.

Чланом 39. Закона брише се члан 390а Кривичног законика јер је кривично дело угрожавања лица под међународном заштитом, са нешто другачијом формулацијом, сада предвиђено у члану 392. Кривичног законика.

4. Измене и допуне Кривичног законика од 2013.

4.1. Закон о изменама и допунама Кривичног законика од 2013[45], условили су проблеми који су досегли ниво друштвено негативне појаве која омета рад и функционисање те обављање послова од јавног интереса, неких јавних предузећа. Наиме, из иницијатива јавних предузећа; „Електропривреда Србије", „Електромреже Србије" и „Железнице Србије", којим се тражи кривичноправна заштита – произлази да се последњих година дешава велики број кривичних дела крађе јавних уређаја, оштећења и уништења објеката и уређаја преносног или дистрибутивних система електричне енергије, односно уређаја, инфраструктуре и превозних средстава у железничком саобраћају, чиме се

[44] Чл. 40. до 44. Закона о изменама и допунама, Кривичног законика, 2012.

[45] „Службени гласник РС", бр. 104/13, од 26 новембра 2013, на снази од 3. децембра, 2013.

наноси вишемилионска штета овим системима и онемогућава редован рад ових предузећа, чија је делатност од посебног значаја за живот грађана Републике Србије и функционисање привреде.

У вези са наведеним изменама и допунама закона, поред прецизирања и пооштравања казне за кривична дела: тешка крађа (члан 204. КЗ), уништење или оштећење јавних уређаја (члан 279. КЗ) и угрожавање јавног саобраћаја опасном радњом и опасним средством (члан 290. КЗ), а имајући у виду да се украдене ствари које су предмет извршења наведених кривичних дела продају преко нелегалних отпада или лица која се баве откупом таквих ствари, одређена је и допуна кривичног дела прикривање из члана 221. Кривичног законика, којом се предвиђа и већа казна за прикривање ствари које представљају јавни уређај за воду, канализацију, топлоту, гас, електричну или другу енергију или уређаје система јавног саобраћаја и веза, као и делова тих уређаја.

Оваково друштвено штетно понашање је потребно хитно сузбити, јер се ради о добрима од виталног значаја за функционисање одређених привредних система важних за нормалан живот људи. Прецизнијим одређивањем ових измена и пооштравањем казне за кривична дела крађе јавних уређаја, оштећења и уништења објеката и уређаја преносног или дистрибутивних система електричне енергије, односно уређаја, инфраструктуре и превозних средстава у железничком саобраћају – биће омогућена боља заштита имовине јавних предузећа чија је делатност од посебног интереса за живот.[46] Изменама закона по хитном поступку законодавац се нада да ће се пооштреним казнама извршити утицај на потенцијалне извршиоце наведених кривичних дела да их убудуће не врше, чиме се остварује генерална превенција као циљ кривичног законодавства.

4.2. Тешка крађа (чл. 204). Досадашњи став 2, чл. 204 КЗ, дели се на два става и проширује се инкриминација тешке крађе, ако је украдена ствар јавни уређај за воду, канализацију, топлоту, гас, електричну или другу енергију или уређаје система јавног саобраћаја и веза, односно делове тих уређаја, и то без обзира на вредност украдене ствари. Након измена ст. 2 и ст. 3 чл. 204 гласи:

„(2) Казном из става 1. овог члана казниће се и учинилац дела крађе ако вредност украдених ствари прелази износ од четристопедесет хиљада динара."

После става 2. Додаје се нови став 3. који гласи:

„(3) Казном из става 1. овог члана казниће се и учинилац дела крађе, без обзира на вредност украдене ствари, ако украдена ствар представља

[46] Образложење, уз Предлог Закона о изменама и допунама КЗ, од 2013.

културно добро, односно добро које ужива претходну заштиту или природно добро или украдена ствар представља јавни уређај за воду, канализацију, топлоту, гас, електричну или другу енергију или уређаје система јавног саобраћаја и веза, односно делове тих уређаја."

4.3. Прикривање (чл. 221). Овим делом се санкционише онај ко: прикрива, протура, купује, прима у залогу или на други начин прибавља, ствар за коју зна или је могао знати да је прибављена кривичним делом. Пошто се одређује кривичноправна заштита напред наведеним добрима од виталног значаја за функционисање одређених привредних система важних за нормалан живот људи, изменама и допунама КЗ се предвиђа кажњивост и за ове радње, које могу бити предмет прикривања. Тако се став 4. у члану 221 допуњује на начин да после речи: „претходну заштиту" додају се речи: „или прикривена ствар представља јавни уређај за воду, канализацију, топлоту, гас, електричну или другу енергију или уређаје система јавног саобраћаја и веза, односно делове тих уређаја". Казна затвора је остала иста од шест месеци до пет година

4.4. Уништење или оштећење јавних уређаја (чл. 279). Након измена став 1. гласи, „(1) Ко уништи, оштети, измени, учини неупотребљивим или уклони јавни уређај за воду, канализацију, топлоту, гас, електричну или другу енергију или уређаје система јавног саобраћаја и веза, односно делове тих уређаја, казниће се затвором од три месеца до пет година". Овде је превиђена кажњивост без обзира да ли је проузрокован поремећај у животу грађана или функционисању привреде.

Уколико је наступила последица у виду проузроковања поремећаја у животу грађана или у функционисању привреде, односно јавног саобраћаја, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година.

Изменама је и брисан ст. 2 чл. 279 КЗ, који је предвиђао блаже кажњавање ако је кривично дело учињено из нехата.

4.5. У одредбама чл. 288 – *тешка дела против опште сигурности*, због измена у чл. 279 ст. 2 , ове одредбе су брисане[47].

4.6. У чл. 290 – *угрожавање саобраћаја опасном радњом и опасним средством*, у ст. 1 тог члана уводи се и инкриминација, „заустављањем превозног средства у железничком саобраћају противно прописима[48]., имајући у виду учестале појаве противправног заустављања превозног средства у железничком саобраћају.

[47] Види чл. 4, Закона о изменама и допунама кривичног законика, 2013.

[48] Види чл. 5, Закона о изменама и допунама кривичног законика, 2013.

Закључна разматрања

Кривични законик од 2005. године, по својој структури и систематици када је у питању Општи део, дуготрајнија је историјска и цивилизацијска тековина и вредност, због чега се приликом законских измена извршених, 2012. и 2013, године водило рачуна. Иако су у њему уграђена важећа кривично-догматска решења, од којих не треба одступати, понекад су потребне ситније интервенције. У посебном делу живот ће наметати и нова и другачија решења.

Иако кривичноправним мерама треба прибегавати као крајњем средству (*ultima ratio*), а уз то постоји опште познати став да законе не треба често мењати, јер се у таквим случајевима доводи до правне несигурности грађана, а тиме до непоштовања правног поретка у целини, постоји оправдање да се изврше одређене измене у општем делу, које не нарушавају систематска решења, па и нове инкриминације у посебном делу. У Општем делу КЗ, вршене су одређене интервенције, које су значајне јер омогућавају суду лакшу примену закона (одредбе о кућном затвору и др.) али и отклањањем ранијих лоших решења учињених приликом измена, нарочито оних из 2009 године.

Када је у питању – посебни део кривичног права, за разлику од општег, због тога што доноси динамика живота и ново доба, постоји оправдање да се поједине инкриминације прилагођавају томе и да се уведу одређена нова кривична дела (нпр. злоупотреба у јавним набавкама и др.), али и да се изврши декриминализација неких анахроних кривичних дела где кривичноправна интервенција није нужна (несавестан рад у привредном пословању), и уведе уместо тога ново кривично дело – злоупотреба положаја одговорног лица, или да се изврше интервенције код неких кривичних дела код којих превише широка криминална зона, уместо да пружа ефикаснију кривичноправну заштиту, угрожава неке важне вредности и интересе грађана и друштва (злоупотреба службеног положаја), уз неопходно отклањање одређених нормативно техничких непрецизности и грешака, до којих је дошло доношењем Закона о изменама и допунама Кривичног законика 2009. године што је довело до проблема у судској пракси. Коначно, одређене интервенције су биле нужне и због усклађивања са другим законима који садрже и појмове од значаја за прописивање кривичних дела.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Кривични законик од 2005 године, по совојој структури и систематици када је у питању Општи део, дуготрајнија је историјска и цивилизацијска тековина и вредност, због чега се приликом законских измена извршених, 2012 и 2013, године водило рачуна. Иако су у њему уграђена важећа кривично-догматска решења, од којих не треба одступати, понекад су потребне ситније интервенције. У посебном делу живот ће наметати и нова и другачија решења.

Иако кривичноправним мерама теба прибегавати као крајњем средству (ultima ratio), а uz to постоји опште познати став да законе не треба често мењати, јер се у таквим случајвима доводи до правне несигурности грађана, а тиме до непоштовања правног поретка у целини, постоји оправдање да се изврше одређене измене како у општем тако и у посебном делу, које не нарушавају систематска решења. У општем делу, вршене су одређене интервенције и нормативно техничка сређивања, (одредбе о кућном затвору и др.), а одређене интервенције су биле нужне и због усклађивања са другим законима који садрже и појмове од значаја за прописивање кривичних дела, а у посебном делу поред одређених декриминализација (несавесан рад у привредном пословању), уведена су и нова кривична дела (злоупотреба у јавним набавкама, злоупотреба положаја одговорног лица и др.), што ће омогућити суду лакшу примену закона.

У целини гледано, било је потребно отклонити бројна лоша решења, учињена приликом измена, нарочито оних из 2009 године.

FINAL CONSIDERATIONS

Criminal legislation of 2005 is, by its structure and systematization, when General Part is in question, long lasting historical and civilization inheritance and value and this was taken into consideration when legal changes in 2012 and 2013 were very carefully performed . Although the valid criminal-dogmatic solutions, which should not be avoided, are incorporated in it, some smaller interventions are sometimes necessary. In the special part, life will intrude new and different solutions.

Although criminal and legal measures are considered as the final means (ultima ratio), there is a generally known attitude that laws should not be often changed because this brings to legal insecurity of the citizens and to disrespect of the legal order in general, there is an explanation that certain changes should be performed both in general and special part, those which

do not disturb the system solutions. Some interventions were performed and normative – technical assortments have been made in the general part (provisions on home temporary arrest and other) and some interventions were required because of the conformity with other laws which contain terms for the prescription of the criminal deeds and in the special part, apart from the certain discriminalizations of importance irresponsible work in economic business operations, new criminal deeds have been introduced (abuse in public procurements, abuse of person's in charge position etc.), which will enable the easier application of law to the court.

Generally, it was necessary to remove numerous bad solutions made during the performed changes, especially those made in 2009.

UDK: 340.142:343.542.5(430)

Ивана Марковић
асистент
Правни факултет Универзитета у Београду

ДИВЕРГЕНТНА СХВАТАЊА СУДСКЕ ПРАКСЕ И ТЕОРИЈЕ – О „ИНЦЕСТ-СЛУЧАЈУ" ИЗ НЕМАЧКЕ*

Апстракт

Инцест као кривично дело доспео је пре извесног времена поново у жижу стручне, а ништа мање ни ванстручне јавности. Својеврсни „окидач" оживеле расправе о оправданости инкриминисања сексуалног односа између, овде конкретно, брата и сестре, био је случај *Patrick-a Stübing*-а (Патрика Штибинга; у даљем тексту Патрик С.)[1] из Немачке, који је у међувремену постао толико препознатљив, да је завредио једноставну ознаку „инцест-случај". Томе су допринели не само његова бризантност и осетљивост теме, већ и његов пут кроз инстанце, као и много шира дискусија која се тим поводом распламсала. Овај случај је, наиме, био повод за размишљање о неким од основних питања кривичног права и његових граница: шта и у којој мери треба њиме штитити? Која је улога судова у томе? Колико је човек слободан? Како

* Рад је резултат истраживања у оквиру реализације пројекта „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ" – Правног факултета Универзитета у Београду (прилог Пројекту 2013).

[1] Иако у суштини нема потребе да се користи само име и почетно слово презимена учиниоца/подносиоца жалбе, самим тим што одлука Европског суда за људска права гласи Stübing v. Deutschland, те је његов идентитет познат широј јавности, сматрамо да расправу о кажњивости инцеста не треба свести на име једне особе, већ је поставити уопштено; отуда овакво означавање главног актера.

се кривичноправно поставити према моралним обзирима? Да ли за кривично право, са свим његовим специфичностима; понајвише због друштвено-етичког прекора који се исказује кроз најстроже могуће санкције које правни систем познаје, треба да важе другачија, строжа мерила него у другим областима јавног права? То је, заправо, суштина значаја одлука донетих и мишљења исказаних у овом случају.
Рад је подељен на осам делова. Након неколико општих напомена о инцесту, следи приказ немачке одредбе о инцесту (§ 173 StGB).[2] У трећем делу описан је случај Патрика С., који је покренуо начелну расправу која је уследила најпре у Савезном уставном суду Немачке (четврти одељак), критички анализирану у издвојеном мишљењу судије Hassemer-а, као и у немачкој теорији (пети део), да би се потом повела и пред Европским судом за људска права (шести одељак). Потпуности и упоређивања ради је у седмом делу приказана српска одредба о родоскврњењу (члан 197. КЗ), да би у осмом делу рада уследио закључак поводом значаја овог случаја и расправе коју је покренуо.

Кључне речи: инцест, Савезни уставни суд Немачке, Европски суд за људска права, родоскврњење, морал, правно добро, породица, сексуално самоодређење.

1. Неколико уводних речи о инцесту

Забрањеност инцеста има свој историјски основ у канонском праву, које је ступање у сексуалне односе и склапање брака између сродника сматрало тешким грехом за које је била предвиђена и смртна казна. Корени ове забране могу се пронаћи у 18. и 20. глави 3. књиге Мојсијеве (Левитска, *Leviticus*).[3] Старозаветним Јеврејима је ово било важно због постојеће забране егзогамије,[4] а ради заштите социјално-економске заједнице и породичног интегритета, као и због разграничења од обичаја других култура, попут староегипатске, у којима је инцест слободно

[2] У жељи да се задржи аутентичност извора и олакша касније сналажење приликом евентуалног увида у њих, одредбе страних закона и судске одлуке биће цитиране у оригиналу, односно на начин како се то чини у земљи одакле ти извори потичу.

[3] „Још рече Господ Мојсију говорећи: (...) 6. Нико да не приступа к родици својој по крви, да открије голотињу њезину. Ја сам Господ. (...) 9. Голотиње сестре своје, кћери оца својега или кћери матере своје, која је рођена у кући или изван куће, не открij голотиње њихове." Трећа књига Мојсијева, глава 18, *Свето писмо Старога и Новога завјета*, прев. Ђ. Даничић и В. Стефановић Караџић, Глас мира, стр. 111 и 112; „И рече Господ Мојсију говорећи: (...) 11. Ко би спавао са женом оца својега, обоје да се погубе; учинише срамоту; крв њихова на њих. 12. Ко би спавао са женом сина својега, обоје да се погубе; учинише срамоту; крв њихова на њих. 14. И ко би узео жену и матер њезину, зло је, огњем да се спали он и она, да не буде зла међу вама. (...) 17. Ко би узео сестру своју, кћер оца својега или кћер матере своје, видио би голотињу њезину и она би видјела голотињу његову, срамота је, зато да се истријебе испред синова народа својега; открио је голотињу сестре своје, нека носи безакоње своје." Трећа књига Мојсијева, глава 20., *ibid*., стр. 114.

[4] Забрана склапања брака изван сопствене групе.

упражњаван не само у краљевским породицама, већ и међу обичним људима.[5]

Деценијама је, дакле, у световним законима, а под утицајем црквеног права, опстајала забрана инцеста. Доба просветитељства донело је са собом прве критике на рачун кажњивости инцеста (*Baron de Montesquieu*,[6] *Cesare Beccaria*,[7] *Karl Ferdinand Hommel*[8]); према њима, он је представљао тек неморално понашање, које је у световном праву требало да остане некажњено, осим ако није могла да се докаже угроженост породице или социјално-економског окружења.[9] Сходно њиховом поимању света, казна, даље, није смела да се ограничи на одмазду, већ је морала да има и друге циљеве.[10] Па ипак, забрана инцеста је опстајала.

Временом, посебно 60-их година прошлог века, мења се схватање сексуалног морала; границе полне слободе се шире, а у складу са тим долази до декриминализације преваре у браку, хомосексуалних односа, итд. Традиционално схватање морала трансформише се у „преговарачки морал" – уколико се не заснивају на злоупотреби моћи, сви консенсуални сексуални контакти су морално легитимни.[11] Премда је он у великом броју земаља и даље кажњив, криминалнополитички дискурс прожет је захтевима за декриминализацијом инцеста.

Тај корак је већ учињен, тј. инцест није кажњив[12] у Француској,[13]

---

[5] Више о томе: М. Шкорић, Инцест у старом Египту, *Социолошки йреїлед*, 2005, стр. 431–442.

[6] B. de Montesquieu, De l´esprit des lois, p. 415 ff; цит. према: H.-J. Albrecht, U. Sieber, *Stellungsnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 2007, S. 7.

[7] C. Beccaria, Dei delitti e delle pene, Milano, p. 65; цит. према: *ibid*.

[8] K. F. Hommel, Philosophische Gedanken über das Criminalrecht, § 59, S. 121; цит. према: *ibid*., „Оженити своју сестру, то је код хришћана грех, али није грађанско неправо. Јер злочин или неправо је само оно, чиме некога вређам. (...) Нешто може да буде срамотно, нешто може да буде грешно, а да грађански ипак не буде злочин. Човек, грађанин и Христ су три различита појма." K. F. Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, Hommelische Vorrede*, S. 2., 1966.

[9] F. Palmen, Der Inzest. Eine strafrechtlich-kriminologische Untersuchung, 1968, S. 60; цит. према: *ibid*.

[10] Maurach/Zipf, *Strafrecht AT*, Teilband I, § 6 Rn. 18.

[11] M. Frommel, Die Reform des Sexualstrafrechts – strafrechtliche Konsequenzen einer veränderten Sexualmoral, symbolische Politik oder beides?, in: *Zivilrecht im Sozialstaat. Festschrift für Professor Dr. Peter Derleder*, Baden-Baden, 2005, S. 525–544.

[12] У Италији, сходно Art. 564 c.p. (*Codice Penale*), у одредби о кажњивости инцеста помиње се „изазивање јавног скандала", чије је догматско окарактерисање, као обележја бића кривичног дела или као објективног услова кажњивости, спорно.

[13] У Француској, оно је декриминалозивано 1791. године, а није унето ни у *Code Napoleon* из 1810. године.

Холандији,[14] Русији,[15] Шпанији, Турској,[16] Кини.[17] Остварење других обележја бића/неправа, попут злоупотребе позиције (над)моћи, употреба силе или претње, односа са малом децом, итд., покривен је другим инкриминацијама (силовање, сексуално искоришћавање деце, искоришћавање малолетног лица и сл.).

2. Инцест у немачком кривичном законику: обљуба међу сродницима – § 173 StGB

У Глави кривичних дела против породичног стања, брака и породице (*Straftaten gegen den Personenstand, die Ehe und die Familie*, 12. одељак) налази се § 173 StGB који носи наслов „Обљуба међу сродницима" (*Beschlaf zwischen Verwandten*) и гласи:

„(1) Ко са крвним потомком изврши обљубу, казниће се казном лишења слободе до три године или новчаном казном.

(2) Ко са крвним сродником усходне линије изврши обљубу, казниће се казном лишења слободе до две године или новчаном казном; ово важи и онда када је однос сродства престао. Исто тако ће се казнити рођени брат и сестра који једно са другим изврше обљубу.

(3) Потомци и брат/сестра неће се према овој одредби казнити, ако у време извршења дела нису имали 18 година живота."

Смисао инкриминације јесте заштита најуже породице од сексуалних веза, неспојивих са браком;[18] као и од опасности по сексуално самоодређење, психички развој партнера и генетско здравље. Само крвно сродство је њоме обухваћено, с тим што се у погледу прописане казне прави разлика да ли су у питању потомци или брат и сестра. Радња извршења састоји се у обљуби, а она је довршена продирањем мушког полног органа у женски. Није неопходан *emissio* или *immissio seminis*, а ни партнерка не мора да буде полно зрела.[19] У случају обљубе са лицем

[14] Некажњивост у Холандији резултат је утицаја француског права.

[15] У Русији је оно декриминализовано 1918. године под утицајем комунистичке идеологије. Вид. H.-J. Albrecht, U. Sieber, *op. cit.*, S. 43.

[16] Занимљиво је да је инцест остао некажњив у Турској упркос рецепцији/преузимању италијанског *Codice Zanardelli* (који је 1890. године поново увео ово кривично дело). Један од разлога за такво поступање турског законодавца је сигурно био обичај склапања бракова између побочних сродника.

[17] У Кини, оно је декриминализовано 1949. године.

[18] BGHSt 39, 326, 329.

[19] Lenckner/Bosch in: Schönke/Schröder/Lenckner et. al., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010, S. 1607.

које има дисфункционалне репродуктивне органе или које је стерилисано, постаје проблематично првобитно тумачење према коме се у одређивање обљубе уноси и одредница да акт треба да буде подобан за зачеће.[20] Друго тумачење полази од тога да то није неопходан услов, и такво је и тумачење Савезног уставног суда. Правни престанак сродства, који се помиње у ставу 2, односи се на усвојење „дотадашњег" крвног сродника. Као облик кривице захтева се умишљај (довољан је и евентуални). Последица кривичног дела је апстрактна опасност. Ради се о својеручном кривичном делу, тако је посредно извршилаштво искључено. У трећем ставу наводи се лични основ искључења кажњивости за потомке и брата/сестру млађе од 18 година.

3. Stübing v. Deutschland – опис случаја и „пут кроз поступке"

Патрику С., који је након развода родитеља најпре живео у домовима и хранитељским породицама, те био усвојен када је имао седам година, 2000. године преко службе за социјални рад поново успоставља контакт са својом (биолошком) мајком. Том приликом, тада 23-годишњак, упознаје своју 16-годишњу сестру, Сузан К., за чије постојање до тада није знао. Пресељава се код мајке и сестре у њихов стан у Лајпцигу. Након изненадне смрти мајке, њих двоје започињу љубавни однос, у оквиру ког долазе на свет четири детета, од којих троје старијих сада живи у хранитељским породицама. Патрик С. се у међувремену стерилисао.

Он је више пута осуђиван због кривичног дела обљубе између брата и сестре (*Beischlaf zwischen Geschwistern*) из § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB, и то: 2002. године му је због 16 дела у стицају изречена условна осуда у трајању од годину дана, 2004. године (због зачећа другог детета) казна затвора у трајању од 10 месеци и (због најмање две обљубе којима су зачета два најмлађа детета) 2005. године јединствена казна затвора у трајању од годину дана и 4 месеца.

Суд је Сузан К. оценио као „плашљиву, повучену, зависну, што је, у вези са незадовољавајућом породичном ситуацијом довело до знатне зависности од Патрика С., чиме се манифестовао тежак поремећај личности",[21] те је заједно са њеном лаком душевном поремећеношћу, значајно ограничило њену способност управљања својим поступцима, и

[20] То се захтева нпр. у Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007, S. 744. Супротно томе, вид. контекст фн. 69.

[21] Entscheidungen – Straf- und Strafprozessrecht (Abh. B. Zabel), JR 11/2008, S. 472.

тако омогућило примену одредбе § 21 StGB (*verminderte Schuldfähigkeit* – смањена урачунљивост),[22] те јој је 2005. године изречена мера старања и надзора од стране повереника у трајању од годину дана.

Жалбу Патрика С. Врховни земаљски суд у Дрездену одбио је као неосновану. С обзиром да одредба § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB није сматрана неуставном, није примењен ни Art. 100 Abs. 1 GG (*Grundgesetz* – Основни закон), према коме се поступак прекида и прибавља оцена уставности спорне законске одредбе од стране Савезног уставног суда.[23] Патрик С. је, потом, поднео уставну жалбу против пресуде из 2005. године и против одлуке Врховног земаљског суда. У њој је истакао да је поменута одредба Кривичног законика неуставна, пошто несразмерно и самовољно задире у његову општу слободу делања и на неоправдан начин ограничава његово право на сексуално самоодређење,[24] као и да повређује опште начело равноправности,[25] те ограничава стварну заједницу живота и васпитања између деце и родитеља и тиме повређује права гарантована Art. 6 GG.[26] Даље наглашава да кривичноправна одредба и последице њене примене од стране судова противрече начелу правне државе,[27] те да осуда, поред тога, повређује његово право на слободу.[28] Како је Савезни уставни суд Немачке у својој одлуци потврдио уставност поменуте кривичноправне одредбе, жалилац се напослетку обратио Европском суду за људска права.

---

[22] § 21 StGB гласи: „Ако је способност учиниоца да схвати неправо дела или да према том схватању поступа, због постојања неких од основа из § 20, приликом извршења дела била знатно смањена, казна се сходно § 49 Abs. 1 може ублажити."

[23] Одредба Art. 100 Abs. 1 GG гласи: „Уколико одређени суд сматра да је закон на основу ког треба да се донесе одлука неуставан, поступак ће прекинути и прибавити одлуку Савезног уставног суда, а када се ради о повреди устава покрајине, одлуку суда надлежног за одлучивање о покрајинским уставним споровима. Ово се односи и на случајеве повреде овог Основног закона правом покрајина или неусклађености покрајинског закона са савезним законом."

[24] Art. 2 Abs. 1 GG и Art. 1 Abs. 1 GG.

[25] Art. 3 Abs. 1 и 3 GG.

[26] Art. 6 GG гласи: (1) Брак и породица уживају посебну заштиту државе. (2) Нега и васпитање деце јесте природно право и приоритетна дужност родитеља. У том погледу државна заједница врши надзор. (3) Дете се може одвојити од породице, против воље оних који имају право да га васпитавају, једино на основу закона, и то када они који имају право да дете васпитавају у томе закажу или када из других разлога постоји опасност да запусте дете. (4) Свака мајка има право на заштиту и бригу друштвене заједнице. (5) Законодавство мора створити ванбрачној деци једнаке услове за телесни и духовни развој и друштвени положај као и брачној деци.

[27] Art. 20 Abs. 3 GG.

[28] Art. 2 Abs. 2 GG и Art. 104 GG.

4. Одлука Савезног уставног суда Немачке поводом уставне жалбе

Мерила уставности задирања државе у основна права грађана јесу, како се то у одлуци[29] Савезног уставног суда Немачке из 2008. године поводом уставне жалбе Патрика С. напомиње: да не задире у централну област обликовања приватног живота (*Kernbereich der privaten Lebensgestaltung*), да захват у формалном смислу има законски основ и да је у материјалном смислу сразмеран.[30] Сматра се да одредба § 173 StGB испуњава те услове, тј. да је у складу са Основним законом. Она се заснива на „културноисторијски наслеђеној и међународно широко распрострањеној норми забране".[31] Забрана не дотиче недодирљиву сржобликовања живота, пошто се сексуални однос између брата и сестре односи не само на њих саме, већ има последице и за породицу, за децу која буду тако зачета и за друштво као такво.[32] Одредба служи заштити брака и породице, јер инцестуозни односи, између осталог, уносе конфузију у поделу улога које чине структуру једне породице;[33] даље заштити сексуалног самоодређења, пре свега зато што породица представља институционални однос зависности, чија се дејства осећају још дуго после 18. године живота.[34] Еугенички разлози у смислу спречавања зачећа генетски болесне деце су такође значајна.[35] Одредба се прихвата „друштвене свести о неправу и тежи да је и даље подржава средствима кривичног права".[36] Сматра се да је пропис подобан, нужан и адекватан да се напред наведене сврхе испуне;[37] он, другим речима, има „апелативну, нормативно стабилизирајућу, и тиме генералнопревентивну функцију."[38]

Оно што је у овој одлуци посебно значајно, јесте став Суда о границама законодавчеве моћи: „Начелно је ствар законодавца да обавезујуће одреди област кажњивог понашања. Он је приликом доношења одлуке да ли ће управо средствима кривичног права и на који начин да заштити једно одређено правно добро, чија му се заштита чини кључним, у основи слободан."

---

[29] BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008.

[30] *Ibid.,* Rn. 32 f., 34 ff.

[31] *Ibid.*, Rn. 2.

[32] *Ibid.*, Rn 40.

[33] *Ibid.*, Rn. 42, 45.

[34] *Ibid.*, Rn. 47.

[35] *Ibid.*, Rn. 49.

[36] *Ibid.*, Rn. 50.

[37] *Ibid.*, Rn. 52, 59, 60.

[38] *Ibid.*, Rn. 50.

Ова одлука Савезног уставног суда није донета једногласно; седморо судија је гласало за, док је председавајући Сената и заменик председника Суда, познати теоретичар кривичног права *Winfried Hassemer* (Винфрид Хасемер) у издвојеном мишљењу детаљно исказао своје противљење таквој одлуци.

5. Критички осврт: издвојено мишљење судије *Hassemer*-а и поједини аргументи из теоријске расправе

Судија *Hassemer* у свом издвојеном мишљењу истиче да поменута норма не прати један циљ који би сâм по себи био лишен противречности и који би се могао усагласити са оваквим описом бића кривичног дела.[39] Позивајући се на раније одлуке истог суда, он напомиње да кривичар-законодавац није сасвим слободан приликом избора повода и сврхе свог делања; он треба да се руководи заштитом елементарних вредности живота у заједници; обезбеђења основа уређеног друштва и очувања важних интереса заједнице.[40] Кривично право је ту *ultima ratio*; оно је последње средство заштите општег интереса и долази у обзир само ако је инкриминисано понашање на посебан начин и у мери која превазилази његову просту забрањеност друштвено штетно, неподношљиво за суживот људи и када је његово спречавање посебно хитно.[41] Нити на културноисторијском наслеђу (ако се оно уопште односи на кривичноправну кажњивост инцеста, а не само на његов социјални прекор) засновано друштвено уверење, на које се позивају судије у својој већинској одлуци, а које *Hassemer* назива небулозним; нити кажњивост у међународним оквирима (која је, пак, вишеструко дивергентна и неуједначена), могу уставноправно да легитимирају једну кривичну норму.[42]

Бавећи се наведеним еугеничким аргументима, он констатује да већ са аспекта сâмог устава није дозвољено да се за основу кривичноправних интервенција узме заштита здравља потенцијалних потомака. Носилац правног добра, чији би се претпостављени интереси могли користити као оправдање за забрану инцеста, у моменту извршења дела уопште не постоји. То би, даље, требало да значи да постоји апсурдно вагање између претпостављеног интереса потенцијално зачетог потомка за животом са генетским дефектом с једне стране, и претпостављеним интере-

[39] *Ibid.*, Rn. 74.
[40] *Ibid.*, Rn. 76.
[41] *Ibid.*, Rn. 77.
[42] *Ibid.*, Rn. 81.

сом за сопственим непостојањем, с друге стране.[43] Такав логички конструкт водио би томе да људи са генетским болестима, за чију децу постоји већа вероватноћа да ће наследити генетски дефект, уопште не би смели да се размножавају. Томе би се још могло додати да је емпиријска основа еугенике несигурна, с обзиром на то да се заснива на проценама и спорадичним студијама, спроведених махом у Северној Америци. Уосталом, националсоцијалистичка политика еугенике у вишеструком смислу је додатна брана прихватању овог аргумента.

Историјским тумачењем се може утврдити да ни сâм законодавац, када је у оквиру парламентарног одбора дискутовао о § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB, забрану инцеста није помињао као средство којим би се штитило сексуално самоодређење,[44] већ је то већина судија накнадно „утумачила". Систематски интерпретирано, не само што се ово кривично дело не налази у Глави кривичних дела против сексуалног самоодређења, већ се ни језичким тумачењем ова сврха не може разазнати. Законска одредба говори само о обљуби између брата и сестре; не захтевају се даљи детаљи овог контакта, попут одређеног узраста пасивног субјекта, зависности жртве од учиниоца, стања нужде или непостојања способности жртве за сексуалним самоодређењем. Кривична дела против сексуалног самоодређења, пак, наводе индикаторе умањене аутономије жртве, постављајући их као предуслове кажњивости, тј. обележја бића кривичног дела.[45]

Критика је упућена и ка заштити другог могућег правног добра – брака и породице. Одређена је кажњивост само пунолетних чланова породице, без додатне конкретизације бића дела, што ће рећи и без узимања у обзир њихове способности управљања својим поступцима и способности одлучивања, или чињеница да уско повезана, функционална породична заједница уопште ни не постоји, или да се „заједница живота и домаћинства" претворила тек у „заједницу сусрета" без реалног породичног живота.[46] С тим у вези се и горе наведени значај поделе улога у њој релативизује.

Hassemer даље закључује, да је овим прописом законодавац имао на уму заправо постојеће или само претпостављене моралне представе, али не и конкретно правно добро. Брисањем ове одредбе би, тако звучи бојазан, свест о абнормалности инцеста у друштву ослабила.[47] На овом

---

[43] *Ibid.*, Rn. 83.

[44] Вид. BT-Drs. VI/3521, S. 17f.

[45] *Op. cit.*, Rn. 86, 87.

[46] *Ibid.*, Rn. 95.

[47] Овакво резоновање посебно критикује *Renzikowski*. Вид. J. Renzikowski, Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S., *JSE* 2/2013, S. 142 ff.

месту он, и то је једно од кључних схватања издвојеног мишљења, истиче да стварање или одржавање друштвеног консенса о вредносним поставкама, овде конкретно забрањености обљубе између брата и сестре, не може да буде непосредни циљ кривичне норме. За то постоје друга и погоднија средства у смислу *ultima ratio* и начела сразмерности као уставноправних граница кривичног права.[48]

За разлику од инкриминисања злоупотребе опојних дрога, где је циљ законодавца да обезбеђењем кривичноправне залеђине створи услове за потпуну државну контролу реалнији, код забране инцеста то неће бити тако лако, с обзиром на то да се кажњивост одређује само у односу на једну област сексуалног понашања, а да, самим тим, треба обратити пажњу на она друга, дозвољена понашања у тој сфери, што ће у великој мери ослабити функцију усмеравања кривичноправне норме. Судијска већина је, иако се није директно на то осврнула, то ипак имала у виду, пошто на другом месту указује да норма, мимо описом бића уско постављене области, остварује апелативну, нормативно стабилизирајућу и генералнопревентивну функцију. У кривичном праву, где се ради о дубоким захватима у основна права и о друштвено-етичким вредносним судовима на штету људи, то је једна опасна представа, истиче *Hassemer*, ако се жели норми обезбедити уставноправна легитимност управо кроз нека дејства која се налазе ван поља примене те норме.[49] Даље, сâма апелативна функција је под знаком питања, имајући у виду да се ради о пунолетном учиниоцу који већ има одређене вредносне представе у односу на тај однос, који може бити постављен и као озбиљна веза трајног карактера, што онда такође треба узети у обзир приликом инкриминисања, јер он на тај начин остварује право на слободан развој личности.[50] Индикативно је што је законодавац за ове ситуације изразио своју наду да ће правосудни органи узети у обзир њихове специфичности приликом одмеравања казне или их процесно вредновати, а да није сâм, код постављања законског описа, деловао корективно и ограничавајуће у погледу кажњивости. Остављајући то, чак изричито, судовима, који то могу, а не морају, или бар не у мери коју је он имао на уму, да увиде; законодавац је супротно начелу поделе надлежности, допустио јудикативи да донесе одлуку о томе да ли је нешто кажњиво или није,[51] чиме је омогућио прописивање несразмерно високих санкција и неправедно кажњавање.[52]

---

[48] *Op. cit..*, Rn. 100.

[49] *Ibid.*, Rn. 108.

[50] *Ibid.*, Rn 122.

[51] *Ibid.*, Rn. 126.

[52] *Ibid.*, Rn. 123.

Критикује се и указивање судија да би кривични поступак имао позитивне ефекте по жртву, јер би она на тај начин постала „видљива". С обзиром на то да овде немамо увек класичну, јасну констелацију „учинилац-жртва", као што је то рецимо случај код силовања, не треба ни журити са брзим и неоснованим урачунавањем одговорности неком лицу, поготову што увек постоје и неке друге опције, на пример кривична дела против сексуалног самоодређења.[53] Овде треба додати да се, сходно законској одредби, жртвом могу сматрати само малолетна лица (вид. став 3.), пошто су пунолетна лица учиниоци (оба партнера!) – они се кажњавају.

Напослетку, поштовање начела сразмерности не треба да се правда тиме што се каже да се „овде ради само о дотицању једне уске области живота" и што „заправо само мали број људи бива ограничен овом забраном". Овакви аргументи, истиче *Hassemer*, могу у кривичном праву, које је одвајкада било на посебан начин усмерено ка појединцу, да делују цинично: онај на кога се забрана инцеста односи, погођен је њоме далекосежно управо у једној централној области свог начина живота.[54] Шта њему значи што је он један од ретких коме се то дешава?

Ни већинска стручна јавност у Немачкој не гледа благонаклоно на овакву одлуку Уставног суда.[55] Поред исрцпних аргумената које наводи судија *Hassemer*, критике су упућене и на рачун тога да квантификација циљева ове норме (навођење неколико сврха који се њоме желе постићи) неће нужно довести до њене квалификације (у смислу изналажења легитимног циља на ком се може засновати одговорност учиниоца), већ је сâм њен основ (који би требао да се „ишчита" из бића кривичног дела) – заштита брака и породице, упркос систематском, историјском и доктринарном тумачењу (појединих коментара Законика), споран. Концепт породице, а који није статично патерналистички, требало би да оставља довољно простора за индивидуалне и аутономне одлуке појединих њених чланова, а да то не буде непосредни предмет државног реглементирања.[56] Критикује се и неуказивање на позитивне ефекте ове сестринско-братске везе и на негативна дејства затворске казне. Еугеничком аргументацијом се једном табуу покушава дати изглед рационалног.[57]

---

[53] *Ibid*., Rn. 119.

[54] *Ibid*., Rn. 128.

[55] Примера ради, могу се навести: Bottke, *FS Volk*, 2009, S. 93; Cornils, *ZJS* 2009, S. 87; Hörnle, *NJW* 2008, S. 2085; Hufen/Jahn, *JuS* 2008, S. 550; Noltenius, *ZJS* 2009, S. 15.

[56] B. Zabel, Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht, *JR* 11/2008, S. 455.

[57] G. Duttge, Strafbarkeit des Geschwisterinzests aufgrund „eugenischer Gesichtspunke?", in: *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin/New York, 2011, S. 241.

Међутим, управо рационално гледано је очигледно да се употребом контрацептивних средстава, модерном пренаталном дијагностиком и генетским инжењерингом ризик од добијања генетски болесног потомства данас може контролисати у далеко већој мери него раније. Потом, није јасно ни зашто се, ако се нормом заиста штити сексуално самоодређење, тј. ако један сродник угрожава то право другог, обоје бивају кажњени, тј. обоје се сматрају учиниоцима?[58] У оквиру теорије о заштићеном добру, констатује се да не само начин постизања (дакле, кривичноправна одредба) неког циља захтева оправдање (подобност, неопходност и сразмерност), већ да и сâма та сврха мора да поседује уставноправну легитимацију.[59] То у овом случају није учињено. Повређена је и уставноправно призната, апсолутна заштита „недодирљивости централне области обликовања приватног живота", илити срж приватног живота, кроз покушај релативизације указивањем на нежељене друштвене последице.[60] Покушај Суда, да недостатке у свом образложењу компензује „помоћним проматрањима" (сажимање, појединачно посматрано недовољних циљева; културно-историјски корен; упоредно-правни поглед; друштвена убеђења; захтевање апсолутног, свеобухватног важења норме независно од конкретне ситуације; практична безначајност сестринско/братског инцеста као аргумент његове кажњивости), оцењен је као неподобан.[61]

Задатак кривичног права није да штити било каква схватања, па ни морална. Његов задатак огледа се у заштити довољно вредног правног добра, а морал, из више разлога, не би требао да спада у ту категорију.[62] Теорија о заштити правног добра превасходно се бавила питањем дефиниције (шта треба подразумевати под правним добром?), а у новије време све више и питањем образложења (одакле теорија о заштити правног добра црпи свој ауторитет?). Међутим, постоји тврдња да се превиђа њен последични (консеквенцијалистички) карактер.[63] Наиме, ако сматрамо да се не сме санкционисати неко понашање, јер оно не угрожава или повређује правна добра, онда сматрамо да је његово кажњавање бескорисно, да нам не доноси предности, другим речима. Тиме се, и то је

[58] У том смислу и: M. Heinrich, Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell?, in: *Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, Berlin/New York, 2011, S. 143.

[59] C. Roxin, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, *StV* 2009, S. 545.

[60] *Ibid.*, S. 550.

[61] *Ibid.*

[62] Тако З. Стојановић, *Кривично право* – општи део, 20. издање, Београд, 2013, стр. 12.

[63] L. Greco, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig?*, *ZIS* 5/2008, S. 236.

главна критика, кривичноправни либерализам претвара у емпиријску величину, што оставља простор за законодавчеве „процењивачке" прерогативе; и када му се не дозвољава изричито позивање на „противморалност" инкриминисаног понашања, он ипак има овлашћење да прилично слободно формулише емпиријске процене о последицама понашања у односу на различита добра. Као излаз из клопке емпиризма, предлаже се постављање аутономије грађана као централне тачке. Не ради се, дакле, о томе да је кривичноправна заштита морала тешко остварива, нити да нам не доноси користи, већ да се слаже или не слаже са поштовањем аутономије грађана, који су у појединим областима, апсолутни суверени.[64]

Ова теорија, премда је представљена као критика теорије правног добра, заправо је њен наставак/коректив. Најпре, није јасно зашто бисмо од инкриминација нужно морали да очекујемо користи. Довољно је да нема штете, тј. довољна је „позитивна нула". Надовезује се питање: у којим сферама постоји та аутономија? Које су њене границе? Најзад, и овде се заправо ради о основном питању: шта законодавац сме да пропише? С друге стране, похвално је што је истакнут значај аутономије грађанина; напослетку, и иза општих правних добара стоји човек, појединац.

6. Одлука европског суда за људска права

Патрик С. се у својој жалби Европском суду за људска права (ЕСЉП) позвао на повреду одредбе члана 8. став 1. Европске конвенције о људским правима и основним слободама (ЕКЉП);[65] тј. на повреду његовог права на породични и приватни живот.[66]

---

[64] *Ibid.*

[65] Члан 8. („Право на поштовање приватног и породичног живота") Европске конвенције о људским правима и основним слободама гласи:

„1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

2. Јавна власт се неће мешати у вршење овог права, осим ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других." Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори", бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005.

[66] http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/doku/2008/001/beschwerde-egmr.pdf, приступљено страници: 5. 12. 2013. године. Опуномоћени како за уставну жалбу, тако и за жалбу пред ЕСЉП били су, између осталог, и два професора кривичног права: K. Amelung и J. Renzikowski.

Схватајући породицу у фактичко-функционалном смислу,[67] он се жали што због изречених затворских казни не може да учествује у васпитању своје деце и тиме остварује један сегмент свог породичног живота.[68] Истина, немогућност остваривања тог права односи се на сва лица која издржавају казну затвора или неку другу кривичну санкцију која се огледа у лишењу слободе, невезано за дело које су учинили, али он напомиње да су њему казне изречене (и) због зачећа деце.[69]

Жалилац даље наводи да му је такође повређено право на приватни живот, које се у великој мери преклапа са напред поменутим правом на породични живот, али које мимо тога подразумева „психички и физички интегритет лица, укључујући његов сексуални живот".[70] Ограничење његовог приватног живота ће се наставити и након издржане казне и упркос стерилизацији којој се подвргао, пошто поново може доћи до осуде због § 173 StGB уколико настави да има сексуалне односе са својом сестром. Он се позива на став 2. члана 8. ЕКЉП и сразмерност која се захтева, као и правило из једне раније одлуке ЕСЉП: уколико је односна област приватне сфере интимнија, утолико разлози задирања морају бити значајнији, да би се то задирање могло правдати,[71] док у његовом случају не постоји тражена „хитна друштвена неопходност" за тако нешто.[72] Он такође наводи, да није одрастао са својом сестром, те да код њега нису могле да се развију сексуалне инхибиције у односу на њу.[73]

---

[67] Правно формализовање везе двоје људи није предуслов за постојање породице, вид. EGMR, Urteil vom 13.6.1979 – 6833/74 Marckx v. Belgien, Urteil vom 18.12.1986 – 9697/82 Johnston u.a. v. Irland, Urteil vom 26.5.1994 – 16969/90 Keegan v. Irland, Urteil vom 13.7.2000 – 25735/94 Elsholz v. Deutschland, etc. Иначе, српски Породични закон, као и раније важећи Закон о браку и породичним односима немају дефиницију породице.

[68] У жалби се истиче да породична веза између деце и родитеља не престаје већ самим тим што се дете налази под окриљем државне бриге, као што је то сада случај са његовом децом. Вид. EGMR, Urteil 8.7.1987 – 9749/82 W. v. Vereinigtes Königreich; Urteil 13.7.2000 – 39221 und 41963/98 Scozzari und Giunta v. Italien.

[69] Кажњива је већ сâма обљуба, тј. у законском опису се не помиње зачеће деце као елеменат бића; оно се може узети у обзир приликом одмеравања казне, што је у његовом случају, поред рецидивизма, и учињено.

[70] EGMR, Urteil 26. 3. 1985 – 8978/80 – X und Y v. Niederlande.

[71] EGMR, Urteil 22. 10. 1981 – 7525/76 Dudgeon v. Vereinigtes Königreich.

[72] У жалби се помињу и други аргументи, попут недовољно утврђене везе између инцеста и наследних болести деце, слабостима у погледу тако конципиране заштите породице и права на сексуално самоодређење, неоправданост заштите морала на овај начин, итд.

[73] *Edward Westermarck* поставио је хипотезу да људи који одрастају заједно, касније показују међусобну, инстинктивну сексуалну одбојност једно према другоме (*innate aversion*). Овде одлучујући фактор није генетско сродство, већ то што су деца у раном детињству имала блиски телесни контакт, па се због тога не дефинишу као потенцијални

Европски суд за људска права није усвојио жалбу Патрика С.[74] Премда држава мора да наведе посебно важне разлоге (*particular serious reasons*) када, као овде, задире у важан аспект индивидуалне егзистенције људи; поље процене (*margin of appreciation*) које државе имају, проширено је када се ради о спорним питањима која у земљама чланицама Савета Европе нису уједначено решена или када се дотичу осетљивих моралних или етичких тема. У случају Патрика С. су обе ове претпоставке испуњене, тако да се Суд није ближе бавио криминалнополитичким, догматским и систематским аргументима које је жалилац навео, већ је (само) проверио усклађеност поступања немачког Савезног уставног суда са стандардима ЕКЉП и утврдио да су немачке судије ревносно одмериле аргументе за и против кажњивости сексуалних односа између брата и сестре и навеле неколико сврха кажњавања на којима се може засновати осуда подносиоца жалбе која, дакле, јесте била „хитно друштвено неопходна".[75]

Овај суд није „четврта инстанца" или „супер-ревизор"[76] за оцењивање да ли се разлози за криминализацију, односно осуду које су изнели законодавац, односно судија уклапају у национално кривично или уставно право, већ он има ограничен задатак да провери да ли је домаћа одлука сагласна стандардима Европске конвенције о људским правима и основним слободама. Државама се признаје одређени простор про-

---

сексуални партнери, већ као брат и сестра. E. Westermarck, *The history of human marriage*, 5th ed., London, 1921. Два позната истраживања потврђују *Westermarck*-ову тезу: студије о кибуцима (*kibbutz*) у Израелу (деца која су заједно одрастала, касније су врло ретко ступала у брачке једни са другима) и студија о „дечјим венчањима" у Кореји (код супружника који су још као деца били обећани једни другима и који су заједно одрастали, касније је примећена висока стопа развода и ниска стопа наталитета). A. Wolf, Sexual attraction and childhood association. A Chinese brief for Edward Westermarck, Stanford, 1995; цит. према: H.-J. Albrecht, U. Sieber, *op. cit*., S. 104. Вид. и: М. Шкорић, Биосоцијалне теорије инцест табуа, *Социолошки йреїлед*, 2004, стр. 527–559.

Пред овом сигурном емпиријском позадином поставља се питање, коју функцију има кажњавање инцеста. Пошто се ради о патолошким случајевима када недостаје природни „срам од инцеста", кривично право заправо није право средство, већ психосоцијална нега тих лица и едукација ризичних група. Renzikowski, *op. cit*., S. 146.

Иначе, ни у једној земљи која кажњава инцест у законски опис није унета одредница о заједничком (не)одрастању брата и сестре; она може бити третирана само као евентуална олакшавајућа околност. H.-J. Albrecht, U. Sieber, *op. cit*., S. 43.

[74] EGMR, Urteil 12.4.2012 – 43547/08 Stübing v. Deutschland.

[75] *Ibid*, Rn. 65.

[76] Grabenwerter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl., 2010, § 18 Rn. 20; Conde, A Handbook of International Human Rights Terminology, 2. ed., 2004, S. 52; цит. према: M. Kubiciel, Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR, *ZIS* 6/2012, S. 284.

цене приликом имплементирања и остваривања људских права зајемчених ЕКЉП, као својеврсни инструмент који посебно у морално и етички шкакљивим областима, где нема европског консенса, треба да остави простора за националне државе, с обзиром да се полази од тога да ће оне фактички (због предметне и просторне близине, упућености) и нормативно (из институционалних, међународноправних и правноетичких разлога) бити у бољој позицији да одлуче.[77] Зато се каже да се „количина контроле" смањује на путу до Стразбура.[78]

Проблематично код овакве јудикатуре је то, што важење људских права на крају крајева оставља диспозицији државне већине. С друге стране се показује да је домет људских права не само правно, већ и политичко питање. Могуће је да се судије боје да би прејаким утицањем „отерале" државе уговорнице и ослабиле сопствени ауторитет.[79]

Ова критика је начелне природе и односи се на опште поступање ЕСЉП. Не желећи да пројектујемо ванправне мотиве стразбуршких судија, треба признати да је тежиште генералног усмерења ових одлука ипак било у рукама судијама из Карлсруе-а.

7. Инцест у српском кривичном законику: родоскврњење – члан. 197. КЗ

Без намере да уђемо у широку расправу, намеће се поглед и на домаће решење. Инцест је у српском кривичном праву, означен као „родоскврњење", инкриминисан одредбом члана 197. Кривичног законика, која гласи:

„Пунолетно лице које изврши обљубу или са њом изједначен полни чин са малолетним сродником по крви у правој линији или са малолетним братом, односно сестром, казниће се затвором од шест месеци до пет година."

Реч „родоскврњење" („родоскврнуће") у најширем смислу означава ступање у полне односе или брачну везу крвних сродника,[80] при чему савремено кривично право под тиме подразумева само сексуални однос одређених сродника.[81] Приметне су две тенденције: проширење и су-

[77] *Ibid.*, S. 286.

[78] У том смислу: Ehlers, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., 2009, S. 74; цит. према: *ibid.*, S. 284.

[79] H. Jung, Das Inzestverbot oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf den Spuren des Bundesverfassungsgerichts, *GA*, 2012, S. 617, 620.

[80] З. Стојановић, Н. Делић, *Кривично право – посебни део*, Београд, 2013, стр. 121.

[81] *Ibid.*

жење криминалне зоне. Проширена је, наиме, радња извршења, која се сада састоји у добровољној обљуби у ширем смислу, тј. њу чине не само вагинални коитус (обљуба у ужем смислу) као до сада, већ и орални и анални коитус. Оно је формално, делатносно кривично дело које је довршено остварењем радње извршења. Сужена је криминална зона у погледу пасивног субјекта, тако да он сада може бити само малолетни сродник, тј. лице које није навршило осамнаест година („малолетно лице"). Сродство је крвно (брачно или ванбрачно). Друге врсте сродства, попут тазбинског, грађанског и сл. нису обухваћене овим кривичним делом, што се, као и у немачком решењу, може означити као слабост, јер ако је заштићено правно добро заиста породица, онда и односи са овом врстом сродника могу да утичу на њену дисфункционалност.

Извршилац може бити само пунолетно лице које се налази у крвном сродству у правој линији са малолетним лицем, или пунолетни брат или сестра малолетног лица. За постојање кривичног дела довољно је да је предузета само једна делатност која представља радњу извршења. Предузимање више делатности према истом пасивном субјекту може довести до конструкције продуженог кривичног дела. Облик кривице је умишљај, тако да стварна заблуда, неотклоњива или отклоњива, искључује кривично дело.[82]

Разграничење овог кривичног дела од кривичних дела против полне слободе, са истом радњом извршења, није сасвим неспорно, али би се могло поставити на следећи начин: у односу на члан 181. став 2. КЗ (обљуба злоупотребом положаја), ако је пасивни субјект малолетник, а извршилац његов родитељ, стицај је само привидан (у корист кривичног дела против полне слободе). Када су у питању силовање (чл. 178. КЗ), обљуба над немоћним лицем (члан 179. КЗ) и обљуба са дететом (члан 180. КЗ), идеални стицај би се могао видети у томе што дела имају различите заштитне објекте (брак и породица/полна слобода). Међутим, мали практични значај и поједини аргументи из немачке дискусије у погледу сумње у тачно одређење заштитног објекта код инцеста (мисли се превасходно на заштиту породице), могу се и овде узети у обзир. Тако, ближе нам је схватање да би код силовања и обљубе над немоћним лицем њихови квалификовани облици[83] покрили неправо инцеста, док

---

[82] З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, 4. издање, Београд, 2012, стр. 582.

[83] Члан 178., ст. 3. (силовање) / члан 179., ст. 2. (обљуба над немоћним лицем): Ако је услед дела из ст. 1. и 2. овог члана наступила тешка телесна повреда лица према којем је дело извршено или ако је дело извршено од стране више лица или на нарочито свиреп или нарочито понижавајући начин или према малолетнику или је дело за последицу имало трудноћу, учинилац ће се казнити затвором од пет до петнаест година.

код обљубе са дететом довољно висок посебни максимум оставља простор да се обљуба са крвним сродником третира као отежавајућа околност приликом одмеравања казне.[84]

Једно кратко поређење српског и немачког инкриминисања инцеста показује да домаће решење има мање недостатака у односу на немачко: радњу извршења представљају и орални и анални коитус; хомосексуални контакти би, дакле, били укључени. И, што је главна предност, нису инкриминисани односи одраслих сродника. Остале констелације би се могле покрити кривичним делима против полне слободе (привидни стицај) уз одговарајуће вредновање приликом одмеравања казне, тако да се поставља питање сврхе постојања кривичног дела родоскврњења код нас.[85]

8. Закључак

Роман „Homo Faber" Max-a Frisch-a, или Фројдово учење о Едиповом комплексу – инцест је као табу у нашој култури одувек привлачио интересовање људи. Случај Патрика С. наметнуо је пред Уставни суд једне државе са признато изузетно развијеном кривичноправном теоријом, потом и пред Европски суд за људска права, обавезу изјашњавања о томе.

Европски суд потврдио је да су немачке судије Уставног суда поступиле у складу са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, ценећи то у оквиру допуштеног им *margin of appreciation,* који имају све државе чланице. Тиме је Суд избегао да се директно изјасни од кључним аргументима које је Патрик С. навео у својој жалби. Пошто се он не схвата као контролна инстанца читавих националних система, тако је његова одлука, из тог угла, разумљива. Но, остаје недоумица како Европски суд за људска права схвата функцију морала у данашњем друштву. Једну мало храбрију одлуку, са већим иступањем, стручна јавност би свакако поздравила.

Оно што је изазвало неупоредиво више интересовања јесте одлука Савезног уставног суда Немачке, који је потврдио уставност § 173 Abs. 2

Члан 178., ст. 4. / члан 179., ст. 3.: Ако је услед дела из ст. 1. и 2. овог члана наступила смрт лица према којем је дело извршено или је дело учињено према детету, учинилац ће се казнити затвором најмање десет година.

[84] У том смислу: З. Стојановић, *op. cit.*

[85] Можда је то имао на уму и новинар британског Гардијана, када је „мало пожурио" и у свом чланку Србију навео као земљу у којој инцест више није кажњив. http://www.theguardian.com/law/2012/apr/16/incest-legality-ethics, приступљено страници: 20.12.2013.

StGB (полни однос између брата и сестре). Најпре, индикативно је што је издвојено мишљење написао једини кривичар међу судијама. Заштита породице, први аргумент судија, фрагилан је. Остављајући по страни промену сâмог њеног концепта, овде је створена једна нова заједница, а имајући у виду да је Патрик С. прихватио поновне осуде због истог кривичног дела и да се у међувремену стерилисао, показује да је она замишљена као дуготрајна веза. Њени чланови такође имају право на породични живот. Други аргумент тицао се права на сексуално самоодређење. Овде се ради о добровољном полном односу између двоје одраслих људи који су били свесни својих поступака.[86] Злоупотреба асиметричних односа моћи, заштита малолетних лица – све је то (много боље) покривено „сигурносном мрежом" других кривичних дела. Брига за генетско здравље људи, без одговарајуће емпиријске основе, али са задирањем у права на егзистенцију и на прокреацију, подсећа на и предосећа тоталитарна времена. Идући до крајњих граница те логике, универзалност људских права претворила би се у селективност и била би сведена на круг генетски савршених људи. Овде је реч о једној моралној, анахроној норми која је до сада преживела измене, допуне и нове кривичне законике, не само у Немачкој. Што показује да је, упркос свим дискусијама у законодавном процесу и стручним круговима, била довољно јака да опстане у друштву. Међутим, ако је то већ тако, ако је усађена у друштвену свест већине људи, онда нема ни потребе да се чува и кривичним правом. Ванправним мерама, попут терапија и едукације, могло би се много више постићи него коришћењем најстрожих мера *prima ratio*.

Закључно, изражава се разочарање што није искоришћена „велика и због своје посебне констелације случаја можда јединствена прилика, да се кривичноправна овлашћења државе поставе на једну сигурну уставноправну основу", али се изражава нада да ова расправа може ба-

[86] Идентична реченица може да се стави у контекст хомосексуалних односа, чија декриминализација данас више није спорна. Уосталом, ако погледамо услове који се захтевају код пристанка повређеног (носилац повређеног добра, диспонибилност правног добра, способност пристајања, непостојање мана воље, манифестација пристанка, време и опозивост), долазимо до тога да су они код добровољног односа по правилу испуњени. Стога делује неразумно да пристанак повређеног може, рецимо да искључи противправност наношења телесне повреде (што се свакако не може подвести под багателни криминалитет), а да је код инцеста то под знаком питања, пошто је пасивни субјект/жртва/повређени уједно и учинилац. Да ли то значи да би учесници инцеста једно друго могли да оправдају давањем пристанка? Ово је још један аспект у коме се огледа сва нелогичност инкриминисања добровољног полног односа међу одраслима. Више о пристанку повређеног: И. Марковић, Пристанак повређеног у кривичном праву, у: *Казнена реакција у Србији* (ур. Ђ. Игњатовић), Београд, 2011, стр. 282–296.

рем да делује као апел законодавцу да брише застарели пропис из текста StGB.[87]

Овај случај одабран је не само да би се показало како се у другим системима (не)правилно реагује на анахроне и/или лоше конципиране одредбе, већ да би се и код нас подстакла начелна расправа која би произашла из конкретног случаја, тј. да би се пракса и наука приближиле једна другој. Оне само у заједничком дискурсу могу да дају пун допринос једном квалитетнијем кривичном праву и само тако могу одагнати утисак да воде „одвојене животе".

Ivana Marković
Wissenschaftliche Assistentin
Juristische Fakultät der Universität Belgrad

Divergente meinungen von Rechtsprechung und Lehre – über den „Inzest-Fall" aus Deutschland

Die vorliegende Abhandlung befasst sich mit dem aufsehenerregendem Fall des Patrick S., der wegen des Beischlafs mit seiner Schwester aufgrund von § 173 Abs. 2 StGB (Beischlaf zwischen Geschwistern) mehrfach verurteilt wurde, und sich dann an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und letztlich an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gewandt hat.
Der erste Abschnitt enthält einleitende Anmerkungen zum Inzest, während es im nächsten Abschnitt um die Analyse des besagten § 173 StGB (Beischlaf zwischen Verwandten) geht. Die Beschreibung des konkreten Falles und seines Weges durch die Instanzen sind Inhalt des dritten Teils. Das Urteil des BVerfG zur Verfassungsbeschwerde des Patrick S. wird im vierten Abschnitt dargelegt, um es dann im darauffolgenden Teil, ausgehend von der abweichenden Meinung des Richters Hassemer und Ansätzen aus der Lehre, kritisch zu durchleuchten. Die Entscheidung des EGMR zu diesem Fall ist Thema des sechsten Abschnitts. Der vorletzte Teil der Abhandlung ist der Inzest-Regelung des serbischen Strafgesetzbuches gewidmet (član 197. KZ). Im letzten, achten Abschnitt werden die Meinungen und Schlußfolgerungen zur nicht mehr zeitgemäßen und verfehlt begründeten Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten zusammenfassend dargelegt.
Schlüsselwörter: Inzest, Bundesverfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Blutschande, Moral, Rechtsgut, Familie, sexuelle Selbstbestimmung.

[87] C. Roxin, *op. cit.,* S. 550.

UDK: 343.272(497.11)

Мирјана Павловић
Студент докторских студија на Правном факултету,
Универзитет у Нишу

ОДУЗИМАЊЕ ПРЕДМЕТА КАО МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт

Кривични законик Републике Србије у члану 4. предвиђа четири врсте кривичних санкција: 1. казне, 2. мере упозорења, 3. мере безбедности и 4. васпитне мере. Систем мера безбедности у Кривичном законику Републике Србије чини једанаест мера безбедности. Одузимање предмета је једина мера безбедности стварног карактера у нашем кривичном праву. Она се може изрећи: пунолетном и малолетном учиниоцу кривичног дела, физичком и правном лицу.

Кључне речи: кривична санкција, мере безбедности, одузимање предмета, статистички подаци

Увод

Криминалитет је негативна друштвена појава. Предмет је сталног интересовања науке и праксе. Под појмом криминалитет сматрају се не само кривична дела предвиђена кривичним законодавством једне земље, већ и друге кажњиве радње, уз социолошку, психолошку и другу анализу одговарајућих правних норми и криминалног понашања.[1] У борби против криминалитета држава и друштво примењују различите кривичноправне мере. Најбројнију групу кривичноправних мера чине кривичне санкције. Кривичне санкције су законом предвиђене репресивне мере које се с циљем сузбијања криминалитета примењују према учиниоцу противправног дела које је у закону предвиђено као кривично

[1] С. Константиновић, Вилић, В. Николић, Ристановић, М., Костић, *Криминологија*, Ниш, Пеликан Принт, 2009. године, стр. 25.

дело на основу одлуке суда донете након спроведеног кривичног поступка.[2] Основни циљ кривичних санкција је сузбијање криминалитета.

Савремено кривично право познаје више врста кривичних санкција. Све кривичне санкције које предвиђа кривично законодавство једне државе чине систем кривичних санкција. Кривичне санкције прописане су у законима који су основни извори кривичног права у Републици Србији. То су: 1. Кривични законик[3], 2. Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица[4] и 3. Закон о одговорности правних лица за кривична дела[5]. Основни извори кривичног права Републике Србије предвиђају следеће кривичне санкције: 1. казне, 2. мере упозорења, 3. мере безбедности и 4. васпитне мере. У даљем излагању у овом раду биће речи о мери безбедности одузимање предмета у основним изворима кривичног права Републике Србије са кратким освртом на примену ове мере у пракси према пунолетним учиниоцима кривичних дела.

О мерама безбедности

До 19. века казне су биле једине кривичне санкције које су се изрицале учиниоцима кривичних дела. Крајем 19. века и почетком 20. века под утицајем италијанске позитивне школе права у кривично законодавство уводе се мере безбедности. Представници ове школе права сматрали су да на учиниоце кривичних дела утичу две групе фактора: ендогени (унутрашњи) и егзогени (спољашњи) фактори. Према њиховом схватању казна није могла да утиче на учиниоце кривичних дела на прави начин, јер не делује на узроке настанка криминалитета. Из тог разлога залагали су се за увођење мера социјалне заштите. Сличан став имали су и представници социолошке школе права. Према њиховом учењу на учиниоце кривичних дела утичу индивидуални, физички и социјални фактори. Сматрали су да постоје кривично одговорни и кривично неодговорни учиниоци кривичних дела. Управо према кривично неодговорним учиниоцима кривичних дела примењивале су се мере безбедности. Први законски пројекат који предвиђа мере безбедности као посебан тип санкције

---

[2] З. Стојановић, *Кривично право*, Општи део, Београд, Правна књига, 2009. године, стр. 257.

[3] Кривични законик Републике Србије, Службени гласник Републике Србије број: 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

[4] Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Службени гласник Републике Србије број 85/2005.

[5] Закон о одговорности правних лица за кривична дела, Службени гласник Републике Србије број 97/2008.

јесте Преднацрт швајцарског Кривичног законика из 1893. године, чији је аутор К. Штос, а извршио је значајан утицај на низ законодавстава[6]. Доношењем Кривичног законика Норвешке из 1902. године мере безбедности улазе у систем кривичних санкција где данас заузимају истакнуто место по броју различитих мера, обиму примене, карактеру, природи и дејству.[7] На тај начин се у кривично законодавство увео дуалистички систем кривичних санкција. У дуалистичком систему мере безбедности имале су за циљ да буду допуна функцијама казне, односно да оне саме у одређеним случајевима буду основни носиоци функције заштите друштва и оспособљавања појединца да се поново врати у друштво.[8]

Мере безбедности представљају средство заштите друштва од криминалитета које суд изриче учиниоцу кривичног дела због његовог опасног стања у случајевима и под условима предвиђеним у закону.[9] То је посебна врста кривичних санкција које се могу изрећи сваком учиниоцу кривичног дела: пунолетном или малолетном лицу, лицу које је скривљено или без кривице извршило кривично дело.[10]

Према члану 4. Кривичног законика Републике Србије (у даљем тексту: КЗ РС) општа сврха прописивања и изрицања свих кривичних санкција је сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. Поред ове опште сврхе, Кривичним закоником предвиђена је и сврха изрицања мера безбедности. Према члану 78. КЗ РС сврха мера безбедности је да се отклоне стања или услови који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела. За разлику од казне чији је циљ и генерална и специјална превенција, код мера безбедности акценат је на специјалној превенцији. Мерама безбедности утиче се на потенцијалну опасност одређеног лица, односно одређеног предмета. Мере безбедности имају за циљ да се отклоне опасна стања и сви други услови који могу довести до извршења кривичних дела. Оне се могу применити тек пошто је извршено кривично дело тј. post delictum, а не само на основу постојања опасног стања тј. ante delictum.[11]

---

[6] З. Стојановић, op. cit., стр. 310.

[7] Д. Јовашевић, *Кривично право*, Општи део, Београд, Номос, 2006. године, стр. 255.

[8] Ф. Бачић, *Кривично право*, Опћи дио, Загреб, Издавачка кућа Информатор, 1978. године, стр. 471.

[9] Б. Чејовић, *Кривично право*, Општи део, Ниш, Студентски културни центар, 1995. године, стр. 471.

[10] Д. Јовашевић, *Кривично право*, Општи део, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2012. године, стр. 321.

[11] Ibid, стр. 322.

Наш Кривични законик предвиђа једанаест мера безбедности. То су: 1. обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, 2. обавезно психијатријско лечење на слободи, 3. обавезно лечење наркомана, 4. обавезно лечење алкохоличара, 5. забрана вршења позива, делатности и дужности, 6. забрана управљања моторним возилом, 7. одузимање предмета, 8. протеривање странца из земље, 9. јавно објављивање пресуде, 10. забрана приближавања и комуникације са оштећеним и 11. забрана присуствовања одређеним спортским приредбама. Прве четири мере безбедности су мере медицинског карактера. Другој групи припадају мере којима се одузима неко право или се забрањује вршење одређене делатности. И на крају су специфичне мере безбедности. Према добру које се погађа применом одређене мере безбедности оне могу бити личне и стварне мере. Мере безбедности могу бити временски ограничене и временски неограничене. Мере безбедности су хетерогене по природи и садржини, јер свака од њих треба да буде примењена у специфичној ситуацији, па је зато могуће да једном учиниоцу буде истовремено изречено више мера безбедности ако су испуњени законски услови за њихово изрицање.[12] По правилу се изричу уз неку другу кривичну санкцију, а неке мере безбедности могу се изрицати и самостално. За кривична дела у стицају мера безбедности ће се изрећи уколико је утврђена за једно од кривичних дела у стицају.

Одузимање предмета

Једна од имовинских кривичноправних мера која је предвиђена кривичним законодавством Републике Србије је мера безбедности одузимање предмета. Основ и оправдање за постојање једне овакве мере састоји се у томе што се сматра да би било противно правичности и моралу да учинилац кривичног дела задржи предмете којима је извршио кривично дело или предмете који су настали извршењем кривичног дела.[13] Она се састоји у одузимању предмета који је био намењен за извршење кривичног дела или употребљен за извршење кривичног дела или је настао извршењем кривичног дела кад постоји опасност да ће се одређени предмет поново употребити за извршење кривичног дела или кад је ради заштите опште безбедности или из моралних разлога одузимање предмета неопходно (члан 87. КЗ РС).

---

[12] Н. Мрвић, Петровић, *Кривично право* – општи и посебни део, Београд, Правни факултет Универзитета УНИОН и Јавно предузеће „Службени гласник", 2006. године, стр. 163.

[13] М. Кокољ, Ђ. Лазин, *Имовинске кривичне санкције и мере у југословенском кривичном праву*, Београд, Научна књига, 1986. године, стр. 97.

Да би се мера одузимања предмета могла изрећи неопходно је испуњавање законом предвиђених услова. Први услов који је неопходан за одузимање предмета је постојање одређене врсте предмета. Предмети који могу бити одузети су: 1. предмети намењени за извршење кривичног дела, 2. предмети употребљени за извршење кривичног дела и 3. предмети настали извршењем кривичног дела. Предмети употребљени за извршење кривичног дела су предмети којима се предузима радња извршења кривичног дела. На пример, то могу бити пиштољ, нож, калауз, аутомобил и слично. Предмети намењени за извршење кривичног дела су они предмети са којима је учинилац намеравао да изврши кривично дело. То су пре свега они предмети које је учинилац набавио ради извршења кривичног дела или их је у ту сврху направио или оспособио, али их није употребио.[14] За одузимање предмета који су били намењени за извршење кривичног дела неопходно је постојање везе између тих предмета и дела које је основ за изрицање ове мере безбедности. Наиме, да би ова мера безбедности била примењена мора као и у случају свих кривичних санкција бити учињено дело које је законом предвиђено као кривично дело.[15] И на крају, предмети који су настали извршењем кривичног дела су предмети који представљају резултат кривичног дела. На пример, фалсификоване исправе, опојна дрога, порнографски материјал и слично. У сваком случају, између предмета који се одузимају и извршеног кривичног дела треба да постоји узрочна веза, односно да се без тих предмета кривично дело није могло извршити, или да су ти предмети настали управо извршењем кривичног дела.[16]

Да би се наведени предмети могли одузети неопходно је испуњење још два услова који су Кривичним закоником Републике Србије алтернативно одређени. То су: 1. постојање опасности да ће се одређени предмет поново употребити за извршење кривичног дела или 2. када је ради заштите опште безбедности или из моралних разлога неопходно одузимање предмета. Изрицањем ове мере безбедности не утиче се на право трећих лица на накнаду штете од учиниоца кривичног дела.

Одузимање предмета је мера безбедности која нема самостални карактер. Она се не може изрећи као самостална кривична санкција. Одузимање предмета може се изрећи ако је учиниоцу за извршено кривично дело изречена казна, условна осуда, судска опомена или у случају када је учинилац кривичног дела ослобођен од казне. Ова мера безбед-

[14] Н. Срзентић, А. Стајић, Љ. Лазаревић, *Кривично право СФРЈ*, Општи део, Београд, Савремена администрација, 1978. године, стр. 459.

[15] З. Стојановић, op. cit., стр. 322.

[16] Б. Чејовић, op. cit., стр. 488.

ности може се изрећи и уз следеће мере безбедности: обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и обавезно психијатријско лечење на слободи.

Одузимање предмета по правилу је факултативно. Међутим, законником се може одредити обавезно одузимање предмета, а може се одредити и њихово обавезно уништење. Тако, обавезно одузимање предмета предвиђено је у члану 185. КЗ РС и односи се на одузимање предмета порнографске садржине. Обавезно одузимање предмета предвиђено је и у члану 198. КЗ РС за кривично дело повреда моралних права аутора и интерпретатора. И код следећих кривичних дела предвиђено је обавезно одузимање законом одређених предмета: неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права (члан 199. КЗ РС), неовлашћено уклањање или мењање електронске информације о ауторским и сродним правима (члан 200. КЗ РС), фалсификовање новца (члан 223. КЗ РС), фалсификовање хартија од вредности (члан 224. КЗ РС), фалсификовање и злоупотреба платних картица (члан 225. КЗ РС), фалсификовање знакова за вредност (члан 226. КЗ РС), прављење, набављање и давање другом средстава за фалсификовање (члан 227. КЗ РС), прање новца (члан 231. КЗ РС), неовлашћена употреба туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга (члан 233. КЗ РС), недозвољена производња (члан 242. КЗ РС), недозвољена трговина (члан 243. КЗ РС), фалсификовање знакова за обележавање робе, мера и тегова (члан 245. КЗ РС), неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (члан 246. КЗ РС), неовлашћено држање опојних дрога (члан 247. КЗ РС), омогућавање уживања опојних дрога (члан 248. КЗ РС), производња и стављање у промет шкодљивих производа (члан 256. КЗ РС) итд.

Примена мере безбедности одузимање предмета према малолетницима

Почетком 2006. године у Републици Србији почела је примена Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗОМУКД). Овим законом обухваћено је материјално, процесно и извршно право које се примењује према малолетницима. Материјално малолетничко кривично право дефинише кривичноправни статус малолетника, али и млађих пунолетних лица, као и систем кривичних санкција које се могу изрећи малолетнику и васпитне налоге, као посебне, алтернативне мере.

Према члану 3. ЗОМУКД малолетник је лице које је у време извршења кривичног дела навршило четрнаест, а није навршило осамнаест година. Лица узраста до четрнаест година су деца и према њима се не могу применити кривичне санкције. Малолетници се као учиниоци кривичних дела према одредбама нашег законодавства деле на: 1. млађе малолетнике (лице које је у време извршења кривичног дела навршило четрнаест, а није навршило шеснаест година) и 2. старије малолетнике (лице које је у време извршења кривичног дела навршило шеснаест, а није навршило осамнаест година). Поред њих, малолетничко кривично право примењује се у одређеним случајевима и на млађа пунолетна лица. То су лица која су у време извршења кривичног дела навршила осамнаест година, а у време суђења нису навршила двадесет једну годину.

Малолетничко кривично право предвиђа три основне врсте кривичних санкција које се могу изрећи малолетнику који је учинио противправно дело које је у закону одређено као кривично дело. То су: васпитне мере, казна малолетничког затвора и мере безбедности. Малолетничке кривичне санкције су законом предвиђене мере друштвеног реаговања према малолетним учиниоцима кривичних дела које изричу законом одређени органи (виши суд – судија за малолетнике и веће за малолетнике) у циљу заштите друштва од криминалитета кроз васпитање, преваспитање и правилан развој малолетника.[17] Малолетничке кривичне санкције су: васпитне мере и казна малолетничког затвора.

Мере безбедности су кривичне санкције које се изричу и пунолетним и малолетним учиниоцима кривичних дела. Из тог разлога не припадају групи искључиво малолетничких кривичних санкција. Према малолетном учиниоцу противправног дела које је у закону одређено као кривично дело могу се применити све мере безбедности из члана 79. КЗ РС, осим мере безбедности забрана вршења позива, делатности или дужности (члан 9. ЗОМУКД). Према томе, мера безбедности одузимање предмета може се применити и према малолетном учиниоцу противправног дела које је у закону одређено као кривично дело на исти начин и под истим условима као и према пунолетном учиниоцу кривичног дела. Ова мера се изриче уз васпитну меру или казну малолетничког затвора. Одузимање предмета је факултативног карактера, али је у посебном делу Кривичног законика, код појединих кривичних дела прописана обавеза изрицања мере одузимање предмета.

---

[17] Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, 2012. године, op. cit., стр. 377.

Примена мере одузимања предмета према правним лицима

У Републици Србији је кривична одговорност правних лица уведена на основу члана 12. КЗ РС тек 2008. године посебним законом. То је Закон о одговорности правних лица за кривична дела (ЗОПЛКД). Овим законом уређују се услови одговорности правних лица за кривична дела, кривичне санкције које се могу изрећи правним лицима и правила поступка у којем се одлучује о одговорности правних лица, изрицању кривичних санкција, доношењу одлуке о рехабилитацији, престанку мере безбедности или правне последице осуде и извршењу судских одлука (члан 1. ЗОПЛКД). За извршено кривично дело одговарају следећа правна лица: 1. домаће и страно правно лице које учини кривично дело на територији Републике Србије, 2. страно правно лице које учини кривично дело у иностранству на штету Републике Србије, нашег држављанина или домаћег правног лица и 3. домаће правно лице које у иностранству изврши кривично дело. Правно лице одговара за кривично дело које је у оквиру својих послова, односно овлашћења учинило одговорно лице у намери да за правно лице оствари корист и ако је због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица омогућено извршење кривичног дела од стране физичког лица које делује под надзором или контролом одговорног лица (члан 6. ЗОПЛКД).

Према члану 12. ЗОПЛКД правном лицу се за извршено кривично дело могу изрећи следеће кривичне санкције: 1. казна, 2. условна осуда и 3. мере безбедности. Правном лицу као учиниоцу кривичног дела могу се изрећи следеће мере безбедности: 1. забрана обављања одређених регистрованих делатности или послова, 2. одузимање предмета и 3. јавно објављивање пресуде. Правном лицу суд може изрећи једну или више мера безбедности када су испуњени услови предвиђени законом.

Одузимање предмета је мера безбедности којом се од учиниоца кривичног дела одузимају предмети који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела или који су настали извршењем кривичног дела и који су у својини правног лица (члан 25. ЗОПЛКД). Изузетно, ови предмети могу се одузети и када нису у својини правног лица ако то захтевају интереси опште безбедности или разлози морала, али се тиме не дира у право трећих лица на накнаду штете. Одузимање предмета је мера факултативног карактера, али се законом може одредити и обавезно одузимање предмета. Мера безбедности одузимања предмета може се изрећи ако је одговорном правном лицу изречена условна осуда. Застарелост извршења ове мере безбедности наступа кад

протекне пет година од дана правноснажности пресуде којом је изречена мера безбедности одузимање предмета.

Мера безбедности одузимање предмета у пракси

Републички завод за статистику прикупља и објављује податке о изреченим кривичним санкцијама. На основу података прикупљених статистичким истраживањем добијају се информације о демографским карактеристикама учиниоца кривичних дела, кривичним делима, врсти одлуке, изреченој кривичној санкцији, трајању поступка и слично. Предмет анализе у овом раду су статистички подаци о изреченим мерама безбедности, односно мери безбедности одузимање предмета према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Приликом анализе коришћени су подаци Републичког завода за статистику[18] за период од 2006. године до 2011. године који се односе на територију Републике Србије.

У раду је анализиран број изречених мера безбедности одузимања предмета према пунолетним учиниоцима кривичних дела у односу на укупан број изречених мера безбедности према пунолетним лицима. На основу анализираних података уочен је висок проценат изречених мера безбедности одузимања предмета. Одузимање предмета била је најчешће изрицана мера безбедности 2006. године, чак 74.31% од укупног броја изречених мера безбедности. У наредним годинама проценат изречене мере одузимање предмета нешто је мањи. У 2007. години он износи 64.65% од укупно изречених мера безбедности пунолетним лицима. Удео изречених мера одузимања предмета у 2008. години износи 56.49%. И у наредним годинама удео мере одузимања предмета у укупном броју изречених мера безбедности је сличан. Тако 2009. године износи 56.11%, 2010. године 56.45% и у 2011. години износи 50.49% од укупно изречених мера безбедности пунолетним лицима. Уколико се посматра целокупни период од 2006. године до 2011. године закључује се да мера одузимање предмета обухвата чак 60% свих изречених мера безбедности. Најчешће се ова мера безбедности изрицала пунолетним учиниоцима кривичних дела против здравља људи.

Закључак

Мере безбедности су посебна врста кривичних санкција којима се постиже отклањање одређеног опасног стања које проистиче из лично-

[18] webrzs.stat.gov.rs

сти учиниоца или неких стварних околности.[19] Систем мера безбедности у Кривичном законику Републике Србије чини једанаест мера безбедности. У овом раду анализирана је једина мера безбедности стварне природе, одузимање предмета. Применом ове мере учинилац кривичног дела лишава се или ограничава у стварним, односно имовинским правима.

Одузимање предмета као кривична санкција дуго је присутна у нашем кривичном законодавству. У теорији су постојале несугласице о правној природи ове мере безбедности. Тако су неки аутори сматрали да је одузимање предмета казна, а други да припада мерама безбедности. Према важећем кривичном законодавству Републике Србије одузимање предмета је мера безбедности. Састоји се у одузимању предмета који су намењени или употребљени за извршење кривичног дела, или су настали извршењем кривичног дела. Ова мера безбедности предвиђена је: Кривичним закоником, Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица и Законом о одговорности правних лица за кривична дела. Одузимање предмета је најчешће изрицана мера безбедности пунолетним учиниоцима кривичних дела у периоду од 2006. до 2011. године. То потврђују анализирани подаци Републичког завода за статистику.

Dispossession of Object as Security Measures in the Crimal Legislation of the Republic of Serbia

Summary

In article 4. the Criminal Code of the Republic Serbia prescribes four types of criminal sanctions: 1. penalties, 2. warning measures, 3. security measures and 4. corrective measures. The system of security measures in the Criminal Code of the Republic of Serbia consist of eleven security measures. Dispossession of object is the only security measures actual nature of our criminal law. It imposes: adult and juvenile offender, natural and legal persons.

Keywords: criminal sanction, security measures, disspossion of object, statistics information

Литература

Бачић, Ф., (1978). *Кривично право*, Опћи дио, Загреб, Издавачка кућа Информатор.

Јовашевић, Д., (2006). *Кривично право*, Општи део, Београд, Номос.

Јовашевић, Д., (2012). *Кривично право*, Општи део, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу.

[19] Н. Мрвић, Петровић, op. cit., стр. 163.

Кокољ, М., Лазин Ђ., (1986). *Имовинске кривичне санкције и мере у југословенском кривичном праву*, Београд, Научна књига.

Константиновић, Вилић, С., Николић, Ристановић, В., Костић, М., (2009). *Криминологија*, Ниш, Пеликан Принт.

Мрвић, Петровић, Н., (2006). *Кривично право* – Општи и посебни део, Београд, Правни факултет Универзитета УНИОН и Јавно предузеће „ Службени гласник".

Срзентић, Н., Стајић, А., Лазаревић, Љ., (1978). *Кривично право СФРЈ*, Општи део, Београд, Савремена администрација.

Стојановић, З., (2009). *Кривично право*, Општи део, Београд, Правна књига.

Чејовић, Б., (1995). *Кривично право*, Општи део, Ниш, Студентски културни центар.

Кривични законик Републике Србије, Службени гласник Републике Србије број: 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Службени гласник Републике Србије број 85/2005.

Закон о одговорности правних лица за кривична дела, Службени гласник Републике Србије број 97/2008.

webrzs.stat.gov.rs

UDK: 347.21

Мр Ђорђе Сарапа
адвокат из Београда

ПОДЕЛА СТВАРИ

Сажетак

Ствари су објекти имовинскоправних односа. Актуелна подела ствари начелно следи поделу из римског права. Основна подела је подела на телесне и бестелесне ствари. По старијем правном схватању и права су се сматрала бестелесним стварима. Данас се стварима сматрају искључиво телесне ствари. Деле се по неколико критеријума.

Од класификације ствари често зависи могућност конституисања и остваривања права на њима.

Правна наука и законодавства држава континенталне Европе углавном су следили, и следе, поделу ствари из римског права. У складу са тим су биле и одредбе грађанских законика који су представљали позитивно право на подручју Србије у данашњим државним границама, до доношења актуелних законских прописа који регулишу материју стварног права. За разлику од данашњег схватања, ти законици су и права одређивали као бестелесне ствари.

Закон о основним својинскоправним односима, који регулише материју стварног права, не дефинише ствар као правни појам, нити врши поделу ствари по било којем критеријуму.

Кључне речи: ствар, подела, критеријум

Ствар

Ствари су, поред чинидби и имовине, објекти имовинскоправних односа. Као правна категорија ствар није идентична са одређењем ствари у смислу природних наука, као ни са економским појмом добра. У смислу природних наука ствари не морају бити просторно ограничене. У економском смислу, под појмом ствари се подразумевају све телесне ствари без обзира на вредност и корист за човека. У правном смислу ствар је телесни предмет, просторно ограничен материјални део природе, који се може чулима приметити, који се може подвргнути људској власти, који

служи људима за задовољење њихових потреба, а егзистира у садашњости или постоје реалне претпоставке да ће настати у будућности[1].

Подела ствари у правном смислу важна је због тога што од класификације ствари често зависи и могућност конституисања и остваривања имовинских права на њима. Од изузетног је значаја посебно за право својине, јер су ствари најчешћи објекти својинскоправних односа.

У старије доба Римљани су као ствари (*res*) сматрали само телесне ствари (*corpus*). С развојем права, и под утицајем грчке филозофске дијалектичке мисли, појам ствари се проширио, па се као ствар сматрало све што може бити предмет правних односа и представљати имовину. Тако се у време пред крај републике и почетком царства, ствари деле на телесне (*res corporales*) и бестелесне (*res incorporales*). По Гају, *res corporales* су оне које се могу дотакнути (*quae tangi possunt*), а *res incorporales* (*quae tangi non possunt*) су права[2]. Подела ствари на телесне и бестелесне представља основну поделу.

Правна наука и законодавства држава континенталне Европе и оних држава које су преузеле европски континентални правни систем, у начелу следи поделу ствари из римског права. У складу са тим су биле и одредбе грађанских законика који су представљали позитивно право на подручју Србије у данашњим државним границама, а након Другог светског рата примењиване као правна правила (Српски грађански законик и Општи аустријски грађански законик)[3], до доношења актуелних законских прописа који регулишу материју стварног права.

Одређење и подела ствари је предмет стварног права. Закон о основним својинскоправним односима[4], који регулише материју стварног права, не дефинише ствар као правни појам, нити врши поделу ствари

---

[1] Обрен Станковић и Миодраг Орлић: *Стварно право*, Београд, 1982, стр. 7. Борис Визнер: *Грађанско право,* Загреб, 1962, стр. 66–67. Мартин Ведриш: *Основе имовинског права*, Загреб, 1971, стр. 46.

[2] *„Quaedam praetera res corporales sunt quaedam incorporales. Corporales hae sunt quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae.*" Gaius: *D. 1.8.1. pr.* (*Gaius libro secundo institutionum*)

Подела на телесне и бестелесне ствари имала је у римском праву значаја због тога што нису исти прописи важили за обе категорије. Најбитнија је разлика у томе што су у ранијем периоду објект државине могле бити само телесне ствари, па се зато права нису могла стицати узукапијом и традицијом.

[3] На основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације („Службени лист ФНРЈ", бр. 86/1946)

[4] „Службени лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90; „Службени лист СРЈ", бр. 29/96; „Службени гласник РС", бр. 115/2005

по било којем критеријуму. Остаје, дакле, да се упути на правну науку и ранија законодавна решења.

Телесне и бестелесне ствари

Иако је подела на телесне ствари (*res corporales*) и права као бестелесне ствари (*res incorporales*) била критикована и оспоравана[5], била је прихваћена у већини грађанских законика деветнаестог века, укључујући Српски грађански законик и Општи аустријски грађански законик.

Данас је углавном напуштена подела ствари на физичке ствари и права. Стварима се сматрају само физичке ствари, а не и права. Сходно томе, у свим осталим поделама (сем ове поделе – на телесне и бестелесне ствари) под појмом „ствари" у даљем тексту сматрају се само физичке ствари а не и права.

Општи аустријски грађански законик (у даљем тексту: ОГЗ)

Дефиниција ствари и подела ствари у правном смислу садржана је у делу „О праву на ствари". Параграф 285. (поднаслов: „О појму ствари у правном смислу") дефинише ствар: *„Све што није лице, а служи људима за употребу, зове се ствар у правном смислу."* С обзиром на одређење из параграфа 285. ствар не мора имати новчану вредност, него треба да служи људима за употребу. Из тога следи да се и будуће ствари сматрају стварима у правном смислу уколико удовољавају овом критеријуму[6].

Врло је уопштена одредба параграфа 285. Сама за себе, отворила би могућност спекулација око тога шта се има сматрати ствари. Међутим, параграф 292. (поднаслов: „Телесне и бестелесне ствари") на недвосмислен начин одређује да је ствар сваки правни објект, без разлике да ли се ради о телесним или бестелесним стварима, дајући при томе као пример бестелесних ствари управо права: *„Телесне ствари су оне које се могу осетити чулима; иначе се зову бестелесне; као на пример право на лов, право на риболов, и сва остала права."* Да се права сматрају бестелесним

[5] Ова подела није потпуно прихваћена ни у римском праву. Без обзира на овакву доктринарну поделу ствари, углавном су се само телесне ствари (*corpora*) сматрале објектима права, а бестелесне ствари (*iura*) поистовећивале су се са самим правом.

И. Барон: *Институције римског права*, Загреб, 1925, стр. 127.

Маријан Хорват: *Римско право*, Загреб, 1969, стр. 97.

[6] Иван Мауровић: *Нацрт предавања о опћем приватном праву,* Прва књига: опћи дио, Загреб, 1919, стр. 54.

стварима, потврђује параграф 298. (поднаслов: „Права се углавном сматрају као покретне ствари"): *„Права се убрајају међу покретне ствари, ако нису везана уз неку непокретну ствар, или ако нису прописом одређена као непокретна ствар."*

У време кодификације грађанског права и настанка ОГЗ-а, по тада владајућој правној теорији сматрало се да је ствар све што је различито од људи, и служи људима за употребу; дакле, све што може бити имовина и објект права. Имајући у виду овакав правни став, и чинидбе су се сматрале бестелесним стварима[7]. У складу са тим је и одредба параграфа 303, по којој се чинидбе сматрају процењивим стварима. Међутим, и у тексту ОГЗ-а има одступања од тога да се права и чинидбе сматрају стварима. У параграфима 340, 535, 653, 784, 825, 849, 1093, 1455, 1460, 1472, 1498. и 1500. наводе се ствар и право као различити правни појмови. Параграфи 653, 921, 1173, 1175, 1350. и 1430. чине разлику између ствари и чинидби.

Српски грађански законик (у даљем тексту: СГЗ)

СГЗ је рађен је по узору на ОГЗ. Зато не изненађује сличност одредби у вези одређења и поделе ствари. Те одредбе садржане су у делу „О стварима и правима на ствари". Параграфи 182. и 184. СГЗ-а готово су идентични са параграфима 285. и 292. ОГЗ-а.

Параграф 182. одређује појам ствари: *„Под именом ствари разуме се у законом смислу све оно, што није човек, или није лице, и на потребу човеку служи."* Параграф 184. допуњује параграф 182, тако што дефинише разлику између телесних и бестелесних ствари, на следећи начин: *„Ако такве ствари у очи и остала чула падају, зову се телесне, као што је земља, кућа, виноград, воћњак, алат, плод, одело и др., ако ли под чула не спадају, зову се бестелесне, као на пр. право ловачко, право риболова и др."* Према томе, у правном смислу и права се сматрају стварима[8]. Да је право ствар, поред одредбе параграфа 184, на недвосмислен начин одређује параграф 190: *„Права се сматрају као покретне ствари, ван ако нису са непокретним добром скопчана."*

Имајући у виду формулацију из параграфа 182. и 184, сматрамо да, као и по ОГЗ-у, ствар не мора имати новчану вредност, него треба да служи људима за употребу. Због тога се и будуће ствари сматрају стварима у правном смислу под условом да удовољавају овом критеријуму.

---

[7] Адолфо Рушнов: *Тумач Обћему аустријскому грађанскому законику*, Књига прва, Загреб, s.a., стр. 352–353. Друго прерађено и попуњено издање; приредио С. Посиловић

[8] Лаза Урошевић: *Судски требник*, I део, Београд, 1927, стр. 229.

Значај и сврха поделе ствари наведени су у параграфу 183: „*Ствари, које на потребу човеку служе, могу се у разном виду сматрати, и по томе, **ради јасноћа појма и законе употребе**, деле се на разне родове који се овде определити морају*" (нагласио Ђ. С.).

Предоснова[9] грађанског законика за Краљевину Југославију

С обзиром на различитост правних прописа који су примењивани након Првог светског рата на подручју Краљевине Југославије, а такође и Србије у данашњим државним границама, указивало се неопходним доношење јединственог грађанског законика који би важио на целој територији државе. Министарство правде Краљевине Југославије објавило је 1934. године текст Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију, који никада није ступио на снагу.

Предоснова је рађена по узору на ОГЗ. Зато је и део који се односи на ствари готово идентичан са ОГЗ-ом. Одређење и подела ствари предмет је регулативе дела

„О стварима и њиховој правној природи". И по Предоснови ствари се деле на телесне и бестелесне, при чему се права сматрају бестелесним стварима. У том смислу је одредба параграфа 327. (поднаслов: „Телесне и нетелесне ствари"): *„Телесне су ствари оне, које у чула (ћутила) падају; иначе се зову нетелесне, као на прим. права."*

Подела ствари по критеријуму прометности

Ствари у промету, ствари ван промета и ствари у ограниченом промету

Не могу све ствари бити предмет имовинских права и правних послова. Прометна способност је способност ствари да буде предмет имовинских права и правних послова. Код одређивања прометне способности, поред природних својстава ствари, највише долази до изражаја регулаторна улога државе. Још је из римског права позната подела ствари на ствари у промету (*res in commercio*) и ствари ван промета (*res extra commercium*). Поред ове две категорије, постоје и ствари ограничене у промету.

[9] У даљем тексту – „Предоснова"

Ствари у промету (res in commercio)

Највећи број ствари је у слободном промету. Оне могу бити објекти имовинскоправних односа. Могу слободно циркулисати. Нема ограничења у погледу заснивања и промене својине и осталих имовинских права на тим стварима.

Ствари ван промета (res extra commercium)

Неке ствари су због одређених својстава, и/ли посебног значаја изузете из правног промета. Не могу бити предмет имовинских права ни правних послова. Често су под посебним административним режимом.

Ствари ограничене у промету

Постоје ствари које би могле бити ствари у слободном промету, али је њихов промет ограничен из одређених разлога. Типичан пример за ствар ограничену у промету је ватрено оружје.

Римско право

У римском праву постојале су две категорије ствари ван промета: *res extra commercium humani iuris* и *res extra commercium divini iuris*.

Res extra commercium humani iuris били су ваздух, текућа вода јавних река, море (*res communes omnium*) и јавне ствари у власништву државе, односно римског народа: јавни путеви, цесте, тргови, позоришта, купалишта, луке (*res publicae*). Наведене ствари биле су намењене непосредној општој употреби, и зато нису могле бити у приватном власништву ни предмет правних послова.

Res extra commercium divini iuris биле су ствари посвећене култу богова: храмови, кипови богова, предмети култа (*res sacrae*), ствари посвећене култу покојника, првенствено гробови грађана и робова (*res religiosae*), и градски зидови и градска врата (*res sanctae*).

Општи аустријски грађански законик

Ствари ван промета одређене су у параграфима 287. (поднаслов: „Ничије ствари; јавно добро и државна имовина"), 288. (поднаслов: „Општинско добро; општинска имовина") и 289. (поднаслов: „Посебно добро владара").

Једна од категорија ствари ван промета из параграфа 287. су ничије ствари (*res nullius*). То су оне ствари које свако може да присвоји. Док не

буду присвојене оне су без титулара, и зато не могу бити објект имовинскоправних односа. Ничије ствари могу бити само телесне ствари. Права и чинидбе увек су везана уз правни субјект, и зато не могу бити ничије ствари.

Оне ствари које служе свима само за употребу, као што су цесте, велике и мале реке, луке и морске обале, сматрају се општим или јавним добром. Ово одговара категорији *res publicae* римског права. Да не могу бити објект имовинских права и правних послова следи из законске формулације параграфа 287. (*„... дозвољене **само** за употребу...”*) (нагласио Ђ. С.).

Оно што је одређено за задовољење потреба државе, било да се ради о телесним стварима или правима, сматра се државном имовином. Тумачењем аналогијом, поређењем са јавним добром, намеће се закључак да ни ове ствари нису ствари у промету.

Параграф 287. не наводи ствари које би одговарале категорији *res communes omnium*, што је у складу са становиштем правне науке да те ствари нису ствари у правном смислу[10].

Категорија слична јавном добру је и општинско добро, из параграфа 288. Под појмом општинског добра сматрају се оне ствари које по прописима служе за употребу сваком члану општине. Истим параграфом одређује се да су општинска имовина оне ствари од којих су приходи намењени за намирење општинских трошкова. Аналогијом са државном имовином, и ове ствари су ствари ван промета.

По одредби параграфа 289. имовина владара коју поседује као врховни поглавар државе, и која му припада само у том својству, има карактер ствари ван промета. Сва остала његова имовина, коју не поседује као владар, су ствари у промету.

Српски грађански законик

Параграфом 195. обухваћене су ничије ствари и ствари намењене општој употреби, што одговара категорији *res publicae* римског права: *„Ствари оне, које ником не принадлеже, но које свачије бити могу, ко их пре заузме, зову се пусте или ничије. Ствари, које сви употребити могу, и нико никоја искључити од њих не може, зову се свачије, као друмови, путеви, реке, обале реке. Што је за општу употребу народну опредељено, оно је народно добро.”*

Параграф 196. одређује разлику између приватне имовине и општинских добара.

[10] Адолфо Рушнов: *op. cit.*, стр. 354.

„Приватна су добра она, која припадају јединственим лицима. За јединствена лица узима се и народ у скупи, и правитељство у призрењу својих сопствених добара. Од ових се разликују добра општинска, која на употребу општине служе, и општинска каса, која на подмиривање општинских потреба служи."

С обзиром на намену, народно добро и општинска добра не могу бити у приватном власништву. Очигледно је да је титулар на тим стварима држава. Стога оне представљају државну имовину, иако СГЗ, за разлику од ОГЗ-а, не користи појам државне имовине.

Имајући у виду њихову намену, народно добро и општинска добра су ствари ван промета. Такође, и ничија ствар је ствар ван промета. Док не буде присвојена не може бити објект правних послова јер нема титулара.

СГЗ не одређује посебно статус имовине владара.

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију

Параграфи 322. (поднаслов: „Ничије ствари; јавно добро и државна имовина"), 323. (поднаслов: „Општинско добро и општинска имовина") и 324. (поднаслов: „Приватно добро владаочево") Предоснове садржајно су идентични са параграфима 287, 288. и 289. ОГЗ-а.

За разлику од СГЗ-а, Предоснова у параграфу 324. одређује и статус имовине владара. Приватном имовином владара сматра се она имовина коју не поседује у својству врховног поглавара државе.

Подела ствари по критеријуму природних својстава

Покретне и непокретне ствари

Подела ствари на покретне (*res mobiles*) и непокретне (*res immobiles*) позната је из римског права. Темељи се на критеријуму природних својстава. Покретне ствари су оне које се могу премештати с једног места на друго, а да им се при томе не мења суштина. Остале ствари су непокретне. Непокретним стварима по овом критеријуму сматрају се земљишта и све оно што је са земљиштем трајно органски или механички повезано, што је у складу са принципом *superficies solo cedit*. У том смислу су и одредбе ОГЗ-а, СГЗ-а и Предоснове.

Општи аустријски грађански законик

Ова подела је садржана у параграфу 293. (поднаслов: „Покретне и непокретне ствари"): *„Ствари, које се могу преместити с једног места на друго, а да им се при томе не оштети суштина, су покретне; у противном су непокретне..."*

Непокретним стварима сматра се, пре свега, земљиште и оно што је са земљиштем трајно повезано. У том смислу је и одредба параграфа 297: *„Исто тако, међу непокретне ствари спадају оне ствари, које се граде на земљишту у намери да ту трајно остану; као: куће и друге зграде, с ваздушним простором, у окомитом правцу над земљиштем."*

По параграфу 295. непокретним стварима сматрају се трава, стабла, плодови и све употребне ствари, које рађа земља, све док се од ње не одвоје, као и рибе у рибњаку док не буду уловљене, и дивљач у шуми док не буде ухваћена или убијена.

Српски грађански законик

Параграф 185. одређује разлику између покретних и непокретних ствари на идентичан начин као ОГЗ: *„Ствари оне, које се не могу с једнога места на друго кренути, или преместити, а да се у својим саставним честима и изгледу не наруше, јесу непокретне. Које се пак у целости својој могу преместити, оне су покретне."*

За разлику од параграфа 293. ОГЗ-а, који поред поделе ствари на покретне и непокретне по критеријуму природних својстава одређује ту разлику и по критеријуму пертиненције, параграф 185. СГЗ-а задржава се само на подели по критеријуму природних својстава. Подела по критеријуму пертиненције садржана је у параграфима 186. и 188.

Параграфи 187.[11] и 189.[12] поближе одређују шта се сматра непокретном ствари по критеријуму природног квалитета. Не разликују се од параграфа 295. и 297. ОГЗ-а.

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију

Параграф 328. идентичан је параграфу 293. ОГЗ-а. Параграф 331.[13]

---

[11] Параграф 187. Српског грађанског законика: „Трава, дрва, плодови и све што земља издаје, је непокретно добро, докле се год од земље не одвоји. И саме рибе у води, и дивљач у шуми постају тек онда покретним добром, кад се риба улови и дивљач ухвати или убије."

[12] Параграф 189. Српског грађанског законика: „И она се свака ствар за непокретну сматра, која је са главном ствари скопчана тако, да се без нарушења главне ствари од ње одвојити не би могла; тако су све куће и остале зграде и здања, тако и све, што је у земљи укопано или изидано, или прилепљено или приковано,..."

[13] Параграф 331. Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију: „Трава, дрвеће, плодови и све употребљиве ствари, које земља рађа на својој површини, остају дотле непокретна имовина, доклегод се од земље не одвоје. Исто су тако непокретне ствари и оне које су на земљишту сграђене у намери, да ту за увек остану, као куће и друге зграде са ваздушним простором над њима у управној линији, даље све што је укопано, узидано, укуцано и уковано."

(поднаслов: „Ствари, које се нарочито сматрају непокретним") комбинација је параграфа 187. и 189. СГЗ-а, односно параграфа 295. и 297. ОГЗ-а.

* * *

Ствари које су по критеријуму природних својстава покретне, у одређеним случајевима имају правни статус непокретне ствари, по критеријуму посебних циљева и критеријуму пертиненције.

Критеријум посебних циљева

Ствари које се сматрају покретнима по критеријуму природних својстава, могу имати правни статус непокретне ствари, ако је тако одређено посебним прописом. Тако се, на пример, авиони и бродови сматрају непокретним стварима, иако то нису по својим природним својствима.

Критеријум пертиненције

По критеријуму пертиненције, ствар која је по својим природним својствима покретна, у правном промету сматра се непокретном ако је намењена да трајно служи економској сврси непокретне ствари.

О пертиненцији ће бити излагано у делу рада у вези поделе по критеријуму односа између ствари.

Заменљиве и незаменљиве ствари

Римско право

У римском праву то је била подела на *genus* и *species*.

Заменљиве су оне ствари које се у промету одређују по количини врсте или рода (*genus*). Због тога није важан индивидуалитет ствари, пошто је свака једнака количина тих ствари заменљива једнаком другом количином ствари исте врсте (*tantundem eiusdem generis*). Те ствари називале су се генеричне ствари. Тај назив је остао до данас. С обзиром да се у промету у количинском смислу углавном одређују вагањем, бројањем и мерењем, означаване су као *res quae pondere, numero, mensura constant*.

Незаменљиве су оне ствари које у промету долазе одређене по својим индивидуалним обележјима, као појединост. Зато се називају *species*.

Овакво одређење заменљивих и незаменљивих ствари прихваћено је и у данашњој теорији и пракси.

Општи аустријски грађански законик

ОГЗ следи доктрину која не прави разлику између заменљивих и незаменљивих и потрошних и непотрошних ствари. Меша заменљиве и незаменљиве са потрошним и непотрошним стварима, тако што их поистовећује. То произилази из одредбе параграфа 983, који дефинише уговор о зајму: *„Уговор о зајму настаје, кад се некоме предају потрошне ствари под условом, да их може користити по својој вољи, али да након неког времена врати исто толико од исте врсте и квалитета. ..*[14]

Српски грађански законик

Ни СГЗ не прави разлику између заменљивих и незаменљивих и потрошних и непотрошних ствари. Параграф 593. СГЗ-а, који дефинише уговор о зајму, идентичан је параграфу 983. ОГЗ-а. Гласи*: „Зајам је такав уговор, којим се коме ствари потрошне дају тако, да он властан буде по својој вољи њих употребити, потрошити и њима располагати, но у своје време дужан буде речене ствари* ***у истом роду*** *и вредности натраг вратити"* (нагласио Ђ. С.).

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију

За разлику од ОГЗ-а и СГЗ-а, Предоснова дефинише заменљиве и незаменљиве ствари у параграфу 335. (поднаслов: „Заменљиве и незаменљиве ствари"), у делу о подели ствари у правном смислу („О стварима и њиховој правној подели"*): „Заменљиве ствари у смислу закона јесу покретне ствари, које се у промету обично одређују по броју, мери или тежини. Друге су ствари незаменљиве."* Законодавно решење из параграфа 335. одговара одређењу из римског права (*res quae pondere, numero, mensura constant*). Поред осталих обележја заменљивих ствари, параграф 335. одређује их као покретне ствари. Законодавно одређење из параграфа 335, као резултат новије теорије, савременије је и прецизније од одређења из ОГЗ-а и СГЗ-а.

* * *

Код оцене да ли се у неком конкретном случају ради о заменљивим или незаменљивим стварима не мора увек бити одлучујући критеријум природних својстава, који је по својој природи објективан, него треба да се узме у обзир и воља странака.[15]

---

[14] Адолфо Рушнов: *op. cit.*, стр. 369.

[15] Мартин Ведриш: *op. cit.*, стр. 50.

Потрошне и непотрошне ствари

Римско право

Подела на потрошне и непотрошне ствари преузета је из римског права.

Потрошне ствари (*res consumptibiles*) су оне које се уништавају првом једнократном употребом која одговара њиховој економској намени. Непотрошне ствари (*res non consumptibiles*) су оне које се не уништавају првом једнократном употребом.

Поред потрошних и непотрошних, Јустинијан је увео и трећу категорију ствари – оне које се редовном употребом само погоршавају (*res quae usu miniuntur*). Пре Јустинијанове кодификације ове ствари су сматране непотрошнима.

Општи аустријски грађански законик

Потрошне и непотрошне ствари дефинише параграф 301. (поднаслов: „Потрошне и непотрошне ствари"): *„Потрошним стварима називају се оне ствари, које доносе уобичајену корист само када се униште или потроше, а оне, које нису такве, називају се непотрошне."* Иако је формулација параграфа 301. таква да не следи дефиницију из римског права, која је и данас актуелна, она суштински има исти смисао.

Српски грађански законик

Подела ствари на потрошне и непотрошне и њихово законско одређење садржано је у параграфу 192: *„Ствари, које се могу употребити да се не потроше, називају се непотрошне, које пак без потрошка користи обичне не чине, зову се потрошне."*

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију

На исти начин као ОГЗ и СГЗ, потрошне и непотрошне ствари дефинише и Предоснова у параграфу 334. (поднаслов: „Потрошне и непотрошне ствари"): *„Ствари, које обично дају користи тиме што се потроше, зову се потрошне, а оне противне каквоће зову се непотрошне."*

* * *

С обзиром да су све ствари по својим природним својствима подложне трошењу, новија правна наука се приклања старијем правном схватању римског права (пре Јустинијанове кодификације), по којем су не-

потрошне ствари оне које се не уништавају првом редовном употребом нити им се видљиво смањује супстанца.

Иако ни ОГЗ, ни СГЗ ни Предоснова не наводе као карактеристику непотрошних ствари то да им се првом редовном употребом видљиво не смањује супстанца, очигледно је да се у сва три законска текста то подразумева. У противном не би законски била обухваћена једна цела категорија ствари.

Као и код оцене да ли се у неком конкретном случају ради о заменљивим или незаменљивим стварима, тако и код оцене да ли је нека ствар потрошна или непотрошна, поред критеријума природних својстава, узима се у обзир и воља странака.[16]

Подела на потрошне и непотрошне ствари врло је слична подели на заменљиве и незаменљиве ствари. То је и разлог због којег старији законски текстови, па тако и ОГЗ и СГЗ, мешају и поистовећују ове две различите категорије ствари. Већина заменљивих ствари су и потрошне ствари, али то није увек случај, јер заменљиве ствари могу бити и непотрошне.

Дељиве и недељиве ствари

Подела ствари на дељиве (*res dividuae*) и недељиве (*res individuae*) позната је из римског права.

Са становишта природних наука свака ствар је дељива до најситнијих физичких делова. Међутим, пошто ствар у правном смислу није исто што и ствар у смислу природних наука, при подели ствари на дељиве и недељиве по критеријуму природних својстава, право се руководи економско-социјалном сврхом ствари. У том смислу дељиве су оне ствари које се могу раставити на више једнаких делова, а да им се при томе не уништава суштина или им се несразмерно не умањује вредност. И након растављања делови треба да испуњавају исту економско-социјалну сврху коју је имала цела ствар. Недељиве ствари су оне код којих се деобом уништава њихова суштина или несразмерно умањује вредност[17]. Подела ствари на дељиве и недељиве по критеријуму природних својстава је физичка подела, јер је критеријум поделе својство ствари да се физички дели или не, на напред наведени начин.

---

[16] Мартин Ведриш: *op. cit.,* стр. 51.

[17] Адолфо Рушнов: *op. cit*., стр. 358.

Адолфо Рушнов: *Тумач Општему аустријскому грађанскому законику*, Књига друга, Загреб, s.a., стр. 247. Друго прерађено и попуњено издање; приредио С. Посиловић

У одређеним случајевима одступа се од критеријума природних својстава, тако да се недељивим стварима сматрају и ствари које су физички дељиве. Недељивима се сматрају јер је тако одређено законским прописом с обзиром на критеријум посебних циљева, или приватном диспозицијом.

Општи аустријски грађански законик

Подела ствари на дељиве и недељиве није садржана у делу о подели ствари у правном смислу („О праву на ствари"). Појам недељиве ствари одређен је индиректно у параграфу 843, којим се регулише деоба сувласништва, на следећи начин: *„Ако је нека заједничка ствар недељива, или се не може поделити а да се знатно не умањи њена вредност,. .."* С обзиром да се наводи само знатно умањење вредности ствари, очигледно је да се подразумева и уништење њене суштине у случају деобе. Појам дељиве ствари није одређен, па стога треба да се изведе из појма недељиве, као њена супротност.

Српски грађански законик

Ни СГЗ не наводи поделу на дељиве и недељиве ствари у делу о подели ствари у правном смислу („О стварима и правима на ствари"), него у делу о деоби. Недељива ствар одређена је у параграфу 499: *„Ако је ствар једна таква, да се сама собом (у натури) згодно поделити не да,. .."* За разлику од ОГЗ-а, СГЗ не наводи умањење вредности ствари у случају поделе као критеријум дељивости. Међутим, иако није изричито наведено, то произилази из формулације *„... згодно поделити не да,. .."*

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију

По узору на ОГЗ, Предоснова на идентичан начин регулише поделу на дељиве и недељиве ствари, у параграфу 828, у делу о деоби*: „Ако се заједничка ствар не може делити никако или не без знатног умањења вредности,. .."*

Подела ствари по критеријуму њиховог међусобног односа

Једноставне и састављене ствари

Правна наука и пракса прихватају поделу на једноставне и састављене ствари из римског права.

Једноставне ствари (*res singularis*)

Једноставне ствари су оне које по општем схватању чине јединство (*corpus quod uno spiritu continetur*). Углавном су то органске, природне целине. Међутим, могу бити и продукт људског рада. Као такве, могу бити састављене од материјала који су пре тога и сами били самосталне ствари, али су спајањем у сврху добијања нове једноставне ствари изгубили ранију физичку самосталност. У том случају делови такве једноставне ствари деле њену правну судбину.

Састављене ствари (*res connexa*)

Састављене ствари су оне које настају спајањем једноставних, самосталних ствари, при чему употребљени делови не губе своју физичку егзистенцију (*corpus, quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat*). На тај начин једноставне ствари постају саставни делови састављене ствари и престају да буду самостални објект права.

С обзиром на то да ли су саставни делови несамостални или самостални делови састављене ствари као целине, разликују се састављене ствари са несамосталним деловима и састављене ствари са самосталним деловима.

Састављена ствар са несамосталним деловима

Састављене ствари са несамосталним деловима су оне код којих саставни делови задржавају своју физичку егзистенцију али губе самосталност. Након спајања не могу се више одвојити а да се при томе не уништи састављена ствар.

Састављена ствар са самосталним деловима

За разлику од састављене ствари са несамосталним деловима, код састављене ствари са самосталним деловима, саставни делови, поред физичке егзистенције, задржавају и одређену самосталност. Иако деле правну судбину састављене ствари, на саставним деловима је могуће заснивање одређених права различитих од права на састављеној ствари.

Главна ствар и пертиненција

Пертиненција[18] је споредна самостална ствар која је по схватању промета одређена да трајно служи економској сврси главне ствари, али

[18] У науци је спорно да ли је римско право познавало појам пертиненције како је одређује актуелна правна наука. Маријан Хорват: *op. cit.,* стр. 104.

при томе не постаје њен саставни део. Углавном је покретна ствар. Пертиненцију могу имати и покретне и непокретне ствари. Пошто се стварима сматрају само физичке ствари а не и права, права не могу бити пертиненције, нити права могу да имају пертиненције.

Пертиненција је споредна ствар у односу према главној ствари. Са главном ствари није физички спојена и зато не представља њен саставни део. И у правном погледу у односу на главну ствар налази се у односу субординације. Зато следи правну судбину главне ствари. Правни послови у погледу главне ствари односе се и на пертиненцију. Имајући то у виду, власник пертиненције и власник главне ствари морају бити исто лице[19].

С обзиром да је пертиненција самостална ствар могуће је да се то искључи, али то треба да буде изричито назначено.

Карактеристика пертиненције је да трајно служи сврси главне ствари.

За претварање самосталне ствари у пертиненцију одлучујућа је воља власника главне ствари. Он мора истовремено да буде и власник самосталне ствари која постаје пертиненција. Међутим, да би нека ствар постала пертиненција, није довољна само воља власника, јер се пертиненцијом може учинити само она ствар која може да буде пертиненција по схватању промета. То је објективно ограничење које спречава самовољне пертиненције противне природи пертиненције.

Пошто је пертиненција физички самостална ствар, битно је одредити разлику између пертиненције и самосталног саставног дела састављене ствари. Пертиненција је готова ствар, а самостални састави део састављене ствари је потребан да би се састављена ствар сматрала готовом. Самостални саставни део је у физичкој вези са састављеном ствари, док код пертиненције физичка веза са главном ствари није потребна.

Општи аустријски грађански законик

Пертиненција је дефинисана у параграфу 294. (поднаслов: „Припадак уопште"): *„Под припатком се разумева оно, што се ставља у трајну везу са ствари. Овде спада не само приражтај ствари, све док се не ра-*

---

[19] Обрен Станковић и Миодраг Орлић: *op. cit.*, стр. 12. Мартин Ведриш: *op. cit.*, стр. 54.

По старијем становишту, пертиненција није морала да буде власништво власника главне ствари. То се образлагало тиме да се код односа главне ствари и пертиненције не ради о питању власништва. Видети: Адолфо Рушнов: *Тумач Општему аустријскому грађанскому законику*, Књига прва, Загреб, s.a., стр. 364. Друго прерађено и попуњено издање; приредио С. Посиловић

ствари од ње; него и споредне ствари, без којих се главна ствар не може употребљавати, или оне које су по закону или вољом власника одређене да стално служе главној ствари." Параграф 294. не користи појам „пертиненција". Полазећи од латинског корена речи (*pertineo*), синоним за пертиненцију је коришћена реч „припадак". Међутим, анализом параграфа 294. очигледно је да је припадак у смислу одредбе параграфа 294. шири појам од пертиненције. Пропис параграфа 204. је израз старог схватања, по којем припадак обухвата прираштај (*accessio*) и пертиненцију[20]. С обзиром на одредбу параграфа 297. припадак обухвата и оне физичке састојке ствари који се од ње могу одвојити само уз оштећење[21]. Пертиненција, на начин који углавном обухвата битне карактеристике пертиненције у физичком, економском и правном смислу, означена је појмом „споредна ствар" у параграфу 204.

С обзиром на одредбу параграфа 294, произилази да припадак могу имати само непокретне ствари. Пошто је појам припатка шири од појма пертиненције, следи да и пертиненцију могу имати само непокретне ствари, што није у складу са општеприхваћеним становиштем да пертиненцију могу имати и покретне ствари [22].

Да пертиненција дели правну судбину главне ствари произилази из одредбе параграфа 457, по којем се право залога протеже на све делове у власништву залогодавца, на прираштај и припадност залога.

Српски грађански законик

СГЗ-а одређује пертиненцију у параграфу 186: *„Ствар може по себи покретна бити, и опет у законом смислу као непокретна сматрати се, које бива кад се или законом определи или сам ималац ствари уреди, да она као придодатак непокретне ствари буде; и онда се такав придодатак као и сама ствар за непокретну ствар држи. Тако је припадник и прираштај, докле је од неотцепљен од ствари, тако и све оно, без чега се ствар употребити не може, или је закон или ималац за непрестану ствари употребу определио."* Непотребно се користе називи „придодатак" и „припадник" за исти правни појам. То формулацију параграфа 186. чини неодређеном и доводи до непотребне конфузије.

Уочава се сличност са параграфом 294. ОГЗ-а. Као и ОГЗ, и СГЗ следи старо схватање, по којем се и прираштај и пертиненција сматрају придодатком. Појмови „припадност" (ОГЗ) и „придодатак" (СГЗ) су синоними.

---

[20] Михајло Вуковић: *Правила грађанских законика*, Загреб, 1961, стр. 59.

[21] Обрен Станковић и Миодраг Орлић: *ор. cit.*, стр. 11.

[22] Борис Визнер: *ор. cit.*,стр. 74.

Пертиненција, како је одређује актуелна правна наука, одређена је у делу параграфа 186: *„... тако и све оно, без чега се ствар употребити не може, или је закон или ималац за непрестану ствари употребу определио."* Овим су одређене битне карактеристике пертиненције у физичком, економском и правном смислу [23].

Пошто СГЗ и језички и садржајно следи ОГЗ, произилази да и по СГЗ-у пертиненцију могу имати само непокретне ствари.

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију

За пертиненцију се користи израз „припадак".

Параграф 329. (поднаслов: „Припадак") дефинише пертиненцију јасно и прецизно:

„(1) Под припатком разуме се оно, што није саставни део главне ствари, али је одређено, да служи њеној господарској сврси, и према главној ствари стоји у просторном односу, који томе одређењу одговара.

(2) Ствар није припадак, ако се у промету не сматра припатком.

(3) Пролазна употреба једне ствари за господарску сврху друге ствари не даје јој својство припадка. Пролазним одвајањем главне ствари припадак не губи своје својство."

На пертиненцију се односи и део параграфа 328, који је готово идентичан са првим делом параграфа 186. СГЗ-а. Параграф 328. (поднаслов: „Покретне и непокретне ствари"): *„Ствари, које су по себи покретне, сматрају се у правном смислу као непокретне, ако чине припадак непокретне ствари или се по закону имају сматрати као непокретне."*

Плодоносне ствари и плодови

Плодоносне ствари су оне које су корисне не саме по себи, или не једино саме по себи, него по томе што имају својство да дају принос. Тај принос у правном смислу је плод. Плод (*fructus*) је продукт који настаје од плодоносне ствари, одређен да се одвоји од ње. Основна карактеристика плодова у физичком смислу је да се појављују редовно и периодично, и да не умањују супстанцу плодоносне ствари.

Подела плодова преузета је из римског права.

С обзиром на начин настанка плодови се деле на природне, индустријске и цивилне плодове.

---

[23] Лаза Урошевић: *op. cit.*, стр. 222.

Природни плодови (***fructus naturales***) су органски продукти које даје ствар без суделовања људског рада. Пре одвајања од плодоносне ствари саставни су део те ствари и следе њену правну судбину. У том стадијуму су висећи плодови.

Индустријски плодови су продукти које даје ствар уз суделовање људског рада.

Цивилни плодови (***fructus civiles***) су приходи које не даје ствар сама него се добијају посредством правних послова.

Подела на природне и цивилне плодове битна је због тога што се разликују начини стицања својине. Док се својина на природним плодовима стиче у правилу одвајањем, а понекад убирањем, својина цивилних плодова стиче се доспелошћу и убирањем.

Природни и индустријски плодови могу бити висећи, одвојени и убрани плодови.

Висећи плодови (***fructus pendentes***) су они који још нису одвојени од плодоносне ствари. Они су њен саставни део. У правном смислу представљају прираштај. Следе правну судбину плодоносне ствари.

Одвојени плодови (***fructus separati***) су они који су се одвојили од плодоносне ствари. Њихов правни статус различит је од статуса висећих плодова, јер часом одвајања постају самосталне ствари.

Убрани плодови (***fructus percepti***) су они који су се одвојили од матице и побрани су. Док за одвајање од матице углавном није потребна људска радња, убирање подразумева активност. Могуће је да су одвајање и убирање плода у физичком смислу једна радња. То је случај кад се плод не одваја сам од матице, или се не чека да се сам одвоји, него се то чини истовремено, вољном људском радњом. Убрани плодови могу бити убрани непотрошени (*fructus extantes*), убрани потрошени (*fructus consumpti*) и занемарени плодови (*fructus percipiendi*). Занемарени су они који су могли да се уберу и требали да буду убрани али то није учињено.

С обзиром да су цивилни плодови приходи који не даје ствар сама него се добијају посредством правних послова, деле се на доспеле и недоспеле.

Збирна ствар (universitas rerum) [24]

Збирна ствар се састоји од више физички самосталних ствари које су међусобно повезане заједничком економском сврхом, и у промету се

[24] Латински назив за скупну ствар *„universitas rerum"* – према терминологији из Јустинијанове кодификације

јављају под истим, заједничким називом. Код збирне ствари нема главне и споредне ствари. Објект правног односа није збирна ствар него свака појединa ствар која заједно са осталима чини збирну ствар.

Римско право

Римско право разликовало је *universitas rerum* у ширем смислу и *universitas rerum* у ужем смислу. *Universitas rerum* у ширем смислу, под називом *universitas iuris*, је скуп више телесних и бестелесних ствари које се по закону и у правном смислу сматрају целином. (Бестелесним стварима сматрала су се права.) *Universitas rerum* у ужем смислу, под називом *universitas facti seu hominis*, је скуп више искључиво телесних ствари које се по закону и у правном смислу сматрају целином. Ово одговара појму збирне ствари (*universitas rerum*) како се данас схвата.

Општи аустријски грађански законик

Збирна ствар дефинисана је у параграфу 302. (поднаслов: „Збирна ствар [25] (*universitas rerum)): „Скуп више посебних ствари које се уобичајено сматрају као једна ствар и означавају заједничким именом, чини једну збирну ствар, и сматра се као целина."* Дефиниција је по узору на пруски законик.

Без обзира на одређење да се збирна ствар сматра као целина, пошто представља „скуп више посебних ствари", објект правног односа је свака појединa ствар а не збирна ствар. Располагање збирном ствари је заправо збир појединачних располагања свим појединим стварима које чине збирну ствар[26].

Српски грађански законик

Параграф 191. СГЗ-а дефинише збирну ствар на следећи начин: *„Више ствари скопчаних под једним именом чине једну само ствар, и сматрају се као једно цело."* Дефиниција је готово идентична оној из параграфа 302. ОГЗ-а. СГЗ не користи израз „збирна ствар". Без обзира на то, имајући у виду формулацију параграфа 191, јасно је да се ради о збирној ствари.

---

[25] „Gesammtsache"

[26] Иван Мауровић: *op. cit.*, стр. 70.

Адолфо Рушнов: *Тумач општему аустријскому грађанскому законику*, Књига прва, Загреб, s.a., стр. 372. Друго прерађено и попуњено издање; приредио С. Посиловић

Иако, за разлику од ОГЗ-а, СГЗ не наводи да се ради о више посебних ствари, и по СГЗ-у, свака појединa ствар, као део збирне ствари, правно је самостална ствар[27].

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију

Параграф 336. Предоснове (поднаслов: „Збирна ствар") идентичан је са параграфом 302. ОГЗ-а. Правни статус збирне ствари и посебних ствари које је чине, исти је као у ОГЗ-у и СГЗ-у.

Комплементарне ствари

Посебну категорију збирне ствари представљају комплементарне ствари. Комплементарна ствар је збир физички самосталних ствари које су таква целина у којој недостатак само једне од ствари онемогућава нормалну употребу целине. Околност да недостатак само једне од ствари онемогућава нормалну употребу целине значајна је за извршење уговорне обавезе. Ако недостаје само једна или више ствари, код збирне ствари сматра се да је обавеза непотпуно извршена. Код комплементарних ствари, у таквом случају сматра се да обавеза није извршена.

Збир ствари и права (*universitas iuris*)

И у нашем позитивном праву, као и у правним системима многих земаља, постоји појам *universitas iuris*, познат из римског права. Може се дефинисати као збир ствари и права који се у погледу одређених правних односа сматра као целина[28]. Најтипичнији примери збира ствари и права су стечајна маса и оставинска маса.

Подела ствари с обзиром на проценљивост

Проценљиве и непроценљиве ствари

Новац је мерило вредности. Цена је вредност ствари изражена новцем. Проценљивост је могућност да се вредност ствари сведе на новчани еквивалент. С обзиром на проценљивост, ствари се деле на проценљиве и непроценљиве. Проценљиве (*res aestimabiles*) су оне чија се цена може одредити, а непроценљиве (*res inaestimabiles*) оне код којих то није мо-

[27] Лаза Урошевић: *op. cit.*, стр. 229.

[28] Обрен Станковић и Миодраг Орлић: *op. cit.*, стр. 18.

гуће. С обзиром на проценљивост ствари, разликују се три врсте цене: редовна, ванредна и афекциона.

Редовна цена је новчани израз обичне вредности. Њом се одређује обична прометна вредност ствари. То је тржишна цена, која се одређује по објективном критеријуму.

Ванредна цена је новчани израз ванредне вредности. Изражава субјективну вредност ствари, проценљиву по објективном критеријуму. Одређује се тако да се, поред објективног критеријума, узима у обзир интерес корисника у односу на ствар.

Афекциона цена је новчани израз специјалне вредности. Изражава субјективну вредност ствари која није проценљива по објективном критеријуму. Процена се врши искључиво по субјективном критеријуму, јер се узима у обзир само вредност коју ствар има за корисника, без обзира на њену прометну вредност.

Општи аустријски грађански законик

Параграф 303. (поднаслов: „Проценљиве и непроценљиве") дефинише проценљиве и непроценљиве ствари: *„Проценљиве ствари су оне чија се вредност може одредити у промету поређујући их са осталим стварима; овде спадају и службе, и радње, које се чине рукама и главом. Супротно томе, ствари чија се вредност не може одредити никаквим поређењем са осталим стварима у промету, називају се непроценљиве."*

У овом параграфу посебно се наводе службе и радње. Службе и радње нису телесне ствари. Телесне ствари нису ни права, али се и права по ОГЗ-у сматрају стварима[29]. Зато и права могу да буду проценљиве и непроценљиве ствари, у смислу одредбе параграфа 303.

Српски грађански законик

Подела ствари на проценљиве и непроценљиве, и њихово законско одређење, дати су у параграфу 193: *„Које се ствари цена испитати и определити може по вредности других ствари, оне су процењиве, иначе су непроцењиве или бесцене."* Разликује се од параграфа 303. ОГЗ-а по томе што не обухвата службе и радње.

Пошто се и по СГЗ-у у правном смислу и права сматрају стварима[30], и права могу бити проценљиве и непроценљиве ствари.

---

[29] Параграфи 185, 292. и 298.

[30] Параграфи 182, 184. и 190.

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију

Параграф 337. Предоснове (поднаслов: „Проценљиве и непроценљиве ствари") идентичан је са параграфом 303. ОГЗ-а. Као и код ОГЗ-а и СГЗ-а, и по Предоснови, проценљиве и непроценљиве могу бити и телесне ствари и права.

Подела ствари с обзиром на време

Садашње и будуће ствари

Ствари могу бити објекти имовинскоправних односа и онда кад не постоје у часу закључења правних послова. Зависно од тога да ли постоје или не у часу закључења правних послова деле се на садашње (*res presentes*) и будуће (*res futurae*).

Подела ствари на садашње и будуће важна је због тога што су правни послови у вези будућих ствари условни, јер зависе од тога да ли ће ствар настати. Није битно да ли се ради о заменљивим или незаменљивим стварима. Суштина је у томе да будућа ствар не постоји у часу закључења правног посла. При закључењу тих правних послова увек се замишља будућа егзистенција ствари.

На будућим стварима не могу се имати ни заснивати стварна права. То постаје могуће тек кад ствар добије своју физичку егзистенцију, али тада више није будућа него садашња ствар.

Đorđe Sarapa, LL.M.,
Attorney at Law, Belgrade

Categorisation of Objects

Summary

Objects are subjects of property law. The present categorisation of objects basically follows the one established in Roman Law. Their basic division is into corporeal and incorporeal objects. According to the ancient legal tradition, rights were also considered to be incorporeal objects. Nowadays, objects are said to be only those that are corporeal. They are categorised pursuant to several criteria.

The classification of objects frequently depends on the ability to constitute and realize a right over them.

Further to the division stemming from Roman Law, there were also legal solutions in civil codes that were positive law in the territory of Serbia within its present state borders, until the enactment of the present legal regulations that regulate matters relative to property law. Unlike the contemporary understanding, these ancient codes considered rights to be incorporeal objects.
The Law on the Basic Property Law Relations, that regulates matters pertaining to property law, does not define an object as a legal notion, nor does it distinguish between objects according to any criteria.

Key words: object, categorisation, criteri

UDK: 347.63
347.919.6:612.6.052.25

Бранка Бановић
студент мастер студија,
Правни факултет у Нишу

УТВРЂИВАЊЕ И ОСПОРАВАЊЕ ОЧИНСТВА И МАТЕРИНСТВА – ПОСТУПАК И НАЧИНИ ДОКАЗИВАЊА У ПАТЕРНИТЕТСКИМ И МАТЕРНИТЕТСКИМ СПОРОВИМА

Сажетак

Ни у једном правном систему порекло брачног детета од оца не утврђује се у сваком конкретном случају већ се претпоставља да је отац брачног детета муж мајке детета, коју је са њом био у браку у време рођења или зачећа детета. Оваква претпоставка обухвата и биолошку и правну страну питања порекла детета од оца. С биолошког становишта, очинство није тако евидентно као што је видљиво материнство, с обзиром на то да зачеће детета, за разлику од трудноће и порођаја, није чињеница која је очигледна. С друге стране, у највећем броју случајева у животу правна претпоставка о очинству мужа мајке детета биће потврђена и чињеницом његовог биолошког очинства. Но, ако се правна претпоставка о очинству мужа мајке детета не поклапа с биолошком истином о зачећу детета она се може обарати доказивањем њене неистинитости. То практично значи да је дозвољено доказивати да муж мајке детета није и његов природни отац. За разлику од брачног очинства ванбрачно очинство утврђује се у сваком појединим случају на један од два правно могућа начина: признањем или судском одлуком. Судска пракса показује да се доказивање очинства решава на основу правне претпоставке и судско-медицинског вештачења.

1. Увод

Конвенција УН о правима детета, усвојена је 1989. године и она дефинише да је дете свако људско биће које није навршило осамнаест година живота, уколико се, по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније. [1]

[1] Члан 1. Конвенција УН о правима детета.

Конвенцијом је јасно дефинисано да свако дете самим рађањем има право на живот и да му треба обезбедити у највећој могућој мери опстанак и развој.[2] Одмах након рођења дете ће бити регистровано, имаће од рођења право на име, право на стицање држављанства, и уколико је то могуће, право да зна ко су му родитељи и право на њихово страње.[3]

У члану 192. Кривичног законика Републике Србије предвиђена је казна за промену породичног стања, које се односи на подметање, замену или неки други начин изведену промену породичног стања детета, из чега произлази да се доказ може извести искључиво утврђивањем стварног родитељства.[4]

Сходно члану 59. Породичног закона, дете, без обзира на узраст, има право да зна ко су му родитељи, а дете које је навршило петнаесту годину живота и способно је за расуђивање може извршити увид у матичну књигу рођених и у другу документацију која се односи на његово порекло.

Према Породичном закону брак представља уређену заједницу живота жене и мушкарца, коју су будући супружници склопили на основу слободног пристанка и у којој су супружници равноправни.[5] Заједница живота је један од основних елемената појма и законске дефиниције брака сто је основни и најважнији услов за пуноважност брака.

Ванбрачна заједница је трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи, при чему ванбрачни партнери имају права и дужности супружника одређених Породичним законом.[6]

У савременим правима ретке су дефиниције породице, јер је тешко правно одредити ову динамичну појаву на коју утичу бројни чиниоци. Свакако је породица специфична друштвена група, биолошки детерминисана, чије су три универзалне карактеристике да је то заједница родитеља и деце која из те везе настају или су усвојена; да је то примарна заједница у којој се развија личност детета и да је то заједница у којој је обезбеђује психолошко-социјална повезаност њених чланова.

---

[2] Члан 6. Конвенција УН о правима детета

[3] Члан 7. ст. 1. Конвенција УН о правима детета.

[4] Члан 192. Кривични законик Републике Србије.

[5] Члан 3. Породичног закона.

[6] Члан 7. Породичног закона.

2. Утврђивање материнства и очинства

Према члану 42. Породичног закона, мајком детета се сматра жена која га је родила. Питање мајчинства до сада се врло ретко постављало као проблем јер се то правно одређује самим чином рођења. Изузетно се овај проблем може срести нпр. При замени деце у породилишту, у случају лажног легитимисања жене која рађа дете ради прикривања свог идентитета или у ратним условима када дужег одвајања детета од мајке. Међутим, постоји могућност да ће се у будућности појавити проблем доказивања мајчинства у случајевима вештачке оплодње типа „инкубатор-мајка".

Када је у питању порекло детета од оца, правни поредак прави разлику у зависности од тога да ли је дете рођено у браку или изван брака. Одвајање брачног од ванбрачног очинства актуелно је и за наше право само у погледу настанка односа детета и његовог оца, што ни на који начин не утиче на правни садржај односа детета и родитеља јер је, без обзира на порекло детета, у оба случаја истоветан.

Породични закон нема одредбу којом дефинише појам ванбрачног детета и ванбрачног очинства, већ су ови појмови одређени као супротност правних норми којим се дефинише брачно очинство.

Полазећи од члана 45. Породичног закона, да се оцем детета, које је рођено у браку, сматра муж мајке детета, али и муж мајке детета које је рођено у року од 300 дана након престанка брака који је престао смрћу мужа, а да мајка није склопила нови брак у том року. Такође, оцем детета које је рођено у новом браку сматра се муж мајке детета из тог брака. Из овога произлази да су ванбрачна деца она која нису рођена у браку својих родитеља или у законом предвиђеном року од 300 дана од престанка брака због смрти мужа мајке. Ово практично значи да је ванбрачно оно дете које је родила неудата жена, дете рођено у року од 300 дана након развода, односно поништења брака, или дете које је родила жена у браку али после истека рока од 300 дана по престанку брака. Ванбрачним дететом се такође сматра и дете које је родила жена у браку или у року од 300 дана по престанку брака услед смрти мужа, а да је брчни статус детета оспорен.

У случају да је до зачећа дошло путем биомедицински потпомогнуте оплодње, оцем детета се сматра муж жене или ванбрачни партнер који је дао писмени пристанак за ову врсту оплодње, а чије се очинство не може оспоравати.[7]

Сви поступци биомедицински потпомогнутог оплођења, важни за одредбе о очинству детета, могу се поделити на оне у којима се користи

[7] Члан 58. Породичног закона.

биолошки материјал мужа, односно ванбрачног партнера мајке (хомологно оплођење) и на оне у којима се користи донирани биолошки материјал другог мушкарца (хетерологно оплођење).

2.1. Утврђивање спорног очинства

За разлику од брачног очинства, оцем детета рођеног ван брака сматра се мушкарац чије је очинство утврђено признањем или правоснажном судском одлуком.[8]

2.1.1 Утврђивање спорног очинства признањем

Признајући очинство, изјава оца се сматра истинитом, због чега није потребно накнадно спроводити било какав поступак у циљу доказивања његовог биолошког очинства. Ово из разлога што се таква изјава сматра добровољним чином у чију истинитост не треба сумњати.

Да би признање очинства било пуноважно морају да буду испуњени одређени законски услови. Наиме, очинство може признати мушкарац са навршених шеснаест година живота, способан за расуђивање.[9] Очинство се може признати само ако је дете живо у тренутку признања, а изузетно се очинство може признати и пре рођења детета под условом да се живо роди.[10] Очинство се може признати било када у животу детета, тако да узраст детета није од правног значаја.

Са признањем очинства, да би оно било пуноважно, мора да се сагласи мајка ванбрачног детета, с обзиром на то да она најбоље зна ко је природни отац њеног детета, под условом да је навршила 16. годину живота и да је способна за расуђивање.[11]

Са признањем очинства мора да се сагласи и дете ако је навршило 16. годину живота и ако је способно за расуђивање. У случају да мајка не може дати сагласност довољна је сагласност детета.[12]

У случају да ни мајка ни дете не могу дати сагласност за признање очинства, ту сагласност даје старатељ детета уз претходну сагласност органа старатељства. Изјава о признању очинства може се дати пред матичарем, пред органом старатељства, пред судом и у тестаменту.[13]

---

[8] Члан 45. Ст. 4. Породичног закона.

[9] Члан 46. Породичног закона.

[10] Члан 47. Породичног закона.

[11] Члан 48. Породичног закона.

[12] Члан 49. Породични закон.

[13] Члан 50–51. Породичног закона.

Изјава о признању детета по правилу се даје матичару који води матичну књигу рођених за дете и о томе се саставља записник. У случају да је изјава дата матичару који није надлежан, или пак пред органом старатељства, или пред судом, орган пред којим је признато очинство дужан је да без одлагања записник или исправу која садржи признање очинства достави матичару који води матичну књигу рођених за дете. Међутим, изјава о признању очинства не може се дати преко законског заступника или пуномоћника.[14]

Матичар је дужан да по пријему изјаве о признању очинства позове мајку и дете, односно мајку или дете или старатеља детета да у року од 30 дана дају изјаву о сагласности са признањем очинства. Уколико је у пријави мајке наведен мушкарац који је касније признао очинство, неће се тражити накнадна сагласност мајке за признањем очинства.[15]

У случају да мајка и дете, односно мајка или дете или старатељ детета у предвиђеном року од 30 дана не дају никакву изјаву или пак одбију давање сагласности за признање очинства, дужност је матичара да поучи мушкарца који је признао очинство о његовом праву да очинство утврђује судском одлуком.[16]

Изјава о признању очинства и изјава о сагласности не могу се опозвати. Уколико нису испуњени законски услови да и изјава о признању очинства или изјава о сагласности са признањем очинства били правоснажни, сматрају се ништавим, а исте су обориве ако су дате под принудом или заблудом.[17]

2.1.2. Утврђивање спорног очинства судском одлуком

Уколико очинство није утврђено признањем, може бити утврђено правоснажном судском пресудом. Поступак за утврђивање или оспоравање очинства или поништење признања очинства (спор о очинству) покреће се тужбом.[18]

Право на утврђивање очинства имају дете, мајка и мушкарац који тврди да је отац детета. Тужбу ради утврђивања очинства може поднети дете без обзира на рок, мајка у року од годину дана од дана сазнања да мушкарац кога сматра оцем детета није признао очинство, а најкасније

[14] Члан 305. Породичног закона.

[15] Члан 306. Породичног закона.

[16] Члан 307. Породичног закона.

[17] Члан 52.-54. Породични закон.

[18] Члан 248. Породичног закона.

у року од десет година од рођења детета. Тужбу такође може поднети мушкарац који тврди да је отац детета уколико се са његовим признањем очинства нису сагласили мајка, односно дете, односно орган старате детета и то у року од годину дана од сазнања, а најкасније у року од 10 година од рођења детета, мушкарац који тврди да је отац детета, оспоравајући брачно или признато ванбрачно очинство, под условом да истом тужбом тражи и утврђивање сопственог очинства.[19]

У случају више суложника, мајка има право да по окончању једног поступка којим је одбијен захтев, покрене тужбу за утврђивање ванбрачног очинства против других особа са којима је имала полне односе у периоду зачећа детета.

3. Оспоравање спорног очинства и материнства

Оспоравање очинства односи се само на очинство утврђено признањем. Породични закон не допушта оспоравање очинства утврђеног правоснажном судском пресудом, нити оспоравање очинства оним лицима која су се сагласила са признањем очинства. Такође није допуштено оспоравање очинства после усвојења или смрти детета.

Право на оспоравање материнства имају дете, жена која је уписана у матичну књигу као мајка детета, жена која тврди да је мајка детета ако истом тужбом тражи и утврђивање свог материнства, и мушкарац који се у смислу закона сматра оцем детета.

Право на оспоравање очинства имају дете, мајка и мушкарац који тврди да је отац детета само уколико истом тужбом тражи и утврђивање свог очинства.[20]

Тужбу ради оспоравања очинства може поднети дете, без обзира на рок. Када између детета и родитеља који по закону заступа дете постоје супротни интереси, дете које је навршило 10. годину живота и које је способно за расуђивање може само, односно преко неког другог лица или установе, да затражи од органа старатељства да му постави колизијског старатеља, а од суда да му постави привременог заступника због постојања супротних интереса између њега и његовог законског заступника.[21]

Уколико између родитеља који заступа дете по закону нема супротних интереса, тај родитељ ће заступати дете у овој парници. Уколико дете није под родитељским старањем или када је дете лишено пословне

[19] Члан 251. Породични закон.

[20] Члан 56. Породичног закона.

[21] Члан 265. Породичног закона.

способности, тужбу подноси старатељ са одобрењем органа старатељства.[22]

Мајка има право на тужбу за оспоравање очинства другом мушкарцу који је признао ванбрачно очинство, али без њене сагласности са тим признањем, са којим су се сагласили дете или старатељ детета, у року од годину дана од сазнања да мушкарац који је признао очинство није отац детета, а најкасније у року од 10 година од рођења детета.[23]

Тужбу за оспоравање очинства другом мушкарцу који је дете признао за своје може поднети мушкарац који тврди да је отац детета, под условом да истом тужбом тражи утврђивање сопственог очинства. Тужба се подноси у року од годину дана од дана сазнања да је он отац детета, а најкасније у року од 10 година од рођења детета.

Тужбу ради поништења признања очинства, као и изјаве о сагласности са признањем очинства могу поднети лица која су дала изјаву, лица која имају правни интерес да изјава буде поништена и јавни тужилац.

Уколико је лице дало изјаву о признању очинства или сагласност са признањем очинства под принудом или у заблуди, може поднети тужбу за поништење изјаве у року од годину дана од дана престанка принуде или од дана кад је заблуда уочена.[24]

4. Поступак у материнитетским и патернитетским споровима

Парнице у материнитетским и патернитетским споровима покрећу се искључиво тужбом. За ове спорове су стварно надлежни судови опште надлежности. У првом степену спорове суде основни судови, а у другом степену виши судови. Месно надлежан суд је суд на чијем подручју тужени има пребивалиште или боравиште. Међутим, дете може поднети тужбу било пред судом опште месне надлежности, било пред судом на чијем подручју оно има пребивалиште, односно боравиште.[25]

Надлежност у споровима ради утврђивања или оспоравања материнства и очинства одређена је у првом степену за судско веће састављено од једног судије и двојце судије поротника, а у другом степену за веће од тројице судија.[26]

---

[22] Члан 254. ст. 3 Породичног закона.

[23] Члан 252. Породичног закона.

[24] Члан 253. Породичног закона.

[25] Члан 49. Закона о парничном поступку.

[26] Члан 203. Породичног закона.

Поступак у материнтетским и патернитетским споровима по неким својим особеностима се разликује од правила општег парничног поступка. Наиме судије у поступцима везаним за породичне односе, па и у споровима о материнству и очинству, морају стећи посебна знања из области права детета, а судије поротници треба да буду бирани из редова стручних лица која имају искуства у раду са децом и младима.

Сваки поступак у вези са породичним односима је хитан, што подразумева да се тужба не доставља туженом на одговор, да се поступак, по правилу, спроводи на највише два рочишта, да се прво рочиште мора заказати у року од 15 дана од дана када су тужба или предлог примљени у суд. Другостепени суд је дужан да одлуку донесе у року од 30 дана од дана када му је достављена жалба. У овим споровима јавност је искључена, а знатно је проширена примена истражног начела (суд може утврђивати чињенице и када оне нису спорне међу странкама) и ограничена примена начела диспозиције (суд може самостално истраживати чињенице које странке нису изнеле). Такође, о накнади трошкова поступка суд одлучује по слободној оцени, водећи рачуна о разлозима правичности.[27]

У споровима ради утврђивања или оспоравања материнства, односно очинства, не може се изрећи пресуда због пропуштања нити пресуда на основу признања или одрицања, а странке не могу да закључе судско поравнање.[28]

Уколико тужбу подноси пуномоћник странке, пуномоћје мора бити оверено и издато само ради заступања у овом спору, а треба да садржи наводе у погледу врсте тужбе и основа за подизање тужбе.[29] Суд је дужан да пресудом у спору о материнству и очинству одлучује и о вршењу родитељског права, а може одлучивати и о потпуном или делимичном лишењу родитељског права или мерама заштите од насиља у породици.[30]

У спору о материнству и очинству право на тужбу не прелази на наследнике. Међутим, наследници тужиоца могу наставити већ започети поступак за утврђивање или оспоравање материнства или очинства или ради поништења признања очинства. Тужбу може поднети и старатељ малолетног или пословно неспособног тужиоца уз претходну сагласност органа старатељства.[31]

---

[27] Члан 204.-207. Породичног закона.

[28] Члан 258. Породичног закона.

[29] Члан 257. Породичног закона.

[30] Члан 260. Породичног закона.

[31] Члан 254. Породичног закона.

У случају смрти туженог у спору о материнству и очинству, тужба се подноси против њихових наследника, а у случају да тужени нема наследнике, тужба се подноси против Републике Србије као наследника.[32]

Уколико у току овог спора наступи смрт тужиоца или туженог, првостепени суд ће решењем утврдити да се поступак обуставља, не оспоравајући право наследника да наставе већ започети поступак.[33]

Странке у спору ради поништења признања очинства или материнства су лице које је дало изјаву о признању очинства или материнства, лице које је дало изјаву о сагласности са признањем очинства, као и лице које има правни интерес да изјава буде поништена само ако се ради о условима за ништавост признања (нужни и јединствени супарничари).[34]

5. Доказивање спорног материнства и очинства

За доказивање спорног материнства и очинства надлежан је једино суд, а вештачење је један од доказа које у том правцу спроводи суд. Судска пракса показује да доказивање очинства и материнства решава на основу судске претпоставке и вештачења. Користећи се резултатима вештачења, када је то неопходно при извођењу доказа, суд од вештака захтева да му на основу налаза утврђеног прегледима и анализама да мишљење о томе да ли се наводни отац искључује као природни отац детета или код неискључивања, да утврди степен вероватноће очинства. Наиме, досадашњим се методама у вештачењу не доказује да је неки мушкарац биолошки отац детета, већ је суштина вештачења управо могућност искључења одређеног мушкарца од очинства.

5.1. Примена правне претпоставке о најдужој и најкраћој трудноћи

Према наведеној претпоставци, оцем детета се сматра мушкарац који је са мајком детета имао сексуалне односе у критично време зачећа детета у временском раздобљу између 300 и 180 дана пре рођења детета. Ова правна претпоставка о најдужој и најкраћој трудноћи није породичноправним нормама посебно прописана, али се у пракси може употребити као и свако друго доказно средство. Међутим, примена ове правне претпоставке није довољно поуздано доказно средство јер се оцем детета може сматрати сваки мушкарац који је са мајком имао полни однос у

[32] Члан 255. Породичног закона.

[33] Члан 260. Породичног закона.

[34] Члан 256. ст. 5. Породичног закона.

време зачећа детета. Суштина је да се утврди да је управо тужени мушкарац остварио полни однос са мајком детета у време када је могло доћи до оплодње.

5.2. Одређивање времена зачећа

Према Негеловој формули, трајање трудноће се мери од првог дана мајчине последње менструације тако што се том датуму дода 7 дана, потом одузме 3 месеца и тако добије термин очекиваног порођаја. Одређивање времена зачећа темељи се на чињеници да се време рођења детета мора поклапати са стањем донесености новорођенчета. Наиме, према тежини и дужини новорођенчета, као и према изгледу појединих детаља на његовом телу (дужина ноктију, развијеност хрскавице носа и ушне шкољке, стања полних органа, величине језгра окоштавања у петној кости и доњем окрајку бутне кости, израженост лануго длачица, присуство сирастог маза на кожи и др.) може се са значајном тачношћу одредити време зачећа.

5.3. Доказивање оплодне неспособности мушкарца

Односи се на постојање анатомско-функционалних промена или болести у стварању полних ћелија (сперматозоида), што представља оплодну неспособност мушкараца, или на немогућност обављања полног односа, што представља обљубну неспособност мушкарца. Ова врста вештачења се у пракси може употребити само изузетно, као допуна другим методама, с обзиром да је потребно доказивати оплодну или обљубну неспособност мушкарца ретроградно након рођења детета.

5.4. Хемогенетско доказивање очинства (испитивање крвних група и фактора)

Основа овог начина вештачења темељи се на чињеници да дете наслеђује половину генетских особина од мајке, а другу половину од оца. У доказивању очинства данас се примењују следећи хомогенетски маркери:

– антигени на еритроцитној мембрани (ABO, Rh, MNCc, Kell, Kiid, P итд.)
– еритроцитни ензими и протени плазме (аденосин-деаминаза, киселафосфатаза итд.)
– антигени на мембрани леукоцита и других ћелија (HLA)

Сходно менделовим законима о наслеђивању генетских маркера крви, наводни отац може бити искључен на основу следећих принципа:

– када се генетски продукт појави код детета, а одсутан је код мајке и наводног оца (нпр. мајка и наводни отац О, а дете А)
– када је наводни отац хомозигот за гене чији се продукти не појављују код детета (нпр. у Рх систему наводно отац СС а дете сс)
– када је наводни отац хетерозигот за две генске алеле, чији се продукти не појављују код детета (нпр. Наводни отац АВ а дете О)

У случајевима када се очинство не искључује израчунава се вероватноћа очинства. Најзаступљенија је Essen-Moller-ова метода која се заснива на једноставном принципу: што су ређа обележја заступљена истовремено у крвно-групној формули наводног оца и детета, то је већа шанса да је он и прави отац детета. Утврђеним процентима вероватноће очинства одговара стандардизована вербална интерпретација, нпр. Вероватноћа очинства (w) од 99,99–99,75% интерпретира се као очинство практично доказано; w=50% – ни позитивно ни негативно указивање на очинство; w=10,00–5,50% – очинство није вероватно; w=0,20–0,10% – очинство практично искључено.[35]

5.5. Антропоморфолошко доказивање очинства

Антропоморфолошко доказивање очинства налази свој темељ у комплексној анализи важних морфолошких особина у којима се дете разликује од мајке, а истовремено сличи оцу. При овом вештачењу описују се телесне карактеристике (форма лобање, форма лица an fas, линија чело-врх носа-брада, линија чело-брада, брада, изглед ушне ресице, набора на капцима ока, боја дужице, изглед прстију на ногама и рукама, боја и квалитет косе, карактеристични младежи, аномалије у развоју као што су вишак прстију или спојени прсти и др.), врше се мерења инструментима (телесна висина, дужина и ширина главе, обим главе, висина и ширина чела, носа и ушне шкољке, морфолошка висина лица, распон ширине јагодица, ширина доњовиличних углова итд.), а на основу добијених мера прерачунавањем се утврђују антропоморфолошки индекси. Анализом добијених параметара утврђује се број изолованих подударних телесних особина и индекса између наводног оца и детета, то јест оних антропоморфолошких обележја у којима се дете истовремено разликује од мајке тзв. Изолована сличност наводног оца и детета, као и број укупно подударних антропоморфолошких особина и индекса између наводног оца и детета, укључујући и оне где истовремено постоји сличност и са мајком тзв. укупна сличност наводног оца и детета.[36]

[35] Оташевић В.: *Судска медицина*, Медицински факултет у Нишу, Просвета, 297–304.

[36] Илић Г.: Судско-медицински аспекти идентификације очинства, Магистарски рад, Медицински факултет, Ниш, 1994. година.

5.6. Доказивање очинства анализом ДНК карактеристика

Вредност досадашњих метода у доказивању очинства знатно је смањена увођењем анализе ДНК отиска. Захваљујући развоју ДНК технологије учињен је квалитативан напредак у патернитетским парницама, зато што ДНК метода омогућује директан увид у саму наследну структуру, доказујући тако супериорност у односу на раније коришћење методе крвно-групних и антропометријских анализа. ДНК је молекул наследног материјала, односно носилац генетских информација које одређују индивидуалне људске карактеристике. Због разноврсног распореда којим су поређане базе у ДНК настаје одређена секвенција која означава генетску информацију. При томе се на поједине базе може гледати као да је реч о словима абецеде која у међусобном распореду на молекулу ДНК слажу речи. Свака три нуклеотида, односно њихове базе, граде једну реч (триплет или кодон) који се преводи при синтези протеина у специфичан редослед аминокиселина. Будући да сваки човек наслеђује основне биолошке карактеристике од својих родитеља, комбиновањем према Менделовим правилима, сваки фрагмент ДНК отисака који није наслеђен од мајке може једино потицати од стварног биолошког оца детета. Вредност ДНК анализе је у томе што омогућује практично доказивање особе којој припада одређени биолошки траг. Управо због наведеног, у патернитетским парницама је могуће не само сваку особу која није биолошки отац искључити из очинства, него и за одређеног мушкарца, практично утврдити да је биолошки отац. Као материјал за испитивање по правилу, користи се узорак крви и/или брис слузокоже усне дупље. Ако за анализу нису доступни наведени узорци (нпр. у случају утврђивања сродства након смрти) може се узети било који други биолошки узорак (кост, зуб, мишић, коса). Према међународним препорукама под појмом „практично доказаног" очинства подразумева се вероватноћа очинства испитиване особе изнад 99,99%.[37] Странке се сваком од наведених метода вештачења подвргавају добровољно. То значи да особа која учествује у поступку није обавезна да се подвргне наведеним испитивањима, чак ни онда када је поступак безопасан по живот и здравље. Одбијање странака да се подвргну вештачењу, суд цени слободно и у вези са осталим доказима и на основу резултата целокупног поступка.

[37] Зечевић Д. и сар. – *Судска медицина и деонтологија*, 4. Обновљено и допуњено издање, Медицинска наклада Загреб, 2004, 297–304.

Summary

In any legal system origin of a legitimate child of the father shall not be determined in each case, but the concrete is assumed to be the father of a legitimate child, husband of the mother of the child who was with her, was married at the time of conception or birth of the child. This assumption include the date biological and legal side of the question of origin of the child's father, with the point of biological paternity is not as obvious as can be seen motherhood, given that the conception of the child as opposed to pregnancy and childbirth is not a fact that is obvious. On the other hand, in most cases in life, the legal presumption of fatherhood husband the child's mother will be confirmed by the fact his biological paternity. But if the legal presumption of fatherhood husband the child's mother does not coincide with the biological fact of conception of the child she could bring down her prove untruth. This practically means that it is permissible to prove that the husband of the mother of the child is not his natural father. Unlike marital paternity illegitimate paternity is determined in each case to one of two possible ways of legal recognition or judicial decision. Case law shows that the paternity solved based on legal requirements and forensic medicine.

UDK: 331.2:305-055.1/.2(497.11)

Др Драīана Радовановић
Привредна академија, Нови Сад

ЈЕДНАКА ЗАРАДА ЖЕНА И МУШКАРАЦА ЗА ИСТИ РАД ИЛИ РАД ИСТЕ ВРЕДНОСТИ У СВЕТЛУ ЗАКОНА О РАДУ

Сажетак

Овај рад има за предмет једнаку зараду жена и мушкараца за исти рад или рад исте вредности који остварују код послодавца. Аутор је своје идеје приклонио ставу да је делотворна примена принципа једнаке зараде за исти рад или рад исте вредности који мушкарци и жене остварују код послодавца инхерентна сузбијању дискриминације на основу пола у сфери рада. Циљ рада је да се дефинишу кључни појмови и укаже на заштиту коју запослени уживају у случају дискриминације у области плаћања рада.

Кључне речи: зарада, друга примања, исти рад, рад исте вредности, дискриминација у области плаћања рада

1. Уводне напомене

По угледу на потврђене међународне акте који гарантују једнако награђивање за рад једнаке (исте) вредности, у Закону о раду[1] постављен је принцип једнаке зараде за исти рад или рад исте вредности који запослени остварују код послодавца (у даљем тексту: принцип једнаке зараде). То указује да су приликом доношења овог закона фрагментарно уважени потврђени међународни акти, чиме се ствара привид напретка и усаглашености са њима, а у ствари озбиљно нарушава њихов ефекат. Указује и на анахроност гарантује једнаке зараде. Једнака зарада гарантује се и за исти рад, иако је концепт истог рада проглашен застарелим након Другог светског рада, будући да мали број мушкараца и жена, услед хоризонталне професионалне сегрегације, обавља рад који се сма-

[1] Закон о раду (Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09).

тра истим.[2] Закон о раду донео је и позитивне новине дефинишући рад исте вредности и предвиђајући последице нарушавања принципа једнаке зараде.

Принцип једнаке зараде потврђује став да су жене и мушкарци, људска бића која се рађају слободна и једнака у достојанству и правима, вредна једнаког третирања у области плаћања рада, уколико је рад који остварују код послодавца исти или исте вредности. Требало би га шире тумачити тако да покрива и друга примања по основу радног односа, будући да и та примања морају бити недиференцирана према полу на основу чињенице да их послодавац исплаћује запосленом. Подразумева да: различити елементи примања из радног односа морају бити установљени према идентичним стандардима за жене и мушкарце; категорије и класификације занимања и критеријуми за напредовање морају бити једнаки за запослене оба пола; методи оцењивања, засновани на објективним и идентичним критеријумима, морају бити фокусирани, првенствено, на обављени посао.[3] Обезбеђује се, пре свега, забраном дискриминације на начин да забрана дискриминације доприноси остваривању једнакости, али се тиме не исцрпљује. Пуна једнакост у области плаћања рада је шира од формалноправне једнакости.

Примена принципа једнаке зараде има вишеструки значај. Запосленима омогућава да остваре продуктиван и задовољавајући радни век и буду задовољни собом и послом који обављају. Разлике у заради воде разлици у старосним пензијама, тако да дискриминација у области плаћања рада егзистира и по престанку радног односа. Послодавцима омогућава да остваре већи профит и бољу позицију на тржишту. Нису занемарљиви ни трошкови поводом судских поступака за заштиту од дискриминације које ће сносити, уколико се докаже постојање дискриминације.[4]

2. Дефинисање појмова

2.1. Примања из радног односа

Примања из радног односа имплицирају зараду и друга примања која послодавац исплаћује запосленом, директно или индиректно, у нов-

[2] А. Петровић, *Међународни стандарди рада*, Ниш, 2009, стр. 228.

[3] Међународна организација рада, *Смернице о радном законодавству*, Женева, 2001, стр. 321.

[4] И. Грегуров, *Једнака плаћа за једнак рад или рад једнаке вриједности*, Загреб, 2006, доступно на адреси: http://www.hrcak.srce.hr/5108, 21.10.2011., стр. 1104.

цу или натури, по основу радног односа. Термин „директно" означава примања која послодавац исплаћује директно запосленом, на пример, примања која имају карактер основне зараде и зараде за радни учинак, а термин „индиректно" примања која послодавац исплаћује индиректно запосленом, на пример, кроз уплату премија за добровољно додатно пензијско осигурање. [5] Термин „у натури" означава одређену количину производа коју послодавац даје запосленом, уз зараду у новцу, али и исплату дела зараде у натури у виду обезбеђивања смештаја и исхране, односно смештаја или исхране, која се, према члану 110 став 2 Закона о раду, може уговорити када се радни однос заснива са кућним помоћним особљем.

2.1.1. Зарада

Зарада представља примање које послодавац исплаћује запосленом за остварени рад. У теоријском смислу зарада је битан елемент радног односа, а у позитивно правном смислу основно право запосленог из радног односа. Уговарање ненаплативог рада не доводи до заснивања радног односа, нити може бити предмет уговора о раду. У радном односу се никада не претпоставља бесплатност, онерозност је његово основно обележје.[6]

Зарада може бити одговарајућа и минимална, а и одговарајућа и минимална зарада покривена је принципом једнаке зараде.

Одговарајућа зарада је зарада која је одговарајућа раду који запослени остварују код послодавца. То произлази из чињенице да се стиче радом који се разликује се према потребној стручности, сложености, одговорности и другим критеријумима.[7] Уколико се ти критеријуми разликују, разлика у висини зарада жена и мушкараца је неминовна. Суштина је да свако добије онолико колико заслужује, с обзиром на рад који остварује код послодавца.[8]

Одговарајућа зарада дефинисана је у најширем смислу како би што шири дијапазон примања из радног односа био недиференциран према полу (прим. аут.). Према члану 105 Закона о раду, састоји се од: зараде за обављени рад и време проведено на раду; зараде по основу доприноса пословном успеху послодавца; других примања по основу радног односа, у складу са општим актом и уговором о раду; износа који се издва-

[5] А. Петровић, нав. дело, стр. 204.

[6] И. Грегуров, нав. дело, стр. 1112.

[7] З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд, 2006., стр. 227.

[8] Б. Шундерић, *Право Међународне орīанизације рада*, Београд, 2001, стр. 173 и 174.

јају по основу пореза и доприноса, будући да се обрачунава и исказује у бруто износу. Чланом 106 прецизира се да зараду за обављени рад и време проведено на раду чини: основна зарада, зарада за радни учинак и увећана зарада. Основна зарада одређује се на основу услова, утврђених правилником о организацији и систематизацији радних места, потребних за рад на пословима за које је запослени закључио уговор о раду (степен стручна спреме, радно искуство, радна способност, итд.) и времена проведеног на раду (члан 107 став 1), а обрачунава и исплаћује на основу елемената утврђених општим актом послодавца (члан 107 став 3). Уговором о раду може се утврдити већа основна зарада од оне која би се одредила на основу тих елемената (члан 107 члан 4), уколико се приликом њиховог вредновања ипак може направити разлика, а то омогућава радна способност и одговорности.[9] Зарада за радни учинак, варијабилни део зараде за обављени рад и време проведено на раду, доводи се у везу са оствареним радним учинком, који се одређује на основу квалитета и обима обављеног посла и односа запосленог према радним обавезама (члан 107 став 2), а обрачунава и исказује на основу елемената утврђених општим актом послодавца (члан 107 став 3). Увећана зарада исплаћује се: за рад на дан празника који је нерадни дан – најмање 110% од основице; за рад ноћу и у сменама – најмање 26% од основице, уколико такав рад није вредновран приликом утврђивања основне зараде; за прековремени рад – најмање 26% од основице; за сваку пуну годину рада остварену у радном односу – најмање 0,4% од основице (члан 108 став 1). Општим актом и уговором о раду могу се утврдити други случајеви у којима се исплаћује увећана зарада и проценти увећања зараде у тим случајевима (члан 108 став 3). Зарада по основу доприноса пословном успеху послодавца (награде, бонуси и слично) везује за допринос запосленог пословном успеху послодавца. Исплаћује се тромесечно, полугодишње или годишње, зависно од тога када се врши обрачун пословања послодавца, обично члановима управе предузећа, запосленима који раде на кључним радним местима, онима који су остварили натпросечни радни учинак или дали посебан допринос у виду техничких унапређења, уштеда и слично.[10]

Минимална зарада исплаћује се када наступи поремећај у раду послодавца због чега он није у могућности да запосленима исплати одговарајућу зараду, уколико је њена исплата уговорена.[11] Елемент је по-

[9] З. Ивошевић, М. Ивошевић, нав. дело, стр. 234.

[10] О. Милисављевић, Ж. Албинезе, *Коментар Закона о раду са регистром појмова*, Београд, 2005, стр. 13.

[11] З. Ивошевић, М. Ивошевић, нав. дело, стр. 238.

литике чији је циљ борба против сиромаштва и задовољавање егзистенцијалних потреба запослених и чланова њихових породица.

2.1.2. Друга примања из радног односа

Друга примања из радног односа имплицирају примања која послодавац исплаћује запосленом по основу радног односа, иако је законодавац нека од тих примања подвео под примања која се стичу радом. Покривена су принципом једнаке зараде у ширем смислу на основу чињенице да их послодавац исплаћује запосленом.

У друга примања која чине одговарајућу зараду спадају сва примања по основу радног односа, осим оних која Закон о раду искључује (члан 105 став 3). Имплицирају накнаду зараде, накнаду за исхрану у току рада и регрес за коришћење годишњег одмора. Накнада зараде детаљније је уређена чланом 114–117. Исплаћује се када запослени не ради, у законом предвиђеним случајевима: на дан празника који је нерадни дан, за време годишњег одмора, плаћеног одсуства, војне вежбе и одазивања на позив државног органа, у складу са општим актом и уговором о раду, најмање у висини просечне зараде остварене у претходна три месеца; због привремене спречености за рад до 30 дана, најмање 65%, односно 100% просечне зараде остварене у претходна три месеца пре месеца у коме је наступила привремена спреченост за рад, зависно од тога да ли је проузрокована болешћу и повредом ван рада или професионалном болешћу и повредом на раду, најмање у висини минималне зараде, осим ако је законом другачије одређено; за време прекида рада до кога је дошло без кривице запосленог, најдуже 45 дана у календарској години, у висини 60% просечне зараде остварене у претходна три месеца, најмање у висини минималне зараде; за време прекида рада до кога је дошло наредбом надлежног државног органа или надлежног органа послодавца због необезбеђивања безбедности и заштите живота и здравља на раду, која је услов даљег обављања рада без угрожавања живота и здравља запослених и других лица, и у другим случајевима у складу са законом у висини утврђеној општим актом и уговором о раду.

Друга примања које не чине одговарајућу зараду имплицирају: надокнаду трошкова (за долазак и одлазак са рада, у висини цене превозне карте у јавном саобраћају, за време проведено на службеном путу у земљи, за време проведено на службеном путу у иностранству, најмање у висини утврђеној посебним прописима, за смештај и исхрану за рад и боравак на терену, ако послодавац није запосленима обезбедио смештај и исхрану без накнаде) (члан 118 тачка 1–4); друга примања која је по-

слодавац дужан исплатити запосленом (отпремнина при одласку у пензију, најмање у висини три просечне зараде, и при престанку радног односа услед престанка потребе за радом запослених, надокнада трошкова погребних услуга у случају смрти члана уже породице, а члановима уже породице у случају смрти запосленог, надокнада штете због професионалне болести и повреде на раду и због незаконитог престанка радног односа) (члан 119 став 1); примања која послодавац може (а не мора) исплатити (поклони за Нову годину и Божић за децу старости до 15 година запослених у вредности до неопорезивог износа предвиђеног законом којим се уређује порез на доходак грађана, премија за добровољно додатно пензијско осигурање, премије за колективно осигурање за случај незгоде, тежих болести и хируршких интервенција) (члан 119 став 2 и 5); примања која се могу предвидети општим актом, односно уговором о раду (јубиларна награда и солидарна помоћ) (члан 120 тачка 2–4).

2.2. Исти рад и рад исте вредности

Исти рад представља „рад који је идентичан или у великој мери сличан. Не постоји разлика у врсти делатности, процесу рада, радној средини, средствима рада". „Једнак рад постоји када се истоврсан процес рада одвија на различитим радним местима".[12] Такав рад обављају, на пример, стјуарди и стјуардесе.

Рад исте вредности превазилази оквире истог рада. Покрива „рад који, споља посматрано, делује као различит, али је једнако вредан као рад са којим се упоређује".[24] „Код таквог рада утврђује се, да ли постоје, упркос различитој врсти рада, исти захтеви радног места према раднику и радници".[13] Упоређује се степен стручне спреме, радна способност, одговорност и физички и интелектуални рад. Због евентуалних тешкоћа, корисно је вредновање рада. Иако није дефинисана, вредност рада односи се на цену рада ради израчунавања његове противвредности у новцу. Утврђује се тако што се сваком захтеву радног места даје одређена вредност. Како би се вредновање рада спровело на недискриминаторски начин, радноправна теорија установила је у ту сврху сет правила: нужно је вредновати захтеве радног места, а не запосленог који ради на том радном месту; уважити захтеве радних места на којима претежно раде жене, а који до тада нису препознати, на пример, дизање и ношење терета при

[12] И. Грегуров, нав. дело, стр. 1120.

[13] А. Петровић, нав. дело, стр. 207.

неговању старих и немоћних лица, одговорност у раду са децом; кључан је детаљан опис радних места и садржај послова који се на њима обављају, а не називи радних места (мушкарац и жена могу радити на радним местима са различитим називима, а обављати рад исте вредности, или радити на радним местима са истим називом, а не обављати рад исте вредности, на пример, мушкарац и жена, по занимању психолог и психијатар, који раде на радном месту психотерапеута не обављају рад исте вредности, јер психијатри могу прописати и терапију лековима).[14] Треба и онемогућити стереотипно укалупљивање послова, јер може резултирати потцењивањем послова које превасходно обављају жене или се суштински сматрају женским, и применити објективне критеријуме који не би требало потцене захтеве радног места на којима претежно раде жене.[15]

Усвајање концепта рада исте вредности подразумева одређивање обима поређења послова са променљивим садржајем. Према Закону о раду, упоређује се рад који жена и мушкарац остварују код истог послодавца, будући да се једнака зарада гарантује за исти рад или рад исте вредности који запослени остварују код послодавца.

2.3. Дискриминација у области плаћања рада

2.3.1. Појам и облици

Дискриминација у области плаћања рада представља дискриминацију у сфери радних односа. Шта више, област плаћања рада једна је од оних у којима је дискриминација у сфери рада најзаступљенија. Постоји када су жене и мушкарци запослени код истог послодавца, а не примају једнаку зараду за исти рад или рад исте вредности, или немају једнак приступ елементима система награђивања рада. Сваки елемент награђивања система награђивања рада мора се посматрати независно од других и у сваком од њих обезбедити једнакост на основу чињенице да их послодавац исплаћује запосленом. Осим тога, судовима било би сложеније да утврде да ли су примања из радног односа која се упоређују (не) повољнија у целини, него да упореде поједине елементе тих примања.[16]

Дискриминација у области плаћања рада јавља се или би се могла јавити у два облика. То су: непосредна и посредна дискриминација.

---

[14] ILO, *Equal remunneration, General Survey of the Raporsts on the Equal Remunneration Convention (No 100) and Recomendation (No 90),* Geneva, 1986, dostupno na: http:www.ilo.ogr/.../general-surveys /.../ index. htm, par. 139–142.

[15] *Ibid.*

[16] А. Петровић, нав. дело, стр. 202.

Непосредна дискриминација постоји када се на мушкарце и жене примењују различита правила приликом одређивања зарада. На пример, када послодавац уплаћује премије за здравствено осигурање само мушкарцима. Суштински је одређује узрочна веза између примене различитих правила приликом одређивања зарада и пола, који је утврђен за недопуштен основ разликовања. Видљива је већ на први поглед и ретко се јавља. Не постоје објективни разлози који у том случају могу оправдати разлику међу зарадама жена и мушкараца.[17]

Посредну дискриминацију успоставља примена наизглед неутралне одредбе, критеријума или праксе.[18] Иако се примењује на све запослене и не упућује на недопуштен основ разликовања, та одредба, критеријум или пракса третира жене и мушкарце, који се налазе у различитим ситуацијама, као да те разлике не постоје и утврђује услове за стицање права на примања из радног односа које запослени једног пола не могу испунити или им је теже да то учине у поређењу са запосленима супротног пола.[19] С тим у вези, не постоји тежња да се доведе у питање њено постојање, јер она/он има друштвено оправдање. Суштина је у томе да треба оценити утицај њене/његове на појединце оба пола. Како се пол скривен том наизглед неутралном одредбом, критеријумом или праксом, посредна дискриминација је суптилнија и теже ју је уочити у односу на директну.[20]

Критеријум који се тиче непуног радног времена, радног стажа и географске и професионалне мобилности могу успоставити посредну дискриминацију. Запослени који раде с непуним радним временом и они који су засновали радни однос на одређено време (а то су у већини случајева жене) самим тим што раде с непуним радним временом и на одређено време, према мишљењу послодавца, су слабије интегрисане у радну средину, мање мотивисане за рад и мање продуктивне у односу на запослене који раде с пуним радним временом и на неодређено време. Зато, одређена примања из радног односа могу им бити ускраћена или доступна под тежим условима, на пример, зарада по основу доприноса пословном успеху послодавца. Имају и скромније могућности да се образују, оспособљавају и усавршавају и, с тим у вези, напредују и обављају боље плаћене послове. Постоји ризик да запосленима, који раде с непуним радним временом, увећана зарада по основу прековременог

[17] *Ibid*

[18] *Ibid*

[19] M. Sargenat, D. Lewis, *Emplyment Law, Third Edition, Pearson Education,* Harlow, 2006, стр. 182.

[20] И. Грегуров, нав. дело, стр. 1120.

рада буде ускраћена или доступна под тежим условима, будући да се исплаћује за рад чије је трајање дуже од пуног радног времена.[21] Што се тиче запослених који су закључили уговор на раду на одређено време, будући да њихов радни однос траје кратко, суочавају се са тешкоћама да испуне услове за стицање права на примања из радног односа који се тичу дужине радног стажа, на пример, услове за стицање права на јубиларну награду. Положај ове категорије запослених отежава перцепција послодаваца да њихове способности стечене радом на основу уговора о раду на одређено време, закључених после дужих пауза, нису исте као способности запослених стечене континуираним радом на неодређено време.[22]

Уколико се у датом случају утврди постојање дискриминације у области плаћања рада, треба је елиминисати изједначавањем „према горе".[23]

Могући узроци дискриминације у области плаћања рада су: захтеви радних места на којима претежно раде жене не вреднују се уопште или довољно (на тим радним местима обављају се послови који припадају, према стереотипима о подели послова на мушке и женске, кућним пословима жене и, као такви, нису вредни награђивања); двоструко и вишеструко вредновање критеријума који се преклапају, на пример, посебно вредновање одлучивања и одговорности, иако је одговорност инхерентна одлучивању (одговорнији послови подразумевају доношење значајнијих одлука и обрнуто); тумачење захтева радних места на дискриминаторски начин, на пример, тумачење физичког напора као оптерећење мишића при обављању нарочито тешких послова који се сматрају типично мушким, а не и као оптерећење мишића при обављању послова који изискују стално стајање које обављају, на пример, продавачице и фризерке; примена нетранспарентних и тешко проверљивих критеријума.[24] Како је порекло тих узрока откривено у факторима који се налазе унутар и изван тржишта рада, неопходан је свеобухватан приступ у сузбијању дискриминације у области плаћања рада. Такав приступ имплицира интервенције везане за тржиште рада, али и друштвене, културне, политичке интервенције; интервенције везане за тржиште рада ефикасне су у сузбијању оних узрока чије је порекло откривено у факторима који се налазе унутар тржишта рада, а не и оних чије је порекло

---

[21] ILO, *Part time work, Geneva, 2009*, доступно на адреси: htpp:www.ilo.org/travial/info/fs/ WCMS_ 170717/ lang-en/index.htm, стр. 40.

[22] *J. Pelisser, „Travial a duree limitee et droits des salaries"*, Droit Social, 1/1983, стр. 19.

[23] Међународна организација рада, нав. дело, стр. 323.

[24] А. Петровић, нав. дело, стр. 199.

откривено у факторима који се налазе изван тржишта рада. Упорно постојање дискриминације у области плаћања рада захтева предузимање проактивнијих мера ради схватања и прихватања принципа једнаке зараде, доношење кодекса понашања, планова за изједначавање зарада и упутстава за вредновање захтева радног места, али и успостављање централизованих минималних стандарда, уску дисперзију зарада и транспарентност структура зарада.[25]

Узроци разлика у зарадама жена и мушкараца задиру дубље од дискриминације у области плаћања рада. Разлика у квалификационој структури жена и мушкараца (ниже, мање примерено и мање професионално оријентисано образовање и обука жена), детерминише њихове реалне могућности за добијање приступа запослењу и различитим занимањима. Узроци неједнаких зарада израз су и професионалне сегрегације у смислу да жене обављају послове који су често мање вредновани и мање плаћени, а њихово напредовање, услед такозваног „ефекта стакленог плафона", ограничено је на мање одговорне, мање истакнуте и мање плаћене положаје. Неједнаке зараде узрокује и родни дисбаланс у подели породичних одговорности, јер жене, у складу са схватањима о њиховој традиционалној улози у друштву, сносе примарну одговорност у испуњавању породичних обавеза, због чега настоје да раде с непуним радним временом, нису спремне да раде прековремено и ноћу и географску и професионалну мобилност.[26]

2.3.2. Оправдана разлика зарада жена и мушкараца

Закон о раду садржи само једну општу одредбу којом се одређује шта се не сматра дискриминацијом, што значи да је судовима[27] и другим

---

[25] ILO, *Equal remunneration, General Survey of the Raporsts on the Equal Remunneration Convention (No 100) and Recomendation (No 90), Geneva, 2001,* dostupno na adresi: htpp:www.ilo.ogr/.../general-surveys/.../index.htm, par. 49.

[26] *Ibid*

[27] Општински суд у Ужицу донео је пресуду 1.10.2006. године којом је усвојио захтев тужиља да се утврди апсолутна ништавост члана 2 став 3 акта о престанку радног односа којим је утврђена висина њихових отпремнина на коју су остварили право због престанка потребе за њиховим радом. При одређивању отпремнина, тужено предузеће „Импал Севојно – Ваљаоница алуминијума" АД Севојно, применило је критеријум година радног стажа које су запосленом остале до стицања услова за одлазак у пензију, а не критеријум година радног стажа које је запослени провео у радном односу, руководећи се тиме да су за мушкарце прописани строжији услови за одлазак у старосну пензију. Како услове за стицање пензије прописује закон, чињеница да жене раније одлазе у старосну пензију не даје овлашћење послодавцу да њихов радни стаж вреднује мање од радног стажа мушкараца. Како је апсолутна ништавост разлог да спорни акт не

органима који се баве сузбијањем дискриминације[28] остављена могућност да дефинишу оправдану разлику у зарадама жена и мушкараца. У томе им може помоћи богата пракса Европског суда правде.[29]

Генерално посматрано, разлике у зарадама жена и мушкараца су оправдане уколико су узроковане разликама у образовању, радном искуству, квалитетом рада, ефикасношћу, итд. Мушкарац, који ради уместо жене која користи породиљско одсуство и одсуство ради (посебне) неге детета, може остварити нижу зараду у односу на зараду коју би она

производи правно дејство, суд није посебно ценио наводе да су поједине тужиље биле у заблуди приликом потписивања споразума о престанку радног односа. Таквим поступањем туженог тужиље су претрпеле материјалну штету, а висина штете једнака је разлици између новчане накнаде коју је примила појединачно свака тужиља и новчане накнаде коју је за исте године стажа примио мушкарац. Ј. Зорић, Н. Дичић, Н. Петковић, *Радна права жена у Србији*, Београд, 2006, стр. 32–36.

[28] Поступајући по представци Д. Д. против привредног друштва О. (дел. бр. 568/2011 од 13.05.2011. године), Повереник за заштиту равноправности утврдио је да привредно друштво О. нема обавезу да Д. Д. обезбеди новогодишњи бонус, а њеном детету пакетић за Нову годину, јер Д. Д., иако је обављала рад у његовим просторијама, није запослена у њему, већ у привредном друштву Д. са којим је оно закључило уговор на основу кога се привредно друштво Д. обавезало да му стави на располагање извршиоце – радника. Различито поступање у наведеној ситуацији је оправдано, јер није засновано на полу, већ на различитој правној ситуацији у којој се налази подноситељка представке у односу на појединце запослене у привредном друштву О. За остваривање права, подноситељка притужбе може се обратити свом послодавцу – привредном друштву Д. Повереник за заштиту равноправности, *Зборник мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности*, Београд, 2011, стр. 113 и 114.

[29] Европски суд правде заузео је став да је разлика у зарадама жена и мушкараца објективно оправдана када: политика плата раднике који раде с непуним радним временом, независно од њиховог пола, ставља у неповољнији положај у односу на раднике који раде с пуним радним временом, а постоји стварна потреба послодавца да запошљава раднике с непуним радним временом. На националном је суду да утврди да ли су и у којој мери објективно оправдани економски циљеви послодавца којима је оправдао политику плата, која се примењује независно од пола, али стварно више погађа жене него мушкарце (предмет *Bilka*); радници који раде с непуним радним временом морају радити дуже у односу на раднике који раде с пуним радним временом како би напредовали на боље плаћена радна места, уколико између врсте рада и радног искуства постоји узрочна веза у смислу да је рад на боље плаћеном радном месту могуће обављати тек након одређеног броја сати рада проведених на нижем радном месту (предмет *Nimz i Gerster*); уколико се вишом платом желе привући кандидати за дефицитарна занимања, а како то треба применити у сваком конкретном случају зависи од чињеницама, а то је у сфери националног суда (предмет *Enderby*); флексибилност рада, схваћена у смислу варијабилног радног времена и географске и професионалне мобилности, посебно се награђује, јер је нужна за обављање специфичних задатака, што мора доказати послодавац (предмет *Danffos*); стручно усавршавање се посебно награђује, јер је нужно за обављање специфичних задатака (предмет *Danffos*). И. Грегуров, нав. дело, стр. 1127–1132.

остварила, уколико између „новог" и „старог" радника постоји разлика у периоду минулог рада.[30]

3. Заштита од дискриминације у области плаћања рада

Заштита од дискриминације у области плаћања рада обезбеђује се у судском поступку, а остварује у радном спору где запослени иначе остварује заштиту права из радног односа (члан 195). Радни спор се покреће подношењем тужбе надлежном суду.[31] Тужбу може поднети запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан, уколико га запослени на то овласти. То може учинити у свако доба, јер, према члану 11, захтев за утврђивање ништавости, овде одлуке послодавца или споразума са запосленим противне/противног принципу једнаке зараде не застарева. Уз основни захтев, може истаћи захтев за реституцију и захтев за надокнадом штете. Уколико такав захтев не буде истакнут, суд није овлашћен да о реституцији и надокнади штете одлучује по службеној дужности. Заштита од дискриминације у области плаћања рада остварује се у спору о законитости. У том спору суд одлучује о законитости одлуке послодавца или споразума са запосленим. Уколико утврди да је њоме/њиме нарушен принцип једнаке зараде, доноси решење којом је/га поништава. Ништавост производи правно дејство *ex tunc i ex nunc*, те се сматра да ништавна одлука никада није донета, односно да ништавни споразум са запосленим никада није закључен. Раније стање успоставља се исплатом разлике до пуног износа зараде коју би запослени стекао да није био дискриминисан, будући да је радио и радом стекао зараду. Захтевом за надокнаду материјалне штете запослени може остварити оно што не може остварити правом на одговарајућу зараду. На пример, разлику до пуног износа отпремнине, јубиларне награде, итд. Надокнадом нематеријалне штете запосленом се пружа сатисфакција за претрпљени душевни бол који је претрпео због тога што је био дискриминисан. [32] Радни спор се води према посебним правилима садржаним у Закону о парничном поступку.[33] Та правила тичу се поступања судије појединца у поступку у парницама из радног односа у првом степену, потребе за

---

[30] J. Pelissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du trafial, 21e edition,* Dalloz, Paris, 2002, стр. 379.

[31] Закон о уређењу судова (*Службени гласник РС, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон и 101/2011*), чл. 22, 24 и 30 и Закон о парничном поступку (*Службени гласник, бр. 72/2008*), чл. 60.

[32] З. Ивошевић, М. Ивошевић, нав. дело, стр. 403–404.

[33] Закон о парничном поступку, чл. 437–441.

хитним решавањем радних спорова (у поступку у парницама из радних односа, а нарочито при одређивању рокова и рочишта, суд посебно води рачуна о потреби хитног решавања радних спорова) и, с тим у вези, краћег парционог рока (8 дана од дана) и краћег рока за изјављивање жалбе (8 дана од дана достављања пресуде) и одређивања временског оквира спровођења поступка од стране суда, одређивања привремених мера (које одређује суд, по службеној дужности или по предлогу странке, ради спречавања насилног поступања и отклањања ненадокнадиве штете) и допуштености ревизије (ревизија је допуштена у радном спору поводом заснивања, постојања и престанка радног односа; дакле, у радном спору поводом дискриминације у области плаћања рада није допуштена – прим. аут.). Уколико није другачије прописано, сходно се примењују остале одредбе овог закона. Примена тих правила може створити проблеме и одвратити запосленог од тражења заштите од дискриминације. Илустративан су пример одредбе које се односе на доказивање чињеница и плаћања трошкова парничног поступка.

Заштита од дискриминације у области плаћања рада обезбеђује се и у поступку споразумног решавања спорних питања између запосленог и послодавца. Овај поступак је факултативан и аутономан. Факултативан, јер се може предвидети општим актом и уговором о раду. Аутономан, јер се уређује општим актом и уговором о раду. Приликом аутономног уређивања овог поступка морају се респектовати правила постављена чланом 194 овог закона: поступак се покреће захтевом страна у спору који оне подносе појединачно или заједнички; спорна питања решава арбитар којег споразумно одређују стране у спору из реда стручњака у области која је предмет спора; одлука, коју је арбитар дужан донети у року до 10 дана од дана подношења захтева, је коначна и обавезује стране у спору. Није извршна исправа и, у случају неиспуњења обавеза које намеће, не може се тражити принудно извршење. Повређено право се тада, као у случају да арбитар не буде донео одлуку у предвиђеном року, може се заштити поред надлежним судом.

У случају дискриминације у области плаћања рада запослени се може обратити синдикату чији је члан, јер је један од циљева због чега се запослени удружују у синдикат заштита њихових права. Представник синдиката чији је запослени члан може заступати запосленог у поступку пред судом и у поступку споразумног решавања спорних питања.[34] Ту могућност доводи у питање уставна одредба којом се предвиђа да правну помоћ пружа адвокатура, као самостална и независна служба, и службе

[34] *Ibid.*, чл. 213.

правне помоћи које се оснивају у јединицама локалне самоуправе, у складу са законом.

У случају дискриминације у области плаћања рада запослени се може обратити инспекцији рада, државној служби која врши надзор над применом Закона о раду, другим прописа, општих аката и уговора о раду. Поступајући по захтеву странке или по службеној дужности, инспектор рада предузима корективне мере (доноси решење којим наложе послодавцу да отклони уочену повреду закона, општег акта и уговора о раду у року који му буде одредио у том решењу) и репресивне мере (подноси захтев за покретање прекршајног поступка поводом утврђених неправилности којима је извршен прекршај).[35]

Запослени не може трпети штетне последице због тога што је затражио заштиту од дискриминације. Закон о раду обезбеђује му делимично заштита од одмазде послодавца у смислу да се оправданим разлогом за отказ уговора о раду од стране послодавца не сматра обраћање синдикату или органу надлежном за заштиту права из радног односа, у складу са законом, општим актом и уговором о раду, што запосленог може одвратити од тражења заштите од дискриминације (члан 183).

4. Напомене за крај

Гаранцијом једнаке зараде доследније се обезбеђује принцип једнакости у области рада. Међутим, имајући у виду да су међународни акти фрагментарно уважени, очекује нас велики посао у циљу даље хармонизације нашег законодавства са њима, пре свега са комунитарним радним правом имајући и виду напоре које наша земља чини како би била примљена у чланство Европске уније. Највећа слабост Закона о раду састоји се у одсуству брзе и ефикасне процедуре заштите од дискриминације у области плаћања рада. Проблем представља и терет доказивања чињеница, будући да је и даље на страни тужиоца, као и заштита од одмазде послодавца, јер је предвиђена само заштита код отказа уговора о раду од стране послодавца.

[35] *Ibid.*, чл. 268–273.

Dragana Radovanović
University Business Academy in Novi Sad

Equal Pay for Equal Work and Work of Equal Value for Men and Women in the Labour Law

Summary

The principle of equal pay confirms the view that women and men, human beings are born free and equal in dignity and rights, worthy of equal treatment in the field of payments, if the work performed with the same employer or the same value. In this sense, the author's ideas sided view that the effective application of the principles inherent in combating discrimination in the labor payments. The aim of this paper is to define key terms and point to protection in cases of violation of this principle.

Key words: sallary, other emoluments, the same job, the job eqaual value, discrimination in payment of wages

UDK: 343.296:343.431-058.64
341.48:343.341

Љуба Слијепчевић
Правосудна академија Нови Сад

ТРГОВИНА ЉУДИМА – НАКНАДА ШТЕТЕ

Сажетак

Трговина људима представља глобални проблем, који опстаје упркос координисаној акцији на националном и међународном нивоу. Штавише, са процесом глобализације, број људи који постају жртве постаје све већи. Са становишта жртава, трговина људима уништава њихов живот и жртве свако трпе највеће последице ове криминалне активности. Потпуна заштита жртава трговине људима може се остварити тек признавањем права на заштиту и на плану грађанског права.

Из угла нормативног уређења, наше право се може носити са досуђивањем материјалне и нематеријалне штете у случају трговине људским бићима, али то још увек није довољна гаранција жртвама трговине људима, да могу добити сатисфакцију за повреде учињене разним облицима трговине.

У нашем правном систему је за остваривање овог вида накнаде штете потребно прећи дуги пут. Иако се кривица код ове врсте одговорности претпоставља, као и да је сваки степен кривице довољан за ову врсте одговорности, накнада штете је тешко остварива.

Кључне речи: трговина људима, заштита жртава трговине, потраживање накнаде штете, дуготрајност поступка накнаде штете, извршење правоснажне пресуде

1. Увод

Трговина људима је један од најтежих облика кршења људских права у савременом свету и најдрастичније угрожава основна људска права лицима која постану њезине жртве. Трговина људима је феномен стар колико и људски род, само је кроз историју имала различите форме и обим. Историја трговања људима креће од робовласничких односа у старом Египту, Грчкој и Риму. Нови светски поредак донио је нове облике трговине људима али увек с истим циљем – стицање материјалне или

неке друге користи. Мушкарци, жене и деца су током целе историје човечанства били сполно и економски искориштавани.

Данас су такође подједнако изложени опасности од трговаца људима због сполног и економског искориштавања. Трговина људима је најраспрострањенија у Јужној Америци, Азији и Африци. У Европи је она постало горући проблем након распада СССР-а крајем осамдесетих година прошлог века због економских миграција тј. потраге за бољим животом на западу.

Трговина људима је глобални проблем, који је присутан у свим културама и друштвима савременог света, без обзира на економску развијеност, политичко уређење или религијску припадност становништва. Овај проблем заједнички је:

а) земљама у политичкој и економској транзицији и земљама које су имале искуства са ратовима као и

б) економски развијеним земљама које се истовремено појављују као транзитне земље и земље дестинације

Иако данас већина земаља тврди да се код њих људска права и слободе у потпуности остварују, феномен ропства се није изгубио – имамо га и у 21. веку. Милиони жена и деце, али и мушкараца, су приморани на проституцију, служење у кућама, рад на плантажама, просјачење и друге видове принуде. Људима се тргује унутар граница једне земље (интерна трговина људима), али и интерконтинентално (транснационална трговина људима), па су све државе суочене са овим озбиљним проблемом. Трговина људима се најчешће везује за организоване криминалне групе.

Међународне организације располажу различитим подацима о броју људи који годишње постану жртве трговине људима и о заради који се остварује од ове криминалне активности:

- Према подацима Уједињених нација, 700.000 жена, деце и мушкараца сваке године постану жртве трговине људима;
- US State Department процењује да 900.000 жена, деце и мушкараца годишње постану жртве трговине људима (од тог броја 20.000 жртава на територији САД);
- Према проценама неких других истраживања, 27 милиона људи је данас у ропском положају, а од тога осам милиона деце (чак 20.000 деце из Обале Слоноваче);
- Трговина људима је једна од три најпрофитабилније криминалне делатности (поред трговине дрогом и оружјем);

- Зарада остварена од трговине људима процењује се на 7–60 милијарди US$ годишње, а по неким проценама и до 507 милијарди US$ годишње.

Трговина људима је по мноштву израбљивачких циљева међународни, организовани криминални феномен који има тешке последице по безбедност, благостање и људска права његових жртава.

Не постоји држава у савременом свету која је имуна на овај проблем. Из тих разлога и приступ овом проблему мора бити глобалан и утемељен на међународној сарадњи. Донедавно су људи ових простора праксу трговања људима везивали за друга географска подручја или за неке раније историјске периоде. Трговина људима је сада и наша реалност, и треба јој се адекватно супротставити.

Како се дефинише трговина људима?

Према члану 3. а. Протокола за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људима, посебно женама и децом, трговина људима (Палермо Протокола) који представља допунски део Конвенције Уједињених нација против транснационалног организованог криминала трговина људима се одређује као:

„врбовање, превожење, превођење, пребацивање, скривање и примање лица, путем претње силом или употребом силе или других облика присиле, отмице, преваре, обмане, злоупотребе овлашћења или тешког положаја, давања или примања новца или других користи да би се добио пристанак лица које има контролу над другим лицем, у циљу експлоатације. Експлоатација обухвата, као минимум, експлоатацију проституције других лица или друге облике сексуалне експлоатације, принудни рад или службу, ропство или однос сличан ропству, сервитут или уклањање органа".

Према Члану 3. б. истог документа, пристанак жртве на намеравану експлоатацију нема никаквог значаја, односно не умањује одговорност пред законом оних лица која су починиоци трговине људима.

Дететом се, у смислу члана 3. д. Конвенције сматра свако лице млађе од 18 година.

2. Процес трговине људима

Ланац трговине људима подразумева три фазе:

1. Фаза регрутације (врбовања)
2. Фаза транзита
3. Фаза експлоатације

Жртве су често преварене тако што верују да иду и иностранство како би радиле као конобарице, дадиље, манекенке, радници у фабрици, играчице…, али, када стигну у неку страну земљу, бивају присиљене на проституцију, принудни рад, просјачење…

Облици трговине људима су следећи:

а) сексуална експлоатација
б) радна експлоатација
ц) дужничко ропство
д) принудни брак
е) лажно усвајање
ф) принудно просјачење
г) принуда на вршење кривичних дела
х) трговина органима

3. Инструменти Уједињених нација

Конвенција УН о борби против транснационалног организованог криминала са пратећим Протоколима (2000) УН Факултативни протокол о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији (2002)

UN OHCHR/Високи комесар УН за људска права – Препоручени принципи и смернице за људска права и трговину људима (2002)

Декларација УН о основним принципима правде за жртве криминала и злоупотребе власти, Резолуција Генералне скупштине УН бр. 40/34 од 20. новембра 1985.

UNICEF Смернице за заштиту права деце жртава трговине људима у Европи (само на енглеском)

Резолуција Генералне скупштине УН бр. 60/147 о основним принципима и смерницама у вези са правом на правни лек и обештећење за жртве тешких кршења међународних докумената о људским правима и озбиљног кршења међународног хуманитарног права од 21. марта 2006. године (само на енглеском)

Резолуција Генералне скупштине УН бр. 63/156 од 30. јануара 2009. о трговини женама и децом

Универзална декларација о Правима човека (1948)

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966) и Опциони протокол

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (1966)

Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих поступака (1984)

Међународна конвенција о заштити права радника мигранта и чланова њихових породица (1990)

Декларација о основним правима жртве криминалитета и жртве злоупотреба власти (1985)

Модел стратегија и практичних мера на елиминацији насиља против жена на подручју криминалне превенције и правосуђа (1998)

Конвенција УН против транснационалног организованог криминала (2000)

Конвенције Међународне организације рада о принудном или обавезном раду и спречавању принудног рада (1930)

Конвенција против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих поступака (1984)

Међународни споразум за успешну заштиту од криминалне трговине познате под именом трговина белим робљем (1904)

Међународна конвенција за сузбијање трговине женама и децом (1921)

Конвенција о забрани свих облика праксе сличне ропству (1926)

Међународна конвенција о сузбијању трговине пунолетним женама (1933)

Међународна конвенција о сузбијању трговине белим робљем (1949)

Конвенција за сузбијање и укидање трговине лицима и експлоатације проституисања других (1949)

Конвенција о ропству (1926) са Протоколом (1953)

Допунска конвенција о укидању ропства, трговине робљем и установа и праксе сличне ропству Завршним актом (1956)

Декларација о елиминацији насиља над женама

Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације – CEDAW (1979)

Konvencija UN o pravima deteta (1989)

Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људима, посебно женама и децом уз Конвенцију против организованог међународног криминала

4. Европски инструменти

Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима са Извештајем са објашњењима (2005)

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ECHR) 1950.

Оквирна одлука Савета ЕУ о превенцији и борби против трговине људима и заштити жртава (2002/629/ЈНА, 19. јул 2002)

Директива Савета ЕУ о дозволи боравка за држављане трећих земаља који су жртве трговине људима или који су били предмет радњи које омогућавају илегалне миграције, а који одлуче да сарађују са надлежним органима (2004/81/ЕС, 29. април 2000)

Оквирна одлука Савета ЕУ о сузбијању сексуалне експлоатације деце и дечје порнографије (2004/68/ЈНА, 22. децембар 2003)

Оквирна одлука Савета ЕУ о положају жртава у кривичном поступку (2001/220/ЈНА, 15. март 2001)

Резолуција (77)27 Комитета Министара Савета Европе о давању одштете жртвама злочина

Конвенција о компензацији жртава насиља (1983)

Европска конвенција о екстрадицији (1957)

Европска Конвенција о сарадњи у кривичним стварима (1959)

Европска социјална повеља (1996)

5. Национални инструменти

Устав Републике Србије (члан 26).

Кривични законик Републике Србије: чланови: 350. став 3. (недозвољени прелаз државне границе и кријумчарење људи), члан 388. (трговина људима), члан 389. (трговина децом ради усвојења), члан 390. (заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу); у члановима 184. (посредовање у вршењу проституције) и 185. (приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију) санкционисани су посебни облици трговине децом, а у члану 193. (запуштање и злостављање малолетног лица) такође има елемената трговине децом

Законик о кривичном поступку

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела

Закон о одговорности правних лица за кривична дела

Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку

Закон о кретању и боравку странаца
Закон о прекршајима

6. Заштита жртава трговине људима као оштећених

Тешко је пружати ефикасну правну помоћ у случајевима трговине људима на основима законске регулативе која је на снази. Република Србија ратификовала је већину релевантних међународних докумената за заштиту људских права. Уставом је осигурана њихова директна примена у случају да национални законски оквир није уклађен са међународним стандардима.

Жртве трговине људима такође морају добити информације о правима која им по домаћим законима припадају ради тражења накнаде штете или компензације, што резултира из њиховог статуса као жртве трговине. Сем тога, њима се мора обезбедити следеће:

– Жртве трговине морају добити правне савете у вези са правом на накнаду штете или компензације и бесплатну правну помоћ за остваривање тог права путем надлежних судова;
– Ако се одлуче да воде такве поступке, жртвама треба обезбедити привремене дозволе боравка за време док трају кривични или грађански поступци, за разуман временски период, у току којег жртва трговине људима може одлучити да ли ће покренути грађански поступак или бити сведок у кривичном поступку против трговаца;
– Жртве не смеју бити депортоване ако постоје стварни разлози за веровање да би биле у опасности да буду подвргнуте тортури, односно ако постоји доказ да ће по повратку у земљу порекла њихов живот бити угрожен од стране трговаца људима;
– Репатријација жртава мора бити изведена на начин који неће довести у питање њихову безбедност, и која их неће изложити ризику освете или ревиктимизације;
– Жртвама трговине треба обезбедити информације и могућност да поднесу молбу за боравак према домаћим законима и међународним уговорима. При разматрању молби за азил, жртвама трговине мора бити дозвољено да поднесу доказни материјал којим се поткрепљују тврдње да би репатријација могла озбиљно угрозити њихов живот, или представљати велики ризик од репресије од стране трговаца, или узнемиравања или малтретирања од стране власти;
– Док бораве у земљи, жртвама мора бити обезбеђена елементарна здравствена заштита;

На све ове облике помоћи жртве трговине људима имају право без дискриминације по било којем основу и без условљавања сарадњом са властима у кривичном гоњењу трговаца људима.

7. Грађанскоправни аспект накнаде штете

Потпуна заштита жртава трговине људима може се остварити признавањем права на заштиту на плану грађанског права. Оштећено лице нема посебну корист од лишења слободе лица које га је повредило. Жртве трговине људима имају право на накнаду штете.

Са становишта жртве основни циљ је омогућавање што једноставнијег и доступнијег поступка остваривања накнаде штете. То право се састоји у потраживању накнаде штете у првом реду од починиоца кривичног дела, и то било у кривичном било у парничном поступку. Међутим, због бројних запрека и практичних тешкоћа ово право жртве трговине људима се врло ретко реализује. Наиме, починитељ може бити непознат, нестати током суђења или постати неспособан за плаћање (инсолвентан), због чега жртва није у могућности остварити своје право на накнаду штете.

Једна од квази грађанских санкција за извршење овог дела је одузимање имовинске користи стечене извршењем кривичног дела. Она представља одузимање целокупне имовине починиоца кривичног дела у корист државе. Ову санкцију поред унутрашњег права предвиђа и Конвенција УН против транснационалног криминала у члану 12. Међутим, ова мера се не сматра строго грађанскоправном санкцијом упркос чињеници да је имовинскоправне природе. Не представља грађанскоправну санкцију, јер нема за циљ да лицу које је претрпело умањење имовине због настале штете исту и надокнади лице које је проузроковало штету. Трговина људима, поред најгрубље повреде основних људских права, има за последицу онемогућавање лицу да стиче имовину ради сопственог опстанка и опстанка своје породице. Насупрот њему лица која учествују у трговини стичу огромно богатство. Зато се намеће потреба да се поред заплене имовине од стране државе таква лица сматрају одговорнима и на плану грађанског права и обавежу на накнаду штете коју су проузроковали оштећеном лицу. У нашем је праву према Закону о облигационим односима и то у основним начелима предвиђена забрана проузроковања штете другоме. То истовремено значи да повреда ове забране омогућава оштећеном лицу да од лица које је проузроковало штету захтева и њену надокнаду.

Законодавац је предвидео да се под штетом подразумева не само материјална штета односно умањење или губитак материјалних добара већ и неимовинска штета.

Штета представља један од општих услова грађанскоправне деликтне одговорности. Под штетом се подразумева повреда имовине – уништење или оштећење имовине повреда физичке стране личности – оштећење здравља, телесна повреда, смрт, повреда психичке стране – повреда угледа, части, бол, страх, као и повреда сваког имовинског права другог лица.

Штета може бити имовинска-материјална и неимовинска. Да би настала грађанска деликтна одговорност за штетне радње треба да се испуне следећи услови:

1. да постоји штета
2. да је та штета наступила противправном радњом или пропуштањем штетника
3. да се та радња и настала штета могу приписати у штетникову кривицу
4. да постоји узрочна веза између противправне радње и штете.

Јасно је да се тужбеним захтевом може тражити накнада штете по више основа, односно више врста проузроковане штете, кумулативно, зависно од случаја.

Штета може бити надокнађена као натурална или новчана накнада. Натуралном накнадом успоставља се раније стање у имовини оштећеног. Новчана накнада представља исплату одређеног износа новца као еквивалент вредности претрпљене штете.

Код телесне повреде и оштећења здравља накнадили би се следећи облици имовинске штете:

а) трошкови лечења

б) приход од рада изгубљен због неспособности за рад за време лечења

ц) новчана накнада због трајне неспособности за рад или трајног смањења радне способности у виду новчане ренте

д) Код телесне повреде и оштећења здравља оштећено лице има право и на накнаду неимовинске штете за претрпљени страх и бол.

У случају смрти лица, чланови породице умрлог имају право на накнаду имовинске штете, као и право на новчана давања због претрпљеног психичког бола.

Члан 202. Закона о облигационим односима говори о праву на правичну новчану накнаду због претрпљених душевних болова које има лице које је преваром, принудом или злоупотребом неког односа подређености или зависности наведено на кажњиву обљубу или кажњиву

блудну радњу, као и лице према којем је извршено неко друго кривично дело против достојанства личности и морала. Ова квалификација најчешће се односи на жртве трговином људима.

Висину новчане накнаде нематеријалне штете доиста је тешко одредити. Она треба да изражава интерес свеукупне друштвене заједнице, а не само интересе оштећеног појединца. Правична новчана накнада служи да би се код оштећеног колико год је то могуће смањиле настале штетне последице.

Правична новчана накнада за нематеријалну штету не досуђује се зато што новац представља њену цену, већ зато да се омогућити оштећеном да на тај начин, што је могуће потпуније, успостави нарушену психичку и емоционалну равнотежу. При одлучивању о висини правичне новчане накнаде суд води рачуна о значењу повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

С обзиром на све могуће животне ситуације у којима се жртве трговине људима нађу, није их могуће таксативно набројити, али те околности знатно помажу индивидуализирању накнаде.

Право на надокнаду претрпљене и материјалне и нематеријалне штете предвиђају и остали правни системи.

Комитет министара Савета Европе донео је низ Препорука које се односе на жртву кривичног дела:

1) Препорука о положају жртава у оквиру кривичног права и кривичног поступка R(85)11
2) Препорука о помоћи жртвама и превенцији виктимизације R(87)21
3) Препорука о застрашивању сведока и праву одбране R(97)13
4) Препорука о помоћи жртвама злочина R (2006)8.

Врло често су жртве обесхрабрене на покретање парничног поступка, због многобројних недостатака који прате ову врсту поступка. Покретање парничног поступка ради накнаде штете везане за извршење кривичног дела није условљено доношењем пресуде у кривичном поступку. Међутим најчешће се у парници доноси решење о прекиду парничног поступка до правноснажног окончања кривичног поступка против окривљеног, овде туженог. Дешава се да је парнични поступак дужи временски период у прекиду, због чекања на другостепену одлуку у кривичном предмету.

У случају када постоји правноснажна пресуда којом је утврђена кривична одговорност туженог често се догађа да на предлог тужене стране

– окривљеног буде прихваћено да се у парничном поступку изводе исти докази на којима се заснива и кривична пресуда.

Проблем није само у дужини трајања поступка, већ је то превасходно чињеница да се жртва која је тужилац у овом поступку, непотребно саслушава више пута, не само пред судом већ и током сваког новог вештачења чиме поновно оживљава проживљену трауму. Могуће да окривљени не буду присутни приликом давања исказа од стране оштећене. У парничном поступку таква могућност не постоји, већ се туженом мора омогућити исти третман током поступка као и тужилачкој страни. То суочавање жртве и починиоца дела представља посебно велики проблем за жртве, јер најчешће немају новца да ангажују адвокате који би их заступали током парничног поступка, па су обавезне као тужиоци да се појављују на сваком рочишту, чак и кад није одређено њихово саслушање. У супротном тужба би се сматрала повученом.

Извршење правоснажне пресуде врло често није изводљиво јер у великом броју случајева окривљени који је обавези као тужени да надокнади штету жртви нема ништа од имовине и није запослен, па је немогуће спровести поступак принудне наплате судским путем.

Уколико се утврди након дугогодишњег парничења и трошкова поступка које жртва као тужилац мора да сноси да окривљени нема ништа од имовине и није запослен, не постоји могућност да се жртва обештети од стране окривљеног као ни да наплати трошкове поступка које је имала.

У пракси се дешава да се прихвати предлог за ослобађање тужиоца од плаћања судских трошкова, али то се односи само на судске таксе, а не и на вештачења где жртва мора уплатити предујам трошкова вештачења како би предмет био узет у рад од стране одређеног вештака.

Тужилац, тј. жртва трговине људима, може тражити одређивање привремене мере којом ће се туженом забранити отуђење и свако располагање имовином, с тим да предмет привремене мере мора бити прецизно означен и достављени докази о власништву туженог како би се спречила могућност да исту прода, поклони или на други начин отуђи, а у циљу онемогућавања извршења наплате по донетој судској пресуди. У пракси се дешава врло често да судови не усвајају овакве привремене мере позивајући се на услове предвиђене Законом о извршењу према којима се захтева да тужилац докаже да постоји опасност да ће имовина бити отуђена као и да у том случају за тужиоца може наступити ненадокнадива штета. Стога тужени чак и ако поседује нешто од имовине има и више него довољно времена да изигра тужиочева права и спречи наплату досуђеног износа накнаде.

Закључак

Из изложеног текста произлази да би требало да се оштећенима који су жртве извршења кривичних дела са елементима насиља обезбеди могућност компензације кроз кривични поступак. Посебно што би путем вештачења која се врло често спроводе и у кривичним поступцима, од стране ангажованих вештака могло захтевати да дају налази и мишљења и у односу на постојање, степен и интензитет свих видова нематеријалне штете, чиме би се парнични поступак учинио сувишним и непотребним. Но свакако би требало задржати могућност да жртва незадовољна висином компензације остварене кроз кривични поступак, може покренути и парнични поступак.

Друга могућност ефикасне накнаде штете за жртве што као институте постоји у многим земљама је Фонд за жртве наслиних кривичних дела где је компензација за жртве обезбеђена од имовине одузете од окривљених за организовани криминал. Исплата компензација из Фонда не значи да су починиоци кривичних дела ослобођени накнаде штете коју дугују жртвама, већ да је та компензација ефикаснија.

Ljuba Slijepčević
Judicial Academy Novi sad

Human Trafficking – Reimbursement of Damages

Summary

Human trafficking represents a global problem that survives despite the coordinated action on both the national and international level. Moreover, with the process of globalisation, the number of people that become victims is becoming ever greater. From the victims' standpoint, human trafficking is destroying their life and victims surely suffer the greatest consequences of this criminal activity. The full protection of the victims of human trafficking can be achieved only when the right of protection becomes recognised in the civil law domain.

From the regulatory standpoint, our law can cope with adjudicating material and immaterial damages in cases of human trafficking, however this is still not a sufficient guarantee to the victims of human trafficking, that they can receive satisfaction for the injuries inflicted by the various types of trafficking.

In our legal system, it is necessary to pass a long road so as to secure this type of reimbursement of damages. Even though guilt is presupposed in this type of liability, as well as that every degree of guilt is sufficient for this type of responsibility, the reimbursement of damages is difficult to achieve.

Key words: human trafficking, protection of victims of human trafficking, requesting reimbursement of damages, longevity of the proceedings in requesting damages, executing an enforceable judgment

Литература:

Мр Јасмина Киурски, Невенка Важић, Ђорђије Вуковић: „Сексуално и родно засновано насиље-кривично-правна заштита”, Београд, 2011

Радован Лазић: „Међународни документи о трговини људима”,Тужилачка реч, Београд, децембар 2011

Проф. др Милан Жарковић, Радмила Драгичевић Дичић, Снежана Николић Гаротић, Гордана Јекић Брадајић, др Миодраг Мајић, Миољуб Витоpовић: „Кривичноправни систем и судска пракса у области борбе против трговине људима”, www.ungift.org/.../Krivicnopravni_sistem-FIN_sa_kor..

Приручник за судије и тужиоце у борби против трговине људима, Друштво судија Србије и ОЕБС, Београд, 2011

Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима, „Службени гласник Републике Србије”, бр. 19/2009.

www.astra.org.rs/

UDK: 342.33
342.4

Иīор Живковски
мастер права, адвокат из Београда
Илија Рилаковић
дипломирани правник, адвокатски приправник из Београда

МЕШОВИТИ СИСТЕМ ПОДЕЛЕ ВЛАСТИ

Сажетак

Начело поделе власти једно је од темељних правно-политичких начела модерних држава. Оно представља угаони камен правне државе – државе у којој сви њени органи делују искључиво на основу устава и закона, а не на основу арбитрарно схваћеног државног интереса. Начелу поделе власти поједини писци придају још једну димензију – политичко-еманципаторску. Ипак, подела власти узета сама за себе и независно од осталих фактора који појединца чине истински политички слободним, није апсолутни гарант поштовања људских права и слобода, као што показује пример контроверзне Француске револуције. Иако се начело поделе власти обично везује уз име Шарла Монтескјеа, и пре овога славног Француза било је писаца који су истицали значај овог начела. Подела власти се, по правилу, схвата трипартитно: као подела државних функција на законодавну, извршну (управну) и судску. Данас се такво схватање може означити као анахроно, јер оно не уважава стварност модерне државе у којој постоји већи број државних функција од тог митског броја три.

Кључне речи: подела власти, водоравна подела власти, законодавна, извршна и судска власт, парламентаризам, полупредседнички систем

1. Увод

Начело поделе власти у уставноправној теорији и пракси савремених правних држава представља кључни принцип и темељ организације државне власти и односа између три гране власти (законодавне, извршне и судске). Да би се избегле, односно битно смањиле могућности злоупотребе власти, нужно је да државна власт буде тако подељена да све три гране власти буду самосталне у вршењу својих уставних функција, али и да се узајамно ограничавају и контролишу. Укупна државна власт тиме не губи својство организационе и функционалне целине, већ

се ради о деоби надлежности и функција јединствене државне власти, о подели рада, примењеној на државне органе. Тако се спречава концентрација власти у једној личности или органу и њено арбитрарно вршење и постиже узајамна контрола и равнотежа у систему поделе власти.

У погледу организационих и функционалних веза и односа три гране државне власти, у савременим правним државама централно питање је однос законодавне и извршне власти. Ове две власти су политичког карактера и међу њима, у оквиру парламентарног система власти, постоји непосредна функционална веза, релативно висок степен међузависности, узајамне контроле и равнотеже. Ту равнотежу у савременој пракси опасно нарушава све снажнија улога извршне власти која, као еманација парламентарне већине, доминира над парламентарном влашћу, често је сводећи на свој извршни, гласачки механизам. За разлику од односа ове две гране власти, судска власт је у свом раду аутономна у односу на друге две, у основи политичке власти, и везана је само уставом и законом. Посебно је значајна улога уставних судова као чувара уставности и законитости, а тиме и уставног начела поделе власти.

Одавно у науци уставног права није било толико полемика као што је то било по доношењу устава Пете француске републике 1958. године када је Морис Диверже изнео нову теорију о постојању још једног облика подела власт. Нова теорија говори о полупредседничком систему поделе власти, односно мешовитом систему.

Иако и даље постоје крупна неслагања поводом ове теорије, она је заживела у многим уџбеницима уставног права. У свом раду ћемо покушати да укажемо на предности и мане овог система и да опишемо начин функционисања појединих института, а да бисмо одговорили шта је то што мешовити систем одваја од парламентарног и председничког, а шта има слично са њима, најпре треба поћи од идеје о подели власти. Такође, због сложености саме теме, а у циљу бољег разумевања овог система посебна пажња ће бити усмерена на пример француског система власти и анализу њених уставних институција.

2. Појам облика државне власти

Трагање за најбољим начином владавине је идеал и вечни задатак свих друштава, од античке Грчке, преко средњег века све до данашњих дана. Свако доба је налазило нека решења за која се сматрало да су најбоља. Свако од тих решења је имало своје заступнике који су тврдили да је баш тај систем најбољи.

За последњих две хиљаде година, поред великих напора, није пронађено универзално решење које би одговарало свим временима, друштвима и приликама. Ипак, дошло се и до закључка да су неки системи владавине бољи – демократскији, а неки лошији – мање или више недемократски, као и да неки одговарају више једним, а неки другим околностима. Зато се може рећи да су системи вршења власти попут живог организма који се рађа, развија, живи и умире, а сваки од ових елемената зависи од тренутних друштвених околности.

Иако је идеја о подели власти постојала још у антици, начело поделе државне власти на законодавну, извршну и судску први је изложио Шарл Монтескје у свом делу *О духу закона*, којим критикује постојеће стање у којем је краљ носилац сва три облика власти.

Винфрид Стефани сматра да се подела власти треба разматрати и на федералном, временском и вандржавном нивоу одлучивања, узимајући у обзир социјални контекст у коме се политичко одлучивање остварује.[1]

Теорија о подели власти није потиснула идеју о демократском облику јединства власти. Идеју о скупштинском систему јединства изнео је Карл Маркс, после пропасти Париске комуне. По њему, законодавна власт је виша од извршне и судске. Ова теорија је прихваћена у социјалистичким системима 20. века.

Морис Диверже и Жорж Ведел су указали да облици државне власти зависе више од тога ко има већину у парламенту него ли од уставног уређења[2], које је врло значајно, иако се у пракси често јављају одступања од њега. О томе сведочи то да су комунистичке земље као узор својих устава узимале немачки или француски устав, одбацујући облик владавине који је у тим уставима прописан.

Поштовање начела строге организационе и функционалне независности[3] значи да би законодавни орган вршио једино законодавну, извршни извршну, а судски судску власт, што у пракси није изведено ни у најдоследније спроведеним системима поделе власти, на пример у САД.

Намеће се закључак да између три носиоца државне власти треба да постоји сарадња која олакшава одржавање равнотеже моћи. Према начину на који су регулисани односи ових видова власти, у демократским државама се разликују председнички, парламентарни, мешовити и скупштински систем поделе власти.

---

[1] Радомир Лукић, Будимир Кошутић, *Увод у право*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 65.

[2] *Ibid.*

[3] Организациона независност је немогућност да органи једне власти одлучују о постављању и смењивању службених лица друге власти. Функционална независност спречава да се органи једне мешају у послове других органа власти.

3. Подела власти у правној теорији

Теорија о подели власти, чији су оснивачи Лок и Монтескје, данас је почетна тачка у разматрању поделе власти у председничком, парламентарном и мешовитом систему. У зависности од начина тумачења теорија о подели власти, имамо круту и гипку поделу власти. Крута подела власти, карактеристична за председнички систем, означава ону врсту поделе власти у којој нема сарадње између органа власти. Сваки орган врши искључиво своју функцију и нема право да се меша у функције других органа власти. Таква подела власти омогућава независност, како организациону, тако и функционалну, сваког органа власти за себе. То је услов демократије и потпуно остварење слободе.[4] Гипка подела власти, карактеристична за парламентарни систем, омогућава међусобну контролу појединих органа власти. Иако сваки орган врши првенствено своју функцију, има право мешања у функције других органа, и на тај начин остварује потпуну контролу над њима.

Мешовити систем представља укрштање ова два начела, као и комбинацију институција позајмљених из председничког и парламентарног система. Управо у анализи споменутих система власти огледа се прави значај теоретичара који су поделу власти изложили. Имајући на уму политичку стварност свога времена, нарочито земаља у којима су живели, формулисали су своје теорије тако да у пракси буду потпуно примењиве и остваривe, што ће се убрзо показати на примеру САД-а, чији су се „очеви оснивачи" први усудили да ову идеју примене у пракси.[5] У Европи тога доба буктале су грађанске револуције и ратови које је грађанство повело против племства и монарха, а у циљу стварања грађанских држава и укидању апсолутних монархија. Рушењу апсолутизма још више су допринеле ове теорије које је најпре прихватиле грађанска класа јер је у њима проналазиле оправдање за ограничење власти монарха.

Џон Лок и Шарл Монтескје писали су своја дела надахнути полетом грађанских револуција које се владале Европом XVIII века. Обојица су се првенствено ослањала на организацију власти каква је постојала у Енглеској тога доба.

Лок даје дихотомну (мада функционално трихотомну), а Монтескје трихотомну поделу власти. Заједничке црте можемо пронаћи у уређењу законодавног тела које по обојици треба да буде главни израз воље народа. Међутим, у Локовом случају, законодавна власт ипак није само

[4] Лидија Баста, *Политика у границама права – Студија о англосаксонском конституционализму*, Службени гласник, Београд, 2012. стр. 71–78.

[5] Коста Чавошки, *Право као умеће слободе*, Службени гласник, Београд, 2005, стр. 50.

ствар народа, већ је народ, тј. парламент дели са краљем који је уједно и носилац извршне власти, што му се често замера. Заједничка су и постојања ограничења законодавне власти, која, иако је израз народне суверености, не сме сву власт приграбити за себе. Монтескје ограничење законодавне власти види у извршној власти коју оличава краљ. Тако он поставља посебан систем узајамне контроле власти државни органа, познат као систем „теже и противтеже".[6]

Оба аутора извршну власт дају краљу, јер је природа ове власти да делује брзо, спретно и ефикасно, а такве особине може поседовати једино монарх. Разлика је у томе што Лок познаје још једну подврсту извршне власти која је функционално заправо одвојена грана власти, а то је федерална власт. Федерална власт уређује међународне односе у држави и због свог тако деликатног задатка који захтева нешто израженија знања и способности која се заснивају на томе како странцу ваља угодити, она је такође подарена монарху. Из тога произлази да је монарх по Локовој теорији заправо имао увид у све три гране власти, негде више, негде мање. Монтескје, као што смо већ споменули, развија систем „теже и противтеже" и експлицитно се изјашњава као противник концентрације власти у рукама једног лица или једног органа. Он нашироко образлаже међусобну контролу законодавне и извршне власти у различитим сферама политичког живота. Судској власти оставља већу независност управо због своје специфичне функције.[7]

По многим критичарима основна разлика између Лока и Монтескјеа јесте у томе што Монтескје познаје судску власт која је за Лока као таква потпуно непозната. Зато многи аутори предност дају Монтескјеу јер његову теорију сматрају комплетнијом и самим тим савременијом. Међутим, код Монтескјеа је ова грана власти дефинисана помало неодређено и више представља неки сегмент извршне власти. Такође, она се уопште не ослања на традицију англосаксонског прецедентног система, иако је цела Монтескјеова теорија написана у духу енглеске уставности.[8]

Обојица на човека као биће гледају слично – као на биће које превасходно тежи задовољењу својих животињских нагона. Власт му помаже да те нагоне савлада и рационализује у некој мери.[9] Лок говори о

---

[6] Џон Лок, *Две расправе о влади*, Утопија, Београд, 2002, стр. 301–309.

[7] Шарл Монтескје, *О духу закона*, Филип Вишњић, Београд, 1989, стр. 114–117.

[8] M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers,* Oxford, 1967, стр. 83–106.

[9] По Локу, који је иначе и један од твораца теорије друштвеног уговора, слобода човека је неприкосновена и његови захтеви ни у ком случају не смеју бити неиспуњени, а слобода угрожена. Уколико се то догоди, човек има право на побуну као једно од својих природних права. Човек ствара државу жртвујући део своје слободе да би му живот

неприкосновеној власти народа која је производ природноправних тенденција, а чија се упориште налази у друштвеном уговору, чији је један од писаца и сам Лок. Иако је највише власти и даље остало концентрисано у рукама монарха, народ, који му је власт и дао, има право и да је одузме. Код Лока, подела власти је последица суверености народа који власт може и мора да организује онако како њему одговара.[10]

Код Монтескјеа је нешто другачије. Самим тим што он предвиђа и судство као грану власти, његова подела је комплетнија. Власт је равномерније распоређена и он је изразити противник концентрације власти у рукама једног органа. Законодавну власт врши народ преко својих представника. Извршна власт је поверена монарху, док је судска власт независна. Све власти се међусобно контролишу, те је на тај начин потпуно отклоњена могућност злоупотребе и извргавања у самовлашће.[11]

Теорије о подели власти почеле су да се развијају још у Античкој Грчкој, у делима Платона и Аристотела, да би се у средњем веку овим питањем бавио Марсилије Падовкси. Ипак, оне свој врхунац достижу тек у делима Лока и Монтескјеа, чија ће решења бити узор како будућим теоретичарима, тако и у пракси. Иако у неку руку прилично различите, сједињене ове две теорије поставиле су основе данашњим поделама власти, можда и несвесно јер људи у пракси веома слабо следе теорију. Утолико је њихов значај и већи јер су заправо успеле да предвиде како ће бити конституисана власт у будућности. Проучавајући их, долазимо до идеје настанка и развоја државе у складу са приликама времена у којима се остварују. Оне су уједно производ идеала својих стваралаца и политичких прилика историјских епоха у којима настају.

4. Морис Диверже и теорија мешовитог система власти

4.1. Настанак

Уставом Француске од 1958. године настојало се да се отклоне евидентне слабости политичких система за време треће и четврте репу-

у заједници дао већу сигурност и осигурао право на имовину, али уколико држава почне да нарушава његове интересе, он има право да је сруши и тада се прелази у стање рата. С друге стране, по Монтескјеу, појединци су добри само приликом избора својих представника у законодавно тело, али нису способни да одлучују о питањима од већег значаја јер не поседују неке посебне одлике, као што су порекло или богатство. Тако да он, за разлику од Лока, не уздиже личност појединца чија воља увек мора бити испоштована.

[10] Карл Фридрих, *Конституционална демократија*, ЦИД, Подгорица, 2005, стр. 158–159.

[11] Слободан Јовановић, *Држава*, Просвета, Београд, 2005, стр. 90–123.

блике, а најпре превласт парламента над владом. То је често водило паралисању егзекутиве и лошем управљању земљом. У таквој ситуацији влада уопште није ни постојала, а ако јесте није могла ефикасно да спроведе свој програм, односно политику. На све то ваља додати и хаотичан вишестраначки систем. Зато је једини излаз била озбиљна уставна реформа. Главне црте реформе унете у устав су рационализација парламентаризма и елементи власти које има председник у председничком систему.[12] Утемељивач теорије мешовитог система био је Морис Диверже.

Први пут Диверже је изнео своју теорију 1970. године, али је она претрпела неколико измена, па се шира научна јавност упознала са њом тек 1980. године. Наиме, да би један систем био мешовит морају постојати три елемента, а то су:

1) да је председник изабран на општим изборима,
2) да он располаже веома значајним овлашћењима и
3) да наспрам њега стоје премијер и министри који располажу извршном и управном влашћу и чији мандат траје док уживају поверење парламента.[13]

Према овом критеријумима, седам држава се може подвести под овај систем: То су: Вајмарска Немачка, Аустрија, Португал, Финска, Ирска, Исланд и Француска.[14]

4.2. Однос са парламентарним и председничким системом

Иако се може рећи да има више сличности са парламентарним системом, јер је извршна власт подељена између шефа државе и владе, а влада је политички одговорна парламенту, кључна разлика се огледа у томе што председник у мешовитом систему има исти легитимитет као и парламент јер се бира на општим изборима, непосредно од стране грађана, док је легитимитет председника у парламентарном систему изведен, тј. бира га или парламент или је шеф државе наследни монарх.

Са друге стране, и у мешовитом и председничком систему грађани се директно изјашњавају о избору председника, који одатле извлачи непосредни политички легитимитет. Разлика је у томе како се дели извршна власт. У председничком систему носилац извршне власти је сам

---

[12] Миодраг Јовичић, *Уставни и политички системи*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 652.

[13] Дарко Симовић, *Полупредседнички систем*, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 7.

[14] *Ibid.*

председник, док влада формално не постоји.[15] Он је заснован на крутој подели власти и одликује га моноцефалност, што значи да је председник и шеф државе и шеф владе. Насупрот томе, у мешовитом систему, влада је зависна од парламента, а извршна власт је подељена између шефа државе и владе.

4.3. Фактори који утичу на функционисање мешовитог система

Узевши у обзир наведене карактеристике, оправдано је поставити питање који то фактори утичу на функционисање мешовитог система. Према Дивержеу, постоје четири основна фактора: садржина устава и комбинација традиције и околности (као егзогени) и састав парламентарне већине и положај председника у односу на ту већину (као ендогени).

1) Егзогени фактори:

Садржина устава је управо то што највише међусобно разликује поједине мешовите системе. Разлике се уочавају на плану контролних овлашћења која се додељују председнику (распуштање скупштине, расписивање референдума и сл.), права опозива владе и управљајућих овлашћења.

а) *Комбинација традиције и околности* – указује нам разлоге због којих је усвојен мешовити систем. У случају да се ради о процесу националног самоопредељења, изабрани председник је симбол новоустановљене државности. У другом случају, мешовити систем је уведен како би заменио дотадашњи систем поделе власти, као што се то десило у Француској.

2) Ендогени фактори:

а) *Састав парламентарне већине* – Диверже наводи да је могуће неколико ситуација: може постојати коалициона већина у којој доминира једна странка, затим да не постоји јасна парламентарна већина или да постоји једна снажна већина у чији састав улазе представници једне странке. Од овог фактора зависи наредни, а то је положај председника.

б) *Положај председника у односу на парламентарну већину* – он може бити лидер странке која има већину или само бити њен члан. Такође он не мора припадати странци која има већину или пак

[15] Неформално, оно што се може окарактерисати као влада су чланови председничког кабинета који му „помажу” у вршењу извршне власти.

може бити и у опозицији.[16] Диверже закључује да у земљама без јасне парламентарне већине углавном долази до подударања устава и праксе, па шеф није ни владар, нити номинални вођа. Насупрот томе, тамо где постоји стабилна већина у парламенту, долази до разилажења уставних норми и праксе, па је председник или доминанта или има само симболичан статус, као што има шеф државе у парламентарном систему.[17]

5. Мешовити систем у Француској

Као што је већ поменуто, Француска је уставна колевка мешовитог система. Настојећи да отклони мане које су пратиле Трећу и Четврту републику, у устав Пете републике је унета комбинација институција из постојећа два система поделе власти, до тад непозната уставној науци и пракси. То су следећа обележја:

1) *Председник републике* је шеф државе и владе и бира се на пет година. Као што је познато, он је изабран непосредно од стране грађана. Тиме је његов легитимитет изједначен са оним који има парламент. Председник је политички неодговоран, а подлеже само кривичној одговорности у случају велеиздаје.[18] Према Дивержеу, надлежности којима председника располаже потичу од стабилне и јединствене парламентарне већине која лојално служи шефу државе.[19]
2) *Влада* је одговорна пред парламентом, што је одлика парламентарног система, међутим министри нису чланови парламента, што је својствено председничком систему. Седницама владе руководи председник Републике и потписује њене акте. Уопште говорећи, егзекутива извршава законе и спроводи вољу парламента. Она то чини путем уредби. Међутим, због формалности у процесу доношења закона у парламенту, све више у праксу улази делегирано законодавство. Наиме, егзекутива је добила право да, не чекајући законско овлашћење, иницијативно приступи регулисању одређене материје путем аутономних уредби. Тако је егзекутива постала главни претпостављени законодавац, а парламент само по остатку.[20]

---

16 Дарко Симовић, стр. 9 и даље.

17 *Ibid.*

18 Миодраг Јовичић, стр. 652.

19 Дарко Симовић, 257.

20 Миодраг Јовичић, стр. 654.

3) *Парламент* се састоји од Националне скупштине и Сената. Скупштину чине посланици изабрани на пет година на општим изборима, док се сенатори бирају на девет година, с тим што се сваке три године бира по једна трећина сенатора. Иако имају иста законодавна овлашћења, Национална скупштина има извесну предност јер влада одговара пред њом. Но, за разлику од парламентарног система, у мешовитом систему не постоји интерпелација, већ једино посланичка питања. Тако је положај владе постао много стабилнији јер јој је врло тешко изгласати поверење.[21]

Према становишту професора Јовичића, Устав од 1958. године је писан према мери генерала Шарла де Гола. Уставне институције су сачињене према њему, па је уставни оквир практично дао основ за остваривање његовог личног режима. Де Гол је устав тумачио и примењивао како је њему одговарало. Овај институционални оквир је наставио да функционише и после Де Голове оставке 1969. године. Ипак, несумњиво је да политички систем за време Де Гола и после њега нису исти, иако је текст устава остао неизмењен.

6. Слабости мешовитог система

Наше разматрање не би било потпуно, а да не обратимо пажњу и на критике које су упућене овом теоријском концепту. Професор Ратко Марковић примећује да мешовити системи у општи институционални и политички оквир парламентаризма уносе поједина обележја председничког система.[22] У систему у којем поред владе постоји и институција јаког председника повећава се ризик од блокаде институција, јер не постоји ефикасан механизам решавања сукоба извршне и законодавне власти. Разлог томе је и то што поменуте гране власти имају једнак политички легитимитет. Поред тога, и у оквиру саме извршне власти постоји могућност сукоба јер свако од централних органа жели да максимално искористи уставом проглашену надлежност.[23]

Олег Протсик је анализирао бивше комунистичке режиме и закључио да је мешовити систем стални извор фрустрација за председника државе ако његов непосредни легитимитет нема подршку у уставу, док Стивен Ропер наводи да мешовити систем није најбоље решење за земље

[21] *Ibid.*

[22] Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Службени гласник, Београд, 1995, стр. 241.

[23] Дарко Симовић, стр. 267.

са неразвијеним страначким системом јер кохабитација у таквом окружењу може довести до нестабилности целог политичког система.[24]

За разлику од два традиционална система поделе власти код којих се функционисање може предвидети, у случају мешовитог система никада се не може знати како ће се одређени уставни концепт показати у пракси.

7. Закључак

Изградња демократије уз истовремено увођење тржишне привреде претпоставља савладавање бројних изазова и тешкоћа. Иако је тачно да демократија, као политичка форма може увек да буде увезена и пресликана, свеједно није јасно у ком облику (председничком, парламентарном или другом) треба да се увезе.[25] С тим у вези, може се приметити да је уставно пројектовање жељеног система организације власти (уосталом, као и владавине права, људских права и битних састојака демократије) далеко једноставније од његовог консолидовања у пракси. То нам јасно илуструје не само случај Србије већ и других транзиционих земаља.

На основу наше анализе можемо да закључимо да мешовита структура овог система представља његову предност, с једне, али и највећуману, с друге стране. Разлог је једнаки легитимитет законодавне и извршне власти. Управо у томе лежи основ сукоба ове две гране власти. Поред тога, управо то је оно што Дивержеови критичари највише нападају.

И поред неспорних мана које га одликују, овај систем се показао као најбоље решење за државе које су биле или су на прелазу од ауторитарног ка демократском државном уређењу.

Igor Živkovski, LL.M., Attorney at Law, Belgrade
Ilija Rilaković, LL.B., Legal Trainee, Belgrade

Mixed System of Separation of Powers

Summary

The principle of separation of powers is considered to be as one of the most important legal and political principles of the modern states. It is also considered as the keystone of the so-called „rule of law", a state in which all of its bodies are acting exclusively on the basis of the constitution and other legal acts, not on the basis of arbitrary meant

[24] *Ibid*.

[25] Ђовани Сартори, *Демократија: шта је то?*, ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 295.

„interest of the state". Some authors are thinking about another dimension of the principle of separation of powers: politically - emancipating dimension. Nonetheless, the principle of separation of powers, taken by itself and independently from other factors which can make an individual to feel politically free, couldn't be taken as absolute guaranty for respecting human rights and freedoms, as shown in the example of rather controversial French revolution. Although the principle of separation of powers is usually banded to the name of Charles Montesquie, even before this famous French author, there were some other authors who claimed the importance of this principle. Separation of powers is by rule, understood as triple: as separation of state functions on legislative, executive (administrative) and judicial. Today, this kind of partition is understood as rather anachrone, because it isn't able to respect the reality of modern state in which exists a number of state functions larger than that mythical number three.

Key words: separation of powers, horizontal separation of powers, executive, legislative and judicial power, parliamentarism, semi-presidential system

Литература

Баста, Лидија, *Политика у границама права* – Студија о англосаксонском конституционализму, Службени гласник, Београд, 2012.

Vile, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, 1967

Јовановић, Слободан, *Држава*, Просвета, Београд, 2005.

Јовичић, Миодраг, *Уставни и политички системи*, Службени гласник, Београд, 2006.

Лок, Џон, *Две расправе о влади*, Утопија, Београд, 2002.

Лукић, Радомир, Кошутић, Будимир, *Увод у право*, Службени гласник, Београд, 2008.

Марковић, Ратко, *Уставно право и политичке институције*, Службени гласник, Београд, 1995.

Монтескје, Шарл, *О духу закона*, Филип Вишњић, Београд, 1989.

Сартори, Ђовани, *Демократија*: *шта је то?*, ЦИД, Подгорица, 2001.

Симовић, Дарко, *Полупредседнички систем*, Службени гласник, Београд, 2010.

Фридрих, Карл, *Конституционална демократија*, ЦИД, Подгорица, 2005.

Чавошки, Коста, *Право као умеће слободе*, Службени гласник, Београд, 2005.

UDK: 347.232(497.11)
338.246.025.88(497.11)

Проф. др Војислав Вукчевић
адвокат

ПРИМЕДБЕ НА ЗАКОН О ВРАЋАЊУ ИМОВИНЕ

Закон о враћању одузете имовине и обештећењу је противан Уставу Републике Србије из 2007. године. Навешћу разлоге за ову тврдњу.

Устав РС предвиђа и одређује у глави под насловом ,,Подела власти'' у чл. 4: Уређење **власти почива на подели власти на законодавну, на извршну и судску.**

Став 3: Однос три гране власти заснива се на равноправности и међусобној контроли.

Став 4. **Судска власт је независна**.

Ако је судска власт независна, а јесте, онда се њене одлуке морају поштовати и примењивати.

Ако је судском одлуком о рехабилитацији изричито одређено и пресуђено да је правоснажна пресуда којом су одређена лица осуђена за тешка кривична дела и на казну конфискације целокупне имовине уз ограничење из чл. 6. о конфискацији и при томе се набрајају, готово у целости, предмети права власништва као најважнијег дела целокупне имовине, па се даље каже – да се и Решење Врховног суда којим је првостепена пресуда потврђена а којим одлукама су из идеолошко политичких разлога повређена права на имовину, да су дакле обе судске одлуке и првостепена и другостепена ништаве од тренутка њиховог доношења **и да су ништаве све правне последице ових пресуда**, **укључујући и конфискацију имовине**, **тако да се рехабилитована лица сматрају неосуђиваним.**

Ова судска одлука је постала правоснажна и извршна и у складу са чл. 4. став 4. Устава РС представља израз судске власти и њене незави-

сности. **Ниједна од преостале две власти односно законодавна и извршна – не могу спречавати примену одлуке судске власти**!

А ипак није тако! Него како? Тако што законодавна власт доноси закон о враћању одузете имовине и обештећењу, односно доноси закон о враћању нечега што је враћено одлуком судске власти о рехабилитацији осуђених лица која каже: ,,... **да су ништаве све правне последице ових пресуда – укључујући и конфискацију имовине**'', што значи да се конфискацијом одузето право својине – **има вратити у целости** односно на свим предметима који су њиме били обухваћени **и никакав закон о враћању одузете имовине - није био потребан да га доноси законодавна власт а поготово није био потребан бројни бирократски апарат кога је направила извршна власт** да у њено име, у дугом, сложеном и непотребном поступку враћа нешто за што смо рекли да је већ враћено!

Одлука судске власти за коју Устав РС каже у чл. 4 да је независна.

Шта је то требало да значи? Требало је да се на основу правоснажне судске одлуке врати све што је рехабилитованим лицима одузето и што јесте и што није у судској одлуци набројано односно да се врати све што је осуђујућом пресудом рехабилитованим лицима одузето. А није враћено. Нити је било *ex offo*, нити се могло успети у тражењу да се одузето врати.

Аутор овог рада, посредовањем заједничког пријатеља, тражио је то на време од директора Републичког геодетског завода, који је то одбио са изговором да би у Србији после демократских промена сутрадан био смењен.

Да би неки закон био супротан Уставу не мора за то да постоји десет разлога, јер се то Уставом не тражи, поготово не – кумулација ових разлога. Довољан је један разлог – као у овом случају, ради којег, на основу ових чињеница и њиховим објашњењем – Закон о враћању одузете имовине конфискацијом – **није требао бити ни донесен**, потогово не какав јесте, са мноштвом ограничења и непотребних препрека, што већину рехабилитованих лица и њихових наследника спречава да остваре право враћања одузете имовине.

Ово је коментар враћања конфисковане имовине што, међутим, није био једини облик и начин претварања приватне имовине у државну, него је био по казни и тиме – без накнаде.

Постојали су многобројни случајеви национализације, додуше уз накнаду, али симболичну и они могу бити предвиђени и одређени законом о враћању.

Осим национализације постојали су случајеви експропријације, такође уз накнаду и ови су случајеви враћања уз обештећење поготово могли бити регулисани законом али за разлику од њих, случајеви конфискације – никако, јер све што је конфисковано као последица казне за кривично дело против народа и државе – то је одлуком суда о рехабилитацији враћено. **И требало је бити враћено пре и без доношења Закона о враћању**.

На основу изнетих чињеница и њиховим објашњењем сматрамо да је Закон о враћању одузете имовине противан Уставу Републике Србије и да би као такав **требао бити у целости стављен ван снаге**.

У таквом закону нашле су место одредбе као што је временско ограничење подношења захтева за враћање одузете имовине – у трајању од две године. То је супротно правним правилима, **јер право на заштиту права својине не застарева** а противно је и уставном праву грађанина на заштиту имовине, која се у овом случају губи – протеком рока који је законом одређен, без обзира колико он био дугачак, **што значи да се подношење захтева не би требало ограничавати роком.** Не може и не сме постојати ограничење заштите права имовине а право својине је најзначајније право из састава имовине ради којег су и донесени ови закони, ради којег су суђени и осуђени ови људи, за које се касније доказало – да нису били криви за оно за што су били суђени.

Требала је новој држави и онима који су њоме управљали – по обиму огромна и веома вредна имовина. Напокон, зато је и настала револуција **да би једни постали, након што су други престали, да би се једни иселили а други се уселили.** Нажалост није било мере ни код стицања ни код одузимања. И сада, када је дошло до демократских промена, доноси се закон којим се временски ограничава право захтевања враћања, односно заштите имовине, што од римског права никад и нигде у протеклих две хиљаде година – није било, јер од тада право заштите и враћања права својине – не застарева, осим у Србији.

Зашто? Али то није више важно ако се закон прогласи као противан Уставу, односно члану. 4 Устава – тиме што није признао право на судску власт и независност у њеном раду и одлучивању.

А посебно у извршењу судске одлуке.

Предлажемо ради тога да се Одредба о року за подношење захтева стави ван снаге и да ово право које проистиче из права на заштиту имовине, што је Уставом РС загарантовано, па је одредба о временском ограничењу права на подношење захтева за враћање имовине – **противна Уставу, што је још један од разлога за стављање ван снаге Закона о враћању одузете имовине**

Живојин Шестић
Адв. у пензији iz Београда

АДВОКАТСКА ЧИТАНКА

На тржишту правне литературе, недавно се појавила књига са, помало, провокативним називом ***Адвокатска читанка.***

Сви се ми, из детињства и наших школских почетака, сећамо читанки, знамо чему су служиле и шта су за нас значиле. Баш зато нам је назив ове књиге драг али и загонетан. Шта, заправо, садржи адвокатска читанка? Одговор ћемо добити одмах по отварању књиге.

У питању је веома обимна књига од 730 страница, са веома богатом и корисном садржином. Аутори књиге су адвокати из Ниша Оливер Ињац и Мирослав Станковић. Оливера Ињца знамо као младог адвоката, врсног интелектуалца, аутора књиге *Велике адвокатске одбране*. Његов сарадник у раду на овом приручнику био је искусни и угледни нишки адвокат Мирослав Станковић.

Адвокатска читанка је приручник намењен, пре свих, адвокатима, посебно младим, али је, без сумње, користан и за судије и тужиоце па и правнике ван правосуђа. Може се користити, такође, и код припреме за полагање правосудног испита као и за полазнике Адвокатске академије.

Адвокатска читанка се састоји из четири дела: ***савети, рокови, обрасци и извори.***

Сваки од ових делова је, на свој начин, занимљив и, разуме се, користан. Чини нам се да су то посебно *савети*. Не знам правну литературу која тако нешто садржи. Савети које нам дају настали су из годинама наталоженог професионалног искуства лично доживљеног или на други начин сазнатог.

Савети почињу тиме када се стичу услови за адвокатуру, како постати успешан адвокат, где и како отворити адв. канцеларију, о адвокатском пословању, о односима са клијентелом, протисним странкама и адвокатима, затим односи са судом, процесно правној тактици и бројним техничким питањима значајним за адвокатско пословање. Централно питање у тим саветима је однос адвокат–клијент, са посебним

нагласком на правила и принципе адвокатске етике. Ту је укупно 80 корисних савета који заузимају 34 странице ове књиге.

Други део Адвокатске читанке назван је ***Рокови. У*** овом делу обрађен је нови Закон о парничном поступку који је ступио на снагу 1. фебруара 2012. године, Закон о кривичном поступку од 1. јануара 2013. као и Закон о извршном поступку. При томе је посебан нагласак дат на рокове које ови Закони прописују, на нужност да се ови рокови строго поштују и на последице њиховог пропуштања. Сви који учествују у правном животу знају колики је значај рокова у правној пракси. Рокови су исто толико значајни колико и теоријска и практична наобразба То је, заправо, „врело гвожђе", како веле аутори, о које се можете опећи ако вам ту пажња затаји. Узалудна су Вам сва теоријска знања и практична искуства ако пропустите рок за предузимање неке процесне радње. Овде је дат преглед рокова у најзначајнијим областима адвокатске делатности – парничној, кривичној , извршној и управној. У овом делу цитиране су оне одредбе процесних закона у којима су садржани рокови прописани за поједине процесне радње. То јесте мало, по обиму, оптеретило књигу али је било нужно да се укаже на сваки прописани рок како би информација по овом питању била потпуна.

Поред рокова аутори су у овом делу обрадили и *услове* које је законодавац прописао као нужно постојеће да би се основано предузела нека парнична радња. Разуме се да услови немају ону процесну тежину коју имају рокови али имају велики значај па су оправдано добили своје место у овом делу књиге.

Обрасци су обрађени у трећем делу ове књиге. Сви који се баве адвокатуром, и не само адвокатуром, добро знају колико обрасци разних поднесака значе за практичан рад у адвокатури. У овом делу су наведени обрасци из свих процесних области. Поред класичних образаца овде ћемо срести и нове обрасце који прате нове процесне институте, као што су обрасци *уставне жалбе, иницијативе за оцену уставности или законитости општег акта, као и образац представке Европском суду за људска права у Стразбуру.*

Последњи део књиге чине ***Извори***. Овај део је подељен у две посебне целине: *Национални извори и Европски – међународни извори.*

Национални извори садрже прописе којима је регулисана организација и функционисање правосудног система. Нормално је да адвокати морају добро знати структуру судова и организацију судства.

Међутим, оно што је за адвокате посебно значајно јесте организација адвокатуре и принципи на којима је адвокатура постављена. Због

тога је, у овом делу, у целини цитиран Закон о адвокатури, Статут Адвокатске коморе Србије и Кодекс професионалне етике адвоката. Ови прописи су, у целини, наведени у књизи и у сваком тренутку могу бити при руци адвокатима. Добро познавање ових прописа представља абецеду за сваког адвоката.

У другом одељку овог дела *Адвокатске читанке* наведени су следећи европски – међународни извори: *Конвенција за заштиту људских права и основних слобода са изменама предвиђеним протоколима 11 и 14, Повеља о основним начелима европске адвокатуре, Кодекс понашања европске адвокатуре, Основни принципи о улози адвоката, Међународна Конвенција о заштити права одбране, Слобода обављања адвокатске професије.*

На крају ту је и Латински подсетник.

Ето, то би у кратким цртама био приказ ове корисне књиге.

Да је ова књига веома корисна за практичан рад свим делатницима у правном животу, адвокатима посебно, више ћете ми веровати ако Вам кажем да су ову књигу препоручили и угледни рецензенти, као што су*:* др Невена Петрушић, редовни професор Правног факултета у Нишу и Повереница за заштиту равноправности Републике Србије, Ирена Мојовић, нотар у Бања Луци и члан Комисија за људска права Међународне уније адвоката и наш угледни колега адвокат Илија Радуловић.

CIP – Katalogizacija u publikaciji
Народна библиотека Србије, Београд

347.9

БРАНИЧ : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије / главни и одговорни уредник Недељко Јованчевић. – Н. С. год. 1, бр. 1 (јануар–март 1991) – Београд (Дечанска 13/II) : Адвокатска комора Србије, 1991– (Београд : Цицеро). – 24 cm

Тромесечно. – Наставак публикације: Адвокатура (Београд) – ISSN 0350-087X

ISSN 0353-9644 – Бранич (1991)
COBISS.SR-ID 20883970

АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

Дечанска 13, 11000 Београд, Србија
Телефон: +381 11 32-39-072 Fax: +381 11 32-32-203
e-mail: komora@sbb.rs a.k.srbije@gmail.com

број: 1157-2-9/2013
14.12.2013.

Управни одбор Адвокатске коморе Србије је на седници одржаној 14.12.2013. на основу чл. 33. став 1 тачка 35. Статута Адвокатске коморе Србије («Сл. гласник РС» бр. 85/2011, 78/2012, 86/2013) и члана 9. Правилника о часопису и другим издањима АК Србије од 25.12.1999. донео

О Д Л У К У

I

1. Расписује се конкурс за именовање главног и одговорног уредника часописа „БРАНИЧ".

2. За главног и одговорног уредника може бити изабран искључиво адвокат са најмање 10 година рада у адвокатури и познавањем издавачке делатности, из реда чланова адвокатских комора у Републици Србији.

3. Мандатни период главног и одговорног уредника траје 4 године.

4. Рок за подношење пријава за учешће на конкурсу је 30 дана од дана његовог објављивања.

5. О расписивању конкурса обавестити све адвокате у Републици Србији путем website-а АК Србије, писменог обавештења адвокатских комора у саставу АК Србије и конкурса који ће бити објављен у једном од дневних листова који се дистрибуирају на подручју Републике Србије и наредном броју часописа «Бранич».

6. Конкурсни поступак спровешће Комисија коју ће Управни одбор накнадно именовати.

II

Упутити јавни позив адвокатским коморама да доставе предлоге за чланове Уређивачког одбора часописа „Бранич".

III

Одлуку о именовању главног и одговорног уредника и чланова Уређивачког одбора Управни одбор ће донети по протеку рока за достављање кандидатура и предлога.

ПРЕДСЕДНИК
АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ СРБИЈЕ
Драгољуб Ђорђевић, адвокат