Врховни суд Србије

БИЛТЕН

СУДСКЕ ПРАКСЕ

бр. 2/2008

intermex
Software & Communication

Београд

БИЛТЕН СУДСКЕ ПРАКСЕ ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

ПРИРЕЂИВАЧ: **Врховни суд Србије**
За приређивача: Вида Петровић-Шкеро, председник

ИЗДАВАЧ: **Intermex**, Београд, Булевар војводе Мишића 37/II
За издавача: Љиљана Миланковић-Васовић, директор

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА: Стојан Јокић, судија Врховног суда Србије

У приређивању Билтена учествују судије, саветници и стручни сарадници Врховног суда Србије и других судова, као и други истакнути правници.

РЕДАКЦИЈСКЕ ГРУПЕ

За Кривично право: Новица Пековић - руководилац групе; Слободан Газивода - члан; Јанко Лазаревић - члан; Драгомир Милојевић - члан; Драгиша Ђорђевић - члан; Невенка Важић - члан, судије Врховног суда Србије

За Грађанско право: Стојан Јокић - руководилац групе; Предраг Трифуновић - члан; Владимир Тамаш - члан; Слободан Дражић - члан; Љубица Милутиновић - члан; Јасминка Станојевић - члан; судије Врховног суда Србије

За Управно право: Олга Ђуричић - руководилац групе; Љубодраг Пљакић - члан; Снежана Живковић - члан; мр Јадранка Иљац - члан; Обрад Андрић - члан; судије Врховног суда Србије

РЕДАКЦИЈА: Снежана Андрејевић, Стојан Јокић, Новица Пековић и Олга Ђуричић, судије Врховног суда Србије

СЕКРЕТАР РЕДАКЦИЈЕ: Даница Илић, саветник Врховног суда Србије

РЕДАКЦИЈСКА ПРИПРЕМА: Сузана Марковић, Тања Тодоровић, Андријана Недовић и Љиљана Иконић, редакцијски сарадници

ПРЕЛОМ, КОРЕКТУРА И ДИЗАЈН: **Intermex**, Београд

ШТАМПАРИЈА: "**Радунић**", Београд

Свако копирање, умножавање, објављивање и дистрибуирање целине или делова текста из овог Билтена представља повреду ауторског права и кривично дело (сходно одредбама члана 187. Закона о ауторском и сродним правима и члана 199. Кривичног законика РС).

Коришћење делова текста из овог Билтена дозвољено је сходно ауторском праву и уз сагласност издавача.

САДРЖАЈ

РЕЧ РЕДАКЦИЈЕ 7

I - ПРАВНА СХВАТАЊА 9

- *КРИВИЧНО ОДЕЉЕЊЕ* 11
- *ГРАЂАНСКО ОДЕЉЕЊЕ* 15
- *УПРАВНО ОДЕЉЕЊЕ* 35

II - ОГЛЕДИ

- *КРИВИЧНА СЕКЦИЈА*

Верољуб Цветковић, судија Врховног суда Србије
НЕКА ПИТАЊА КОД ИНСТИТУТА
ПРОДУЖЕНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА 43

Драгомир Милојевић, судија Врховног суда Србије
ЗАСТАРЕЛОСТ 54

Соња Манојловић, судија Врховног суда Србије
КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ СЛУЖБЕНЕ ДУЖНОСТИ 66

Миодраг Вићентијевић, судија Врховног суда Србије
ПОРЕСКА КРИВИЧНА ДЕЛА 77

Невенка Важић, судија Врховног суда Србије
ПРАЊЕ НОВЦА – МАТЕРИЈАЛНИ И ПРОЦЕСНИ АСПЕКТ
У МЕЂУНАРОДНОМ И ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ 112

Анђелка Станковић, судија Врховног суда Србије
РЕХАБИЛИТАЦИЈА - ПРЕСТАНАК ПРАВНИХ
ПОСЛЕДИЦА ОСУДЕ И ДАВАЊА ПОДАТАКА
ИЗ КАЗНЕНЕ ЕВИДЕНЦИЈЕ 139

Мр Сретко Јанковић, судија Врховног суда Србије
ОБРАЗЛОЖЕЊЕ ОДЛУКЕ О КАЗНИ У ПРВОСТЕПЕНОЈ
КРИВИЧНОЈ ПРЕСУДИ 145

Бата Цветковић, судија Врховног суда Србије
ПОВРЕДА ПРАВА ОДБРАНЕ НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ
КАО РАЗЛОГ ПОБИЈАЊА ПРЕСУДЕ 163

Јанко Лазаревић, судија Врховног суда Србије
НЕКА ЗАПАЖАЊА О РАДУ НИЖЕСТЕПЕНИХ СУДОВА ...171

Драган Јоцић, судија Врховног суда Србије
НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ REFORMATIO IN PEIUS 174

Слободан Газивода, судија Врховног суда Србије
ПРВОСТЕПЕНЕ И ДРУГОСТЕПЕНЕ ОДЛУКЕ У ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА 185

- *ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА*

Предраг Трифуновић,
председник грађанског одељења Врховног суда Србије
ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ГРЕШКЕ ОРГАНА
- НЕКА СПОРНА ПИТАЊА.....197

Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије
ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА НА ИНИЦИЈАТИВУ ПОСЛОДАВЦА.....219

Јасминка Станојевић, судија Врховног суда Србије
ОДГОВОРНОСТ ЗА ОБАВЕЗЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА.224

Љубица Милутиновић, судија Врховног суда Србије
ПОРОДИЧНИ ЗАКОН КРОЗ СУДСКУ ПРАКСУ 257

Младен Николић, судија Трговинског суда у Београду
ЕФИКАСНОСТ СУДОВА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ
(Суђење у разумном року) 290

Слободан Спасић, судија Врховног суда Србије
НИШТАВОСТ РЕГИСТРАЦИЈЕ ОСНИВАЊА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА.....307

Јасмина Стаменковић, судија Вишег трговинског суда
ОСТВАРЕЊЕ ЗАШТИТЕ ЖИГА У ПАРНИЧНОМ И ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ ПРЕД ТРГОВИНСКИМ СУДОМ 342

Слободан Дражић, судија Врховног суда Србије
ВИШАК ЗАПОСЛЕНИХ У ДРЖАВНИМ ОРГАНИМА.....370

Владимир Тамаш, судија Врховног суда Србије
ПРИКАЗ СПОРНИХ ПРАВНИХ ПИТАЊА

У СУДСКОЈ ПРАКСИ ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА
ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ 385

- *УПРАВНА СЕКЦИЈА*

Љубодраг Пљакић, судија Врховног суда Србије
ЗНАЧАЈ УПРАВНО-СУДСКЕ ПРАКСЕ ЗА ИЗМЕНУ
(УСАГЛАШАВАЊЕ) ЗАКОНА 395

Јелена Ивановић, судија Врховног суда Србије
ПОРЕСКИ ИЗВРШНИ ПОСТУПАК
– НЕКА СПОРНА ПИТАЊА 404

Рајка Милијаш, саветник Врховног суда Србије
УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА ПРАВА
ОСУЂЕНИХ ЛИЦА 415

Милена Петровић, саветник Врховног суда Србије
РАЗГРАНИЧЕЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ СУДОВА
КОД ЗАШТИТЕ ПРАВА ИЗ ЗДРАВСТВЕНОГ
ОСИГУРАЊА.....422

Проф. др Бранко Лубарда,
Правни факултет Универзитета у Београду
МОБИНГ/БУЛИНГ НА РАДУ 427

Мр Јадранка Ињац, судија Врховног суда Србије
ЗАКОНСКЕ МОГУЋНОСТИ ОСТВАРИВАЊА ОДРЕЂЕНИХ
ПРАВА НА ГРАЂЕВИНСКОМ ЗЕМЉИШТУ.....444

Вера Пешић, сидија Врховног суда Србије
УГОВОР О ЗАКУПУ ЗЕМЉИШТА КАО ПРАВНИ ОСНОВ
ЗА ДОБИЈАЊЕ ОДОБРЕЊА ЗА ИГРАДЊУ.....455

Томислав Медвед, судија Врховног суда Србије
ПРЕСТАНАК ПРОФЕСИОНАЛНЕ ВОЈНЕ СЛУЖБЕ.....461

Радојка Маринковић, саветник Врховног суда Србије
УПРАВНИ АКТ И АКТ КОМАНДОВАЊА 481

Гордана Богдановић, саветник Врховног суда Србије
ЖАЛБЕНА КОМИСИЈА ПРАВОСУЂА У СЛУЖБИ
ЗАШТИТЕ ПРАВА ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА.....493

Ружа Урошевић, саветник Врховног суда Србије
ПРАВА И ОБАВЕЗЕ НЕЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ
СПОРАЗУМНОГ ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА.....507

III - ОКРУГЛИ СТОЛОВИ

- *НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЉУДСКИХ ПРАВА*

Мајда Кршикапа, саветник Врховног суда Србије
НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЉУДСКИХ ПРАВА
У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА.....525

- *НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ*

Проф. др Невена Петрушић,
Правни факултет Универзитета у Нишу
КРИВИЧНОПРАВНА И ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА
ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ.....539

Миломир Николић, судија Врховног суда Србије
СУДСКО ИЗВРШЕЊЕ ПРЕСУДА ДОНЕТИХ
У ПОСТУПКУ ЗАШТИТЕ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ
И ПРЕДАЈЕ ДЕТЕТА.....576

Ранка Вујовић, помоћник директора
Републичког секретаријата за законодавство
УПРАВНО-ПРАВНА ЗАШТИТА
ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ.....601

РЕЧ РЕДАКЦИЈЕ

Поштовани,

У огледима о спорним правним питањима, објављеним у овом Билтену посвећеном традиционалном Саветовању судова Србије у организацији Врховног суда Србије - "Судијски дани 2008", изражени су лични ставови аутора. Ови реферати треба да допринесу усвајању правних ставова и закључака, ради уједначвања судске праксе и остварења законске функције Врховног суда Србије у вршењу судске власти.

Редакција

I

ПРАВНА СХВАТАЊА

КРИВИЧНО ОДЕЉЕЊЕ

КРИВИЧНО - ПРОЦЕСНО ПРАВО

ПРАВНА СХВАТАЊА КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА
ОБЈАВЉЕНА У БИЛТЕНУ СУДСКЕ ПРАКСЕ
БРОЈ 4/2007

НЕДОЗВОЉЕН ДОКАЗ
- Члан 368. став 1. тачка 10. ЗКП –

"Стоји битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 10. ЗКП уколико сведок који је ослобођен дужности сведочења приликом саслушања на главном претресу не буде упозорен да је ослобођен дужности сведочења и то не буде унето у записник, без обзира што је овај сведок пред истражним судијом упозорен да је ослобођен дужности сведочења и то упозорење унето у записник приликом његовог саслушања пред истражним судијом."

(Правно схватање усвојено на седници Кривичног одељења Врховног суда Србије 17. септембра 2007. године)

ПРАВНА СХВАТАЊА КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА
ОБЈАВЉЕНА У БИЛТЕНУ СУДСКЕ ПРАКСЕ
БРОЈ 1/2008

КРИВИЧНО – ПРОЦЕСНО ПРАВО

Против решења о одбијању предлога за одређивање и продужење притвора (члан 143. став 5. и члан 144. ст. 2. и 3) жалба није дозвољена.

(Правно схватање Кривичног одељења Врховног суда Србије усвојено на седници од 25. и 26. фебруара 2008. године)

Одредба члана 62. став 2. КЗ може се примењивати и у неправом понављању кривичног поступка.

(Правно схватање Кривичног одељења Врховног суда Србије усвојено на седници од 25. и 26. фебруара 2008. године)

ГРАЂАНСКО ОДЕЉЕЊЕ

ПРАВНА СХВАТАЊА ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА ОБЈАВЉЕНА У БИЛТЕНУ СУДСКЕ ПРАКСЕ БРОЈ 4/2007

ПРАВА ИЗВРШНИХ ПОВЕРИЛАЦА КОЈИ НИСУ ОТПУСТИЛИ ДУГ ПРЕМА СУБЈЕКТУ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ КАО ИЗВРШНОМ ДУЖНИКУ

1. По истеку рокова из члана 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији може се наставити прекинути поступак извршења и одредити друга извршења према субјекту приватизације.

2. Повериоци који нису отпустили дуг према субјекту приватизације, своја потраживања и након прихватања програма реструктурирања субјекта приватизације могу намирити од субјекта приватизације као извршног дужника, с тим да се о условима и начину намирења могу споразумети са купцем капитала.

О б р а з л о ж е њ е

Општински суд у Крагујевцу покренуо је на основу чл. 176. и 177. ЗПП поступак пред Врховним судом Србије ради решавања спорног правног питања које се код тог суда у већем броју извршних предмета појављује као прејудицијелно. Уз захтев достављена су четири извршна предмета и изнета аргументација о спорном правном питању.

Према поднетим захтевима Општинског суда у Крагујевцу остављају се спорна правна питања *да ли се по протеку рока од годину дана прописаног чланом 31. став 1. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији може против извршног дужника – субјекта приватизације наставити поступак спровођења раније одређеног извршења и дозволити извршење у многим предметима или променом члана 23-а) Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, с обзиром да је програм реструктурирања дужника усвојен и у смислу наведеног члана став 1. и 2. исти постао извршни наслов, па суд не може спроводити извр-*

ње на основу раније донетих решења о извршењу, нити дозволити извршење у новим предметима.

У образложењу захтева за покретање поступка за решавање спорног правног питања је наведено да је Општински суд у Крагујевцу током 2002. године, 2003. године и 2004. године на основу извршних исправа (извршних пресуда) по предлозима поверилаца донео више решења о извршењу против дужника ДП Индустрија "Филип Кљајић" из Крагујевца, ради наплате потраживања поверилаца, а затим су донета решења о прекиду поступка спровођења извршења на основу члана 20. став 4. Закона о приватизацији ("Службени гласник РС", бр. 38/01 и 18/03), с обзиром да је дана 1.9.2004. године Агенција за приватизацију Републике Србије донела одлуку о реструктурирању предузећа – дужника.

Обзиром да је према дужнику донета одлука о реструктурирању пре ступања на снагу Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији ("Службени гласник РС", бр. 45/05), који је ступио на снагу дана 8.6.2005. године, у овим поступцима примењен је члан 31. став 1. наведеног закона којим је прописано да се против субјекта приватизације односно над његовом имовином, за који је до дана ступања на снагу овог закона донета одлука о реструктурирању, не може одредити и спровести принудно извршење нити било која мера поступка извршења ради намирења потраживања у року од годину дана од дана ступања на снагу овог закона, а ставом трећим истог члана је прописано да се поступак принудног извршења који је у току прекида.

Међутим, Агенција за приватизацију Републике Србије је на основу члана 25-а) Закона о приватизацији закључцима од 2.6.2006. године и 4.9.2006. године прекидала поступак приватизације дужника (пре истека рока од једне године предвиђеног чланом 31. став 1. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији) за период док постоје разлози који онемогућавају продају капитала, односно имовине, а најдуже 90 дана од доношења поменутих закључака и како је истим закључцима одређено да док траје прекид поступка приватизације престају да теку сви прописани рокови (а самим тим и рок од године дана из члана 31. став 1. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији) то је рок прописан чланом 31. став 1. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији истекао 4.12.2006. године.

Дана 4.12.2006. године Агенција за приватизацију Републике Србије донела је закључак о наставку поступка приватизације субјекта приватизације (извршног дужника). Исто тако, дана 11.10.2006. године, Агенција је донела решење о прихватању Програма реструктурирања наведеног субјекта приватизације.

Повериоци су у децембру 2006. године поднели предлоге за наставак поступка спровођења извршења према дужнику, наводећи да је протекао рок од годину дана за прекид поступка прописан чланом 31. став 1. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, а исто тако су и предложили да се дозволи извршење у новим предметима.

Међутим, дужник сматра да се против њега, као субјекта приватизације, не може дозволити извршење, нити наставити поступак спровођења извршења, с обзиром да се поступак реструктурирања налази у завршној фази и да је Агенција за приватизацију Републике Србије дана 11.10.2006. године, донела решење о прихватању програма реструктурирања, који има снагу извршне исправе и сматра се уговором којим се утврђује висина и начин измиривања потраживања повериоца у смислу члана 23-а) став 1. Закона о изманама и допунама Закона о приватизацији.

На крају је наведено, да су по оцени суда рокови из члана 31. Закона о изманама и допунама Закона о приватизацији предвиђени ради убрзања поступка приватизације од доношења одлуке о приватизацији, а да је прекид извршног поступка одређен да би се реструктурирање спровело и привредни субјект довео у стање економске стабилности.

Врховни суд сматра да се ради о спорном правном питању од прејудицијелног значаја и у већем броју предмета, што оправдава захтев за његово разматрање и заузимање правног схватања у смислу одредби члана 176. до 180. Закона о парничном поступку.

Правни извори приватизације су Закон о приватизацији ("Службени гласник РС", бр. 38/01, 18/03 и 45/05), Закон о Агенцији за приватизацију ("Службени гласник РС", бр. 38/01 и 135/04) и Закон о аукцијском фонду ("Службени гласник РС", бр. 38/01 и 45/05), а од подзаконских аката Уредба о поступку и начину реструктурирања субјекта приватизације ("Службени гласник РС", бр. 52/05) и Уредба о начину и

условима измиривања обавеза субјеката приватизације према повериоцима ("Службени гласник РС", бр. 45/2006).

Према садржини приложених предмета Агенција за приватизацију је 1.9.2004. године донела одлуку о реструктурирању извршног дужника у поступку приватизације, а решењем суда од 21.9.2004. године прекинут је поступак спровођења извршења одређеног решењем од 12.12.2002. године и то у складу са правним схватањем Грађанског одељења Врховног суда Србије усвојеним на седници од 30.6.2003. године.

Пошто је одлука о реструктурирању субјекта приватизације као извршног дужника донета пре доношења Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији ("Службени гласник РС", бр. 45/2005) у складу са одредбама члана 31. став 1. наведеног закона дошло је до прекида поступка принудног извршења са роком од годину дана од ступања на снагу Закона, који рок је трајао до 8.6.2006. године.

Како је према наводима захтева и према садржини списа Агенција за приватизацију 2.6.2006. године донела први закључак о прекиду поступка приватизације, а 4.9.2006. године други закључак о прекиду поступка приватизације, створени су услови за прекид законом прописаних рокова забране одређивања или спровођења принудног извршења и било које мере поступка извршења ради намирења потраживања према субјекту приватизације за све време док прекид траје, а најдуже до истека рока од 90 дана, што је у складу са правним схватањем Грађанског одељења Врховног суда Србије од 22.12.2006. године у вези примене одредби члана 14. Закона о приватизацији о измени члана 25-а) став 1. Закона о приватизацији.

Све наведено је и одговор на постављено спорно правно питање до када траје прекид поступка извршења према одредбам члана 31. Закона о изменама Закона о приватизацији.

Према наводима захтева и садржини приложених предмета Општинског суда у Крагујевцу Агенција за приватизацију је 11.10.2006. године донео решење о прихватању Програма реструктурирања субјекта приватизације, а закључком Агенције за приватизацију од 4.12.2006. године настављен је поступак приватизације.

Пошто је према изложеном окончан поступак реструктурирања субјекта приватизације, више не постоје услови за прекид поступка извршења против субјекта приватизације као извршног дужника.

Наведени закључак отвара и спорно правно питање карактера и дејства усвојеног програма реструктурирања субјекта приватизације.

Према члану 19. став 2. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, реструктурирање у поступку приватизације представља промене које се односе на субјект приватизације и његова зависна предузећа које омогућавају продају његовог капитала или имовине. Поступак реструктурирања започиње доношењем одлуке о реструктурирању од стране Агенције за приватизацију. Државни повериоци су дужни да писмено пријаве своја потраживања доспела до 31.12.2004. године у року од 15 дана од дана објављивања одлуке о реструктурирању ради отпуста дуга и намирења својих потраживања из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације, што могу учинити и остали повериоци у складу са чланом 20, чланом 20-а) став 1. и чланом 20-г) Закона. Следећа фаза је израда програма реструктурирања, који се сматра донетим када Агенција донесе одлуку о прихватању програма реструктурирања сходно члану 23. став 8. Закона. Садржина програма реструктурирања је регулисана одредбама члана 23. став 1. цитираног закона и чланом 13. став 1. Уредбе о поступку и начину реструктурирања субјекта приватизације, према којима програм реструктурирања садржи и начин отплате дугова субјекта реструктурирања, па истим може бити предвиђено и одлагање измирења обавеза. У смислу члана 23-а) Закона о приватизацији, донети програм реструктурирања има снагу извршне исправе и сматра се уговором којим се утврђује висина и начин измиривања потраживања поверилаца која су у њему утврђена, а ако се по доношењу програма реструктурирања против субјекта приватизације покрене поступак пред надлежним органом, исти је дужан да, у случају када је потраживање основано, обавеже субјект приватизације на исплату потраживања на начин предвиђен програмом реструктурирања.

Наведено дејство прихваћеног програма реструктурирања субјекта приватизације може се прихватити као неспорно у односу на државне повериоце, који су по закону били дужни да отпусте дуг пре-

ма субјекту приватизације и на повериоце који су отпустили дуг према субјекту приватизације пријавом својих потраживања.

Појављује се спорно правно питање да ли се отпуст дуга и право на намирење из продајне цене у складу са прихваћеним програмом реструктурирања односи и на остале повериоце или само на државне повериоце и повериоце који су пријавили потраживања наведена у члану 2. став 1. тачка 5. Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима.

Одредбама члана 20. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији прописана је обавеза државних поверилаца да отпусте дуг према субјекту приватизације у целини и своје потраживање намире из средстава остварених од продаје капитала или имовине субјекта приватизације, а осталим повериоцима је дата могућност одпуста дуга и намирења потраживања на исти начин. У ставу 4. наведеног члана је предвиђено да остали повериоци, који нису отпустили дуг према субјекту приватизације, услове и начин намирења свог потраживања одређују у споразуму са купцем капитала субјекта приватизације. Из наведених законских одредби произилази да остали повериоци, који нису отпустили дуг према субјекту приватизације, своја потраживања намирују од субјекта приватизације као дужника, с тим што се о условима и начину намирења могу споразумети са купцем капитала.

Одредбама члана 3. Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима, према којима поверилац пријављује своје потраживање на основу јавног позива за пријаву потраживања који објављује Агенција за приватизацију, и у одредбама члана 27. исте уредбе, поверилац који није отпустио дуг према субјекту приватизације намирује своје потраживање из продајне цене равноправно са повериоцем који је отпустио свој дуг, у складу са уговором који се закључује са субјектом приватизације, пре продаје имовине субјекта приватизације, а поверилац који није отпустио дуг према субјекту приватизације и који није закључио уговор намирује се у висини сразмерној његовом потраживању у укупним потраживањима поверилаца који нису отпустили дуг према субјекту приватизације, у складу са прихваћеним програмом реструктурирања субјекта приватизације, а потраживање повериоца који није отпустио дуг према субјекту при-

ватизације сматра се измиреним у потпуности ако је измирено на начин прописан овим чланом. Из овог би произилазило да након прихватања програма реструктурирања субјекта приватизације суд поступа у складу са овим програмом.

Пошто према изложеном постоји супротност између одредби закона и Уредбе, применом начела о хијерархији општих правних аката, потребно је применити одредбе Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, који у погледу дејства прихваћеног програма реструктурирања субјекта приватизације прави разлику између поверилаца који су отпустили дуг и поверилаца који то нису учинили. Не постоји законски основ да се делимично анулирају потраживања поверилаца који нису били у обавези да отпусте дуг субјекту приватизације, нити су то добровољно учинили. У поступку приватизације долази само до промене структуре капитала субјекта приватизације, али он остаје исто правно лице као и пре спроведеног поступка приватизације капитала, а самим тим и дужник из основног правног посла из кога је проистекло потраживање поверилаца.

(Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђено и верификовано на седници од 25. октобра 2007. године)

ПРИМЕНА ЧЛАНА 89. СТАВ 1. ТАЧКА 2.
ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ У ПОСТУПКУ
ПРИНУДНОГ ИЗВРШЕЊА

ПРАВНИ ЗАКЉУЧАК

Адвокат као пуномоћник који је заступао извршног повериоца у парничном поступку из кога потиче извршна исправа и у том својству означен у извршној исправи није дужан да уз предлог за извршење поднесе посебно, ново, пуномоћје за заступање извршног повериоца у поступку извршења.

О б р а з л о ж е њ е

Одредбом члана 89. став 1. тачка 2. Закона о парничном поступку је прописано да, ако је странка издала адвокату пуномоћје за вођење парнице, а није ближе одредила овлашћења у пуномоћју, адво-

кат је на основу оваквог пуномоћја овлашћен да подноси предлог за извршење или за обезбеђење и да предузима потребне радње у поступку поводом таквог захтева.

У примени ове законске одредбе у поступку принудног извршења, поступање неких судова, засновано је на правном мишљењу да извршни поступак није део парничног поступка и не спроводи се обавезно. Адвокат који подноси предлог за извршење на основу извршне исправе дужан је да уз предлог за извршење поднесе и пуномоћје, без обзира што је имао пуномоћје у парничном поступку из кога потиче извршна исправа. Извршни поступак има потпуну самосталност у односу на парнични поступак, а подношење предлога у извршном поступку је прва радња приликом чијег предузимања пуномоћник има обавезу да поднесе пуномоћје. Ова обавеза произилази из члана 92. став 1. Закона о парничном поступку, који се примењује на основу члана 27. Закона о извршном поступку. Са ових разлога, обавеза пуномоћника извршног повериоца да поднесе пуномоћје није искључена одредбом члана 89. став 1. тачка 2. Закона о парничном поступку.

По другом мишљењу, извршни поступак је наставак парничног поступка и спроводи се у случају да дужник није добровољно испунио обавезу на коју је обавезан извршном исправом, услед чега адвокат као пуномоћник странке, који је у том својству означен у извршној исправи, не би био дужан да уз предлог за извршење поднесе и посебно пуномоћје за заступање извршног повериоца у смислу чл. 92. ст. 1. Закона о парничном поступку, јер то овлашћење адвоката произилази из чл. 89. ст. 1. тач. 2. истог Закона.

Различито тумачење одредбе члана 89. став 1. тачка 2. Закона о парничном поступку, а тиме и различито поступање судова у примени ове законске одредбе у извршном поступку, у ситуацијама када су предлог за принудно извршење поднели адвокати, без посебно приложеног пуномоћја, а који су у својству пуномоћника заступали извршног повериоца у поступку из којег потиче извршна исправа, представља довољан разлог за заузимање правног става ради правилне примене ове законске одредбе и уједначавања судске праксе.

Питање, да ли је извршни поступак потпуно самосталан и независтан у односу на парнични поступак, има само теоријски, а не и

практичан значај. Када је у питању однос између парничног и извршног поступка и правна наука је неподељења у ставу да су ова два поступка функционално повезана, зато што се у парничном поступку утврђује повериочево потраживање и изриче обавеза дужнику на одређено понашање (чињење или пак нечињење). Мериторна правноснажна пресуда само утврђује оно што у погледу субјективног права или целог правног односа убудуће међу странкама важи. За разлику од парничног, извршни поступак нема за циљ мериторно решење спора. Он се редовно води пошто је спор на ауторитативан и коначан начин већ решен и пошто је дужник већ обавезан на одређено понашање. Циљ извршног поступка је да равнотежа поремећена повредом права извршног повериоца буде успостављена принудним спровођењем одлуке коју извршни дужник није сам извршио. Стога циљно (телеолошко) посматрање односа између парничног и извршног поступка, упућује на закључак да ове две процедуре чине једну целину, јер им је крајњи циљ исти – заштита поретка субјективних права.

Закон о парничном поступку, странкама које су парнично способне, у поступку признаје и постулациону способност. Међутим, странка често парницу води преко пуномоћника који има стручну правну спрему. Такво заступање пружа јој већу гаранцију да због непознавања прописа, неоствари заштиту одређеног субјективног права за које је заинтересована. У овим ситуацијама посебно место и улогу имају адвокати.

Адвокати по члану 1. Закона о адвокатури ("Сл. лист СРЈ", бр. 24/98, 72/02) обављају независну и самосталну професионалну делатност пружањем правне помоћи у остваривању и заштити Уставом утврђених слобода и права и других законом утврђених права и интереса домаћих и страних физичких и правних лица. Јасно да послове правне помоћи адвокати обављају у име и за рачун заступаних лица.

Посебна улога адвоката у парничном поступку наглашена је и код постављања привременог заступника, права на бесплатног заступника, те одузимањем странкама постулационе способности у поступку по ревизији (директној ревизији) и захтеву за заштиту законитости.

Пуномоћник може бити уредно овлашћен да заступа странку у једном одређеном спору, што је редован случај, међутим може бити овлашћен за вођење спорова уопште.

Судски пословник ("Службени гласник РС", бр. 65/03, 115/05, 4/06 и 50/06) омогућује да се код одређеног суда преко судске управе депонује генерално процесно пуномоћје за све спорове који се код њега покрену. У тој ситуацији, сагласно члану 135. Пословника, писарница суда је дужна да пре достављања предмета судији, провери да ли је предмету приложен препис пуномоћја као и да ли такво пуномоћје постоји и да ли није опозвано, што ће констатовати у предмету уз навођења пословног броја писмена уз које је приложен изворник пуномоћја, односно редни број уписника судске управе под којим је депоновано генерално пуномоћје.

Странка може пуномоћника овластити на вођење парнице (тзв. парнично пуномоћје), или само на неке одређене радње (чл. 88. ст. 2. ЗПП). Овлашћење за заступање заснива се једностраном изјавом странке. Закон прописује да се ова изјава даје у писменом облику (чл. 91. ст. 1. ЗПП). Искуствена сазнања кроз праксу судова, воде закључку да странка даје овлашћење адвокату за заступање потписивањем унапред сачињеног писмена са садржином овлашћења пуномоћнику на вођење парнице, што је доминантно код ангажовања адвоката као пуномоћника.

У току поступка суд је дужан да пази да ли је лице које се појављује као пуномоћник овлашћено за заступање, да ли је писмено пуномоћје истинито (што се у суштини своди на аутентичност односно истинитост потписа властодавца на пуномоћју) и да ли постоји овлашћење за конкретне правне радње предузете од стране пуномоћника (чл. 91. и 92. ЗПП) уз предузимање Законом прописаних мера да се недостаци одклоне.

Парница се окончава доношењем судске одлуке. Пресудом суд одлучује о захтеву који се тиче главне ствари и споредних тражења (чл. 330. ст. 1. ЗПП). У члану 342. ЗПП, је прописано да писмено урађена пресуда мора имати увод, изреку и образложење, као и шта сваки од ових делова пресуде мора садржати. У ставу 2. овог члана Закона, је прописано да увод пресуде између осталог мора садржати поред озна-

чавања странака, означење и њихових пуномоћника, а тиме и адвоката као пуномоћника странака. Формалном правноснажношћу пресуде, као врстом судске одлуке, обухваћени су сви њени саставни делови, па и означење да је странку заступао адвокат као овлашћени пуномоћник. Пошто је пресуда конкретан правни акт, иста има и својство правног важења и обавезујућу снагу.

Закон о извршном поступку у члану 7. је прописао једно од основних начела извршног поступка – начело формалног легалитета, по којем је извршни суд везан правним актом који представља извршну исправу. Уз предлог за извршење, извршни поверилац је увек дужан да приложи извршну исправу у оригиналу или овереној копији и друге исправе када је то овим законом предвиђено (чл. 49. ст. 2. и чл. 50. ст. 1. ЗИП-а). У оваквој ситуацији извршни суд је у могућности да утврди да ли поднети предлог за извршење одговара у свему садржини извршне исправе, да ли је адвокат који је поднео предлог за извршење заступао извршног повериоца у парничном поступку из кога потиче извршна исправа и у случају да утврди да се ради о истом адвокату, да прихвати да је предлог за извршење поднет од стране овлашћеног пуномоћника, иако уз предлог за извршење није приложено посебно пуномоћје за заступање извршног повериоца у поступку изршења.

Треба нагласити, да би одбацивање предлога за извршење због недостатка процесне претпоставке или пак поновно враћање поступка извршења у фазу испитивања предлога и заступања извршног повериоца у извршном поступку било у супротности са начелом хитности поступања у поступку извршења (чл. 5. ЗИП-а) а и са чланом 6. Европске Конвенције о људским правима (право на правично суђење у разумном року), јер Европски суд за људска права у својој пракси има утврђено начело у примени члана 6. Конвенције, по којем право на правично суђење укључује и време на спровођењу правноснажне, обавезујуће пресуде. Утврђена судска пракса у примени члана 6. Конвенције, између осталог штити примену правноснажних, обавезујућих судских одлука. Сходно томе, извршење судске одлуке се не може спречити, поништити или неоправдано одлагати.

Имајући у виду изнете разлоге, заузет је изражени правни став, да адвокат који је заступао извршног повериоца у парничном поступку из кога потиче извршна исправа и у том својству означен у извршној ис-

прави, није дужан да уз предлог за извршење поднесе посебно, ново, пуномоћје за заступање извршног повериоца у поступку извршења. Овлашћење адвоката из члана 89. став 1. тачка 2. ЗПП, односи се само на заступање извршног повериоца у поступку извршења. За заступање извршног дужника, адвокату је увек потребно посебно пуномоћје, па и у ситуацији када је извршног дужника заступао у поступку из којег потиче извршна исправа.

(Правни закључак Грађанског одељења Врховног суда Србије, усвојен и верификован на седници од 30. октобра 2007. године).

ПРАВНИ ЗАКЉУЧАК ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА
ОБЈАВЉЕН У БИЛТЕНУ СУДСКЕ ПРАКСЕ
БРОЈ 1/2008

НАПОМЕНА: ***У Билтену 1/08 погрешно је одштампан текст сентенце и она након допуне гласи:***

ПРАВНИ ЗАКЉУЧАК

ПРАВО ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА И НАМЕШТЕНИКА
НА НАКНАДУ ЗА ИСХРАНУ У ТОКУ РАДА
И РЕГРЕС ЗА ГОДИШЊИ ОДМОР

После истека рока из члана 284. став 2. Закона о раду, услов за остваривање права државних службеника и намештеника на накнаду трошкова за исхрану у току рада (топли оброк) и за регрес за коришћење годишњег одмора је постојање посебног колективног уговора као општег акта којим се уређује питање права, висине и начина исплате ових накнада.

О б р а з л о ж е њ е

Пред првостепеним судовима покренут је већи број парничних поступака по тужбама запослених у правосуђу, са статусом државних службеника и намештеника против Републике Србије као послодавца ради исплате накнаде за исхрану у току рада и регреса за годишњи одмор, за 2007. годину и даље.

Због непостојања одговарајуће и потпуне законске и аутономне регулативе, у примени права у решавању ових спорова поставило се као спорно питање услова за остваривање права и начина утврђења висине накнаде трошкова за исхрану у току рада и за регрес за коришћење годишњег одмора. Осим за запослене у правосуђу, иста питања су актуелна и за остале запослене са статусом државних службеника и намештеника у другим државним органима, организацијама и слу-

жбама. У питању су запослени на чији се радноправни статус и право на плату и друга примања, непосредно или супсидијарно примењују Закон о државним службеницима и Закон о платама државних службеника и намештеника као посебни прописи, и Закон о раду као општи пропис.

Законом о државним службеницима ("Сл. гласник РС", бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007) уређују се права и дужности државних службеника и поједина права и дужности намештеника (члан 1. став 1). На права и дужности државних службеника која нису уређена овим или посебним законом или другим прописом, примењују се општи прописи о раду и посебни колективни уговор за државне органе, који примарно важе за намештенике, ако овим или посебним законом није друкчије одређено (члан 4. ст. 1. и 3). Посебне одредбе о намештеницима садржане су у члановима 170. до 172. Према одредби члана 13. Закона, државни службеник, а према одредби члана 171. став 3. Закона, намештеник има право на плату, накнаде и друга примања према закону којим се уређују плате у државним органима. Одредбом члана 17. о додатним правима државних службеника предвиђено је да се посебним колективним уговором државним службеницима могу да утврде права која овим законом нису утврђена, у складу са овим законом и општим прописима о раду. Прелазна одредба члана 187. овог закона продужава важење Посебног колективног уговора за државне органе ("Сл.гласник РС", бр. 23/98), који се примењује, изузев одредаба које су у супротности са овим законом, док не ступи на снагу посебан колективни уговор за државне органе, који ће бити закључен према овом закону. Ступањем на снагу овог закона 01.07.2006. године на радне односе у државним органима и јавним службама престао је да се примењује Закон о радним односима у државним органима (чл. 190. и 191).

Плате, накнаде и друга примања државних службеника и намештеника уређени су Законом о платама државних службеника и намештеника ("Сл. гласник РС", бр. 62/2006, 63/2006, 115/2006), који је ступио на снагу 01.01.2007. године осим појединих одредаба за које је то другачије одређено. До тада су и за ову категорију запослених у државним органима важили Закон о платама у државним органима и јавним службама ("Сл. гласник РС", бр. 34/01) и Уредба о коефицијен-

тима за обрачун и исплату плата изабраних, постављених и запослених лица ("Сл. гласник РС", бр. 69/02, 61/03, 70/03, 76/05 и 95/2005 – пречишћен текст). Тај закон је одредбом члана 4. став 2. прописао да коефицијент садржи и додатак на име накнаде за исхрану у току рада и регреса за коришћење годишњег одмора. Ступањем на снагу Закона о платама државних службеника и намештеника 01.01.2007. године, Закон о платама у државним органима и јавним службама и наведена Уредба о коефицијентима су престали да се примењују на државне службенике и намештенике.

Закон о платама државних службеника и намештеника прописује да се плата државних службеника и намештеника састоји од основне плате и додатака на плату, у коју се урачунавају и порези и доприноси који се плаћају из плате (члан 2). Основна плата државних службеника и намештеника се одређује множењем коефицијента са основицом за обрачун и исплату плата (чл. 7. и 40). Основица је јединствена и утврђује се за сваку буџетску годину Законом о буџету РС (чл. 8. и 41). Коефицијент се одређује према платним групама и платним разредима за државне службенике и намештенике под условима из овог закона. Закон прописује право државних службеника и намештеника на додатке на основну плату (чл. 23-31 и чл. 47-48), право на накнаду плате (чл. 32-36), као и на накнаду трошкова и на друга примања (чл. 37 и 38. односно 49). Овим одредбама нису предвиђени накнада за исхрану у току рада и регрес као додаци на плату, односно трошкови које се накнађују. Такође, није изричито прописано ни да коефицијент садржи у себи ове накнаде.

Услови за накнаду трошкова, њихова висина и начин на који се остварују на основу члана 37. став 1. и члана 49. став 1. Закона о платама државних службеника и намештеника, прописани су Уредбом о накнади трошкова и отпремнини државних службеника и намештеника ("Сл. гласник РС", бр.86/2007, 93/2007). Даном ступања на снагу ове Уредбе престала је да важи Уредба о накнадама и другим примањима запослених у државним органима и изабраних, односно постављених лица ("Сл. гласник РС", бр. 37/94, 40/94, 37/01, 73/04, 88/04, 38/05, 81/05 и 95/2005 - пречишћен текст). Ни сада важећа уредба а ни пречишћен текст раније уредбе међу накнадама и другим примањима у смислу члана 1, нису предвидели накнаду за исхрану у току рада, а ни

накнаду за регрес за коришћење годишњег одмора. Ове накнаде су изостављене из раније Уредбе о накнадама и другим примањима запослених у државним органима и изабраних, односно постављених лица изменом одредбе члана 1. и брисањем одредаба члана 15. и члана 18. на основу члана 1, 2 и 4. Уредбе о изменама и допунама наведене Уредбе ("Сл. гласник РС", бр. 81/2005 од 23.09.2005. године, која је ступила на снагу 01.10.2005. године).

Према изложеном, ни одредбама Закона о платама државних службеника и намештеника, а ни важеће Уредбе о накнади трошкова и отпремнини државних службеника и намештеника, као ни раније Уредбе о накнадама и другим примањима запослених у државним органима и изабраних, односно постављених лица, нису предвиђена права државних службеника и намештеника на накнаду за исхрану у току рада и регрес за коришћење годишњег одмора. У оквиру одредбе о другим примањима садржане у члану 39. наведеног закона (која је ступила на снагу 20.07.2006. године), предвиђено је да се Посебним колективним уговором за државне органе могу да утврде и друга примања државних службеника, према општим прописима о раду, што у смислу члана 49. став 1. истог закона важи и за намештенике.

Како Закон о платама државних службеника и намештеника, а ни наведена уредба, као посебни прописи у овој области, не регулишу право државних службеника и намештеника на накнаду трошкова исхране у току рада и регреса за годишњи одмор, у погледу основа за остваривање ових њихових права важили би општи прописи о раду и посебни колективни уговор за државне органе, на чију примену упућује одредба члана 4. Закона о државним службеницима. Као што је већ речено, исти закон у одредби члана 17. предвиђа могућност да се посебним колективним уговором државним службеницима могу да утврде и права која овим законом нису утврђена, у складу са овим законом и општим прописима о раду. У време ступања на снагу овог закона важио је Посебан колективни уговор за државне органе ("Сл. гласник РС", бр. 23/98) који је и даље у примени до ступања на снагу новог посебног колективног уговора који ће бити закључен према овом закону. На могућност колективног уговарања и других примања државних службеника упућује и Закон о платама државних службеника и намештеника у члану 39. Али, Посебан колективни уговор за државне орга-

не из 1998. године не садржи одредбе о накнади трошкова за исхрану у току рада и за регрес за годишњи одмор док нови посебан колективни уговор према Закону о државним службеницима и намештеницима није закључен.

Закон о раду ("Сл. гласник РС", бр. 24/05 и 61/05) као општи пропис о раду је одредбом члана 118. тачкама 5. и 6. прописао да "запослени има право на накнаду трошкова у складу са општим актом и уговором о раду: за исхрану у току рада и за регрес за коришћење годишњег одмора". Накнада ових трошкова, према одредби члана 12. Закона о изменама Закона о раду ("Сл. гласник РС", бр. 61/05), која је у примени од 01.01.2006. године, представља право запосленог а обавезу послодавца. Право на накнаду ових трошкова запослени код послодавца остварује под условима и у висини прописаној општим актом и уговором о раду. Ни Уредбом а ни важећим Посебним колективним уговором за државне органе, као општим актима, није уређено питање остваривања права на накнаду ових трошкова за државне службенике и намештенике. У односу на питање висине и начина остваривања ових накнада, нема услова ни за примену Општег колективног уговора ("Сл. гласник РС", бр. 22/97 ... 31/01 – чл. 30а) који је престао да важи 24. септембра 2005. године, истеком шест месеци од дана ступања на снагу Закона о раду, у складу са одредбом члана 284. став 2. овог закона.

Из наведеног произилази да не постоји основ ни у посебним, а ни у општим прописима за остваривање права на накнаду тражених трошкова, јер нема одговарајућег колективног уговора, као општег акта и инструмента за њихову конкретну реализацију. Закон о раду предвиђа право запосленог на накнаду трошкова за исхрану у току рада и за регрес за коришћење годишњег одмора, али утврђивање услова, висине и начина исплате препушта аутономном регулисању путем закључења колективног уговора као општег акта и уговора о раду. Држава као послодавац би ово право могла признати уредбом, односно посебним колективним уговором за државне органе, који, међутим, ова питања за сада не регулишу.

Доследно реченом, услов за остваривање права државних службеника и намештеника (у правосуђу, као и у другим државним органима, организацијама и службама) на накнаду трошкова за исхрану у

току рада и за регрес за коришћење годишњег одмора, је постојање колективног уговора којим се уређује право, висина и начин исплате ових накнада. То би требало да буде нови посебан колективни уговор за државне органе, закључен према одредбама Закона о државним службеницима и Закона о платама државних службеника и намештеника, те Закона о раду као општег прописа о раду. До закључења таквог посебног колективног уговора, у ситуацији непостојања општег колективног уговора, проблем би могао да буде делимично решен у односу на намештенике закључењем анекса уговора о раду. Коначно, (и у односу на државне службенике) проблем се разрешава кроз иницирање колективног преговарања ради закључења (посебног) колективног уговора, у складу са процедуром коју предвиђа Закон о раду и Закон о мирном решавању радних спорова ("Сл. гласник РС", бр. 125/04).

(Закључак усвојен на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 22.04.2008. године)

УПРАВНО ОДЕЉЕЊЕ

ПРАВНА СХВАТАЊА
ОКТОБАР 2007. – ОКТОБАР 2008.

I

Против коначне одлуке донете у дисциплинском поступку осуђени има право на судску заштиту у управном спору пред Врховним судом Србије.

II

Правоснажна одлука о кажњавању окривљеног за прекршаје из чл. 226. ст. 1. тач. 27, 28, 29. и 37. ст. 1. Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима, као услов за примену ст. 4. истог члана, може се узети у обзир само ако је постала правноснажна у периоду од две године који претходи дану доношења одлуке којом се изриче казна за неки од ових прекршаја.

(Утврђено на седници Управног одељења 01.10.2007. године)

III

Сама радња или пропуштање дужног надзора одговорног лица у правном лицу представља разлог за прекршајну одговорност правног лица за предвиђени прекршај, без обзира да ли је у односу на одговорно лице утврђена прекршајна одговорност.

(Утврђено на седници Управног одељења од 18.12.2007. године)

IV

Републичка изборна комисија, као орган надлежан за спровођење избора, није надлежна да оцењује исправност података унетих у оверени извод из бирачког списка достављен републичкој изборној комисији након доношења решења о закључењу бирачког списка и да, на основу констатованих недостатака у том изводу измени решење о одређивању бирачких места, тако што ће поједина бирачка места брисати.

(Утврђено на седници Управног одељења од 12.01.2008. године)

V

У поступку који се покреће пријавом страног посматрача за праћење избора Републичка изборна комисија издаје службена овлашћења страним посматрачима, а није овлашћена да по слободној оцени одлучује о давању одобрења подносиоцима пријаве.

(Утврђено на седници Управног одељења од 16.01.2008. године)

VI

Право на накнаду за проналажење, уништавање и дезактивирање убојних средстава у миру припада и лицу за које се утврди да је било ангажовано на извршавању послова проналажења, дезактивирања и уништавања убојних средстава у миру, без обзира да ли је за извршавање тих задатака донет посебан акт начелника генералштаба Војске Србије.

(Утврђено на седници Управног одељења од 11.04.2008. године)

VII

Окружни суд у Београду је стварно и месно надлежан за оцену законитости решења Републичке изборне комисије донетих по приговору у поступку заштите изборног права при спровођењу локалних избора расписаних за 11. мај 2008. године, за територију аутономне покрајине Косово и Метохија.

(Утврђено на седници Управног одељења од 16.04.2008. године)

VIII

Повереник за информације од јавног значаја је дужан да одлучи по жалби странке изјављеној због недоношења решења по захтеву за слободан приступ информацијама од јавног значаја, без обзира што је орган власти током поступка одлучио по захтеву.

(Утврђено на седници Управног одељења од 04.07.2008. године)

II

ОГЛЕДИ

КРИВИЧНА СЕКЦИЈА

Верољуб Цветковић,
судија Врховног суда Србије

НЕКА ПИТАЊА КОД ИНСТИТУТА ПРОДУЖЕНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

члан 61. КЗ

Опредељењу да кроз овај рад размотрим нека питања института продуженог кривичног дела, претходила су моја размишљања која сам имао пре његовог законског регулисања, а која су била проткана надом да би сви проблеми у пракси, у примени овог института, се решили и свели на најмању меру, када би институт продуженог кривичног дела био регулисан Кривичним закоником.

Неспорно је, да су у пракси судови, овај институт примењивали, полазећи од ставова теорије, а првенствено од начелног става Врховног суда Југославије из 1965. године и ставова који су провејавали кроз одлуке Врховног суда Србије, у којима је долазило до извесних одступања, од начелних ставова Врховног суда Југославије из 1965. године, што је, не тако ретко, доводило до тога да је институт продуженог кривичног дела, по мом мишљењу, прешироко примењиван, а што је имало за последицу, да смо окривљене, кроз судске одлуке, у извесној мери доводи у неравноправан положај, признали ми то или не, јер без обзира на све аргументе, оправдане или мање оправдане, институт продуженог кривичног дела, по мом дубоком уверењу, извршиоца ипак привилегује, приликом доношења одлуке о казни.

Следом изнетог у претходном ставу, у даљем ћу указати, на нека питања, везана за институт продуженог кривичног дела, полазећи од законског текста, то јест од његовог дефинисања кроз члан 61. Кривичног законика, уз моју ограду, да не претендујем овим радом, прво да одговорим на сва питања везана за овај институт и друго да су моја размишљања тачна и искључива, другим речима моја очекивања

су, да кроз сучељавања мишљења, искристалишемо заједно ставове везане за овај институт, који ће нам олакшати његову примену у пракси.

Дакле, члан 61. Кривичног законика регулише институт продуженог кривичног дела на следећи начин:

1) Продужено кривично дело чини више истих или истоврсних кривичних дела учињених у временској повезаности од стране истог учиниоца која представљају целину због постојања најмање две од следећих околности: истоветности оштећеног, истоврсности предмета дела, коришћење исте ситуације или истог трајног односа, јединства места или простора извршења дела или јединственог умишљаја учиниоца.

2) Кривична дела управљена против личности могу учинити продужено кривично дело само ако су учињена према истом лицу.

3) Не могу учинити продужено кривично дело она дела која по својој природи не допуштају спајање у једно дело.

4) Ако продужено кривично дело обухвата лакше и теже облике истог дела, сматраће се да је продуженим кривичним делом учињен најтежи облик од учињених дела.

5) Ако продужено кривично дело обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, сматраће се да је продуженим кривичним делом остварен збир износа остварених појединачним делима, уколико је то обухваћено јединственим умишљајем учиниоца.

6) Кривично дело које није обухваћено продуженим кривичним делом у правоснажној судској пресуди, већ буде откривено накнадно, представља посебно кривично дело, односно улази у састав посебног продуженог кривичног дела.

Дакле, на бази изнетог законског текста закључује се да постоје такозвани обавезујући елементи и најмање два од променљивих услова за постојање продуженог кривичног дела.

У анализи института продуженог кривичног дела, у даљем делу рада изложићу, прво обавезујуће елементе, а затим такозване променљиве услове који се траже за примену овог института, и на крају

своје размишљање и дилеме, које су настале у примени овог института.

I

ОБАВЕЗУЈУЋИ ЕЛЕМЕНТИ ЗА ПОСТОЈАЊЕ ИНСТИТУТА ПРОДУЖЕНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

1. ***Први услов за постојање продуженог кривичног дела, јесте да се ради о истом извршиоцу кривичног дела и да су у питању најмање два кривична дела.***

У вези изнетог, у претходном ставу, указујем, да под истим извршиоцем треба разумети једног извршиоца, или пак најмање два лица која су извршила два кривична дела, било као саизвршиоци у ужем смислу или саизвршиоци у ширем смислу, а овом приликом не чиним осврт на саизвршилаштво у ужем и ширем смислу, јер би то било прешироко за овај рад.

2. ***Други обавезни услов за постојање продуженог кривичног дела, јесте, да су у питању најмање два истоветна или истоврсна кривична дела, која уз постојање осталих услова, о којима ће касније бити речи, дају основ за примену института продуженог кривичног дела.***

Језички, истоврсно је опште, а истоветно посебно, другим речима истоветно је садржано као посебно, у истоврсном, као општем.

Са становишта кривичног права, постоји фактичка и правна истоветност или истоврсност, а то даље значи да у примени института продуженог кривичног дела узимамо пре свега правну истоветност или истоврсност, уз напомену да до правне истоветности или истоврсности се долази, пошто се претходно утврде фактичка обележја кривичног дела.

У вези изнетог, додајем, да кривична дела која улазе у састав продуженог кривичног дела могу бити свршена кривична дела и кривична дела извршена у покушају, уколико се за покушај кажњава, а потом у састав продуженог кривичног дела улазе основни облици истоврсних кривичних дела, привилеговани и квалификовани облици.

3. ***Трећи неопходни услов за постојање продуженог кривичног дела јесте, да сва кривична дела, која улазе у састав продуженог кри-***

вичног дела морају бити извршена или покушана у одређеном временском периоду. То значи да временски размак између дела мора бити релативно кратак, тако да тај релативно кратак временски размак даје основ за закључивање да сва дела представљају једну целину, да би се могло говорити о продуженом кривичном делу.

Другим речима, ако је у питању велики размак између дела, онда нема основа за закључивање да је у питању једна целина, без обзира да ли су остали услови за постојање института продуженог кривичног дела испуњени. Дакле, да закључимо, у вези изнетог, временска повезаност дела је објективни услов постојања продуженог кривичног дела. Када постоји временска повезаност фактичко је питање, другим речима на суду је да то оцени, а притом полазна основа јесте о којој врсти кривичних дела је реч, а која улази у састав продуженог кривичног дела.

Додајем да временска повезаност, уколико је суд утврди, даје основ за даља закључивања и то:

- да се дела надовезују једна на друго,

- на основу временске повезаности изводе се и закључивања о виности извршиоца у односу на укупност радњи које воде ка остварењу жељене збирне последице.

Промењиви услови за постојање продуженог кривичног дела

Након излагања обавезних елемената за постојање кривичног дела, а по одредби члана 61. КЗ, који одређује, да би се могло говорити о продуженом кривичном делу као целини да је потребно постојање најмање две од следећих околности:

- истоветности оштећеног, истоврсности предмета дела, коришћење исте ситуације или истог трајног односа, јединство места или простора извршења дела или јединственог умишљаја учиниоца.

То су такозвани промењиви услови за постојање продуженог кривичног дела.

1. Истоветност оштећеног

У односу на први промењиви услов, истоветност оштећеног, значи да су најмање две радње извршења кривичних дела, које улазе у састав продуженог кривичног дела, извршене према истом (једном

оштећеном лицу, односно да су кривична дела извршена против истог пасивног субјекта, а у зависности о којој врсти кривичних дела је реч, то могу бити физичка или правна лица, чији су интереси повређени извршењем кривичних дела.

2. Истоврсност предмета кривичног дела

У односу на истоврсност предмета кривичног дела, најпре треба указати да постоји заштитни објект кривичног дела, који може бити општи (заштита човека и основне друштвене вредности) и групни (одређени друштвени односи и вредности), који су међусобно повезани, на бази које се систематизују кривична дела у поједине главе Кривичног законика.

Надаље, у вези истоврсности предмета кривичног дела разликујемо и следеће:

- објект радње кривичног дела (предмет на коме се предузима радња извршења кривичног дела-покретне ствари, код крађе, или човек код убиства)

- потом, објект радње кривичног дела се дели на:

- нападни објект-предмет или лице против кога је радња кривичног дела управљена,

- и граматички објект - предмет или лице против кога радња извршења мора бити предузета да би се дошло до повређивања заштитног објекта.

Следом изнетог, по мом мишљењу, овај променљив услов за постојање кривичног дела треба тумачити тако да под истоврсношћу предмета кривичног дела, треба разумети да објект радње кривичних дела, која улазе у састав продуженог кривичног дела, мора имати истоврсне и заједничке карактеристике које их у правном промету и животним односима, чине особеним у односу на друге предмете или односе.

3. Коришћење исте ситуације или истог трајног односа

Основно, што треба указати у вези овог променљивог услова за постојање кривичног дела, јесте да је његова суштина да извршилац

кривичног дела, то јест да извршиоцу кривичног дела иста ситуација или исти тренутни однос олакшава доношење одлуке да изврши кривична дела или му олакшава извршење кривичних дела.

Надаље, то значи, да извршилац кривичног дела искоришћава однос који може бити фактички или правни, чије је трајање релативно дуже, а који му омогућава или олакшава доношење одлуке да изврши дело или му олакшава само извршење дела (на пример однос спортске или музичке манифестације, на које је присутан велики број посетиоца, чија пажња усмерена на програм манифестације, а окривљеном омогућава лакше извршење такозваних џепних крађа).

Ове околности, коришћење исте ситуације или истог трајног односа, дају основ за повезивање кривичних дела у продужено кривично дело непосредно - јер њихово постојање објективно даје основ за закључивање, да све предузете радње представљају једну целину, и посредно - дају основ за закључивање о постојању јединственог умишљаја окривљеног за извршење два или више кривичних дела која улазе у састав продуженог кривичног дела.

4. Јединство места или простор извршења дела

Под јединством места или простора извршења кривичног дела треба разумети одређени географски простор или пак ограђен или неограђен простор у оквиру једног места, на коме су извршена кривична дела, која улазе у састав продуженог кривичног дела.

Место или простор морају бити исти или међусобно повезани и да се на њима или у њима предузму радње извршења кривичних дела која улазе у састав продуженог кривичног дела.

Унапред је немогуће определити када постоји јединство места или простора извршења дела, другим речима то је фактичко питање које поред осталог, треба повезати са осталим условима који се траже за постојање продуженог кривичног дела.

5. Јединство умишљаја учиниоца кривичног дела

Посебни, у закону наведени променљиви услов за постојање кривичног дела јесте јединство умишљаја учиниоца кривичног дела. Под јединственим умишљајем учиниоца кривичног дела, треба разумети

да код учиниоца кривичних дела која улазе у састав продуженог кривичног дела сва дела су унапред обухваћена његовом свешћу и вољом да их изврши, да је пре извршења дела свесно донео одлуку да приступи њиховом извршењу и да укупна последица свих дела је обухваћена свешћу и вољом за њеним остварењем.

Надаље када се говори о јединственом умишљају, мишљења сам да ова претходна свест и воља треба да обухвати у начелу оштећене према којима треба да се изврше кривична дела, место, време, средства и начин извршења дела, а да није довољно да само неки од ових елемената буду обухваћени свешћу, да би се могло говорити о јединственом умишљају, а ово се оправдава тиме, што је јединствени умишљај одлучујући фактор, да би се могло говорити да два или више истоврсних или истоветних кривичних дела представљају једну целину, која у кривично-правном смислу представља продужено кривично дело.

II

У ставу 2. члана 61. КЗ одређено је да кривична дела управљена против личности могу учинити продужено кривично дело, само ако су учињена према истом лицу.

Када се говори о овој одредби, претходно треба рећи да под личним добрима се подразумевају живот, телесни и духовни интегритет, слобода, част и др., и ова добра се везују искључиво за човека и она уживају поред осталог и кривично-правну заштиту. Будући да су ова добра за човека највиша и у извесном смислу за њега као једнинку недељива, то уколико су кривична дела извршена према различитим лицима, а њима се повређују наведена лична добра, онда није могућа конструкција продуженог кривичног дела.

Међутим, ако уз постојање осталих услова, који се траже за конструкцију продуженог кривичног дела, буду извршена два или више истоврсних или истоветних кривичних дела према истом оштећеном, а њима се повређује његово истоветно лично добро, онда је могућа конструкција продуженог кривичног дела. (Најчешће се наводи као пример кривично дело силовања извршено према истом оштећеном, у временским релацијама које не прекидају постојање осталих услова

који се траже да би два или више кривичних дела представљала продужено кривично дело).

III

У вези става 3. члана 61. КЗ који одређује да не могу чинити продужено кривично дело она дела која по својој природи не допуштају спајање у једно дело, у начелу о овој одредби треба рећи да кривична дела која су управљена на највиша добра човека, не могу се спајати са кривичним делима, која су управљена истовремено и на лична добра и друга добра оштећеног, без обзира да ли се ради о истоврсним кривичним делима (кривично дело разбојништва и кривично дело крађе се не могу спајати у продужено кривично дело).

IV

Ставом 4. члана 61. КЗ одређено је да ако продужено кривично дело обухвата лакши и тежи облик истог дела, сматраће се да је продуженим кривичним делом учињен најтежи облик од учињених дела.

У вези овог става указујем на следеће:

а) ***ако су у питању свршени облици основног, привилегованог или квалификованог облика истоврсног кривичног дела, правна квалификација продуженог кривичног дела се одређује према квалификованом облику***

б) ***уколико су у питању кривична дела од којих нека представљају покушај, а нека свршено кривично дело, а ради се о томе да покушај кривичног дела има тежу правну квалификацију од свршеног кривичног дела, продужено кривично дело се квалификује по покушају кривичног дела као тежем облику дела***

в) ***када су два или више дела извршена тако што радња једног кривичног дела представља извршење, а радња другог кривичног дела облик саучесништва, онда важи следеће:***

-ако радње извршења дела представљају теже кривично дело од радњи кривичног дела саучесништва онда се квалификација одређује према кривичном делу чија је радња извршења,

-ако је радња саучесништва тежа од радњи извршења онда се квалификација одређује према кривичном делу извршеном у облику саучесништва,

-ако су кривична дела извршена у саучесништву, а у питању су исти облици кривичних дела, онда важи да тежи облик саучесништва конзумира лакши облик саучесништва (подстрекавање је тежи облик од помагања),

-ако су у питању различити облици саучесништва у лакшем и тежем облику истоврсних кривичних дела, онда се квалификација врши према тежем кривичном делу.

V

У ставу 5. члана 61. КЗ који одређује да ако продужено кривично дело обухвата кривична дела чије је битно обележје одређени новчани износ, сматраће се да је продуженим кривичним делом остварен збир износа остварених појединачним кривичним делима уколико је то обухваћено јединственим умишљајем учиниоца.

По мени, ова одредба, доноси највише проблема у пракси.

У претходном делу рада указао сам шта представља и шта мора да обухвати јединствени умишљај.

Следом тога, није довољно просто сабирање новчаних износа који су остварени појединачним кривичним делима, већ је потребно да збир износа остварен појединим кривичним делима буде обухваћен јединственим умишљајем.

Указујем да је кроз досадашњу праксу судова долазило до простог сабирања износа, а да притом нису дати разлози о јединственом умишљају у односу на тај збир износа. Последица свега тога је да су радње извршења продуженог кривичног дела правно цењене по квалификованом облику истоврсног кривичног дела, што је окривљене доводило у тежи положај, а да разлога за то није било или пак, ти разлози нису дати у образложењу пресуде.

Дакле, суд мора најпре да утврди и образложи постојање јединственог умишљаја у односу на укупну последицу кривичних дела, а да тек потом сабира новчане износе и даје коначну правну квалификацију.

У вези става 6. члана 61. КЗ, мишљења сам да је овај став у директној супротности са чланом 407. став 5. ЗКП, који прописује "ако се у случају осуде за продужено кривично дело или за друго кривично дело, које по закону обухвата више истоврсних или више различитих радњи изнесу нове чињенице или поднесу нови докази, који указују да осуђени није учинио радњу која је обухваћена делом из осуде, а постојање ових чињеница би довело до примене блажег закона или би било од битног утицаја на одмеравање казне".

Ово моје мишљење базирам на следећем:

а) ***основни принцип института понављања кривичног поступка јесте да је он искључиво у корист осуђеног***

б) ***продужено кривично дело је једно дело, које обухвата више истоврсних или истоветних кривичних дела, и по мом мишљењу став 6. члана 61. КЗ је у супротности, прво, са основним принципом да понављање кривичног поступка не може бити на штету осуђеног, да се нарушава основни принцип "не два пута о истој ствари", и друго, са принципом да продужено кривично дело представља једну целину, а правно гледано једно кривично дело, у чији састав улазе два или више кривичних дела извршена у одређеном временском интервалу.***

* * *

Након изнетог у претходним ставовима, дајем своје ставове којима желим да подстакнем размишљања о институту продуженог кривичног дела, са надом да ћемо заједно допринети што ефикаснијој и правичној примени овог института у пракси.

- Код утврђивања временске повезаности треба, у зависности од врсте кривичних дела која улазе у састав продуженог кривичног дела, бити што више рестриктиван у оцени временског размака између извршених дела, јер само тако можемо оправдано закључивати да два или више истоврсних или истоветних дела, уз испуњење осталих услова, представљају целину.

- Поступањем на изнети начин, отклонићемо или свести на најмању меру могућност да окривљене доводимо у неравноправан положај, а што се може десити у случају прешироке примене института продуженог кривичног дела, тако да за два или више дела према једном окривљеном код одмеравања казне применом одредби о стицају њему

буде изречена казна затвора у дужем трајању, а да према другом окривљеном, за два или више дела применом института продуженог кривичног дела, њему буде изречена казна затвора у краћем трајању.

- У односу на јединствен умишљај учиниоца залажем се за следеће:

а) ***без обзира што је он у Кривични законик сврстан у променљиве услове за постојање продуженог кривичног дела треба:***

прво, да јединствени умишљај кумулативно обухвата: свест и вољу у односу на оштећене, место, време, начин и укупну последицу два или више дела, чијем је извршењу окривљени приступио,

друго, да суд остале променљиве услове оцењује и утврђује у склопу јединственог умишљаја, односно да постојање осталих променљивих услова оправдава и на бази јединственог умишљаја,

б) ***залажем се да се убудуће измене КЗ јединствени умишљај третира као обавезан елеменат за постојање продуженог кривичног дела, ово без обзира што теоретски кривична дела извршена из нехата могу чинити конструкцију продуженог кривичног дела.***

У примени става 5. члана 61. КЗ, најпре и безусловно треба утврдити постојање јединственог умишљаја првенствено и одлучујуће у односу на укупну последицу (збир износа остварених појединим кривичним делима), и тиме бисмо отклонили могућност да применом института продуженог кривичног дела окривљене доводимо у тежи положај дајући њиховим радњама тежи квалификовани облик, у односу на квалификације дела које улазе у састав продуженог кривичног дела.

Коначно, залажем се за хитно усклађивање става 6. члана 61. КЗ са институтом понављања кривичног поступка по садашњем ЗКП (члан 407. став 5) и ЗКП (члан 426. став 5) који треба да се примењује од 01.01.2009. године. Моје мишљење да став 6. члана 61. КЗ треба брисати, јер његовом применом нарушавамо најмање два принципа и то:

- да је продужено кривично дело једно дело

- да је понављање кривичног поступка могуће само у корист осуђеног.

Драгомир Милојевић,
судија Врховног суда Србије

ЗАСТАРЕЛОСТ

Општа разматрања. ***После извршења кривичног дела могу да наступе извесне околности које гасе право државе на изрицање и извршење кривичне санкције. У теорији се све ове околности називају основи ништења државног права на казну, односно на кривичну санкцију, јер држава губи право на исту, иако постоји кривично дело и кривица учиниоца.***

Нормално, кривична санкција се гаси њеним извршењем. Међутим, у теорији и у законодавствима постоје још извесне околности, које, ако наступе по извршењу кривичног дела, гасе право државе на извршење кривичне санкције. Карактеристика ових околности је да ниште само право државе на примену кривичних санкција, али не дирају у постојање самог кривичног дела. Те околности су установе јавноправне природе, што значи да су установљене у јавном интересу, а не у интересу учиниоца кривичног дела. Према томе, ове околности се узимају у обзир по службеној дужности и лице на кога се оне односе не може да тражи да се над њим изврши кривична санкција. По овоме се оне разликују од основа (објективних и субјективних) искључења кривичног дела и кривице.

Поред застарелости, амнестије и помиловања, као околности гашења кривичне санкције у теорији се обично наводе још и: смрт учиниоца кривичног дела и стварно кајање.

Смрт учиниоца кривичног дела***. У закону се не наводи да је смрт учиниоца кривичног дела основ гашења кривичне санкције. Међутим, смрт осуђеног лица је не само правна већ и стварна околност која спречава извршење оних казни које су везане за личност, нпр. казне лишења слободе као и неких мера безбедности и васпитних мера. Наиме, још у римском праву створен је афоризам да се смрћу гаси кривично дело, мада је у погледу кривичних дела против државе и службене ду-***

жности важио принцип да наследници исплаћују имовинске казне, а у средњем веку казна се извршавала симболично над умрлим осуђеником, а касније се ствара правило да смрт спречава извршење сваке казне, и ово правило важи и у савременом кривичном праву.

Спорно је само у погледу имовинских казни, да ли смрт осуђеног гаси право државе на њихово извршење, пошто овај разлог не постоји у погледу имовинских санкција, па се утицај смрти на исте различито цени и решава. У погледу новчане казне, у Кривичном законику (КЗ) постоји изричит пропис, члан 51. став 5., да се после смрти осуђеног новчана казна неће извршити. Што се тиче мера безбедности које су везане за имовину и то мере безбедности одузимање предмета и одузимање имовинске користи, у Законику се ништа не помиње. Мишљења су подељена у овом погледу, али с обзиром на природу и сврху мера безбедности, одузимање имовинске користи, правилније је схватање да смрт учиниоца не може имати утицај на извршење ових мера. Као што је речено, Законик ништа не говори о овоме, тако да изгледа да се ове мере могу извршити после смрти осуђеног лица. Теорија, међутим, прави разлику између предмета који се одузимају у интересу опште безбедности, јавног морала и предмета који се одузимају само због тога што су прибављени кривичним делом. Предмети прве врсте могу се одузети после смрти осуђеног лица, док се одузимање предмета у осталим случајевима појављује као нека врста казне, па би у погледу ових предмета смрт осуђеног лица требало да има исто дејство као и у погледу новчане казне.

Од основа гашења казне и мере безбедности треба разликовати разлоге за одлагање извршења казне, који не ниште право на казну, већ само одлажу остваривање овог права. У Закону о извршењу кривичних санкција предвиђени су услови и разлози за одлагање казне лишења слободе.

Стварно кајање. ***По неким ауторима, стварно кајање се изједначује са одустанком од свршеног покушаја, док други одвајају стварно кајање од одустанка од свршеног покушаја. У неким правима стварно кајање се наводи изричито као околност гашења казне, док у другим је то околност која посредно произлази из одговарајућих законских прописа. Стварно кајање у овом смислу треба разликовати од понашање учиниоца после извршеног кривичног дела, као околност код одмерава-***

ња казне и овде је реч само о стварном кајању као посебном институту у смислу околности гашења казне.

Стварно кајање је понашање учиниоца дела после извршеног кривичног дела којим отклања последице овог дела или ублажује њихово дејство. По Кривичном законику, стварно кајање није институт, па према томе нема карактер општег основа гашења казне, али ова установа није супротна општим начелима Кривичног законика, нарочито узимајући у обзир принцип индивидуализације казне и кривичне репресије. У назначеном смислу, стварно кајање се увек појављује као олакшавајућа околност у смислу члана 54. КЗ, а сем тога спада у "нарочито олакшавајуће околности" које указују на то да се и ублаженом казном може постићи сврха кажњавања – члан 56. КЗ.

У погледу неких кривичних дела, код којих се стварно кајање на посредан начин спомиње, оно има много јаче дејство, па чак у неким случајевима је и посебан основ гашења казне. Стога се и по Кривичном законику може говорити о стварном кајању као основу гашења казне, иако само у погледу неких кривичних дела. Тако на пример по Кривичном законику стварно кајање се на индиректан начин спомиње као факултативни основ ублажавања казне код следећих кривичних дела: удруживање ради противуставне деланости – члан 319. КЗ у ставу 4. предвиђа блаже кажњавање казном затвора до једне године, а припадник удружења се може ослободити од казне; код кривичног дела злочиначко удруживање - члан 346. који у ставу 5. предвиђа блаже кажњавање, а припадник групе или другог удружења се може и ослободити од казне; код кривичног дела избегавање војне обавезе – члан 394. који у ставу 5. предвиђа да се учинилац дела може ослободити од казне; код кривичног дела самовољно одсуствовање и бекство из Војске Србије и Црне Горе који у ставу 7. предвиђа да се учинилац дела може блаже казнити.

Нужно је рећи да стварно кајање не значи кајање у моралноетичком смислу, оно постоји без обзира из којих побуда се врши, а главно је да је учињено из личних побуда и добровољно и да представља отклањање или ублажавање последица после извршеног кривичног дела од стране самог извршиоца дела, а не отклањање последица извршено од стране трећег лица без сазнања учиниоца дела или чак мимо његове воље. Међутим, постоји стварно кајање, ако је отклањање по-

следица дела извршило треће лице, али на заузимање или уз лично пожртвовање учиниоца дела. Да би ова установа постојала треба да је стварно кајање учињено добровољно и пре него што је дело откривено и покренут поступак против учиниоца дела и то је лична околност и користи само оном лицу - учиниоцу који је отклонио последицу дела, а не и другим учиниоцима у делу.

Застарелост. ***Застарелост је један од законских основа који у ширем смислу значи одрицање државе од права на казну за учињено кривично дело због протека у закону одређеног времена. Наступањем застарелости, има се сматрати да се угасило право на казне или кривичну санкцију уопште, иако постоји кривично дело и сви услови за примену кривичне санкције.***

У кривичном праву постоје две врсте застарелости: 1) застарелост кривичног гоњења и 2) застарелост извршења кривичне санкције. У првом случају, по протеку у закону одређених рокова по извршењу кривичног дела, држава не може да предузме кривично гоњење и изрекне кривичну санкцију против његовог учиниоца, а у другом случају после одређеног времена по изрицању кривичне санкције, држава не може да изврши већ изречену кривичну санкцију. Према томе, обе врсте застарелости су основ ништења државног права на кривичну санкцију.

Српски Кривични законик познаје застарелост, и то у два њена облика, као застарелост кривичног гоњења и као застарелост извршења кривичних санкција, а због могућности прекида и обуставе уведена је тзв. апсолутна застарелост. За разлику од неких других законодавстава, наш Кривични законик усвојио је принцип застаривости свих кривичних дела и извршења најтежих казни. Од тога постоји изузетак за нека најтежа међународна кривична дела (геноцид, злочин против човечности, ратни злочин против цивилног становништва, ратни злочин против рањеника и болесника, ратни злочин против ратних заробљеника, организовање и подстицање извршења геноцида и ратних злочина) за која је прокламована незастаривост у складу са општим принципима међународног кривичног права – члан 108. КЗ.

1.Застарелост кривичног гоњења

Застарелост кривичног гоњења је престанак државног права на гоњење за кривично дело услед протека законом предвиђеног рока застарелости, што практично означава немогућност покретања кривичног поступка према учиниоцу кривичног дела, односно немогућност изрицања кривичне санкције. Протек времена који треба да прође да би наступила ова застарелост, назива се рок застарелости и наш Кривични законик познаје рокове застарелости од: двадесетпет, двадесет, петнаест, десет, пет, три и две године, зависно од учињеног дела, односно врсте и висине казне која је за то кривично дело прописана, како је то предвиђено у члану 103. КЗ. Рокови застарелости не могу се мењати вољом странака, с обзиром да је то установа јавно-правног карактера. Рокови застарелости су одређени по годинама, а године треба рачунати по календарском времену, а ако је за кривично дело прописано више казни, рок застарелости се одређује по најтежој прописаној казни.

Застаревање кривичног гоњења почиње да тече од дана када је кривично дело извршено - члан 104. став 1. КЗ, а према члану 16. КЗ кривично дело је извршено у време када је извршилац радио или био дужан да ради, без обзира када је последица наступила, а за саучеснике су исти рокови застарелости као и за извршиоца кривичног дела, а тим пре су исти рокови застарелости и за саизвршиоце.

Код покушаја кривичног дела застарелост почиње од дана када је покушај учињен, тј. када је извршена радња кривичног дела, а мередаван је рок застарелости према износу казне који је предвиђен за извршено кривично дело;

С обзиром на усвојену теорију делатности код продуженог кривичног дела застарелост почиње да тече од дана када је учињена последња делатност која улази у појам тог продуженог кривичног дела, а код колективног кривичног дела, по једном схватању, застарелост почиње од дана извршења последње радње која улази у појам колективног кривичног дела, док по другом мишљењу, свака радња колективног кривичног дела задржава своју самосталност у погледу застарелости, а може се рећи да је у нашем кривичном законодавству усвојено ово друго мишљење. Код трајног кривичног дела, застарелост почиње са престанком последице, односно са престанком радње којом се одржава противправна последица;

Код правих кривичих дела нечињења застарелост почиње од дана када је престала обавеза на чињење, а код неправих кривичних дела нечињења од дана када је кривично дело извршено, слично као и код кривичних дела чињења;

За саучеснике, застарелост почиње од дана када је кривично дело учињено, с обзиром на акцесорну природу саучесништва, па се дакле рок застарелости одређује према условима застарелости који важе за извршиоца кривичног дела;

Дакле, застарелост гоњења почиње од дана када је кривично дело учињено, а наступа завршетком дана који одговара дану извршења кривичног дела, рачунајући при том годину у календарском смислу.

Обустава застарелости кривичног гоњења***. Застарелост не тече за време за које се по закону гоњење не може отпочети или наставити – (члан 104. став 2). То је обустава застарелости кривичног гоњења, а састоји се у томе што застаревање не тече за време за које по закону гоњење не може отпочети ни наставити (мировање застарелости). Дејство обуставе застарелости је у томе што рок застарелости за то време не тече и наставља се тек са престанком сметњи које су проузроковале обуставу, а време које је протекло до наступања обуставе не рачуна се у рок застарелости, а што је супротно решеу које се односи на прекид застарелости. Сметње које доводе до обуставе застарелости могу да буду стварне и правне природе.***

Стварне сметње су околности и догађаји стварне природе због којих надлежни државни органи нису у могућности да предузму кривично гоњење, односно да наставе започето кривично гоњење. То може, нпр. да буде земљотрес, пожар, поплава и слично, а ту би могло да дође у обзир и бекство учиниоца кривичног дела.

Правне сметње су оне околности правне природе због којих надлежни органи нису у могућности да предузму односно наставе кривично гоњење. Према Кривичном законику, сметње које доводе до обуставе застарелости су пре свега правне природе, као нпр. душевно оболење оптуженог у току поступка, потреба решења неког претходног питања, чекање на одобрење представничког тела за гоњење против народног посланика итд.

Обустава застарелости траје све док траје сметња која је довела до њеног наступања и када та сметња прође, застарелост наставља да тече и рок застарелости продужава се за време за које је трајала сметња која је довела до обуставе застарелости. Обустава застарелости има дејство само према оном лицу у погледу кога је наступила сметња, а не и према осталим учесницима.

Прекид застарелости кривичног гоњења. ***Прекид застарелости има јаче дејство и састоји се у томе што услед у закону наведених околности рок застарелости се прекида, а са престанком ових околности почиње тећи нови рок застарелости. При томе време застарелости које је протекло до наступања прекида не рачуна се у рок застарелости. По одредбама члана 104. став 3. и 4. прекид застарелости наступа у два случаја:***

- први основ по коме наступа прекид застарелости кривичног гоњења настаје онда кад надлежни орган предузме било коју процесну радњу ради откривања кривичног дела или ради откривања и гоњења учиниоца кривичног дела према коме тече застарелост. Подразумева се само радња надлежног државног органа и иста треба да има карактер извиђајно-истражне-судске радње. Радња треба да је предузета против одређеног лица и за одређено кривично дело, а подразумева се само радња домаћег надлежног органа, а не и од стране које стране власти. У овом случају према ставу 3. члана 104. КЗ практично трајање рока застарелости се може продужити до наступања апсолутног рока застарелости.

У прилог тога говори и став Врховног суда Србије да издавање наредбе за расписивање потернице од стране суда и расписивање од стране органа унутрашњих послова представљају, све до повлачења издате наредбе, трајну активност надлежних органа предузетих у циљу гоњења учиниоца због учињеног кривичног дела, тако да у том периоду не може наступити релативна застарелост кривичног гоњења (решење Врховног суда Србије Кж. II 1114/05 од 03. новембра 2005. године);

- други основ по коме може доћи до прекида застарелости представља извршење неког другог кривичног дела које је исте тежине као и кривично дело чија се застарелост кривичног гоњења прекида,

или је теже природе – члан 104. став 4. КЗ. Оцена тежине кривичног дела врши се према казни која је предвиђена за ново кривично дело.

Према члану 104. став 5. КЗ када дође до прекида застарелости кривичног гоњења, застарелост кривичног гоњења почиње да тече поново. Тако нпр. ако би надлежни државни орган предузео извесне процесне радње ради гоњења учиниоца кривичног дела, па затим одустао од гоњења, застарелост кривичног гоњења за учињено кривично дело би почела да тече из почетка од тренутка када је надлежни државни орган одустао од кривичног гоњења. Стога, прекид застарелости има јаче дејство на застарелост кривичног гоњења од обуставе застарелости, а с друге стране, исто као и код обуставе, и овде до прекида застарелости долази само у односу на лице код кога се нађе неки основ који доводи до прекида застарелости, а не и према осталим учесницима у кривичном делу.

Одредбом члана 104. став 6. КЗ предвиђено је да застарелост кривичног гоњења настаје у сваком случају кад протекне два пута онолико времена колико се по закону тражи за застарелост кривичног гоњења. То је апсолутна застарелост. Ово има за циљ да онемогући стално продужавање рока застарелости гоњења услед више пута поновљених прекида. Овом одредбом доследно се спроводи поштовање начела о правној сигурности грађана и тиме онемогућавају злоупотребе од стране органа власти намерним прекидима и предузимање ма које радње у правцу гоњења учиниоца кривичног дела.

2. Застарелост извршења кривичних санкција

Услед протека одређеног времена, који се назива рок застарелости, држава губи право на извршење изречене кривичне санкције. Овај рок почиње да тече од тренутка када је донета правноснажна судска одлука којом је учиниоцу кривичног дела изречена кривична санкција која из било ког разлога није извршена.

Рок застарелости извршења изречене кривичне санкције може бити врло различит, што зависи од врсте кривичне санкције о чијој се застарелости извршења ради.

Застарелост извршења казне***. По одредби члана 105. прописани су рокови за застарелост извршења казне који су различити, с обзиром на***

врсту и висину изречене казне од стране суда. Рок застарелости зависи од висине изречене казне, код казне затвора, а код новчане казне без обзира на њену висину он износи две године. Без икаквог значаја је прописана казна за рокове застарелости извршења казне, а истеком прописаних рокова гаси се право надлежних органа да изврше казну. Застаревање извршења казне почиње од дана када је пресуда постала правноснажна, а код условне осуде од дана када је правноснажно наређено њено извршење. Рокови застарелости се односе и на јединствену казну која је изречена за кривична дела учињена у стицају, а код касније измене у погледу врсте и мере казне, настале као последица амнестије или помиловања или прихватање ванредног правног лека, рок се одређује према тој новој, смањеној казни сходно члану 107. став 2. КЗ.

Када је донето решење о спајању казни затвора рок застарелости извршења казне затвора тече од дана када су спојене казне, а не од дана доношења пресуда из којих су казне спојене. То је правни став који је заузео Врховни суд Србије у свом решењу Кж. I 1974/03 од 26. јануара 2004. године, с обзиром на чињеницу да казне које су спојене по правноснажним пресудама губе своју индивидуалност.

Обустава и прекид застарелости извршења казне***. Код застарелости извршења казне, слично застарелости гоњења може наступити обустава и прекид застарелости. Застарелост извршења казне не тече за време за које се по закону извршење казне не може предузети. То је обустава (мировање) застарелост извршења казне, слично као и код застарелости кривичног гоњења, тако да у погледу ове застарелости, долази у обзир само правне сметње. Застаревање не тече за време за које се по закону извршење казне не може предузети, а то је прописано одредбама Закона о извршењу кривичних санкција (нпр. одлуком суда одложено извршење казне). За то време рок застарелости извршења кривичне санкције не рачуна се, тако да не долази до обуставе застарелости.***

Застарелост извршења казне се прекида сваком радњом надлежног државног органа која се предузима ради извршења казне. Треба уочити да овде прекид не настаје извршењем новог кривичног дела, као што је то случај код прекида застарелости кривичног гоњења. Прекид ове застарелости настаје само услед радње надлежног државног органа која се предузима ради извршења казне. Под овим треба подразуме-

вати само домаће органе и то оне који су надлежни за предузимање радњи око извршења казне. То може бити, нпр. упућивање позива за издржавање казне, издавање потернице итд. Код новчане казне прекид наступа сваком радњом предузетом у циљу њеног извршења. И код ове застарелости прекид овде делује само у погледу лица на кога се она односи и сваким прекидом застарелости почиње тећи нова застарелост, а раније време до прекида не рачуна се у рок застарелости. Да не би ово прекидање застарелости ишло у бесконачност, Кривични законик и овде предвиђа апсолутну застарелост. Тако по члану 7. став 6. застарелост извршења казне настаје у сваком случају кад протекне двоструко време које се по закону тражи за застарелост извршења казне. У члану 107. став 7. је на позитиван начин разрешена дилема, тако да апсолутна застарелост може наступити и у току издржавања казне, тако да се у том случају извршење казне обуставља.

Застарелост извршења споредних казни и мера безбедности***. Застарелост кривичног гоњења је општег карактера, па се поред казне односи на случајеве када би требало изрећи споредне казне или мере безбедности. Услед тога са наступањем застарелости гоњења не може да се предузме ни једна радња ради изрицања казне (главне и споредне), као и ради примене мере безбедности.***

Што се тиче застарелости извршења, Законик доноси изричите прописе о застарелости извршења споредних казни и мера безбедности у члану 106. КЗ. Уочава се да Законик прави разлику између рокова застарелости извршења новчане казне и одузимања возачке дозволе ако су изречене као споредне казне, а у односу на застарелост извршења мера безбедности. У првом случају је одређен фиксни рок од две године, а у односу на мере безбедности код неких се одређује рок у фиксном трајању, док код других опет његова дужина зависи од времена на које су оне изречене, како је то наведено у члану 106. став 2. и 3. КЗ. Одредбе о обустави и прекиду застарелости извршења казне сходно се примењују и на застарелост извршења мере безбедности, а Законик осим рокова застарелости из члана 106. КЗ не предвиђа тзв. апсолутну застарелост.

На крају нужно је рећи и неколико речи о (не)оправданости овог института, јер с обзиром на чињеницу да застарелост не дира у

постојање кривичног дела и кривице извршиоца, може се помислити да је застарелост против правде.

Наиме, разлози којима се правда установа застарелости двојаке су природе. Материјалноправни и процесуалноправни.

Разлози материјалног права се пре свега односе на сврху кажњавања чија је суштина заштита друштва од криминалитета и то путем специјалне и генералне превенције. Ако учинилац кривичног дела по протеку извесног времена не учини друго кривично дело, сматра се да је илузорно кривично кажњавање, пошто су отпали разлози који изискују ово кажњавање. У погледу специјалне превенције, није потребно кажњавање јер је учинилац кривичног дела даљим нечињењем кривичних дела већ пружио доказ да се поправио, а у погледу генералне превенције, протеком извесног времена бледе утисци који су били изазвани кривичним делом и казна као инструмент генералне превенције не може више постићи своје дејство.

Што се тиче овог другог разлога – процесуалноправног, зна се да се кривична пресуда заснива на извесним доказима, а протеком времена, околности под којима је учињено кривично дело, односно докази, губе своју вредност. Уколико се извођење доказа врши сведоцима, после протека извесног времена, то извођење доказа је отежано, ако не и немогуће, с обзиром на то да се чулна запажања заборављају. Ако би до примене кривичне санкције дошло под таквим околностима принцип законитости био би доведен у питање, а тиме последично и правна сигурност грађана. Наиме, над главом учиниоца кривичног дела не може бесконачно да стоји мач правде и да га држи у сталној неизвесности, да ли ће доћи до примене кривичне санкције или не.

Најзад, могућност губљења права на примену кривичне санкције услед протека одређеног рока, треба да буде упозорење надлежним државним органима да своје дужности извршавају благовремено. Стога се може рећи да се застарелост, на неки начин, појављује и као санкција против државе, односно њених органа што нису благовремено и ефикасно вршили своју дужност.

С друге стране против застарелости се истичу и одређени приговори. Противници увођења застарелости у кривичном праву кажу да гашење кривичне санкције није у складу са осећањима жртве и

њених сродника који траже правду, да она значи награду за опасне извршиоце кривичних дела, да све оно што се истиче као основ за оправдање овог института јесу само претпоставке које нису верификоване и да у сваком конкретном случају не морају стајати они разлози који иначе оправдавају застарелост, тако да аутоматско наступање застарелости представља опасност за интересе правде и правног поретка.

У теорији кривичног права преовлађује схватање да застарелост има своје оправдање, па је као таква, прихваћена у већини кривичних законодавстава у свету па и код нас, јер као што је речено Кривични законик садржи низ одредба којима се регулише овај институт, јер правни саобраћај и живот траже да се унесе извесна стабилност у друштвене односе. Дужност је органа правосуђа да откривају кривична дела и да благовремено изведу њихове учиниоце на суд. Када је казна већ изречена, потребно је благовремено извршити, тако да увођењем установе застарелости с једне стране се упозоравају надлежни органи да не пропусте рокове застарелости, а с друге стране пружа се извесна гаранција грађанима да њихово спокојство неће бити бесконачно ремећено радњама органа гоњења. Због тога је и оправдан став да застарелост није привилегија учиниоца кривичног дела већ установа јавног карактера.

Мишљења смо да у циљу спречавања настанка застарелости, поред ефикаснијег рада надлежних државних органа на откривању и гоњењу извршиоца кривичних дела, интензивно треба радити и на побољшању пеналних услова како би изречена кривична санкција остварила своју сврху како општу тако и генералну, те да због лоших пеналних услова извршиоци кривичних дела којима је изречена кривична санкција исту не избегавају и тиме доведу до застарелости.

Соња Манојловић,
судија Врховног суда Србије

КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ СЛУЖБЕНЕ ДУЖНОСТИ

- Злоупотреба службеног положаја – члан 359 КЗ -
- Кршење закона од стране судије – члан 360. КЗ -

Од свог настанка до данас, држава функционише и своју улогу остварује преко државног апарата који чини релативно самосталну друштвену снагу, сачињену од појединаца са одређеним овлашћењима, која су у складу, са једне стране, са циљевима и интересима службе коју тај апарат обавља, а са друге стране одређена законом. Развојем државе и њеног бирократског апарата, ширио се круг лица која су у вршењу своје службе имала све већи број јавних овлашћења те се, показало нужним, стварање механизма путем кога би држава, односно владајућа класа, свој бирократски апарат држала у границама овлашћења која му је поверила. Јер, свако вршење поверене службе које је у супротности са највишим правним актима у једној држави и прописима и општим актима донетим на основу закона, представља, у најширем смислу речи, злоупотребу тог овлашћења.

Један од можда најефикаснијих механизама јесте и прописивање кривичних дела против службене дужности и санкционисање оних који своју службену дужност врше противно закону и ван граница овлашћења која имају.

Ова врста кривичних дела, појавила се веома рано у историји кривичног права. Још у Римској Републици постојала су кривична дела која би се по принципима савремене кривичноправне науке и теорије могла сврстати у ову групу кривичних дела иако она нису постојала као јединствена кривична дела описана и схваћена као посебна категорија кривичних дела. Она су се, у тим својим првим појавним облицима углавно односила на разне облике подмићивања. Ништа другачија ситуација није била ни у старом српском праву почевши од Душановог

законика иако је он прописивао нешто шири круг кривичних дела која су се односила на злоупотребе како црквених тако и световних службених лица. Тек у Кривичном законику Кнежевине Србије из 1860. године постојала је посебна глава кривичних дела "О злочинствима и преступљењима чиновника у званичној дужности". Међутим, до потпуног издвајања у посебну групу кривичних дела против службене дужности долази тек негде у XIX веку, а код нас у Кривичном законику из 1951. године први пут су у односу на остала кривична дела која се тичу привреде издвојена кривична дела злоупотребе службене дужности. Ово је разумљиво када се има у виду важност привреде и њеног правилног функционисања у једној држави због чега је и потребна интервенција државе разним репресивним мерама уколико дође до ремећења привредних токова и то услед деловања привредних субјеката и одговорних лица у тим субјектима.

И наш најновији Кривични законик, као и највећи број савремених кривичних законодавстава, регулише и санкционише незаконито поступање службених лица у вршењу поверене им службене дужности. Дакле, сваки онај појединац који је стекао статус службеног лица у обављању дужности која му је у том својству поверена, дужан је да вршећи овлашћења поступа законито водећи се интересима службе и у складу са циљевима које је служба одредила. У противном, он злоупотребљава овлашћења која има и та злоупотреба је санкционисана од стране државе.

Кривична дела против службене дужности садржана су у XXXIII Глави Кривичног законика и оно што је карактеристично за сва ова кривична дела је да се као извршилац јавља службено лице. Појам службеног лица дефинисан је у члану 112. Кривичног законика према коме се службеним лицем сматра лице које у државном органу врши службену дужност, изабрано, именовано или постављено лице у државном органу, органу локалне самоуправе или лице које стално или повремено врши службене дужности или службене функције у тим органима, лице које у установи, предузећу или другом субјекту коме је поверено вршење јавних овлашћења одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу, као и лице коме је фактички поверено вршење појединих службених дужно-

сти или послова. Код неких кривичних дела из ове групе као извршилац се може јавити и страно службено лице.

Предузимајући одговарајуће мере за сузбијање разних злоупотреба у вршењу службе јавних овлашћења, кривично законодавство познаје већи број кривичних дела ове врсте која се врше на различите начине и из различитих разлога, али, увек супротно законским прописима који одређују та овлашћења. Дакле, увек се службена дужност повређује од стране службених лица која су носиоци те дужности што је основна карактеристика ових кривичних дела.

Општа и заједничка последица кривичних дела која спадају у ову групу, је угрожавање правилног и законитог вршења службених или других јавних овлашћења. Извршењем ма ког кривичног дела из ове групе ствара се опасност за службу или неку другу дужност која је у надлежности лица које има својство службеног лица.

Са аспекта извршиоца, ова кривична дела се могу поделити на права и неправа кривична дела против службене дужности. Када су у питању права кривична дела она у опису радње увек као извршиоца одређују службено лице, дакле, својство службеног лица представља конститутивни елемент правих кривичних дела, док код неправих су у питању кривична дела која у принципу може извршити свако лице, а оно постаје кривично дело против службеног лица тек када га изврши службено лице.

Још једна подела кривичних дела која спадају у кривична дела против службене дужности представља поделу на општа и посебна кривична дела против службене дужности. Кривична дела која може извршити свако службено лице спадају у општа кривична дела док у групу посебних кривичних дела спадају она кривична дела која могу извршити само поједине категорије и врсте службених лица односно, државних чиновника.

У групу општих кривичних дела против службене дужности спада кривично дело злоупотребе службеног положаја (одредба члана 359. КЗ), која има један основни и два тежа облика. Радња извршења овог кривичног дела прописана је алтернативно и може се јавити као искоришћавање службеног положаја или овлашћења, прекорачење граница службеног положаја или овлашћења или, невршење службене дужности. Последица кривичног дела јавља се такође у једном од три

облика и она се састоји у прибављању себи или другом какве користи или у наношењу какве штете другом или у тежој повреди права другог. Притом, појам користи треба схватити шире од имовинске користи, јер поред имовинске корист може бити и нематеријалне природе. У сваком случају корист мора бити таква да се њоме ствара повољнији положај за одређено лице у било којој области друштвеног живота.

Да би постојали тежи облици овог кривичног дела закон предвиђа одређене имовинске цензусе који се односе на висину прибављене имовинске користи.

Ово кривично дело је извршено онда када је прибављена каква корист или другом нанета штета или су теже повређена права неког лица, а уколико је службено лице поступало злоупотребљавајући свој положај у овој намери, али није дошло из било којих разлога до прибављања користи и наношења штете или теже повреде права другог, постојаће покушај овој кривичног дела.

У условима тржишне привреде због честих промена и облика пословања, те кретања капитала привредни систем је веома динамичан и уз чињеницу да су привредни односи регулисани великим бројем различитих законских и подзаконских аката, понекад је веома тешко одредити шта је то у кривичноправном смислу штетно понашање, те је веома суптилна граница између кривичног дела и привредних преступа и прекршаја са једне стране, а са друге стране постоји потреба сталног прилагођавања кривичноправних норми новим динамичним облицима и условима тржишног пословања. Наравно процењујући ове границе и постојање штетности у кривичноправном смислу никада се не сме изгубити из вида обавеза да се поштују основна људска права загарантована како Уставом тако и осталим домаћим и међународним актима, те су сви они који одлучују о томе постоји ли у нечијим радњама ово кривично дело дужни да процене постоји ли онај потребни, у кривичноправном смислу, степен сумње да би службено лице добило статус окривљеног.

Без обзира да ли се врши чињењем или нечињењем, односно пропуштањем дужног чињења, искоришћавање службеног положаја или овлашћења увек се користе не због интереса службе односно остваривања циљева службе, већ ради остваривања неког сопственог интереса

или интереса трећег лица или на штету интереса неког лица и оно може бити у свим сферама живота, што му даје карактер општег.

Оно што такође треба имати у виду када је у питању ово кривично дело је чињеница да службено лице мора поступати у вршењу службене дужности у оквиру одређених јавних овлашћења, а не само имати статус службеног лица. Без значаја је да ли је функција коју то лице обавља трајна или је пак повремена или привремена, као и да ли ту функцију врши са накнадом или без накнаде.

Све ове напред наведене особености овог кривичног дела захтевају у сваком конкретном случају праву меру у примени ове инкриминације јер превише широко тумачење правне норме може довести до вишеструкоштетних последица како за привредно пословање тако и за појединце у сузбијању криминалних делатности у привреди.

Већина осталих кривичних дела која спадају у ову групу (превара у служби, противзаконито посредовање, несавестан рад у служби, примање мита и др.) представљају посебне облике злоупотребе службеног положаја и због тога између кривичног дела злоупотребе службеног положаја које је предвиђено чланом 359. Кривичног законика и ових кривичних дела не може постојати идеалан стицај јер је у питању однос специјалитета.

За разлику од напред побројаних кривичних дела, кривично дело злоупотребе службеног положаја може се наћи у односу реалног стицаја са кривичним делима проневере или примања мита, која такође спадају у групу кривичних дела против службене дужности ако је учинилац после злоупотребе остварио биће неког од ових других кривичих дела. Међутим, када службено лице присвоји новац, хартије од вредности или друге ствари које су му поверене у служби, тада кривично дело злоупотребе службеног положаја не може бити у стицају са кривичним делом проневере него је тада проневера посебан облик злоупотребе службеног положаја и службено лице ће одговарати само за кривично дело проневере.

Због посебног значаја функције која је поверена правосудним органима у сваком друштву, независно од његовог друштвено-економског и политичког уређења, законодавац посебно инкриминише злоупотребу судске функције изражавајући на тај начин и појачану друштвену

опасност овог кривичног дела у односу на остале злоупотребе службеног положаја.

Уставом, као највишим правним актом и посебним законима, судовима је стављено у надлежност да штите слободе и права грађана и обезбеђују уставност и законитост. Цео правосудни систем у крајњој инстанци чине носиоци правосудних функција чији је, дакле, положај, улога, а то значи и одговорност, детерминисана Уставом и законом. Дакле, јасно је да појачана друштвена опасност произилази из напред наведене чињенице да је правосудним органима поверена једна од најзначајнијих улога у остваривању заштите слободе и права грађана и постојећег правног система, па је дакле, разумљиво да је управо због тога и повећана одговорност носилаца ове гране власти.

У вршењу своје функције судови су независни и самостални те је још Законик Цара Стефана Душана (1349. и 1354. године) прописао самосталност и независност судија прописујући "све судије да суде по закону, право, како пишите у законику, а да не суде по страху од цара", иако овде морам истаћи, да овај исти Законик веома истиче значај судијске функције прописујући да "судије које је цар поставио -------- да суде, ако пишу за било шта, за разбојнике и лопове или за било какву одлуку судску, па црква или властелин или било који човек у земљи царевој не послуша писмо судије царевог, ти сви да се осуде као непослушници цареви".

И касније, с настанком модерних српских судова с почетка XIX века, различити правни акти прописивали су и обезбеђивали самосталност и независност судија. Велики степен независности судијама је признавао Устав Србије из 1869. године, а потом и први у историји српског правосуђа Закон о судијама који је донет 1881. године, да би пуну судијску независност и везаност суда само за закон обезбедио Устав из 1888. године. Он је истакао независност судова и неспојивост законодавне и управне власти са судском влашћу, а према његовим одредбама судије нису могле бити оптужене и пензионисане на захтев владе, већ само у случају кршења закона.

Ова начела током низа година еволуирала су и данас, у новом Уставу Републике Србије из 2006. године, нашле своје потпуно утемељење. Наиме, према одредби члана 142. Устава Републике Србије, судови су самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, за-

кона и других општих аката када је то предвиђено законом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђених међународних уговора.

Судија је у вршењу судијске функције независтан и потчињен само Уставу и закону (члан 149. Устава). Сваки утицај на судију у вршењу судијске функције је забрањен.

Када говоримо о независности и самосталности судијске функције која је у уској повезаности са кривичним делом кршења закона од стране судије, морамо се осврнути и на одредбу члана 151. Устава која се односи на имунитет судије. Бојим се, да је та гарантована независност судија доведена у питање и направљен корак уназад у односу на начин на који је питање имунитета судија решено одредбама сада важећег Закона о судијама. Наиме, према одредби члана 151. Устава Републике Србије, судија не може бити позван на одговорност за изражено мишљење или гласање приликом доношења судске одлуке, осим, ако се ради о кривичном делу кршења закона од стране судије. Шта то друго значи него да судија уколико учини кривично дело кршење закона од стране судије (касније ћемо видети да се ово кривично дело може извршити само у обављању судијске функције) он ће одговарати и за изражено мишљење или гласање у доношењу одлуке. А да ли је то тако? Наравно да није, јер ако пођемо од законског обележја кривичног дела кршење закона од стране судије видећемо да радња извршења овог кривичног дела, о коме ће касније бити речи, представља доношење незаконитог акта или на други начин кршење закона, дакле, не изражено мишљење или гласање при доношењу таквог акта. Јер, судија ће одговарати због тога што је злоупотребљавајући овлашћења која има као судија, уз помоћ тих овлашћења донео незаконит акт. Посебно, кршење закона се може састојати и у непримењивању неког закона, те у таквој ситуацији судија и није дао мишљење у ширем смислу речи, него је пропустио да примени одређени пропис, а што је био у обавези. (Или ће можда судија у таквој ситуацији, имајући у виду одредбу члана 151. Устава Републике Србије, бити одговоран и за доношење незаконитог акта и за дати глас и мишљења). Са друге стране, судија у обављању своје судијске функције може учинити неко друго кривично дело (примање мита и слично) па с обзиром на поново напред наведену одредбу из члана 151. Устава, он тада неће подлећи одговорности за

глас или мишљење које је дао доносећи такву одлуку. Наравно, сматрам да је једино тако исправно и једино на овај начин може бити осигурана и сачувана самосталност и независност судија, јер ће, уколико учини кривично дело, па и кривично дело кршење закона од стране судије подлећи кривичној одговорности, а његова самосталност и независност ни на који начин не могу утицати на питање те одговорности. Сматрам да би овакво решење једино исправно било и када је у питању кривично дело кршење закона од стране судије из члана 360. КЗ.

За разлику од Устава Републике Србије, самосталност и независност судијске функције Закон о судијама је подигао на виши ниво и обезбедио њену потпунију заштиту. Већ члан 1. овог закона прописује да је судија у изрицању правде независтан и он суди и пресуђује на основу Устава, закона, других општих аката и по својој савести. Члан 5. Закона о судијама прописује да судија никоме није одговоран за мишљење или глас дат у вршењу судијске функције, а члан 19. Закона о судијама обезбеђује судији да слободно заступа своје схватање чињеница и права у свему о чему одлучује.

Управо значај судијске функције и значај овлашћења која судија има по закону и Уставу, разлог су због чега је кршење закона од стране судије инкриминисано као посебно кривично дело у односу на остала кривична дела злоупотребе службеног положаја и то као његов тежи облик. Јер, судијска функција је и установљена да би заштитила уставност и законитост, те злоупотребом те функције повређују се основна друштвена правила установљена највишим правним актима.

Чланом 360. Кривичног законика наше државе Србије, санкционисано је кршење закона од стране судије или судије поротника у судском поступку (додуше сада је проширено и на јавног тужиоца и његове заменике у односу на КЗ РС) у намери прибављања другом користи или наношења штете, такође другом.

Дакле, ово кривично дело може извршити само судија или судија поротник (јавни тужилац и његов заменик), а не и неко друго службено лице поступајући противно закону јер је, само судијама Уставом и законом поверена функција заштите уставности и законитости и заштите људских права и слобода. Дакле, ради се о кривичном делу чији извршиоци могу бити само одређена лица.

Председници судова такође се сматрају судијама, те уколико поступајући у тој функцији, дакле, обављајући судијску функцију, као своју службену дужност, донесу неовлашћен акт или на други начин крше закон такође чине ово кривично дело. Међутим, ако у функцији председника суда обављају послове из области судске управе те прекрше закон, неће се радити о кривичном делу кршење закона од стране судије.

Судије за прекршаје своју функцију не обављају у систему судске власти, него улазе у састав органа управе и самим тим не поступају у судском поступку, те они не могу бити извршиоци овог кривичног дела.

Радња извршења овог кривичног дела представља противзаконито поступање судије или судије поротника чији резултат је доношење незаконитог акта или пак кршење закона на други начин, када одлучује о питањима из своје надлежности.

Кршење закона и то закона у најширем смислу речи, дакле, и подзаконских и других општих аката донетих на основу Устава и закона, може бити двојако. Оно може бити поступање које је у супротности са нормама и духом закона или пак непримењивање закона. Кршење закона мора се вршити у судском поступку и без значаја је која је то фаза поступка – да ли се ради о припремном односно истражном поступку, поступку током главне расправе или поступку по редовним или ванредним правним лековима, извршном и слично. Поред тога злоупотреба судијске функције и доношење незаконитог акта мора да се врши да би се неком помогло или да би неко претрпео штету. Каква је корист, односно штета, није од значаја и оне могу бити исказане кроз разне облике, било да су материјалне или нематеријалне природе, односно, имовинске или неимовинске. Важно је да је извршилац кршио закон у намери да другом прибави какву корист или да другом нанесе какву штету. Најчешће, чињењем овог кривичног дела једном лицу се признају права која му уопште не припадају или бар не у мери и обиму у ком му се признаје или се чак, неко лице лишава или ограничава у својим правима која му по Уставу и закону припадају.

Ускраћивање права које неком лицу припада само уколико се оно на то право позове, а да оно то није учинило, не представља кривично дело из члана 360. КЗ. Јер, овде нема намере да се том лицу нане-

се штета, него му судском одлуком није дата одређена погодност јер се оно на њу није ни позвало.

Уколико се у обављању судијске функције кршењем закона или доношењем незаконитог акта прибави себи каква корист онда се, такође, неће радити о овом кривичном делу, него неком другом кривичном делу из групе кривичних дела против службене дужности или пак стицај кривичних дела из члана 360. КЗ, са неким од тих сродних кривичних дела.

Чињеница да незаконитим поступањем судије, није наступила за друго лице штета, или није прибављена корист не ослобађа судију одговорности ако је кршење закона или доношење незаконитог акта учињено са намером прибављања користи или наношења штете. Самим противзаконитим поступањем кривично дело је учињено, односно свршено.

Полазећи од тога да је за постојање овог кривичног дела неопходна намера прибављања користи, односно наношења штете, јасно је да се то дело може извршити само са умишљајем, односно, ако је учинилац био свестан свог дела и хтео његово извршење. Следствено томе, доношење незаконитог акта услед непознавања прописа од стране судије без обзира што је неком лицу прибављена корист или нанета штета не може бити квалификовано као кривично дело кршење закона од стране судије јер, није постојала намера да се то и учини.

Имајући у виду да се велики број судских одлука доноси колективно, дакле може се десити да дело постоји и тада и њега у таквој ситуацији чини онај судија или судија поротник који је вршећи своју судијску функцију учествовао у доношењу незаконитог акта ако је то учинио у намери да прибави другом какву корист или му нанесе штету. Без обзира што је одлучивано колективно свако је одговоран за своје радње и одговара у границама свог психичког односа према предузетим радњама.

Какав је значај имунитета судија и њихове слободе изражавања свог става и свог виђења које би морале бити ограничене и представљати уставне категорије, огледа се и у чињеници да највећи број поступака против судија који се покреће од стране оштећених као

тужилаца због кривичног дела из члана 360. КЗ, управо због израженог става и оцене чињеница и права у одлуци којом је дотична страна незадовољна.

Управо из тих разлога уочљиво је да је велики број кривичних поступака иницираних или покренутих управо на захтев оштећених као тужилаца, дакле, странака које су незадовољне одлуком суда, а имајући у виду исход тих поступака евидентно је да је у сасвим малом проценту у односу на број покренутих поступака, утврђено да су судије кршиле закон или доносиле незаконите акте у намери да другом прибаве какву корист или му нанесу штету. Све то указује да покретање кривичних поступака против судија уколико су странке незадовољне исходом за њих значајног поступка, представља својеврстан притисак на суд како би њихов правнорелевантни однос био разрешен на начин који њима одговара а не на одговарајући начин у складу са важећим законским прописима и слободним судијским уверењем које је ограничено законским прописима и утврђеним чињеничним стањем. То је притисак на чињенично и правно схватање суда које је утемељено на закону и стога његова независност и самосталност морају имати потпуну гаранцију и заштиту како у Уставу тако и у закону.

Л И Т Е Р А Т У Р А:

1. ***Законик цара Стефана Душана – Хиландарски и Ходошки рукопис***
2. ***Устав Републике Србије***
3. ***Закон о судовима Републике Србије***
4. ***Коментар Кривичног законика, проф. др Зоран Стојановић***
5. ***Коментар Кривичног законика Републике Србије, проф. др Љубиша Лазаревић***

Миодраг Вићентијевић,
судија Врховног суда Србије

ПОРЕСКА КРИВИЧНА ДЕЛА

I УВОДНО ИЗЛАГАЊЕ

Разлог ***што сам написао овај рад је околност да је ова област нама правницима слабије позната, будући да има много закона и других прописа који регулишу ову материју, а које ми у пракси ретко користимо, а постоји и доста појмова и стручних израза, чије ми право значење не знамо.***

У Кривичном законику *не постоји посебна глава* ***која говори о пореским кривичним делима, само је кривично дело пореске утаје инкриминисано у основном Кривичном законику и то у члану 229. КЗ, као*** *основно пореско кривично дело****, али је сврстано у кривично дело против*** *привреде****, јер на посредан начин штити привредни систем једне земље, њене привредне токове и привредни живот, док су*** *остала пореска кривична дела* ***предвиђена у такозваном*** *споредном, посебном* ***кривичном законодавству и то у*** *Закону о пореском поступку и пореској администрацији* ***("Сл. гласник РС", број 80/02 од 26.11.2002. године), који је до сада више пута мењан, а који се примењује од 01.јануара 2003. године и има их укупно*** *пет.* ***То су: кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку из члана*** *173.* ***наведеног закона, кривично дело несавесног исказивања износа за повраћај пореза и порески кредит из члана*** *173а,* ***кривично дело угрожавање наплате пореза и пореске контроле из члана*** *175,* ***кривично дело недозвољен промет акцизних производа из члана*** *176.* ***и кривично дело недозвољено складиштење робе из члана*** *176а.*

У овом раду прво ће бити говора о кривичном делу пореске утаје, а затим о осталим пореским кривичним делима.

II ПОРЕСКА УТАЈА
из члана 229. КЗ

У Кривичном законику који је ступио на снагу 01. јануара 2006. године, кривично дело пореске утаје је сврстано у Главу XXII и то у кривична дела против привреде.

Прописивање кривичних дела против *привреде* ***у првом реду има за циљ заштиту привредног система и његово функционисање.***

Међутим, поједина од ових кривичних дела против привреде штите неке *посебне привредне интересе,* ***пре свега интересе државе у одређеним привредним областима, на пример у облику монетарног, банкарског, девизног, трговинског, царинског, пореског система и др.***

Кривично дело пореске утаје из члана 229. КЗ управо *штити порески систем* ***и оно се може сврстати у*** *пореска кривична дела.*

Убирање пореза за сваку државу је од великог значаја, јер порези служе за покривање државних расхода односно за обезбеђење основних функција једне државе, као и за задовољење одређених општих интереса и потреба грађана, за постизање одређених привредних циљева, а посебно је важан инструмент социјалне политике (нпр. нивелисање богатства - изједначавања у богатству појединаца). Обавеза плаћања пореза и других дажбина прописана је и Уставом Србије и она се утврђује према *економској снази обвезника.* ***Неиспуњење те обавезе може имати за последицу и постојање овог кривичног дела.***

Пореска утаја је кривично дело *sui generis* ***(своје врсте-особено), у теорији је распострањено мишљење да је посебан случај преваре. Дело је*** *бланкетног карактера,* ***а у неким страним законодавствима, сврстано је у пореска (фискална) кривична дела. Израз*** *фискални* ***потиче од латинске речи*** *fiscalis,* ***чије је значење да се тиче државне благајне, које јој припада и иде у њену корист. Када се каже фискална година, мисли се на рачунску годину.***

III ЕЛЕМЕНТИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПОРЕСКЕ УТАЈЕ
из члана 229. КЗ

Објекат ***кривично-правне заштите код кривичног дела пореске утаје су обавезе које се односе на плаћање пореза, доприноса или других***

прописаних дажбина, односно фискални систем као део система јавних прихода.

Објекат напада ***је порез, доприноси и друге дажбине - а то су*** *три врсте прихода* ***које држава принудно прибавља, користећи силу и ауторитет државних органа.***

Порез ***је део дохотка или имовине (потребна средства) који држава узима принудно од физичких и правних лица за покриће расхода друштвене заједнице од општег интереса, не вршећи притом неку непосредну противчинидбу (накнаду - услугу). Он се утврђује законом и представља*** *основни извор буџета државе.* ***То је инструмент јавних прихода, чија је сврха покриће државних и финансијских потреба и постизање економских и социјалних циљева, политичких и др. Стога,*** *расходи* ***не представљају само потрошњу, него распоред богатства од стране државе ради постизања јавних услуга помоћу новца и служи општем интересу.***

Постоји више врста пореза: 1) ***порез на добит предузећа,*** *2)* ***порез на доходак грађана,*** *3)* ***порез на имовину,*** *4)* ***порез на наслеђе и поклон,*** *5)* ***порез на пренос апсолутних права,*** *6)* ***порез на промет,*** *7)* ***акцизе,*** *8)* ***порез на употребу, држање и ношење одређених добара,*** *9)* ***порез на финансијске трансакције и*** *10)* ***порез на фонд зарада.***

Што се тиче *пореза на промет* ***он је престао да важи 01.01.2005. године, заједно са Законом о порезу на промет (''Сл. гласник РС'', бр. 22/01, 73/01, 80/02, 70/03 и 84/04) као и прописи донети на основу тог закона, а уведен је уместо њега*** *порез на додатну вредност ПДВ,* ***Законом о порезу на додатну вредност (''Сл. гласник РС'', број 84/04 од 24.07.2004. године) и предмет опорезивања овог пореза је промет добара и услуга, као и увоз добара у Републику Србију.***

Под *доприносом* ***се подразумевају она давања која се на основу закона и других прописа, из више доходака плаћају ради*** *задовољења заједничких потреба* ***у разним областима друштвених делатности - здравству, образовању, науци итд. (Нпр. допринос за социјално осигурање обухвата: допринос за пензијско и инвалидско осигурање, допринос за здравствено осигурање и допринос за осигурање за случај незапослености).***

Под другим прописаним *дажбинама* ***се мисли на царине, друге увозне дажбине, разне врсте такси (административне, судске, комуналне, регистрационе и боравишне таксе и др.), накнаде за коришћење добара од општег интереса (накнаде за коришћење воде, шума, путева, земљишта, природно-лековитог фактора, рудног блага и др.) и јавни зајмови и др. Све је то уређено*** *Законом о јавним приходима и јавним расходима* ***("Сл. гласник РС", бр. 76/91, 41/92, 18/93, 22/93, 37/93, 67/93, 45/94, 42/98, 54/99, 22/01, 33/04 и 135/04), који одређује и*** *остале јавне приходе* ***у члану 17. Закона, где су поред осталог наведени и новчане казне, одузета имовинска корист у кривичном и прекршајном поступку и другом поступку који се води пред државним органом, приходи које својом делатношћу остваре државни органи, приходи од продаје и давања у закуп непокретности односно покретних ствари, приходи од концесионе накнаде, по основу донација, приходи остварени од продаје државног капитала предузећа који се трансформише, као и од продаје акција стечених својинском трансформацијом и др.***

Радња кривичног дела ***је преварна делатност која има три алтернативно постављене радње извршења, које се манифестују као активна и пасивна делатност.***

Прва радња извршења јесте *давање лажних података о законито стеченим приходима,* ***о предметима или другим чињеницама од значаја за утврђивање обавезе плаћања пореза, доприноса или дажбина. "Друге чињенице" могу постојати у случају када се не пријављује тачан број запослених, број чланова домаћинства и др.***

Друга радња извршења јесте *непријављивање законито стечених прихода,* ***односно предмета или других чињеница које су од утицаја на утврђивање обавеза плаћања пореза, доприноса или дажбина. То значи да давање лажних података о било каквим чињеницама, не представља ово кривично дело, већ само о оним чињеницама које су*** *битне, релевантне* ***за утврђивање пореске*** *обавезе* ***или њене*** *висине.*

Трећа радња извршења може бити *прикривање* ***на неки други начин података који се односе на утврђивање наведених обавеза.***

За *давање лажних података* ***ирелевантно је на који начин се то чини и у ком облику се пореска пријава подноси, односно да ли је она поднета усмено или писмено. Кривично дело постоји ако су дати ла-***

жни подаци о порезу, доприносу или другим дажбинама и на захтев надлежног органа или на иницијативу самог лица - обвезника пореза, доприноса или других дажбина или су они дати накнадно.

Давање лажних података чини се пре свега у пореској пријави, али и на други начин у пореском поступку. Порески обвезник је дужан да дâ тачне податке о својим приходима и уопште о чињеницама које су релевантне за утврђивање висине пореза. Ову област регулише *Закон о пореском поступку и пореској администрацији* ***("Сл. гласник РС", број 80/02) који је више пута мењан, последња измена је била у ("Сл. гласник РС", број 61/07), чије одредбе имају значаја и за ово кривично дело, а иначе наведени закон се примењује од 01. јануара 2003. године.***

У члану 38. тог закона, у ставу 1, дат је појам пореске пријаве и по том закону *пореска пријава* ***представља извештај пореског обвезника, пореској управи о оствареним приходима, извршеним расходима, добити, имовини, промету добара и услуга и другим трансакцијама од значаја за утврђивање пореза.***

Код другог облика овог кривичног дела учинилац уопште *не подноси пореску пријаву* ***о законито стеченом приходу односно предметима и другим чињеницама које су од утицаја за утврђивање висине оваквих обавеза. Овај облик за разлику од претходног, врши се*** *пропуштањем подношења пријаве.*

Прикривање података ***који се односе на утврђивање обавезе пореза, доприноса и других дажбина постоји када се ти подаци приказују*** *мањим* ***него што јесу, да би тиме и обавеза била мања, односно приказују се*** *већи расходи* ***од стварних.***

За постојање кривичног дела битно је да су испуњена *три услова:*

Први услов ***- кривично дело се може извршити само у погледу оних прихода, доприноса или других дажбина који су*** *законито стечени,* ***то је битан елеменат овог кривичног дела, а не и оних који су стечени на противправан начин. Непријављивање прихода стечених на*** *нелегалан начин* ***не узима се као елемент овог кривичног дела јер према ставу судске праксе такво лице би било у ситуацији да указује на себе као извршиоца кривичног дела, што се по закону не може захтевати.***

Навешћемо један пример из судске праксе.

Законито стечени приход

Кривично дело пореске утаје из члана 154. КЗ РС (сада члан 229. КЗ), може се извршити само давањем лажних података у погледу својих *законито стечених прихода и предмета.*

Из образложења:

Неспорно је утврђено да је осуђени предметне цигарете страног порекла набављао на "црно", то јест без одговарајуће пратеће документације, дакле незаконито.

По налажењу Врховног суда, по правилној примени кривичног закона лице које не поднесе пријаву о приходима који потичу од вршења кривичног дела, прекршаја и друге незаконите делатности (обављање самосталне делатности за које лице нема потребно одобрење) не чини кривично дело пореске утаје из члана 154. став 1. КЗ РС (сада члан 229. став 1. КЗ), јер приходи које по том основу стекне нису законито стечени приходи о којима давање лажних података представља *битан елеменат* ***овог кривичног дела.***

(Пресуда Врховног суда Србије Кзз.44/98 од 05.11.1998. године)

Други услов - субјективну страну ***овог кривичног дела чини*** *намера* ***за*** *избегавање плаћања* ***пореза, доприноса и других дажбина, потпуно или делимично.***

Навешћемо један пример из судске праксе.

Намера избегавања пореза

Када власник приватног предузећа набавља и ставља у промет разну робу без пратеће документације и притом је не обрачунава или не уплаћује порез на промет, када је то учињено у намери избегавања плаћања пореских обавеза чини кривично дело из члана 154. КЗ РС.

Из образложења:

Оптужени као власник приватног предузећа није пријавио податке који се односе на утврђивање пореских обавеза плаћања пореза

на промет и промета робе на мало. Набављао је прехрамбену робу без пратеће документације, па како на исту није обрачунавао и уплаћивао порез на промет правилно је првостепени суд нашао да је тиме извршио кривично дело из члана 154. став 1. КЗ РС.

(Пресуда Окружног суда у Београду Кж.2226/95 од 27.02.1996. године).

Трећи услов ***- за постојање овог кривичног дела неопходно је да је остварен такозвани*** *објективни услов инкриминације,* ***односно да износ обавезе који се избегава мора да*** *прелази 150.000,00 динара* ***и то је оно што разликује кривично дело од пореских прекршаја. Из законске дефиниције "чије се плаћање избегава", произилази да за постојање овог кривичног дела није неопходно да је учинилац успео у својој намери да*** *избегне* ***плаћање пореза, доприноса или других дажбина, кривично дело ће постојати, ако је код учиниоца постојала*** *само намера за избегавање,* ***тако да*** *штетна последица не мора да наступи.* ***Међутим, потребно је да наведена сума новца чије се плаћање избега, представља*** *износ у једној календарској години.*

То значи да је кривично дело *довршено* ***самим предузимањем радњи извршења, то јест, законски опис*** *не садржи последицу,* ***није стога потребно да је извршилац избегао потпуно или делимично обавезу плаћања пореза, доприноса или других прописаних дажбина. Кривично дело ће постојати иако извршилац*** *све своје обавезе накнадно измири* ***по обављеној инспекцијској контроли.***

То је лепо објашњено у једној судској одлуци:

Пореска утаја
члан 229. КЗ

За постојање кривичног дела пореске утаје није неопходно да је учинилац и успео у својој намери да избегне плаћање пореза и доприноса. Дело постоји ако је код учинилаца постојала намера за избегавање приликом предузимања радњи извршења, тако да штетна последица и не мора да наступи, па је правно ирелевантно што је окривљени ове *обавезе измирио* ***по обављеној контроли од стране инспекције.***

Из образложења:

Првостепеном пресудом окривљени је оглашен кривим да је извршио кривично дело пореске утаје, тако што је својим радницима уместо плате исплаћивао аконтације за службена путовања без потврда да су радници стварно били на службеном путу, а све у намери да избегне плаћање пореза и доприноса.

Неосновано се жалбом браниоца окривљеног указује на повреду кривичног закона на штету окривљеног, те да нема умишљаја нити пак намере окривљеног да избегне потпуно плаћање пореза. Из дефиниција кривичног дела пореске утаје произилази да за постојање овог кривичног дела није неопходно да је учинилац и успео у својој намери да избегне плаћање пореза и доприноса. Дело постоји ако је код учиниоца постојала намера за избегавање, тако да штетна последица и не мора да наступи. Из тог разлога су без утицаја жалбени наводи браниоца окривљеног да је окривљени ове обавезе по обављеној контроли од стране инспекције накнадно платио.

(Пресуда Окружног суда у Београду Кж.3441/06 од 30.01.2007. године и пресуда Трећег општинског суда у Београду К.798/06 од 17.11.2006. године).

Уколико се ради о *више врста обавеза,* ***односно*** *износа* ***чије плаћање се истом приликом хтело избећи неком од прописаних радњи извршења, а оне произилазе*** *из истог основа,* ***на пример, порез и допринос ПИО, за утврђивање да ли је остварен објективни услов инкриминације не узимају се износи појединачних обавеза посебно, већ се они*** *сабирају,* ***што се види из пресуде Врховног суда Србије Кж-I-32/78.***

Навешћу још један пример из судске праксе:

Врста друштвене обавезе

Код кривичног дела пореске утаје из члана 154. став 1. КЗ РС под појмом *пореза* ***подразумевају се све врсте обавеза према друштвеној заједници.***

Из образложења:

У смислу овог законског прописа, под појмом пореза подразумевају се све врсте обавеза према заједници. С обзиром на то какав је основ ти подаци се могу односити на висину разних прихода. Стога и

онда када појединачне обавезе о порезу, доприносима социјалног осигурања и других доприноса чије се плаћање избегава на један од начина предвиђених у члану 154. став 1. КЗ РС не прелазе износ од 10.000,00 динара (сада 150.000,00 динара), али га прелазе у свом *укупном збиру,* ***има се узети да је тиме у погледу висине обавеза остварено и ово законско обележје датог кривичног дела.***

(Пресуда Врховног суда Србије Кж-I-32/78).

Извршилац ***овог кривичног дела може бити свако лице које има статус пореског обвезника, као и лица која су законски заступници одређених физичких лица, на пример старалац пословно неспособног штићеника или правних лица, што је све предвиђено чланом 12. и 15. Закона о пореском поступку и пореској администрацији, његов пуномоћник и др.***

Чланом 12. став 2. је предвиђено да је *порески обвезник,* ***порески дужник који је обавезан да плаћа порез, односно споредна пореска давања.***

У члану 12. дата је дефиниција пореског обвезника и других пореских дужника.

Порески дужник ***је физичко или правно лице које дугује одређену радњу из пореско-правног односа, а то је однос јавног права које обухвата права и обавезе у пореском поступку, пореске управе с једне и физичког односно правног лица с друге стране.***

Поред пореског обвезника други порески дужници су:

1) Порески јемац, ***који одговара за плаћање обвезниковог пореског дуга, за случај да порески обвезник тај дуг*** *не плати по доспелости;*

2) Порески платац ***је*** *исплатилац прихода* ***пореском обвезнику, који је дужан да обрачуна и по одбитку плати прописани порез на тај приход, а у име и за рачун пореског обвезника, на одговарајући уплатни рачун;***

3) Порески посредник, ***који је дужан да за рачун пореског дужника (пореског обвезника или пореског платца) на основу њиховог*** *налога* ***за пренос средстава обустави и по одбитку уплати утврђени порез у своје име, а за рачун пореског обвезника, односно пореског платца, на одговарајући уплатни рачун;***

4) ***Остала правна и физичка лица која*** *дугују* ***какву радњу из пореско-правног односа из члана 10. наведеног закона.***

Порески обвезник и други порески дужници су *странке* ***у пореском поступку.***

Чланом 13. и чланом 14. наведеног законика говори се о заступању, односно о пореском пуномоћнику.

Порески обвезник може учествовати у пореско-правном односу преко свог пуномоћника или законског заступника, ако овим законом није другачије одређено.

Пуномоћник ***пореског обвезника је лице које у границама добијеног пуномоћја у име и за рачун пореског обвезника извршава послове у вези са пореским обавезама обвезника (прима пореске акте, подноси пореске пријаве, плаћа порез и др.).***

Чланом 15. став 1. истог закона је предвиђено, да *законски заступници* ***физичких лица (родитељи малолетног лица, старалац пословно неспособног штићеника и др.) и правних лица (физичко лице које је као такво уписано у судски регистар), као и пословођа ортачке радње и привремени старалац заоставштине, испуњавају пореске обавезе лица која заступају.***

Став судске праксе је да нема овог кривичног дела, ако је орган управе друштвених прихода у моменту доношења решења *располагао са веродостојним подацима.*

Навешћемо и пример једне судске одлуке.

Веродостојност података и висина пореске обавезе

Не постоји кривично дело пореске утаје из члана 154. став 1. КЗ РС, у случају када је орган управе друштвених прихода у моменту доношења решења о утврђивању пореске обавезе *располагао са веродостојним подацима* ***који су указивали на лажност података у пореској пријави, поднетој од стране пореског обвезника, па и поред тога своје решење заснива на таквој пореској пријави.***

Из образложења:

Оптужени је подношењем пореске пријаве са неистинитим подацима о укупном промету и трошковима пословања безуспешно поку-

шао да доведе у заблуду надлежну службу друштвених прихода и да је његова делатност представљала некажњиви покушај, а не свршено кривично дело пореске утаје из члана 154. став 1. КЗ РС. Како је надлежни порески орган у време доношења решења о утврђивању пореске обавезе оптуженог у редовном поступку, располагао о веродостојним подацима о нетачности пословних књига и поднете пореске пријаве, његово даље поступање супротно одредби члана 47. Закона о утврђивању и наплати пореза није од значаја за правну оцену делатности оптуженог.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж.1196/85).

Што се тиче облика** виности **потребан је** умишљај, **дело се може извршити само са** директним умишљајем, **извршилац мора бити свестан да даје лажне податке о предметима и другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање пореза, доприноса или других дажбина.

*За откривање пореских кривичних дела **у које осим овог спадају и она прописана у члану 173, 173а, 175, 176. и 176а. Закона о пореском поступку и пореској администрацији, надлежна је** пореска полиција **која има иста овлашћења у преткривичном поступку као и** орган унутрашњих послова.*

Наиме, чланом 135. наведеног закона је наведено да откривање пореских кривичних дела и њихових извршилаца обавља** пореска полиција. **Пореска кривична дела су кривична дела уређена овим законом. Ради откривања пореских кривичних дела и њихових извршилаца, пореска полиција у преткривичном поступку може да поступа као орган унутрашњих послова и овлашћена је у складу са законом, а у сарадњи са овим органом предузима потражне радње,** изузев ограничења кретања, **као и да позове и саслуша осумњиченог без права на његово принудно довођење. Облик и начин остварења сарадње из става 3. овог члана, споразумно ће својим актом ближе уредити министар финансија и економије и министар унутрашњих послова.

Чланом 137. наведеног закона је предвиђено да на основу прикупљених обавештења пореска полиција саставља** кривичну пријаву, **у којој наводи доказе за које је сазнала приликом прикупљања обавештења и подноси је државном тужиоцу. Уз кривичну пријаву доставља се и документација, прибављени извештаји, изјаве и други материјали који су реле-

вантни за успешно вођење поступка. Ако пореска полиција после подношења кривичне пријаве сазна за нове чињенице, доказе или трагове кривичног дела, дужна је да прикупи и потребна обавештења и извештај о томе, као** допуну кривичне пријаве **достави државном тужиоцу. Пореска полиција је дужна да у кривичном поступку сарађује са судом и тужилаштвом.

Чланом 139. тачка 4. истог закона је предвиђено да чињенице и докази од значаја за висину пореске обавезе утврђене у поступку из члана 135. став 3. овог закона, инспектор пореске полиције доставља организационој јединици пореске управе где је порески обвезник регистрован.

У члану 161. истог закона је предвиђено да за извршење послова на откривању или пријављивању пореских кривичних дела и њихових извршилаца образује се пореска полиција, као посебна организациона јединица пореске управе. Пореска полиција планира, организује, извршава послове из става 1. овог члана у складу са законом. Пореском полицијом** руководи главни инспектор пореске полиције **кога на предлог министра поставља Влада.

*Квалификовани облици **овог кривичног дела постоје ако** износ обавезе **чије се плаћање избегава прелази 1.500.000,00 динара, што је предвиђено ставом 2, односно 7.500.000,00 динара, што је предвиђено ставом 3. овог члана. Ова дела квалификована су** висином имовинске користи, **за постојање дела учинилац треба да је** свестан да врши утају већег износа, **али није потребна свест о одређеној висини утајеног пореза, доприноса и других дажбина, мора да зна да се ради о већој вредности, али не мора да зна и тачан износ.***

По ставу судске праксе између основног и квалификованих облика не постоји** квалитативна разлика, **јер оба дела садрже истоветна законска обележја.

У пракси пореска утаја се може појавити и као** продужено **кривично дело. Може се догодити да неко лице из године у годину континуирано избегава плаћање пореза и других доприноса. Нужно је за постојање продуженог кривичног дела да свако од одвојених радњи садржи све битне елементе пореске утаје.

Пореска утаја
члан 229. КЗ

Радња кривичног дела пореске утаје је одређена трајним глаголом: "даје лажне податке о законито стеченим приходима" тако да у смислу члана 112. став 3. КЗ постоји једно кривично дело ако је радња истог извршена више пута, а не продужено кривично дело.

Из образложења:

Оцењујући правну квалификацију кривичног дела, а на основу правилно утврђеног чињеничног стања у првостепеном поступку, окружни суд налази да је радња извршења кривичног дела пореске утаје из члана 229. став 1. КЗ у смислу члана 112. став 3. истог законика одређена *трајним глаголом "даје",* ***тако да је радња извршења остварена када извршилац даје лажне податке о законито стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза, што значи да радња извршења овог кривичног дела подразумева предузимање како само једне делатности, тако и предузимање више делатности које код овог дела представљају*** *јединствену радњу извршења.* ***У конкретном случају*** *привидног реалног стицаја* ***радња извршења је одређена тако да може да се предузме једном или више пута и да у сваком случају проузрокује последицу, тако да поступање окривљеног сваког месеца и при свим исплатама радницима у периоду од 10.06. до 25.08.2005. године у току*** *исте фискалне године,* ***је извршена са умишљајем у намери да*** *сукцесивно* ***при месечним исплатама са више незаконитих исплата, давањем лажних података, оствари последицу дела, избегавање плаћања пореза, доприноса и других прописаних дажбина, што је проузроковало наступање те последице, тако да се поступањем окривљеног не остварује обележје више кривичних дела, већ*** *једног* ***кривичног дела пореске утаје.***

Због тога је окружни суд кривично дело квалификовао као једно кривично дело пореске утаје из члана 229. став 1. КЗ, налазећи да у овом случају није било основа за примену одредаба члана 61. КЗ, јер поступци окривљеног представљају јединствену радњу, а не самостално, посебно кривично дело које би могло да уђе у састав продуженог кривичног дела.

(Пресуда Окружног суда у Нишу Кж.1001/06- Билтен судске праксе Окружног суда у Нишу бр. 24/07, Интермекс, Београд, приредио: Зоран Крстић, судија Окружног суда у Нишу

Утаја пореза и доприноса представља специфичан облик преваре, па стога ово кривично дело не може бити у стицају са кривичним делом *преваре из члана 208. КЗ* ***јер представља његов*** *посебан облик.*

Нема стицаја ни са кривичним делом *фалсификовање исправе из члана 335. КЗ,* ***јер се уношење неистинитих података појављује као*** *радња извршења* ***овог кривичног дела.***

Навешћемо један пример из судске праксе који се односи на утајени порез и *одузимање имовинске користи.*

Утајени износ пореза код осуде за кривично дело пореске утаје не може да се сматра као оштећење настало услед извршења тог кривичног дела, нити се оптужени може пресудом обавезати да износ утајене порезе плати по основу имовинско-правног захтева постављеног од Скупштине општине.

Из образложења:

Одлучивање о одштетном захтеву у кривичном поступку представља својеврсну грађанску парницу придружену кривичном поступку. Самим тим, као предмет имовинско-правног захтева у кривичном поступку могу се појављивати само оне дажбине које се могу остваривати као редовне парнице што је изричито наведено у пропису у члану 98. став 1. ЗКП (сада члан 202. став 1. ЗКП).

Насупрот томе, пореска обавеза пореског обвезника се не може остваривати путем редовне грађанске парнице, пошто се питање *висине* ***пореске обавезе једног грађанина*** *расправља кроз управни поступак,* ***па се и*** *наплата* ***ненаплаћеног пореза врши такође, под одговарајућим прописима управног поступка.***

Када се све то има у виду очигледно је да се Скупштина општине код кривичног дела пореске утаје не може третирати као оштећени у кривично-правном смислу, јер у оваквом случају Скупштина општине не испуњава услове предвиђене у пропису члана 98. став 1. ЗКП (сада члан 202. став 1. ЗКП).

(Пресуда Врховног суда Србије Кж-I-901/73 од 21.09.1973. године).

Навешћемо и још једну занимљиву судску одлуку.

Кривично дело пореске утаје
(члан 229. став 1. КЗ)

Није постојала намера окривљеног као директора економско-финансијске службе предузећа, да се избегне плаћање пореза на додатну вредност, кад нису у пореским пријавама унети потребни подаци, а с обзиром да је доказима утврђено да је обрачунавање пореза окривљени поверио агенцији која је специјализована за ту врсту послова, а у рачунарском програму предузећа окривљеног није унет нов програм за обрачун ПДВ-а, па се све то десило у почетном периоду примене Закона о порезима на додатну вредност, па објективно окривљени није могао сам да рачунским операцијама контролише да ли је порез правилно обрачунат. У таквој ситуацији правилно је првостепени суд донео пресуду којом је окривљени ослобођен оптужбе према члану 335. тачка 3. ЗКП, да је извршио кривично дело пореске утаје из члана 229. став 1. КЗ.

(Пресуда Општинског суда у Сенти К.11/06 од 28.02.2007. године и пресуда Окружног суда у Суботици Кж.169/07 од 31.05.2007. године).

На крају треба истаћи да ово кривично дело пореске утаје се гони по *службеној дужности* ***те спада у*** *стварну надлежност општинског суда* ***- у првом степену, с обзиром на*** *висину запрећене казне.*

За основно кривично дело прописана је казна затвора и новчана казна *(кумулативно),* ***за први тежи облик је прописана казна затвора од једне до пет година и новчана казна,*** *најстрожија казна* ***је предвиђена у ставу 3. за други тежи облик, а учинилац се ту може казнити затвором од једне до осам година и новчаном казном.***

IV ОДНОС СА КРИВИЧНИМ ДЕЛИМА из члана 172. и члана 174. ЗАКОНА О ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ И ПОРЕСКОЈ АДМИНИСТРАЦИЈИ

-Пореска кривична дела-

Кривично дело пореске утаје је било прописано чланом** 172. **и чланом** 174. **наведеног закона - Закона о пореском поступку и пореској администрацији. Наиме, инкриминација члана 172. и члана 174. тог закона, замењивала је раније важеће кривично дело пореске утаје из члана** 154. КЗ РС **и злоупотреба овлашћења у привреди из члана** 139. став 1. тачка 3. КЗ РС, **што се може видети из члана 192. став 1. тачка 12, која се односи на** престанак важења одредаба одређених закона, **а управо се односи на члан 154. и члан 139. став 1. тачка 3. КЗ РС и то део којим се прописује казна за кривично дело злоупотребе овлашћења у привреди за одговорно лице у предузећу и другој организацији који врше привредну делатност која је у вези са извршењем пореских обавеза или у вези са плаћањем других дажбина ускрати средства која представљају јавни приход.

Између ових кривичних дела постоје одређене разлике.

*Радња извршења **кривичног дела из члана** 172. **Закона о пореском поступку и пореској администрацији је имала четири облика - давање лажних података о чињеницама које су од утицаја на утврђивање пореза, непријављивање таквих чињеница, неутврђивање пореза и утврђивање у износу мањем од онога, који је у складу са прописом дужан порески обвезник и сам да утврди. Радња извршења кривичног дела из члана** 174. **Закона о пореском поступку и пореској администрацији се састојала у састављању и подношењу фалсификованог документа од значаја за утврђивање пореза другом лицу или пореској управи. За разлику од члана 229. став 1. КЗ, према коме се радња извршења састоји у давању лажних података о законито стеченим приходима, о предметима и другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза или у непријављивању законито стеченог прихода, односно предмета и друге чињенице које су од утицаја за утврђивање оваквих обавеза у случају обавезне пријаве или у прикривању података који се односе на утврђивање наведених обавеза.*

***Наиме, кривично дело** избегавања плаћања пореза из члана 172. Закона о пореском поступку и пореској администрацији **које је престало да важи на основу члана 431. став 2. КЗ дана 01.01.2006. године ("Сл. гласника РС", број 85/05), односило се** само на порез, **као и кривично дело** састављање или подношење фалсификованих докумената од значаја за опорезива-*

ње из члана 174. Закона о пореском поступку и пореској администрацији, ***који се односио на*** *састављање и подношење фалсификованих докумената од значаја за опорезивање* ***које је такође престало да важи са одредбом члана 431. став 2. КЗ ("Сл. гласник РС", бр. 85/05, 88/05 и 107/05 од 02.12.2005. године, који је ступио на снагу 01.01.2006. године), док кривично дело пореске утаје из члана 229. КЗ се односи не само на порез него и на доприносе и све друге прописане дажбине.***

За кривично дело избегавања плаћања пореза из члана 172. став 1. Закона о пореском поступку и пореској администрацији била је иста *запрећена казна* ***као и из члана 229. став 1. КЗ. Према члану 174. Закона о пореском поступку и пореској администрацији била је запрећена казна затвора од три месеца до пет година и новчана казна. Према члану 172. став 2. Закона о пореском поступку и пореској администрацији била је запрећена казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна за разлику од кривичног дела пореске утаје из члана 229. став 2. КЗ. Према одредби члана 172. став 3. Закона о пореском поступку и пореској администрацији била је запрећена казна затвора од једне до десет година и новчана казна за разлику од члана 229. став 3. КЗ.***

Измена се односи на *објективни услов инкриминације,* ***а према члану 172. став 1. наведеног закона износ пореза чије се плаћање избегавало мора да прелази износ од 100.000,00 динара, за разлику од члана 229. став 1. КЗ према коме тај износ мора да прелази 150.000,00 динара. Према одредби члана 172. став 2. наведеног закона овај износ је требао да прелази 1.000.000,00 динара, за разлику од члана 229. став 2. КЗ према коме овај износ прелази 1.500.000,00 динара. Према одредби члана 172. став 3. наведеног закона износ је морао да прелази 3.000.000,00 динара за разлику од одредбе члана 229. став 3. КЗ према коме овај износ прелази 7.500.000,00 динара.***

Поред тога, према члану 229. КЗ, није обавезно изрицање *мере безбедности* ***забране вршења самосталне делатности, позива, делатности или дужности, како је то било прописано одредбом члана 172. став 4. Закона о пореском поступку и пореској администрацији.***

Гоњење за сва кривична дела се предузимало *по службеној дужности.*

Што се тиче односа између кривичног дела из члана 172. и члана 174. Закона о пореском поступку и пореској администрацији и члана 229. КЗ, навешћемо пример једне занимљиве судске одлуке.

Пореска утаја члан 229. КЗ

Престанком важења одредби које су садржане у члану 172. и члана 174. Закона о пореском поступку и пореској администрацији према одредби члана 431. КЗ, којом је прописано да даном ступања на снагу Кривичног законика престају да важе те одредбе, није извршена** декриминилизација **радње навођења чињеница које су од утицаја на утврђивање обавеза плаћања пореза, доприноса и других дажбина, што је садржано у члану 229. КЗ.

Из образложења:

Пресудом општинског суда оптужени је оглашен кривим да је извршио кривично дело избегавања плаћања пореза из члана 172. став 1. Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

Окружни суд, одлучујући о жалби оптуженог донео је пресуду и по службеној дужности преиначио наведену првостепену пресуду, тако што је одбио оптужбу да је оптужени извршио кривично дело из члана 172. став 1. поменутог закона.

Дајући разлоге у образложењу другостепене пресуде, навео је да је 01. јануара 2006. године, ступио на снагу Кривични законик који у члану 431. став 1. је предвидео да од дана ступања на снагу тог закона престају да важе кривично-правне одредбе садржане у члану 172. и члану 174. Закона о пореском поступку и пореској администрацији и потом је закључио да је тако дошло до декриминализације кривичног дела за које је оптужени оглашен кривим првостепеном пресудом.

Јавни тужилац Србије поднео је захтев за заштиту законитости против правноснажне пресуде окружног суда, због повреде кривичног закона из члана 369. став 1. тачка 1. ЗКП учињеног у корист оптуженог.

Кривичним закоником који је ступио на снагу 01. јануара 2006. године, прописано је у одредби члана 431. став 1. КЗ, да даном ступања на снагу тог законика престају да важе између осталог и кривичн-правне одредбе садржане у члану 172. и члану 174. Закона о пореском

поступку и пореској администрацији. Међутим, тиме нису декриминисане радње непријављивања чињеница које су од утицаја на утврђивање обавезе плаћања пореза, доприноса и других дажбина, у намери да делимично или потпуно извршилац тих радњи избегне њихово плаћање, како је другостепени суд у овом кривичном предмету погрешно закључио.

Намера законодавца није била да декриминише наведене радње, кривично дело избегавања плаћања пореза или пореске утаје већ да буду *инкорпориране* ***у Кривични законик, што и јесу у кривичном делу пореске утаје из члана 229. КЗ, а не да буду предвиђене посебним законом.***

Окружни суд је у својој пресуди требало само да примени одговарајући закон сходно одредби члана 5. став 2. КЗ. Како то није учинио, већ је одбио оптужбу то је донео другостепену пресуду у корист оптуженог.

(Пресуда Врховног суда Србије Кзз.94/06 од 25. септембра 2006. године и пресуда Окружног суда у Смедереву Кж.59/06 од 22. фебруара 2006. године).

V ОСТАЛА ПОРЕСКА КРИВИЧНА ДЕЛА

Остала пореска кривична дела су предвиђена у такозваном *споредном, посебном* ***кривичном законодавству, док је кривично дело пореске утаје инкриминисано у основном Кривичном законику - члан 229. КЗ, као основно пореско кривично дело, о чему је већ било говора.***

Једна од карактеристика кривично-правног система наше земље јесте и постојање *основног и споредног (помоћног или допунског) кривичног права.*

У Закону о пореском поступку и пореској администрацији предвиђено је још *пет* ***кривичних дела која се односе на ову материју, "Сл. гласник РС", бр. 80/02 од 26.11.2002. године, 84/02 од 05.12.2002. године, 23/03 од 13.03.2003. године, 70/03 од 10.07.2003. године, 55/04 од 21.05.2004. године, 61/05 од 18.07.2005. године, 85/05 од 06.10.2005. године, 62/06 од 19.07.2006. године и 61/07 од 30.06.2007. године. Овај закон***

је ступио на снагу осмог дана од објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије", а примењује се од 01. јануара 2003. године.

У време доношења овог закона ("Сл. гласник РС", број 80/02 од 26.11.2002. године), поставило се питање односа кривичних дела из члана 172. и члана 174. овог закона и кривичних дела злоупотребе овлашћења у привреди из члана 139. став 1. тачка 3. КЗ РС и кривичног дела пореске утаје, па је у вези тога интервенисао и Врховни суд, тако што је заузео правно схватање у вези тог проблема.

Правно схватање

Примена блажег закона

Чланом 192. став 1. тачка 12. Закона о пореском поступку и пореској администрацији није извршена декриминација члана 139. став 1. тачка 3. КЗ РС и члана 154. КЗ РС.

Кривично дело пореске утаје из члана 154. КЗ РС садржано је у кривичном делу избегавање плаћања пореза из члана 172. Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

Уколико висина износа пореза чије се плаћање избегава не прелази 100.000,00 динара, ове радње су декриминизоване. У том случају доноси се ослобађајућа пресуда (члан 355. тачка 1. ЗКП), јер такве радње више нису предвиђене као кривично дело.

Кривично дело из члана 139. став 1. тачка 3. КЗ РС уграђено је у кривична дела из члана 172. и члана 174. Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

Приликом оцене да ли ће се на учиниоца применити Кривични закон који је важио у време извршења кривичног дела или нови закон, суд ће сходно општим правилима (члан 4. став 2. ОКЗ), применити нови Закон о пореском поступку и пореској администрацији, само ако је он блажи за учиниоца.

(Правно схватање Кривичног одељења Врховног суда Србије утврђено на седници од 08. октобра 2003. године)

Изнето правно становиште је у складу са одредбама члана 4. КЗ СРЈ о *временском важењу Кривичног закона* ***(сада члана 5. КЗ). Став***

1. члана 4. КЗ СРЈ садржи основно правило да се на учиниоца кривичног дела примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела, а став 2. истог члана правило да се примењује закон који је блажи за учиниоца, ако је после извршења кривичног дела измењен закон једном или више пута. Из ових одредби јасно произилази да то што је неки кривично-правни процес стављен ван снаге није само по себи сметња за његову примену на учиниоца кривичних дела која су извршена у време његовог важења, примена тог (укинутог) прописа искључена је само онда ако је закон који важи у време суђења (или међузакон) блажи за учиниоца. А да ли је нови закон - или међузакон блажи за учиниоца - утврђује се *подвођењем* ***конкретног дела под укинути и под нови кривично-правни пропис.***

У Глави првој наведеног закона у члану 1. говори се о његовој садржини, где је наведено да се тим законом уређује поступак утврђивања, наплате и контроле јавних прихода на које се овај закон примењује (у даљем тексту: *порески поступак),* ***права и обавезе пореских обвезника, регистрација пореских обвезника и пореска кривична дела и прекршаји. Тим законом се образује и пореска управа, као орган управе у саставу Министарства финансија и уређује њена надлежност и организација.***

У члану 2. говори се о облицима јавних прихода и истиче да се овај закон примењује на *све јавне приходе* ***које наплаћује пореска управа, ако другим пореским законом није другачије одређено (у даљем тексту: порез). Овај закон примењује се и на новчане казне, камате по основу доспелог, а неплаћеног пореза, трошкове поступка, принудне наплате пореза и трошкове пореско-прекршајног поступка (у даљем тексту: споредна пореска давања).***

Наиме, у закону у делу седмом предвиђене су казнене одредбе, а у Глави I тог седмог дела *пореска фискална кривична дела - којих има укупно пет.* ***Била су предвиђена*** *још два* ***кривична дела и то кривично дело*** *избегавања плаћања пореза из члана 172.* ***Закона о пореском поступку и пореској администрацији и кривичног дела*** *састављања или подношења фалсификованих докумената од значаја за опорезивање из члана 174.* ***истог закона, а оба кривична дела су престала да важе на основу члана 431. став 2. КЗ, дана 01.јануара 2006. године (''Сл. гласник***

РС", број 85/06). Заједничко за сва ова кривична дела је да се могу извршити само са умишљајем.

VI КРИВИЧНА ДЕЛА

НЕУПЛАЋИВАЊА ПОРЕЗА ПО ОДБИТКУ из члана 173.

Порески економски принцип ***је да се само*** *нето* ***(чиста) имовина или приход - доходак могу узети у обзир приликом опорезивања. У сврху утврђивања нето базе за опорезивање имају се*** *одбити* ***кад је у питању производња, трошкови производње, трошкови набавке сировина, надница, закупнине, плаћени порези, сви они расходи који су везани за производњу, амортизација, трошкови одржавања капитала, камате на дугове, осигурање од ризика и др.***

Ово је нова инкриминација.

Кривична дела се састоје у наплаћивању на прописани уплатни рачун јавних прихода износа који је обрачунат на име пореза *по одбитку* ***у намери да се не плати порез од стране одговорног лица у правном лицу или предузетника који је порески платац. Објекат заштите овог кривичног дела је фискални систем, а објекат напада је порез по одбитку.***

Радња извршења ***овог кривичног дела је неуплаћивање пореза по одбитку на прописани уплатни рачун јавних прихода, радња је нечињење, пропуштање или свесно кршење прописа у виду неуплаћивања у потпуности или делимично износа који је обрачунат на име пореза по одбитку.*** *Овде учинилац правилно и законито обрачунава висину ове врсте пореза, али исти износ не уплаћује у целини или делимично на прописани уплатни рачун јавних прихода.* ***Субјективно обележје овог кривичног дела је намера учиниоца да не плати порез.***

Извршилац ***овог кривичног дела може бити само одређено лице - одговорно лице у правном лицу, као и предузетник - порески платац, односно одговорно лице у пореском платцу, који у намери да не плати порез не уплати на прописани уплатни рачун јавних прихода износ који је обрачунат на име пореза по одбитку. У погледу виности потребан је директан умишљај.***

***Ово кривично дело има** три облика. **За** основни облик **прописана је казна затвора до три године и новчана казна. Овај облик кривичног дела постоји ако учинилац** не плати било који износ пореза, **осим разуме се ако се ради о занемарљиво малим износима који би оправдавали примену члана 18. став 2. КЗ, јер би се радило** о делу малог значаја.*

Постоје** два квалификована облика **дела** зависно од висине утајеног износа пореза. **Први тежи квалификовани облик овог кривичног дела постоји, ако износ обрачунатог, а неуплаћеног пореза прелази износ од 1.500.000,00 динара то је предвиђено ставом 2, а ставом 3. је предвиђен други тежи квалификовани облик, ако износ обрачунатог а неуплаћеног пореза прелази износ од 7.500.000,00 динара.

За први тежи облик овог кривичног дела прописана је казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна, а за други тежи облик је прописана казна затвора од једне до десет година и новчана казна.

Ставом 4. овог члана предвиђено је обавезно изрицање** мере безбедности **забране вршења самосталне делатности, позива, делатности или дужности од једне до пет година, а односи се на предузетнике и одговорна лица о пореском обвезнику, а за извршена кривична дела из става 1. до 3. овога члана, што значи да се предузетнику, одговорном лицу, пореском обвезнику и за основни и за тежи облик** обавезно мора изрећи **наведена мера безбедности од стране суда.

Ово кривично дело је** бланкетне природе **и радња извршења се састоји у повреди одговарајућих прописа донетих у другим законима и од њих зависи постојање овог кривичног дела. То је пре свега Закон о порезу на доходак грађана.

*Закон о порезу на доходак грађана **("Сл. гласник РС", број 24/01 од 12. априла 2001. године, бр. 80/02, 135/04, 62/06 и 65/06)** у члану 99. став 1. **одређује да се по** одбитку **од сваког појединачног оствареног прихода утврђују и плаћају порези на** следеће приходе: 1) **зараде;** 2) **приходе од ауторског права и права индустријске својине, ако је исплатилац прихода правно лице или предузетник;** 3) **приходе од капитала;** 4) **приходе од непокретности, ако је исплатилац прихода правно лице или предузетник;** 5) **приходе од давања у закуп покретних ствари, ако је исплатилац прихода правно лице или предузетник;** 6) **добитке од***

игара на срећу; *7)* ***приходе од осигурања лица;*** *7а)* ***приходе спортиста и спортских стручњака;*** *8)* ***остале приходе, ако је исплатилац прихода правно лице или предузетник.***

У ставу 2. овог члана, *под правним лицем* ***у смислу става 1. овог члана, подразумева се и део правног лица, односно пословна јединица нерезидентног правног лица која је регистрована код надлежног државног органа (представништво и др.), као и државни органи и организације.***

Порез по одбитку из члана 99. овог закона, за сваког обвезника и за сваки појединачно исплаћени приход, исплатилац обрачунава, обуставља и уплаћује на прописане рачуне у моменту исплате прихода, а у складу са прописима који важе на дан исплате прихода *(члан 101).*

У свим наведеним случајевима плаћања пореза по одбитку може бити извршено кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку.

Чланом 41. који се односи на *пореску пријаву* ***за порез*** *по одбитку* ***је наведено да пореска пријава за порез по одбитку је у ствари*** *извештај* ***који порески платац, односно порески посредник подноси Пореској управи у који су садржане*** *информације* ***о обрачунатом и плаћеном порезу по одбитку, са називом и бројем уплатног рачуна јавних прихода на које је тај порез уплаћен.***

Пореска пријава за порез по одбитку је збирна, а може бити и појединачна. *Збирна* ***садржи информације о обрачунатом и плаћеном порезу по одбитку од стране једног пореског платца за све примаоце прихода односно од стране једног пореског платца за све пореске обвезнике, односно пореске платце који код њега имају рачун.***

Појединачна ***је она која садржи информацију о обрачунатом и плаћеном порезу по одбитку од стране једног пореског платца за сваког примаоца прихода, односно од стране једног пореског посредника за сваког пореског обвезника односно пореског платца који код њега има рачун.***

Једно кривично дело неуплаћивања пореза по одбитку, а не стицај ових дела постоји и кад није уплаћен порез више пореских обвезника, односно и када у више махова у континуитету није уплаћиван порез једног пореског обвезника. За постојање тежих облика дела од

значаја је збир укупно неисплаћеног пореза по одбитку, без обзира на број пореских обвезника у чију корист је дело извршено.

Кад је у питању плаћање пореза по одбитку, положај предузетника *изједначен* ***је са положајем одговорног лица у пореском платцу.***

VII КРИВИЧНО ДЕЛО НЕОСНОВАНО ИСКАЗИВАЊЕ ИЗНОСА ЗА ПОВРАЋАЈ ПОРЕЗА И ПОРЕСКИ КРЕДИТ
из члана 173а.

Чланом 10. Закона о пореском поступку и пореској администрацији је предвиђено да у пореско-правном односу физичко односно правно лице има право на *повраћај* ***више или погрешно наплаћеног пореза, односно споредних пореских давања (обухвата камату, трошкове поступка и принудне наплате), као и на повраћај пореза када је то другим пореским законом предвиђено, на пореску*** *рефакцију* ***(попуст), да користи порески кредит у односу на пореску обавезу, односно обавезу по основу споредних пореских давања.*** *Порески кредит* ***је износ за који се умањује пореска обавеза.***

Ово кривично дело чини онај, ко у намери да оствари право на *неосновани повраћај пореза или порески кредит* ***поднесе пореску пријаву неистинитог садржаја у којој искаже износ за повраћај већи од 150.000,00 динара, што представља*** *објективни услов инкриминације.* ***Кривично дело је*** *довршено* ***самим предузимањем радњи извршења, јер законски опис не садржи последицу. За*** *основни облик* ***овог кривичног дела предвиђена је казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна.***

Квалификовани облик ***овог кривичног дела постоји у ставу 2, ако је исказани износ за повраћај и порески кредит већи од 7.500.000,00 динара. За тежи облик предвиђена је казна затвора од једне до десет година и новчана казна.***

Предузетнику и одговорном лицу у пореском обвезнику за ова кривична дела обавезно се изриче *мера безбедности* ***забране вршења самосталне делатности, позива, делатности или дужности од једне до пет година.***

VIII КРИВИЧНО ДЕЛО УГРОЖАВАЊА НАПЛАТЕ ПОРЕЗА И ПОРЕСКЕ КОНТРОЛЕ из члана 175.

Ова инкриминација се појављује делом као специјална у односу на кривично дело оштећења туђих права из *члана 220. КЗ,* ***а преузима у целини инкриминацију из*** *члана 46а.* ***раније важећег*** *Закона о контроли, утврђивању и наплати јавних прихода* ***("Сл. гласник РС", бр. 76/91 и 20/93).***

Кривично дело из члана *46а.* ***наведеног закона се састојало у отуђењу робе за коју је издато решење о одузимању у поступку контроле. Отуђење је могло бити учињено продајом робе и на разне друге начине, а у намери да се осујети извршење решења којим је роба одузета. Као учинилац овог кривичног дела појављивао се сопственик робе за које је издато решење о одузимању, а ако је у питању предузеће, установа или друга организација - одговорно лице. Ово кривично дело имало је сличности са кривичним делом оштећења туђих права из члана 183. КЗ РС, односно садашњег члана 220. КЗ.***

Кривично дело из члана 175. има *два става* ***и за оба облика прописана је казна затвора до једне године и новчана казна.***

У ставу 1. овог члана је предвиђено да кривично дело чини онај ко у намери да угрози наплату пореза који није доспео за наплату или који није утврђен, али је покренут поступак утврђивања или контроле, односно пореза који је утврђен њему или другом лицу, по установљавању привремене мере за обезбеђење наплате пореза у складу са законом односно у поступку принудне наплате или пореске контроле, *отуђи, сакрије, оштети, уништи и учини неупотребљивом ствар* ***на коју је установљена*** *привремена мера за обезбеђивање* ***наплате односно ствар која је предмет принудне наплате пореза или пореске контроле.***

Ставом 2. је предвиђено да ово кривично дело извршити онај ко дâ *лажне податке* ***о чињеницама које су*** *од значаја* ***за спровођење принудне наплате пореза односно пореске контроле.***

Објекат заштите ***је фискални систем у поступку принудне наплате пореза или пореске контроле, односно установљавања привремене мере за обезбеђења наплате, а*** *објекат напада* ***је ствар која је предмет принудне наплате пореза или пореске контроле, односно при-***

времене мере за обезбеђење наплате. То може бити покретна или непокретна ствар (земљиште, стамбене или пословне зграде и слично).

Кривично дело има *два облика* ***и то:*** *1)* ***прикривање, отуђивање или уништавање ствари и*** *2)* ***давање лажних података о чињеницама.***

Први облик ***кривичног дела чини лице које у поступку принудне наплате пореза или пореске контроле или установљавања привремене мере за обезбеђење наплате у намери да угрози наплату пореза који је утврђен њему или другом лицу или који није утврђен, али је покренут поступак за утврђивање или контролу пореза, предузме једну од следећих делатности: сакривање, отуђивање, уништење или чињење неупотребљивим ствари која је предмет принудне наплате пореза или пореске контроле.***

Радња извршења ***се састоји у:*** *1) сакривању* ***- прикривању, склањању предмета са места на коме се до тада налазио и који је био свима познат на неко друго најчешће скривено место,*** *2) отуђењу* ***- располагању са предметом уз накнаду, продајом и заменом, послугом или без накнаде у виду поклона,*** *3) уништењу* ***- разарању супстанце предмета физичким, хемијским и сличним начином тако да се тај предмет више уопште не може употребити за ранију сврху и*** *4) чињењу неупотребљивим ствари* ***и онеспособљавању овог предмета на било који други начин тако да уопште или за краће или дуже време не може да служи за првобитну намену.***

Битно ***је да се радња извршења предузима у поступку принудне наплате пореза или пореске контроле односно установљавања привремене мере за обезбеђивање наплате пореза, при чему учинилац дела поступа са*** *намером* ***да на овај начин*** *угрози - омете* ***и доведе у питање његову потпуну и ефикасну наплату и реализацију, наплату пореза за себе или друго физичко или правно лице.***

Други облик ***дела чини лице које даје лажне податке о чињеницама које су од значаја за спровођење поступка принудне наплате односно пореске контроле, односно установљавања привремене мере за обезбеђење наплате пореза, а све у намери да се угрози наплата пореза који је утврђен за то или за неко друго лице или који није утврђен, али је покренут поступак за утврђивање или контролу пореза.***

Радња извршења ***је*** *давање лажних података.* ***Ти подаци могу бити неистинити у целини или делимично, али морају да се односе на чињенице које су од значаја за спровођење поступка принудне наплате пореза или пореске контроле. И ова се радња се мора предузети у самом поступку принудне наплате пореза или пореске контроле односно установљавања привремене мере за обезбеђење наплате пореза, а не при некој другој делатности пореског органа. И коначно за постојање овог дела потребно је да учинилац поступа са намером да на овај начин*** *угрози наплату пореза* ***утврђену њему или неком другом физичком лицу или правном лицу.***

Извршилац ***овог кривичног дела може бити појединац - порески обвезник, одговорно лице у правном лицу као пореском обвезнику, или било које друго лице које предузме неку од наведених радњи у намери да угрози наплату пореза, а у погледу виности потребан је директан умишљај.***

Закон о пореском поступку и пореској администрацији садржи и правила о *принудној наплати пореза и о пореској контроли у члану 77.* ***Закона па надаље. Ради обезбеђења пореског потраживања у принудној наплати пореза установљава се*** *законско заложно право* ***у корист пореског повериоца - републике на стварима и имовини, имовинским правима пореског обвезника. Пореска управа, поред осталог врши попис покретних ствари и непокретности пореског обвезника, одређује забрану дужницима пореског обвезника да пореском дужнику плате готовинске дугове или према њему испуне друге обавезе и у поступку пореске контроле пореска управа може да предузме привремене мере забране отуђења ствари пореског обвезника.***

Инкриминација о којој је реч са више облика радњи извршења, покрива делатности усмерене против мера које Пореска управа предузима ради обезбеђења наплате пореза у поступку принудне наплате и пореске контроле, односно и у поступку установљавања привремене мере за обезбеђивање наплате пореза.

IX КРИВИЧНО ДЕЛО
НЕДОЗВОЉЕН ПРОМЕТ АКЦИЗНИХ ПРОИЗВОДА
из члана 176.

Ставом 1. овог члана је предвиђено да ово кривично дело чини онај ко ставља у** промет, **односно** продаје **производе који нису посебно обележени** прописаним контролним акцизним маркицама **у складу са законом.

Ово кривично дело чини и предузетник, односно одговорно лице у правном лицу које се бави** производњом **или** увозом **производа који у складу са законом морају бити** посебно обележени **контролним акцизним маркицама, а не предузме мере да ови производи, пре стављања у промет буду обележени контролним акцизним маркицама, што је предвиђено ставом 2. наведеног члана.

*Предузетнику **за извршена кривична дела из става 1. и 2. овог члана, обавезно се изриче** мера безбедности **забране вршења позива делатности или дужности од једне до пет година.***

*Одговорном лицу **у правном лицу за извршена кривична дела из става 1. и 2. овог члана изриче се и** мера безбедности **забране вршења позива односно дужности у трајању од једне до пет година.***

Ставом 5. је предвиђено да се** производи **који нису посебно обележени прописаним контролним акцизним маркицама и** имовинска корист **остварена кривичним делом морају одузети, што значи обавезно и по службеној дужности.

*Објект заштите **овог кривичног дела је двојако одређен:** 1) **трговина акцизним производима и** 2) **фискални систем.***

*Објект напада **су производи домаћег или иностраног порекла који подлежу плаћању акциза као извора јавних прихода.***

Кривично дело има** два облика: **1) продаја акцизних производа који нису прописно обележени и 2) необележавање акцизних производа прописаних контролним маркицама.

*Први облик **чини лице које** ставља у промет **или** продаје **производе који нису посебно обележени прописаним контролним акцизним маркицама у складу са законом.***

*Радња извршења **стављање у промет или продаја. Овде се ради о трговини - о куповини, продаји или замени производа домаћег или иностраног порекла који подлежу плаћању акциза, ови производи у моменту пуштања у промет нису обележени на законом прописани на-***

чин - контролним акцизним маркицама, то значи да се радња извршења предузима на противзаконити начин кршењем прописа о акцизама.

Извршилац ***овог кривичног дела може бити свако лице, а у погледу виности потребан је умишљај.***

За ово дело прописана је казна затвора од шест месеци до пет година.

Други облик ***чини предузетник или одговорно лице о правном лицу које се бави*** *производњом* ***или*** *увозом* ***производа који у складу са законом морају бити посебно обележени контролним акцизним маркицама, а који не предузме мере да ови производи, пре стављања у промет буду прописно обележени контролним акцизним маркицама.***

Радња извршења ***непредузимање мера, дакле, нечињење, пропуштање законске обавезе да производи који подлежу плаћању акциза буду прописно обележени потребним акцизним маркицама пре стављања у промет. И овде се ради о*** *бланкетном* ***кривичном делу за чије постојање је потребно да се крше прописи о акцизама (биће кривичног дела је одређено уопштено и његова садржина се мора одређивати по одредбама које су садржане у другим законима или другим прописима). Ови прописи одређују који се производи пре стављања у промет морају и на који начин обележити контролним акцизним маркицама и пропуштањем ове обавезе се практично остварује радња извршења кривичног дела.***

Наиме, ова област је регулисана и *Законом о акцизама* ***који је донет ("Службеним гласником Републике Србије" број 22/01) и више пута је мењан (укупно 34 пута), задњи пут ("Сл. гласник РС", бр. 61/07).***

Законом о акцизама, основним одредбама у члану 1. предвиђено је да се тим законом уређује опорезивање акцизама. Акцизама се опорезују производи утврђени овим законом.

Чланом 2. овог закона као *предмет* ***опорезивања акцизама се опорезују следећи производи и то: деривати нафте, дуванске прерађевине, алкохолна пића, кафа, сирова, пржена и млевена и екстрат кафе.***

Обавезе по основу акцизе настају стављањем у промет или увозом производа који се опорезују акцизама. *Стављањем у промет* ***производа сматра се свако отпремање производа из фабрике произвођача производа на који се плаћа акциза - отпремање у сопствено складиште или на другој локацији, испоруке сопственој продавници, испорука купцу. Законом су одређени и други случајеви настанка обавезе по основу акциза, поред осталог и улазак робе са територије Републике Србије на територију Републике Црне Горе, док је постојала заједничка држава.***

Овде је важна *Уредба о изгледу контролне акцизне маркице* ***објављеној у "Службеном гласнику РС", бр. 137/04, а задњи пут промењена у "Службеном гласниу РС", бр. 108/06.***

Чланом 1. ове уредбе је предвиђено да се овом уредбом уређује изглед контролне акцизне маркице, врста података на маркици и начин и поступак одобравања и издавања маркице, начин вођења евиденције о одобреним и издатим контролним акцизним маркицама (у даљем тексту *маркица)* ***и начин обележавања цигарета, алкохолних пића тим маркицама од стране произвођача, односно увозника тих производа.***

Чланом 5. је предвиђен начин обележавања акцизних производа, где је наведено да се маркица за обележавање *цигарета* ***лепи на кутији, паклици испод целофана, тако да се кутија не може отворити а да се маркица не исцепа. Маркица за обележавање*** *алкохолних пића* ***лепи се преко затварача флаше или друге амбалаже, односно преко другог места предвиђеног за отварање амбалаже, тако да се флаша или друга амбалажа не може отворити, а да се маркица не исцепа.***

Акцизе ***су иначе*** *посебни (специјални порези) на потрошњу.* ***Историјски посматрано они се јављају као најстарији облик потрошног пореза. Њиховим увођењем по први пут је примењена идеја о опорезивању потрошње. Акцизама се опорезује потрошња или употреба тачно одређених производа. Основни циљ увођења акциза је фискалног карактера. Да би се тај циљ реализовао акцизама се погађају пре свега производи*** *масовне потрошње* ***који се не могу или се могу тешко супституисати.***

Потрошња појединих производа је практично опорезована прво акцизама, затим порезима на промет.

Разлог за увођење акциза је некада и социјалне природе.

Акцизе се уводе углавном за нафтне деривате, дуван, прерађевине, алкохол и алкохолна пића, луксузне производе, на пример производе од коже, крзна и друго.

Пореске стопе код акциза су специфичне природе. Поред класичних пореских стопа исказаних у проценту од продајне цене, користе се и стопе у апсолутним новчаним износима у односу на неку јединицу мере.

Акцизе су најомиљенији порези државе, лако и ефикасно се убирају, систем обрачуна и наплате је једноставан, пореско избегавање је занемарљиво, а контрола обрачуна наплате једноставна и ефикасна. Није омиљен код пореских обвезника, а имају и репресивни карактер који се тешко може неутрализати.

Навешћемо још један пример из судске праксе.

Недозвољен промет акцизних производа

Члан 176. Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

Директор предузећа који је у својој трафици ставио у промет 106 паклица различитих цигарета које *нису биле посебно обележене прописаним акцизним маркицама* ***врши кривично дело недозвољеног промета акцизних производа.***

Из образложења:

Окривљени је оглашен кривим, због извршења кривичног дела недозвољеног промета акцизних производа из члана 176. став 1. Закона о пореском поступку и пореској администрацији и осуђен на условну осуду, а изречена му је и мера безбедности одузимања предмета и забрана вршења позива у трајању од једне године.

Окривљени је као директор ставио *у промет 106 паклица цигарета* ***у својој трафици које нису биле посебно обележене прописаним акцизним маркицама.***

С обзиром да се радило о** страним производима, **обавеза је окривљеног била да ти производи - цигарете буду обележене акцизним маркицама у смислу члана 18. става 2. Закона о акцизама.

(Пресуда Окружног суда у Београду Кж.1544/05 од 22. јуна 2005. године и пресуда Трећег општинског суда у Београду К.1290/04 од 14. марта 2005. године).

*Извршилац **дела може бити предузетник или одговорно лице у правном лицу које се бави производњом или увозом производа који морају бити прописно обележени контролним акцизним маркицама, а у погледу виности потребан је умишљај. За овај облик дела прописана је казна затвора од шест месеци до три године.***

Предузетнику и одговорном лицу правном лицу као учиниоцу оба облика кривичног дела суд обавезно изриче и** мера безбедности **забране вршења позива, делатности или дужности за време од једне до пет година.

*Имовинска корист **која је остварена овим кривичним делом се обавезно одузима применом посебне мере из члана 84. Основног кривичног закона, односно сада члана 91. КЗ, где се говори о одузимању имовинске користи.***

<u>X КРИВИЧНО ДЕЛО</u>
<u>НЕДОЗВОЉЕНО СКЛАДИШТЕЊЕ РОБЕ</u>
<u>из члана 176а.</u>

Ово кривично дело чини онај ко** складишти робу, **на коју се плаћа порез у просторији која није регистрована за ту намену или ко** дозволи **да се у његовој просторији складишти роба, а просторија није за то регистрована.

Кривично дело чини и онај ко у регистрованој просторији за ускладиштене робе, ускладишти робу на коју се плаћа порез за коју не постоји прописана** документација **о пореклу робе и плаћеном порезу.

За кривична дела из става 1. и 2. овог члана, одговорном лицу у правном лицу и предузетнику обавезно се изриче** мера безбедности **забране вршења позива делатности или дужности у трајању од једне до

пет година. *Роба* ***се, из става 1. и 2. овог члана, обавезно одузима, значи по службеној дужности.***

За оба облика кривичног дела предвиђена је иста казна, а то је затвор од три месеца до три године и новчана казна.

XI З А К Љ У Ч А К

Наведеним инкриминацијама на *целовит начин* ***је постављена кривично-правна заштита правилног функционисања пореског система.***

Постоји начелно *изједначавање* ***свих видова избегавања плаћања пореза, и сада се не прави разлика између избегавања плаћања пореза од стране физичког лица и избегавања плаћања пореза од стране одговорног лица у правном лицу.***

Одредбе о обавезном изрицању *новчане казне као споредне* ***односе се и на одговорна лица у правном лицу - избегавање плаћања пореских обавеза правног лица. За сада новчана казна као споредна није прописивана и изрицана за кривична дела којима је прибављена имовинска корист правном лицу.***

За сва пореска кривична дела *заједничко* ***је следеће:***

- већина ових кривичних дела је *бланкетног карактера (****пореска утаја, члан 176. који се односи на недозвољен промет акцизних производа, члан 173. - неплаћање пореза по одбитку и др.), јер постојање ових кривичних дела зависи од других прописа који ближе регулишу ову област,***

- објект кривично-правне заштите ***код ових кривичних дела, је фискални систем - систем јавних прихода, а*** *објекат напада* ***су обавезе које се односе на неплаћене порезе, као и на акцизе, као и на посебан порез на потрошњу, доприносе, порески кредит и друге дажбине,***

- радња извршења ***је подношење пореске пријаве неистините садржине или на други начин давање лажних података, а ако се ради о акцизама продаја производа који нису посебно обележени прописаним***

контролним акцизним маркицама, односно радња извршења се може појавити у виду *чињења,* ***као активна делатност или као*** *нечињење* ***- пасивна, негативна делатност,***

- радња извршења се предузима у одређеној намери, то је *субјективан елеменат* ***на страни учиниоца кривичног дела, који мора да постоји у време предузимања радњи извршења, а у*** *намери* ***избегавања плаћања законом прописаних фискалних обавеза, односно у намери да учинилац дела или неко друго правно и физичко лице у потпуности или делимично избегне плаћање законом прописаних обавеза,***

- као *извршиоци* ***кривичних дела појављују се*** *одговорна лица* ***у правном лицу као и*** *предузетник - порески платац,* ***односно извршилац дела може бити*** *појединац - порески обвезник,* ***одговорно лице у правном лицу као пореском обвезнику или*** *било које друго лице* ***које предузима неку од наведених радњи у намери да угрози наплату пореза, а све зависи од врсте кривичног дела које је у питању, законски*** *заступници физичких и правних лица и др.,*

- за нека кривична дела предвиђен је такозвани *објективни услов инкриминације* ***да би постојало кривично дело, односно одређени износ обавезе који се избегава који обично прелази износ преко 150.000,00 динара, то је случај са кривичним делом из члана 173а., то значи да ако се ради о мањем износу од 150.000,00 динара, то не представља кривично дело већ*** *порески прекршај,*

- заједничко за сва ова кривична дела је да се могу извршити само са *умишљајем,* ***потребан је*** *директан умишљај* ***и да се кривично дело изврши у одређеној*** *намери,* ***која зависи од врсте кривичног дела, а своди се на избегавање плаћања делимично или у потпуности одређених пореза.***

- последица ***кривичног дела је штета у фискалном систему државе - буџету републике или фондовима који се финансирају из ових средстава,***

- за нека кривична дела предвиђени су и *квалификаторни облици* ***који постоје, ако износ обрачунатог, а неуплаћеног пореза прелази*** *одређени износ,* ***а најчешће износ од 1.500.000,00 динара, односно износ од 7.500.000,00 динара - став 2, односно став 3.***

- за скоро сва кривична дела предвиђена је *обавеза* ***изрицања*** *мере безбедности* ***забране вршења самосталне делатности, позива делатности или дужности у трајању од једне до пет година, а односи се на предузетнике и одговорно лице у пореском обвезнику (изузетак је пореска утаја за коју није предвиђено обавезно изрицање ове мере безбедности),***

- за нека кривична дела предвиђена је и обавеза изрицања *мере безбедности* *одузимања предмета* ***која се односи на производе који нису посебно обележени прописаним контролним акцизним маркицама, као и*** *одузимање имовинске користи,* ***односно на*** *одузимање робе* ***која се односи на кривично дело из члана 176а. и то по службеној дужности, што значи обавезно,***

- за сва пореска кривична дела заједничко је то да се *гоњење* ***предузима по*** *службеној дужности* ***и да ова кривична дела спадају у*** *стварну надлежност* ***општинског суда у првом степену, с обзиром на висину запрећене казне затвора.***

Коришћена литература:

1. ***Коментар КЗ, проф. др Љубиша Лазаревић, издавач Јавно предузеће "Службени гласник", издање из 2006. године***
2. ***Коментар КЗ, проф. др Зоран Стојановић, издавач Савремена администрација, издање из 2006. године***
3. ***Лексикон кривичног права, проф. др Драган Јовашевић, издавач Јавно предузеће "Службени гласник", издање из 2006. године***
4. ***Проф. др Драган Јовашевић "Појам и карактеристике привредних кривичних дела из споредних закона" - часопис "Правни живот", издање из 2003. године***
5. ***Данило Суботић "Пореска кривична дела у Закону о пореском поступку и пореској администрацији", часопис "Правни живот", издање из 2003. године***
6. ***Билтен судске праксе Врховног суда Србије***
7. ***Билтен судске праксе Окружног суда у Београду***

Невенка Важић,
судија Врховног суда Србије

ПРАЊЕ НОВЦА - МАТЕРИЈАЛНИ И ПРОЦЕСНИ АСПЕКТ У МЕЂУНАРОДНОМ И ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Један од основних циљева организованих криминалних група јесте премештање имовине стечене криминалом у легалне економске и финансијске токове, а у циљу прикривања њеног криминалног, односно незаконитог порекла. Управо због тога кривично дело прања новца, представља један од најважнијих облика организованог криминала, за чије извршење су недовољне националне границе једне државе, већ се оно врши у међународним размерама како би се пребацивањем новца и друге врсте имовине у разне делове света што боље прикрили трагови њиховог криминалног порекла.

Financial Action Task Force – FATF процењује да је прање новца трећа по реду највећа индустрија на свету са процењених 500 милијарди до један билион долара на годишњем нивоу. Управо због тога што се прањем новца подстиче криминал и корупција, успорава економски раст, деформише међународна трговина, финансијски системи и проток капитала на штету дугорочног развоја, успостављени су међународни стандарди за борбу против ове негативне појаве, примењиви на све земље.

РЕЛЕВАНТНЕ МЕЂУНАРОДНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ И ЊИХОВИ ДОКУМЕНТИ

Организација Уједињених Нација, Савет Европе, Financial Action Task Force – FATF, Група Егмонд, Европска Унија, Међународни Монетарни Фонд и Светска банка, представљају релевантне међуна-

родне организације које су у својим актима успоставиле стандарде за борбу против прања новца и које дуги низ година раде на њиховом унапређивању и праћењу примене у националним законодавствима.

ОРГАНИЗАЦИЈА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА

***Прва Међународна конвенција која дефинише прање новца као кривично дело и обавезује државе потписнице да у свом националном законодавству, прање новца пропишу као кривично дело јесте Конвенција Уједињених Нација против недозвољене трговине дрогом и психотропним супстанцама из 1988. године ("Бечка конвенција") коју је СФРЈ ратификовала 15.11.1990. године ("Сл. лист СФРЈ", број 14/90). У тој конвенцији дата је прва дефиниција кривичног дела прања новца, но иста је ограничена само на приходе и имовину стечену извршењем кривичних дела повезаних са трговином дрогом и психотропним супстанцама. Овом конвенцијом прописано је да се постојање намере као обележја кривичног дела прања новца, може утврђивати на основу објективних – фактичних околности, предвиђене су мере које је потребно да државе предузму ради идентификације, замрзавања, заплене и конфискације незаконито стечене добити и утврђена је обавеза одузимања предмета, имовинске користи стечене кривичним делом или њене противвредности, што укључује и мере безбедности. Тиме ова Конвенција постаје темељ свих даљих међународних аката којима се регулише ова област. Организација УН питање кривичног дела прања новца регулише у још две конвенције и то: Конвенцији УН против транснационалног организованог криминала из 2000. године ("Палермо конвенција") коју је СРЈ ратификовала у јуну 2001. године ("Сл.лист СРЈ", број 6 од 27. јуна 2001. године) и Конвенцији против корупције из 2003. године.**

1. По "ПАЛЕРМО КОНВЕНЦИЈИ", претходна (предикатна) кривична дела из којих потиче добит која је предмет прања проширена су на сва тешка кривична дела, под којима се подразумевају кривична дела за која је прописана казна затвора у трајању од најмање четири године или тежа казна, као и кривична дела организованог криминала, корупције и ометања правде. Та кривична дела могу бити извршена унутар и ван јурисдикције држава потписница Конвенције. Међутим, кривична дела учињена ван јурисдикције неке државе потпи-

снице представљају предикатна кривична дела, само када одређена радња представља кривично дело и по закону државе у којој је учињена, а било би кривично дело и по закону државе потписнице која примењује одредбе Конвенције да је дело учињено у њој. Овом конвенцијом допуштено је да се кривично дело прања новца не примењује на лица која су извршила предикатно кривично дело, уколико је тако предвиђено основним начелима домаћег законодавства државе потписнице као и да се намера и циљ, као елементи кривичног дела прања новца, утврђују на основу објективних чињеничних околности.

Посебан нагласак ова конвенција даје мерама за спречавање и откривање прања новца стеченог одређеним кривичним делима, те у том смислу обавезује државе потписнице на успостављање свеобухватног националног регулаторног и надзорног режима за банке и небанкарске финансијске институције и ако је потребно, остале органе који су посебно подложни прању новца, како би се спречили или открили сви облици прања новца. Овај режим мора да обухвати утврђивање идентитета корисника, вођење евиденције и пријављивање сумњивих правних послова. У том циљу прописана је обавеза формирања тзв. Финансијско-обавештајне јединице која представља Национални центар за прикупљање, анализу и прослеђивање информација у вези са потенцијалним прањем новца, чиме је ово прва Међународна конвенција која говори о улози финансијско-обавештајних јединица у борби против прања новца. Посебно је разрађена и обавеза међународне сарадње између правосудних органа, органа унутрашњих послова и финансијско-обавештајних служби, како у превенцији прања новца, тако и када је у питању идентификација, замрзавање, заплена и одузимање добити стечене извршењем кривичних дела, те имовине, опреме или других инструмената коришћених или намењених за коришћење у вршењу кривичних дела предвиђених Конвенцијом.

Ради испуњења ове конвенцијске обавезе предвиђено је да ће се државе потписнице трудити да развијају и унапређују глобалну сарадњу својих органа који се баве борбом против прања новца и да ће у највећем могућем степену који допушта њихов правни систем, усвојити неопходне мере за одузимање наведене добити, имовине, опреме и других инструмената. С тим у вези предвиђен је и "обрнут терет доказивања", када је у питању одузимање предмета, имовинске користи

или њене противвредности, тако што је прописана могућност да се од извршиоца кривичног дела тражи да докаже законитост порекла своје имовине, уколико је то у складу са начелима националног законодвастава.

2. КОНВЕНЦИЈОМ УН ПРОТИВ КОРУПЦИЈЕ, прописана је обавезна криминализација прања новца из корупцијских кривичних дела, као и мере превенције прања новца. Слично као и у "Палермо конвенцији", предвиђено је одузимање имовинске користи или њене противвредности из корупцијских кривичних дела са могућношћу обрнутог терета доказивања као и могућност поделе имовинске користи између држава.

САВЕТ ЕВРОПЕ

Ова Међународна организација, питање прања новца као једног од облика организованог криминала регулише Конвенцијом број 141 о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом из 1990. године ("СТРАЗБУРШКА КОНВЕНЦИЈА") која је од стране СРЈ ратификована 02.07.2002. године и Конвенцијом о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма ("ВАРШАВСКА КОНВЕНЦИЈА") из маја 2005. године, која је од стране ДЗ Србије и Црне Горе потписана, но не и ратификована.

Према "СТРАЗБУРШКОЈ КОНВЕНЦИЈИ", дефиниција кривичног дела прања новца, у суштини је иста као у Бечкој конвенцији, но проширена је утолико што обавезује државе потписнице да међу претходна (предикатна) кривична дела из којих потиче добит која је предмет прања укључе најмање сва тешка кривична дела. При томе дефинише се "предикатно кривично дело" и оно означава свако кривично дело које је имало за последицу стицање прихода који могу постати предмет кривичног дела прања новца. Предвиђају се мере које су државе дужне да пропишу за замрзавање, заплену и одузимање предмета, имовинске користи или њене противвредности и мере безбедности, истражне мере, специјална истражна овлашћења и технике за идентификацију, улазак у траг и прикупљање доказа о имовини која подлеже одузимању, а ради спречавања било какве радње, трансфера

или располагања таквом имовином. Такве технике обухватају налоге за праћење, осматрање, прислушкивање телекомуникација, приступ компјутерским системима и налоге за израду одређених докумената.

На плану међународне сарадње предвиђене су обавезе држава у пружању тзв. "истражне помоћи", ради проналажења средстава која подлежу конфискацији, обавештавања без претходног захтева о средствима и приходима сумњивог порекла, предузимања привремених мера ради замрзавања и заплене имовине која би могла да постане предмет заплене и извршења конфискације по налогу друге државе, а у складу са законом замољене државе. Детаљно су разрађени разлози за одбијање пружања ове врсте међународне кривично-правне помоћи, нотификација докумената и заштита права лица у иностранству погођених привременим мерама или налозима за конфискацију.

Циљ доношења "ВАРШАВСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ", која је усвојена од стране Одбора министара Савета Европе 03.07.2005. године, било је ревидирање и ажурирање Стразбуршке конвенције из 1990. године која је рафитикована од стране свих 46 држава чланица Савета Европе и од стране Аустралије. Ова конвенција је ступила на снагу и садржи најновије и најсавременије стандарде у борби против прања новца и финансирања тероризма. Састоји се из преамбуле, седам поглавља, додатка с пописом кривичних дела и извештаја са објашњењима. Основне карактеристике ове Конвенције су да у подручје примене Конвенције укључује поред прања новца и финансирање тероризма. Даје се дефиниција финансијско-обавештајне службе (FIU), предвиђају се привремене мере које FIU-и морају предузети када посумњају у легалност поједине трансакције и међународна сарадња између FIU-а.

Када су у питању мере конфискације, смањена је могућност држава за изражавање резерви у погледу примене тих одредаба Конвенције, тако што резервација није могућа за поједине категорије кривичних дела (наведених у додатку Конвенције), као и за кривично дело прања новца.

Новина је и увођење обавезе држава потписница Конвенције да у свом законодавству пропишу обавезно пребацивање терета доказивања код одузимања имовинске користи. То значи да, везано за тешка кривична дела или кривична дела (посебно прања новца, трговине дрогом, трговине људима и других тешких кривичних дела), каква су одре-

ђена у националном праву, извршилац треба доказати порекло користи или друге имовине подложне одузимању, која одредба је обавезујућа али ју је могуће ограничити у мери која одговара начелима националног права.

Када су у питању мере за спречавање прања новца; замрзавање, заплена и одузимање треба да обухвати осим имовине која је "прана", и легитимно стечену имовину, уколико је та имовина у целости или делимично измешана са нелегалном, до процењене вредности измешаних средстава као и доходак остварен захваљујући средствима која су "прана", а државе су дужне да осигурају правилно управљање привремено одузетом имовином.

Конвенција предвиђа и нова истражна овлашћења и технике као што су: омогућавање истражним органима да прибављају податке о постојању банковних рачуна, стању тих рачуна, да прате промет по тим рачунима и у том смислу пружају узајамну међународну правну помоћ, да се спречи откривање од стране банака клијенту да се таква истрага спроводи коришћењем истражних техника као што су прислушкивање телефонских разговора, приступи рачунарским системима и слично.

На плану међународне сарадње, иста се више не може одбити због немогућности "двоструке кажњивости" извршилаца претходних кривичних дела а предвиђају се и надзорни механизми за праћење примене Конвенције од стране Конференције страна уговорница, Moneyval и других надзорних механизама.

На подручју узајамне правне помоћи, а у погледу располагања одузетом имовином, Конвенцијом се предвиђа да се приликом поступања по захтеву стране државе треба дати предност повратку одузете имовине држави која је упутила захтев, како би иста могла исплатити накнаду жртвама кривичних дела или вратити ту имовину њеним законским власницима. При томе посебна пажња се даје закључењу споразума о подели такве имовине између држава редовно или зависно о конкретном случају, а у складу са одредбама Националног права или управним поступцима.

Радна група за финансијску акцију (FATF) је међународно тело установљено 1989. године од стране групе земаља Г-7 са седиштем у Паризу, које поставља стандарде, развија и унапређује политику за борбу против прања новца и финансирања тероризма. Има 33 члана и то 31 државу и две међународне регионалне организације од којих је једна и Европска комисија, те регионалне групе по континентима. FATF обавља мониторинг над успостављањем ефикасног система за спречавање прања новца у земљама чланицама, а као један од механизма мониторинга којим се убрзава доношење контра мера за спречавање прања новца у многим земљама, предвиђена је процедура оцењивања закона који су успостављени у сврху спречавања прања новца. Одбор ове групе, Moneyval надлежан је за 26 држава, укључујући и Србију. Најзначајнији документ ове радне групе представља 40 препорука из 1990. године, допуњене 1996. и у јуну 2003. године, које су у употреби у преко 130 држава а које покривају правне, финансијске, регулаторне, полицијске и међународне акције које владе треба да предузимају у борби против прања новца. Ове препоруке FATF-а представљају међународни стандард за борбу против прања новца и финансирања тероризма, примењив на све земље.

МЕЂУНАРОДНА ГРУПА – ЕГМОНД

ЕГМОНД Група установљена је 1995. године у Бриселу (у Палати принца Егмонда), и представља главни форум за рад финансијских обавештајних јединица држава чланица у смислу њиховог мрежног повезивања. У ову групу учлањено је 108 финансијских обавештајних служби, а између њих и Управа за спречавање прања новца Републике Србије. Циљ ове групе је оснивање FIU-а, по целом свету и олакшање услова за сарадњу и размене информација између њих.

ЕВРОПСКА УНИЈА (ЕУ)

Ова Међународна организација на пољу спречавања прања новца за сада је донела три директиве и то:

- Директиву број 91/308/ЕЕС о спречавању употребе финансијског система за прање новца из 1991. године,

- Директиву број 2001/97/ЕЕС од 04.12.2001. године о допуни Директиве број 91/308/ЕЕС,

- Директиву број 2005/60/ЕЕС о спречавању употребе финансијског система за прање новца и финансирање тероризма од 26.10.2005. године.

Овим директивама дефинише се прање новца и финансирање тероризма, уређују права и обавезе финансијских и нефинансијских организација на подручју превентиве и откривања прања новца и финансирања тероризма (идентификација клијената, пријављивање сумњивих трансакција, чување документације, унутрашња контрола, обука кадрова и сл.), уређује надзор над обвезницима и уређују поједина права и обавезе финансијских обавештајних служби.

МЕЂУНАРОДНИ МОНЕТАРНИ ФОНД И СВЕТСКА БАНКА

Обе ове међународне организације прихватиле су 40 препорука FATF-а као међународне стандарде за борбу против прања новца и финансирања тероризма.

Нову иницијативу у борби против прања новца представља и "Глобални програм УН за борбу против прања новца", чији је циљ да се постигне заједничка сагласност и обавеза придржавања међународно усвојених стандарда и мера које путем финансијске регулативе спречавају прање новца.

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ
У БОРБИ ПРОТИВ ПРАЊА НОВЦА

Готово је немогуће навести све међународне стандарде усвојене од стране наведених релевантних међународних организација који се односе на превенцију, спречавање и борбу против прања новца. Најважнији стандарди који проистичу из наведених међународних докумената односе се на следеће:

Дефиниција прања новца

Када је у питању, шта је то прање новца, постоји техничка и конвенцијска – правна дефиниција.

У техничком смислу, према старијој теорији процес прања новца може се поделити у три фазе и то:

- СМЕШТАЊЕ (улагање), је фаза физичког одвајања средстава стечених кривичним делом од почињеног кривичног дела,

- РАСЛОЈАВАЊЕ, је фаза прикривања трагова да би се избегла сумња у порекло средстава,

- ИНТЕГРАЦИЈА, је фаза којом се успоставља могућност починиоца кривичног дела којим је прљав новац стечен да дође до имовине, тј. новца чији су извори прикривени.

Према новој теорији, процес прања новца такође пролази кроз три фазе и то:

- УЛАЗ - представља почетно улагање имовинске користи остварене претходним (предикатним) кривичним делима,

- ИЗЛАЗ – имовина која изгледа као законито стечена или имовина чији извор није могуће или је тешко утврдити.

- ОБРАДА – покрива несклад између улаза и излаза у смислу имитације прихода или промена у имовинском стању, употребом различитих техника, као што су финансијске трансакције, off shore компаније и друга правна лица са непознатим власништвом, анонимни рачуни, трансферне цене, фалсификоване фактуре, други документи и слично.

Када је у питању конвенцијска – правна дефиниција кривичног дела прања новца, по међународном стандарду прање новца представља:

- замену или пренос имовине са знањем да та имовина представља приход остварен извршењем кривичног дела, у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, као и помагање лицу које учествује у извршењу предикатног кривичног дела да избегне законске последице тог дела.

- Прикривање или лажно приказивање праве природе, порекла, места где је новац уложен, намене употребе, права или својине над имовином, са знањем да та имовина представља приход остварен извршењем кривичног дела.

У зависности од концепта правног система државе, прање новца значи и:

- стицање, поседовање или коришћење имовине, са знањем да у тренутку пријема, та имовина представља приход остварен извршењем кривичног дела,

- учествовање, удруживање ради извршења, покушаја извршења и помагање или потпомагање, олакшавање или подстрекавање на извршење кривичног дела прање новца.

При томе кривично дело прања новца треба да се односи на било који облик имовине, без обзира на њену вредност а који представља директан производ извршења кривичног дела.

ОСТАЛИ ВАЖНИ СТАНДАРДИ ВЕЗАНИ
ЗА ЕЛЕМЕНТЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ПРАЊА НОВЦА

Остали стандарди односе се на законско регулисање претходних (предикатних) кривичних дела, прање властитог пљавог новца ("self laundering"), прање новца из нехата, санкције, одговорност правних лица за извршење кривичних дела прања новца и доказне стандарде.

Када су у питању *претходна (предикатна)* ***кривична дела из којих потиче приход који је предмет прања, по међународним стандардима (конвенције, препоруке FATF-а), постоји више модела регулисања и државама је препуштено да се определе за модел који им је најприхватљивији. То су:***

- *"All crime" модел,* ***по коме сва кривична дела могу представљати предикатна кривична дела,***

- *Листа тачно одређених претходних кривичних дела,*

- Постављање одређене границе за установљавање претходних кривичних дела, ***као што су тежак или организовани криминал,***

- *Износ опраног новца* ***(тај модел више се не употребљава),***

- *Прописана минимална казна затвора за претходна кривична дела,*

- Хибридни модел ***који представља комбинацију разних модела.***

Према препорукама FATF-а предикатна кривична дела прања новца треба да покрију све облике тешких кривичних дела, а државе би требало да теже да овај обим прошире на најшири опсег предикатних кривичних дела. Минимално, предикатна кривична дела би требало да укључе сва кривична дела из одређене категорије кривичних дела. Када је категорија кривичних дела ограничена на одређено кривично дело, тада то кривично дело мора бити покривено.

У случају када државе примењују гранични приступ или комбиновани приступ, предикатна кривична дела треба да садрже сва кривична дела:

- која спадају у категорију тешких кривичних дела по националном законодавству или

- која су кажњива максималном казном затвора дужом од годину дана или

- која су кажњива минималном казном затвора дужом од шест месеци.

При томе, предикатна кривична дела прања новца треба да се односе и на чињење које је извршено у другој земљи а које представља кривично дело у тој земљи и које би представљало предикатно кривично дело да се догодило унутар границе земље домаћина.

По међународним стандардима државе нису обавезне да као кривично дело пропишу прање новца *из нехата,* ***но већина земаља је нехатно прање новца прописала као кривично дело, што је у пракси значајно нарочито због лакшег доказивања прања новца почињеног од стране представника обвезника или рођака починиоца и лакше међународне сарадње.***

Код прописивања *санкција* ***за кривично дело прања новца, међународни стандарди предвиђају више опција и то:***

- казну затвора (у Европској Унији договорена је казна затвора од четири године као минимална казна за основни облик кривичног дела прања новца),

- казна затвора и новчана казна,

- казна затвора и остале кривичне санкције и

- остало.

Стандард отежавајућих околности код изрицања кривичне санкције за кривично дело прања новца представљају околности да је дело извршено од стране организоване криминалне групе, да је у питању већи износ опраног новца и да је мотив извршења кривичног дела зарада или инвестирање опраног новца у нове криминалне радње.

Према свим конвенцијама и препорукама FATF-а инкриминисање прања *сопственог новца* ***као кривичног дела (што значи да лице које је починило претходно кривично дело може бити кривично гоњено и као извршилац кривичног дела прања новца), није обавезно, али је у неким међународним документима "Presumptio juris". У пракси, укључивање "Self launderinga" у домаће кривично законодавство зависи од одлуке о укључивању "Стицања, поседовања или употребе прљавог новца" у елементе кривичног дела прања новца.***

Кривична одговорност за кривично дело прања новца по међународним стандардима треба се односити и на *правна лица****, а уколико то није могуће због основних принципа домаћег законодавства треба применити грађанску или административну одговорност, с тим што то не треба да спречава паралелни кривични, грађански или административни поступак против правних лица у државама у којима такве врсте одговорности постоје.***

Правна лица треба да подлежу делотворним санкцијама које су у сразмери са учињеним делом и које их одвраћају од поновног чињења истог (препорука FATF-а br. 2).

Када су у питању *доказни стандарди* ***приликом доказивања да имовина представља директан производ извршења кривичног дела, по међународним стандардима није неопходно постојање правноснажне пресуде за претходно кривично дело, као ни то да је покренут поступак за претходно кривично дело. Постојање умишљаја – намере, циља као субјективног елемента кривичног дела прања новца, утврђује се на основу објективних чињеничних околности. Код одузимања имовинске користи дозвољен је "обрнути терет доказивања" којим се од извршиоца кривичног дела тражи да докаже законито порекло имовине.***

Када су у питању привремене мере и конфискација (одузимање имовинске користи), међународни стандарди предвиђају да државе треба да усвајају мере које омогућавају надлежним органима да одузимају опрану имовину, приход од прања новца или предикатних кривичних дела, средства коришћена или намењена за коришћење у чињењу ових кривичних дела или имовину одговарајуће вредности, без угрожавања савесних трећих страна. Те мере треба да обухвате и овлашћење да се идентификује, тражи и процењује имовина која подлеже одузимању, извршавају привремене мере попут замрзавања и заплене, како би се спречила свака продаја, трансфер или располагање том имовином, предузимају кораци који ће спречити или учинити ништавим радње које нарушавају могућност државе да поврати имовину која подлеже одузимању и предузимају све одговарајуће истражне мере. При томе законима треба омогућити конфискацију имовине организација које су по самој својој природи криминалне, имовине која подлеже одузимању и када не постоји пресуда о утврђеној кривичној одговорности било ког лица (грађанско одузимање имовине стечене извршењем кривичног дела) и имовине која подлеже одузимању а за коју учинилац није доказао законитост њеног порекла.

Међународним конвенцијама, препорукама FATF-а и директивама ЕУ одређени су и стандарди који се односе на мере које ради спречавања прања новца треба да предузимају финансијске институције и правна и физичка лица изван финансијског сектора, а што је посебно детаљно разрађено у препорукама FATF-а број 4-25.

ФИНАНСИЈСКА ОБАВЕШТАЈНА СЛУЖБА (FIU)

Обавеза је држава по међународним стандардима да оснују Финансијско-обавештајну службу која ће служити као национални центар за тражење, примање, анализу и размену информација о сумњивим трансакцијама и осталих информација у вези са потенцијалном активношћу прања новца и финансирања тероризма. Та служба мора да има благовремени, директни или индиректни приступ финансијским и административним информацијама, као и свим информацијама које су им потребне за обављање функције, укључујући и анализу пријава сумњивих трансакција (препорука FATF-а broj 26).

Када су у питању *истраге кривичних дела прања новца* ***и финансирања тероризма, по међународним стандардима се тражи да државе у свом законодавству пропишу примену посебних истражних техника погодних за откривање и праћење имовинске користи из кривичних дела те да користе остале ефективне механизме у истрази прања новца као што су: употреба принудних мера за обезбеђивање увида у документацију финансијских институција и других лица, претрес лица и просторија, заплена и прибављање документације, овлашћења супервизора да приморају финансијске институције да дају релевантне информације и да изричу административне санкције за непоштовање тих обавеза, међународна сарадња финансијских обавештајних служби, полиције и супервизора, вођење евиденције о примљеним и даље прослеђеним пријавама сумњивих трансакција, истрага, кривичном гоњењу и осудама за прање новца и финансирање тероризма, блокираној, заплењеној и конфискованој имовини, међународној правној помоћи и другим међународним захтевима за сарадњу (препорука FATF-а бр. 27-32).***

На плану *међународне сарадње* ***по усвојеним стандардима тражи се да државе пружају узајамну међународну кривично-правну помоћ, што укључује полицијску сарадњу, сарадњу између FIU-а, између царинских и пореских органа, између јавних тужилаца, судова, тајних служби, надзорних органа – централних банака, осигуравајућих друштава и агенција за надзор тржишта капитала. При томе нарочито је важно да државе не забрањују или ограничавају услове за пружање међународне правне помоћи и обезбеде ефикасне процедуре за извршавање захтева за међународну-правну помоћ, не одбијају извршење захтева за међународном правном помоћи само по основу тога што се сматра да кривично дело обухвата и фискална питања или због службене и банкарске тајне односно друге врсте поверљивости података финансијских институција.***

У циљу избегавања сукоба надлежности а у интересу правде тражи се примена механизама за одређивање најбољег места за судско гоњење окривљених у случајевима када је гоњење покренуто у више од једне државе, јер принцип "двојне кажњивости" омета ефикасну међународну сарадњу.

Исто тако, међународну правну помоћ не сме искључивати чињеница да се у једној од држава учињено дело не сматра кривичним делом или ако се сматра кривичним делом, то што не припада истој категорији кривичних дела.

По питању захтева других држава за идентификацију, замрзавање, заплену и одузимање пране имовине, профита од те имовине или претходних кривичних дела и средстава употребљених или намењених за употребу при извршењу ових кривичних дела, по међународном стандарду државе би требало да између себе имају закључене споразуме за координисање заплене и конфискације, што може укључивати и поделу одузете имовине. За управљање одузетом имовином предвиђа се оснивање посебног фонда у који би се сва или део те имовине депоновала.

Када је у питању *екстрадиција,* ***по стандарду, прање новца требало би да буде кривично дело за које се може одредити екстрадиција и државе би требале да испоручују своје држављане или уколико је то супротно националном законодавству, да на захтев земље која тражи екстрадицију, предају случај без одлагања својим надлежним органима због кривичног гоњења за кривично дело наведено у захтеву. У таквим случајевима надлежни органи треба да започну поступак на исти начин као да је у питању било које друго тешко кривично дело предвиђено домаћим законодавством. У том случају државе треба међусобно да сарађују, посебно у процесним и доказним питањима, како би се обезбедила ефикасност кривичног гоњења. Иако није обавезно, државама се препоручује увођење поједностављених процедура изручења код кривичног дела прања новца, тако што би се екстрадиција вршила само на основу налога за хапшење, а када су у питању лица која су се сагласила са изручењем, да формални поступак буде превазиђен (препоруке FATF-а бр. 35-40).***

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРАЊЕ НОВЦА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

- Материјалноправни аспект -

Одредбом члана 231. став 1. Кривичног законика (у даљем тексту КЗ), прописано је да основни облик кривичног дела прања новца чи-

ни онај "ко изврши конверзију или пренос имовине, са знањем да та имовина потиче од кривичног дела, у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, или прикрије или лажно прикаже чињенице о имовини са знањем да та имовина потиче од кривичног дела, или стекне, држи или користи имовину са знањем, у тренутку пријема да та имовина потиче од кривичног дела".

Радња извршења основног облика овог кривичног дела алтернативно је прописана и може се извршити на три начина:

1. Конверзијом и преносом имовине,

2. Прикривањем или лажним приказивањем чињеница о имовини,

3. Стицањем, држањем или коришћењем имовине.

За сва три начина извршења овог облика кривичног дела прања новца неопходно је да извршилац на субјективном плану, зна да имовина потиче од извршења кривичног дела, при чему је небитно о којем кривичном делу се ради. То може бити било које кривично дело, чијим извршењем се дошло до имовине која је предмет кривичног дела прања новца, тзв. "предикатно кривично дело", но не може бити прекршај или привредни преступ. Код утврђивања чињеница да имовина потиче од извршења кривичног дела није потребно постојање правноснажне судске пресуде за то (предикатно), кривично дело, већ се та чињеница утврђује на основу објективних околности случаја, слично као код кривичног дела прикривања. Наиме, да имовина потиче од извршења кривичног дела утврђује се као и свака друга чињеница у поступку утврђивања битних елемената кривичног дела прања новца. Чак шта више, није потребно ни да је покренут кривични поступак за предикатно кривично дело јер је могуће да је извршилац тог дела непознат, да није жив, да је наступила застарелост кривичног гоњења и слично.

Објект радње извршења овог кривичног дела је имовина која потиче од извршења кривичног дела. У члану 112. КЗ-а, у коме се дају дефиниције значења појединих израза из Законика, нема дефиниције "имовине", но како Ратификоване конвенције и Закон о спречавању прања новца из 2005. године одређују појам имовине у најширем смислу, тј. да она обухвата "новац, покретне и непокретне ствари, имовинска права, хартије од вредности, друга средства плаћања као и све

исправе којима се може утврдити право својине и друга права", то значи да се појам имовине када је у питању кривично дело прања новца треба у том најширем смислу и тумачити.

За извршење основног облика овог кривичног дела (из става 1) на субјективном плану тражи се умишљај и то директан умишљај, који обухвата знање, да имовина потиче од кривичног дела. То знање тражи се за сва три начина извршења основног облика кривичног дела, с тим што код извршења кривичног дела стицањем, држањем и коришћењем имовине, то сазнање мора постојати у тренутку пријема имовине. Осим знања о незаконитом пореклу имовине, код извршења кривичног дела конверзијом и преносом имовине, неопходно је и постојање намере да се на тај начин прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине. За основни облик извршења овог кривичног дела прописана је казна затвора од шест месеци до пет година.

Осим основног облика овог кривичног дела, постоји квалификовани – тежи облик (став 2) и привилеговани – лакши облик (став 3).

Квалификовани – тежи облик постоји уколико износ новца или имовине прелази 1.500.000,00 динара, и за тај облик кривичног дела предвиђена је казна затвора од 1-10 година.

У ставу 3. прописан је привилеговани – лакши облик овог кривичног дела, који постоји када извршилац основног или тежег облика наведеног кривичног дела (из става 1. и 2) изврши дело тј. оствари његова објективна обележја на било који од три алтернативно предвиђена начина, а на субјективном плану нема директно сазнање да имовина потиче од извршења кривичног дела, већ је могао и био дужан да зна да новац или имовина представљају приход остварен кривичним делом. Дакле, ради се о нехатном облику извршења кривичног дела. Обзиром да је законодавац прописао да извршилац овог облика кривичног дела мора кумулативно имати могућност и дужност "да зна за порекло имовине", то се може радити само о "несвесном нехату", јер у супротном, ако би имао свест о незакнитом пореклу имовине, обзиром на природу кривичног дела, радило би се о умишљају.

Приликом утврђивања субјективног елемента овог привилегованог облика кривичног дела прања новца, потребно је утврдити да ли учинилац испуњава објективни услов тј. да ли је био дужан да зна не-

законито порекло имовине и суйбективни услов – да ли је то могао да зна. То се утврђује из објективних чињеничних околности под којима је кривично дело извршено и субјективних околности и чињеница које се тичу личних својстава учиниоца, слично као код кривичног дела прикривања. На објективном плану то би на пример могла бити економска нелогичност одређене трансакције а на субјективном, образовни ниво, информисаност, стручност и искуство учиниоца у вршењу таквих трансакција. За привилеговани облик овог кривичног дела предвиђена је казна затвора до три године.

Ставом 4. члана 231. КЗ-а, прописана је кривична одговорност "одговорног лица", у правном лицу, које изврши било који од облика овог кривичног дела. Тиме су санкционисане ситуације када се радње извршења овог кривичног дела, од стране одговорног лица врше у име и за рачун правног лица.

Појам "одговорног лица", одређен је у члану 112. став 5. КЗ-а и њиме се сматра "власник предузећа или другог субјекта привредног пословања или лице у предузећу, установи или другом субјекту, којем је, с обзиром на његову функцију, уложена средства или на основу овлашћења, поверен одређени круг послова у управљању имовином, производњи или другој делатности и вршењу надзора над њима или му је фактички поверено обављање појединих послова. Одговорним лицима сматра се и службено лице када су у питању кривична дела код којих је као извршилац означено одговорно лице а у Законику нису предвиђена у глави о кривичним делима против службене дужности односно као кривична дела службеног лица".

Извршилац кривичног дела прања новца може бити свако лице. Према законском тексту члана 231. КЗ-а нејасно је да ли то може бити и лице које је извршило предикатно кривично дело (које је имовину прибавило вршењем кривичног дела). Према мишљењу једног од аутора Кривичног законика, професора др Зорана Стојановића, извршилац предикатног кривичног дела не може се појавити и као извршилац кривичног дела прања новца, јер прање новца од стране таквог лица представља – накнадно некажњиво дело. По његовом мишљењу постоји одређено криминално-политичко оправдање да се инкриминацијом кривичног дела прања новца обухвати и извршилац односно саизвршилац кривичног дела којим је имовина која је предмет прања прибавље-

на, односно за то је потребно у законском тексту као извршиоца изричито означити и то лице.

Овакав став произилази из начела рестриктивног тумачења правне норме материјалне природе, по коме у случају нејасноћа норму треба тумачити рестриктивно, повољније за извршиоца дела и из граматичког тумачења, по коме се у законском опису овог дела заиста као извршилац кривичног дела прања новца децидирано не наводи и "онај ко је кривичним делом имовину која је предмет прања, стекао."

Међутим, како је то и у ратификованим конвенцијама које су постале део унутрашњег законодавства Републике Србије наведено, државе могу обезбедити да се кривично дело прања новца не примењује на лица која су починила претходно (предикатно) кривично дело (лица која су имовину која је предмет прања прибавила извршењем кривичног дела), у ком циљу треба да приликом ратификације конвенције изјаве резерву (члан 6. став 4. Стразбуршке конвенције), а СРЈ то није учинила, из чега произилази и може се сматрати да је прихватила да као кривично дело у свом законодавству пропише и прање сопственог новца. Ово тим више што се према одредбама члана 231. КЗ-а, као извршилац кривичног дела прања новца означава и онај "ко стекне, држи или користи имовину са знањем у тренутку пријема да та имовина потиче од кривичног дела", а неторно је да онај ко је имовину стекао извршењем кривичног дела зна да она потиче од кривичног дела.

Обзиром на различита тумачења овог питања, на судској пракси је да разреши ову дилему.

Када је у питању кривична одговорност правних лица за наведено кривично дело, Република Србија у свом законодавству није предвидела ту врсту кривичне одговорности и нема закон о одговорности правних лица за кривична дела.

ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНСКЕ КОРИСТИ
ПРИБАВЉЕНЕ КРИВИЧНИМ ДЕЛОМ ПРАЊА НОВЦА

Према одредбама члана 231. став 5. КЗ-а, обавезно је одузимање новца и имовине која је предмет прања новца, а према одредбама члана 87. КЗ-а, предмети који су употребљени или намењени за извршење кривичног дела или који су настали извршењем кривичног дела могу се

одузети, ако су својина учиниоца. Они се могу одузети и када нису својина учиниоца, ако то захтевају интереси опште безбедности или када и даље постоји опасност да ће бити употребљени за извршење кривичних дела, али уз право трећих лица на накнаду штете од учиниоца.

Исто тако, по општем правилу (члан 91. КЗ-а), нико не може задржати имовинску корист прибављену кривичним делом већ се она одузима судском одлуком којом је утврђено извршење кривичног дела (члан 91. став 1. КЗ-а), а ако одузимање није могуће, извршилац кривичног дела ће се обавезати да плати њену новчану противвредност (члан 92. став 1. КЗ-а), с тим што се имовинска корист прибављена кривичним делом одузима и од лица на које је пренесена без накнаде или уз накнаду која очигледно не одговара стварној вредности (члан 92. став 2. КЗ-а).

Дакле, и када је у питању кривично дело прања новца, за одузимање имовинске користи довољно је да се судском одлуком утврди извршење кривичног дела, но није потребно да извршилац за исто буде и оглашен кривим (то је случај када је утврђено да је дело извршило неурачунљиво лице коме је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења или малолетник коме је изречена васпитна мера, а која лица се не оглашавају кривим).

Међутим, одузимање имовинске користи као "самосталне мере", без да је судском одлуком утврђено извршење кривичног дела код нас није предвиђено. Ово стога што се према одредби члана 517. ЗКП-а, одузимање имовинске користи може изрећи само у пресуди којом се оптужени оглашава кривим, у решењу о кажњавању без главног претреса и у решењима о судској опомени, примени васпитне мере и изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења у здравственој установи и на слободи. То значи да уколико је извршилац кривичног дела остао непознат или се из неких разлога није могло против њега предузети кривично гоњење, тзв. грађанско одузимање имовинске користи није могуће.

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ

Осим овлашћења органа унутрашњих послова и истражног судије по општим правилима ЗКП-а (члан 82. до 88) да привремено оду-

зму предмете који могу послужити као доказ у кривичном поступку, према одредбама члана 234. ЗКП-а, истражни судија може када постоји сумња да је извршено кривично дело за које је прописана казна затвора од најмање четири године (дакле и кривично дело прања новца), наредити банкарској, финансијској или другој организацији да достави податке о стању пословних или личних рачуна осумњиченог (члан 234. став 1), да се привремено обустави извршење финансијских трансакција за које постоји сумња да представљају кривично дело или да су намењене чињењу кривичних дела, прикривању кривичних дела или добити остварене кривичним делом и да се привремено одузму та финансијска средства и готовински износи новца, те похране на посебан рачун и чувају до окончања поступка. Када је у питању сумња да је такво кривично дело (па и прање новца), извршено од стране организоване криминалне групе, према одредбама члана 504-к, државни тужилац може захтевати да надлежни државни орган, банкарска или друга финансијска организација обави контролу пословања одређених лица и да му достави документацију и податке који могу послужити као доказ о кривичном делу или имовини прибављеној кривичним делом, као и обавештења о сумњивим новчаним трансакцијама у смислу Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфисакцији прихода стечених криминалом (Стразбуршка), и да наложи надлежном органу да привремено обустави сумњиву исплату односно издавање сумњивих вредносних папира или предмета.

У таквој ситуацији на захтев државног тужиоца, истражни судија или веће пред којим се држи главни претрес (зависно од фазе поступка у којој се одлучује), може одредити меру привременог одузимања предмета и имовинске користи и ван услова предвиђених процесним правилима (члан 82. до 88. ЗКП-а и члан 512. до 520. ЗКП-а), које важе за редован поступак, а по правилима Закона о извршном поступку, која мера може трајати најдуже до окончања кривичног поступка, с тим да уколико је одређена пре покретања поступка за кривично дело организованог криминала мора бити укинута уколико тај поступак не буде покренут у року од три месеца од дана доношења решења којим је мера одређена. Против такве одлуке дозвољена је жалба, а наведена мера може бити укинута и пре истека рока на који је одређена, ако се покаже да није потребна или оправдана. Имовином и средстви-

ма који су привремено одузети управља надлежни државни орган док мера траје (члан 504р до 504х).

На сличан начин ово је регулисано и у процесном закону (члан 82. до 95) чија примена је одложена, с тим што овлашћење тужиоца да захтева доставу финансијске документације и издавање налога за привремену обуставу исплате и издавање предмета није ограничено само на кривична дела организованог криминала нити је везано за кривична дела за која је прописана казна затвора од најмање четири године.

Исто тако, овлашћење истражног судије и већа пред којим се води главни претрес, да мимо општих услова предвиђених законом, привремено одузме предмете и имовинску корист односи се само на случајеве постојања сумње да ти предмети и имовинска корист потичу из кривичног дела за које је прописана казна затвора од десет година или тежа, без обзира да ли се ради о организованом криминалу или не. Такво решење у будућности, када се овај закон почне примењивати може створити проблеме када је у питању прање новца и то његов основни облик, па чак и у случају када се ради о организованом криминалу, јер је за тај облик кривичног дела предвиђена казна затвора од шест месеци до пет година, што значи да би се ова привремена мера могла применити само на квалификовани облик кривичног дела прања новца (када износ новца или имовине прелази 1.500.000,00 динара).

ПОСЕБНЕ ИСТРАЖНЕ ТЕХНИКЕ И ДОКАЗНЕ РАДЊЕ

За откривање, гоњење и доказивање кривичног дела прања новца, без обзира да ли се ради о организованом криминалу или не, дозвољено је коришћење посебних истражних техника и доказних радњи као што су:

- прикупљање доказа надзором и снимањем телефонских и других разговора и комуникација другим техничким средствима и оптичким снимањима, што је иначе дозвољено само за ограничени број кривичних дела (члан 232. ЗКП-а),

- прибављање података о стању пословних или личних рачуна осумњиченог (члан 234. ЗКП-а).

Када је прање новца извршено од стране организоване криминалне групе, поред наведених истражних техника и доказних радњи дозвољена је и примена других мера као што су: пружање симулованих пословних услуга, склапање симулованих правних послова, ангажовање прикривених истражника, контролисане испоруке и саслушање сведока сарадника (члан 504-д, љ и о). Све ове мере предвиђене су и одредбама ЗКП-а чија примена је одложена и уз њих предвиђа се и примена истражне технике аутоматског рачунарског претраживања личних и других података (члан 155. ЗКП-а).

ФИНАНСИЈСКО-ОБАВЕШТАЈНА СЛУЖБА

Финансијско-обавештајна служба образована у Републици Србији представља посебан орган у саставу Министарства финансија и ради под називом – Управа за спречавање прања новца. Ова Управа је и чланица ЕГМОНД групе. Ради се о финансијско-обавештајној служби административног типа чија надлежност је регулисана Законом о спречавању прања новца. У надлежности Управе је:

- прикупљање, обрада, анализа и чување података добијених од обвезника (банке и друге финансијске организације, мењачи, ПТТ и друга предузећа, осигуравајуће организације, инвестициони фондови, берзе, брокерско-дилерска друштва, приређивачи игара на срећу, залагаонице и др.) и државних органа,

- примање и тражење од надлежних државних органа података и информација потребних за оцену да ли у вези са одређеном трансакцијом или одређеним лицем постоји сумња да се ради о прању новца,

- обављање међународне сарадње и размена података на бази реципроцитета са страним финансијским обавештајним службама,

- достављање надлежним органима података и информација о трансакцијама и лицима, за које постоји сумња да се ради о прању новца,

- вођење евиденције о свим прикупљеним подацима.

Управа редовно прикупља податке о свим готовинским трансакцијама у износу од 15.000 евра или више, о трансакцијама које су обвезници пријавили као сумњиве, о преносу преко државне границе готовог новца, хартија од вредности, драгог камења и др., о одливу и приливу новца из иностранства и закљученим уговорима о промету непокретности. Ако оцени да у вези са одређеном трансакцијом или лицем које обавља трансакцију постоји сумња да се ради о прању новца, Управа о томе обавештава надлежне органе унутрашњих послова, правосудне и инспекцијске органе ради предузимања мера из њихове надлежности, а директор Управе или лице које он овласти може издати налог за привремену обуставу трансакције која може трајати најдуже 72 сата. Поред тога, Управа може обвезнику издати налог да прати све трансакције које се врше преко одређених рачуна, које праћење може трајати најдуже три месеца. Исто тако, Управа може на иницијативу суда, јавног тужиоца, Народне банке, МУП-а, Министарства финансија, Агенције за приватизацију, Комисије за хартије од вредности и других надлежних државних органа извршити проверу свих трансакција и лица за које постоји сумња да се ради о прању новца.

ОРГАНИ УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА

У оквиру Министарства унутрашњих послова образована је 2001. године посебна Служба за борбу против организованог криминала (СБПОК), која у свом саставу има више оперативних јединица, између којих и специјализовани одсек за спречавање прања новца који се бави оперативним радом на прикупљању информација у вези сумњивих трансакција, обавља послове из своје надлежности у преткривичном поступку, по налогу тужиоца и истражног судије ради на тзв. "финансијским истрагама", прикупљајући доказе применом уобичајених и посебних истражних техника.

МЕЂУНАРОДНА САРАДЊА (члан 530-538. ЗКП-а)

Међународна кривично-правна помоћ према одредбама процесног закона указује се на основу одредби међународних уговора, а ако такав уговор не постоји по одредбама ЗКП-а. Ова помоћ обухвата извршење појединих процесних радњи као што су саслушање окривљеног,

сведока и вештака, увиђај, претрес просторија и лица, заплена предмета као и достављање аката, писмених материјала и других предмета који су у вези са преткривичним и кривичним поступком у држави молиљи. О дозвољености и начину извршења радњи које су предмет молбе иностраног органа одлучује суд по домаћим прописима. Када се ради о кривичном делу прања новца, орган пред којим се води кривични поступак дужан је да без одлагања достави Министарству унутрашњих послова податке о кривичном делу и учиниоцу, а првостепени суд и правноснажну пресуду.

Кривично гоњење странца који је на територији Републике Србије извршио кривично дело за које је запрећена казна затвора до 10 година (дакле и прање новца), може се и ван општих услова за екстрадицију, уступити страној држави уколико се она томе не противи, но такво уступање није дозвољено ако је оштећени држављанин Србије и томе се противи, осим ако је дато обезбеђење за остваривање његовог имовинско-правног захтева.

Страна држава такође може затражити да Република Србија преузме гоњење држављанина Републике Србије или лица које у њој има пребивалиште за кривично дело учињено у иностранству.

Екстрадиција окривљених или осуђених лица спроводи се по одредбама међународних уговора а ако таквог уговора нема по одредбама процесног закона, с тим да екстрадиција држављана Републике Србије страној држави није дозвољена осим Међународном суду који је Србија признала међународним уговором. Изручење страних држављана који се налазе на територији Републике Србије зависи од испуњења процесним законом тачно одређених услова и врши се по прецизно утврђеној процедури.

(НЕ) ИСПУЊЕНОСТ МЕЂУНАРОДНИХ СТАНДАРДА ВЕЗАНИХ ЗА КРИВИЧНО ДЕЛО ПРАЊА НОВЦА

Упоређивањем обавезујућих међународних стандарда као и оних препоручујућих са законском регулативом Републике Србије у погледу спречавања, трагања, откривања, истраживања, кривичног гоњења, пресуђења, замрзавања, заплене и одузимања имовинске користи, доказних стандарда и међународне сарадње код кривичних дела

прања новца, јасно се уочава да ти стандарди нису у потпуности инплементирани у законодавство Републике Србије.

Оно што недостаје у законској регулативи Републике Србије за испуњење наведених стандарда у основи се своди на следеће:

- непостојање кривичне, грађанске или административне одговорности правних лица за било које кривично дело, па самим тим и за кривично дело прања новца,

- нејасноће везане за инкриминацију "прања сопствених прихода",

- изостанак инкриминисања као кривичног дела – намерног расслојавања трансакције у циљу непријављивања Управи за спречавање прања новца, такве трансакције или лица,

- нејасни доказни стандарди који би били општеприхваћени и изостанак прецизног грађанског стандарда доказивања код одузимања предмета и имовинске користи када не постоји осуђујућа пресуда,

- непостојање обрнутог терета доказивања код одузимања предмета и имовинске користи што је препоручено "Палермо конвенцијом" а захтевано "Варшавском конвенцијом",

- у КЗ-у и ЗКП-у није предвиђено у случају сумње на прање новца, привремено одузимање противвредности имовинске користи из кривичног дела, већ у фази преткривичног поступка, без обзира да ли се ради о организованој криминалној групи или не, како се то захтева свим конвенцијама,

- рестриктивно прописано одузимање имовинске користи и то само оне која потиче од кривичног дела, а не и оне која је легално стечена, али коришћењем имовинске користи стечене кривичним делом или са њом измешане,

- непостојање јединственог фонда одузетих и заплењених средстава и адекватног механизма за поделу тих средстава са другим државама,

- изостанак овлашћења полицијских органа да привремено замрзну и заплене сумњива средства и имовину у преткривичном поступку уз накнадну сагласност истражног судије,

- непостојање јединствене базе података из привредног регистра и земљишних књига,

- непостојање стратешког развојног плана за спречавање прања новца,

- непостојање јасних и прецизних индикатора препознавања сумњивих трансакција за све обвезнике,

- ограничена овлашћења полицијских органа и тужилаштва у прикупљању банкарских информација,

- недостатак свеобухватне и детаљне статистике и евиденције везане за активности свих органа у ланцу борбе против прања новца,

- принцип "двојне кажњивости", који омета ефикасну међународну сарадњу,

- изостанак могућности предузимања привремених мера замрзавања и заплене средстава на банковним рачунима и других неопипљивих прихода као и одузимања имовинске користи путем међународне помоћи а по налогу из иностранства у преткривичном поступку,

- у ЗКП-у није предвиђена посебна доказна радња "мониторинг трансакције", што се тражи "Варшавском конвенцијом",

- у Закону о спречавању прања новца није предвиђена могућност Управе да привремено обустави трансакције на молбу стране финансијске обавештајне службе, како се то тражи "Варшавском конвенцијом",

- у Закону о спречавању прања новца нису усклађене норме о међународној сарадњи између финансијских обавештајних служби ("Варшавска конвенција"),

- ЗКП-ом није предвиђено да се посебне доказне радње и истражне технике могу користити за откривање и праћење имовинске користи из свих кривичних дела, као што је то препоручено у Стразбуршкој, Варшавској и Палермо конвенцији,

- законски опис кривичног дела прања новца није у потпуности усклађен са "Варшавском конвенцијом",

- неусклађеност банкарских прописа и процедура са међународним стандардима у погледу идентификације власника шифрованих рачуна, процедуре прихватања клијената, кореспондентских рачуна и др.,

- неусклађеност прописа везаних за сектор осигурања и хартија од вредности, инвестиционих фондова, непрофитних организација и др.

Од усвајања међународних стандарда за спречавање прања новца зависи и остварење циљева инкриминације прања новца предвиђених релевантним међународним документима и то како почетних, који су се састојали у одузимању имовинске користи из најтежих кривичних дела као и проналажења и осуђивања вођа организованих криминалних група, тако и данашњих – да кривично дело прања новца егзистира као самостално кривично дело и да се одузме имовинска корист из свих кривичних дела, те да се заштите легални финансијски токови.

Тај циљ Република Србија може остварити само усклађивањем свог законодавства са утврђеним стандардима а на чему већ неколико година и ради.

Анђелка Станковић,
судија Врховног суда Србије

РЕХАБИЛИТАЦИЈА - ПРЕСТАНАК ПРАВНИХ ПОСЛЕДИЦА ОСУДЕ И ДАВАЊА ПОДАТАКА ИЗ КАЗНЕНЕ ЕВИДЕНЦИЈЕ

У в о д

После одређеног времена проведеног на издржавању казне осуђено лице се враћа у друштво и настоји да се укључи у слободан друштвени живот.

Међутим, то осуђено лице ће се одмах сусрести са чињеницом да није у сваком погледу равноправно са другим грађанима који нису чинили кривична дела, па нису ни осуђивани. Разлог томе је даље дејство осуде кроз правне последице осуде и кроз став друштвене средине која има одређену дозу подозрења или неповерења према осуђеном.

Ове негативне последице могу деловати психолошки на осуђеног, а могу га и онемогућити у вршењу одређених послова и делатности, а што осуђеном може створити одређене социјалне и економске проблеме.

Управо идеја о рехабилитацији, као институту савременог кривичног законодавства, у свом правом смислу значи враћање осуђеног лица у онај статус који је имало пре извршења кривичног дела и осуде, дакле у статус какав имају други грађани који нису чинили кривична дела.

Рехабилитација по Кривичном законику

Кривични законик у члану 97. став 1. предвиђа да се рехабилитацијом брише осуда и престају све њене правне последице, а осуђени се сматра неосуђиваним.

Дакле, концепција рехабилитације по Кривичном законику је промењена у односу на ону из ОКЗ, јер подразумева потпуну рехабилитацију осуђеног лица, а што подразумева престанак свих правних последица након издржане, застареле или опроштене осуде, брисање те осуде из казнене евиденције и давање осуђеном лицу статуса неосуђиваног лица.

Врсте рехабилитације

Кривични законик предвиђа законску и судску рехабилитацију:

- законска рехабилитација – ***члан 98. КЗ – даје се лицима која су била неосуђивана или се по закону сматрају неосуђиваним (дакле којима је раније дата рехабилитација) и настаје по сили закона кад протекне рок одређен у ставу 2. члана 98, чије трајање је зависно од врсте осуде и не може настати ако је осуда преко три године и ако није извршена споредна казна или још траје мера безбедности – у члану 90. КЗ предвиђена је могућност престанка мере безбедности пре истека времена на које је изречена;***

- судска рехабилитација – ***члан 99. КЗ – могућа је код осуде на затвор преко три године до пет година уколико осуђено лице у року од десет година од издржане казне не учини ново кривично дело и ако суд процени да је то својим владањем и заслужило, узимајући у обзир и друге околности наведене у ставу 2. члана 99. КЗ, с тим што се не може дати ова рехабилитација уколико није извршена споредна казна или још траје мера безбедности – и овде важи могућност престанка мере безбедности пре истека рока по члану 90. КЗ.***

Судска рехабилитација се по члану 100. КЗ може дати лицу које је више пута осуђивано ако су испуњени услови за свако кривично дело узимајући у обзир све околности које су од значаја за давање судске рехабилитације из члана 99. став 2. КЗ, с тим што се рехабилитација даје јединствено за све осуде, па се не може дати рехабилитација за нека кривична дела а за нека не.

Тако је у предмету Врховног суда Србије Кж. II 292/08 решавано по жалби осуђеног на првостепено решење којим је првостепени суд утврдио брисање осуде за два кривична дела, а за једно кривично дело за које је 1974. године изречена условна осуда првостепени суд је на-

шао да нема места брисању осуде. Решавајући по жалби Врховни суд Србије је уважио жалбу осуђеног и преиначио првостепено решење тако што је утврдио да се брише и наведена условна осуда осуђеном.

Врховни суд Србије је дао разлоге да је по члану 525. ЗКП предвиђено да ако условна осуда не буде опозвана ни после једне године од дана престанка времена проверавања, суд који је у првом степену судио по службеној дужности доноси решење којим утврђује брисање условне осуде.

Овде треба указати да је по члану 523. став 1. ЗКП у надлежност органа надлежног за вођење казнене евиденције стављено доношење решења о брисању осуде о изреченој судској опомени, кад је осуђени ослобођен од казне, осуде на новчану казну и казну затвора до једне године, док је само брисање условне осуде стављено у надлежност суда који је донео ту осуду у првом степену и који такво решење доноси по службеној дужности, на основу члана 525. ЗКП. Из овога произлази закључак да се условна осуда или опозива или се доноси решење о њеном брисању.

Престанак правних последица осуде

Престанак правних последица осуде који се односе на стицања одређених права из члана 95. став 2. КЗ, уколико нису престале рехабилитацијом, предвиђено је чланом 101. КЗ и могуће је уколико су прошле три године од издржане казне и уз оцену одређених околности предвиђених одредбама наведеног члана. Када је реч о правним последицама осуде по члану 94. КЗ, оне наступају само када је реч о одређеном кривичном делу и када је реч о казни затвора, а огледају се у престанку или губитку одређених права или у забрани стицања одређених права. Које су то правне последице? Кривични законик их је ограничио чланом 95. и оне наступају по сили закона којим су предвиђене, а по члану 96. став 5. КЗ рехабилитацијом престају правне последице осуде предвиђене у члану 95. став 2. КЗ.

Овде је можда занимљиво рећи неку реч и о односу неких мера безбедности и правних последица осуде. По члану 95. став 1. тачка 2. КЗ, као правна последица осуде предвиђен је престанак вршења одређеног позива или занимања, а чланом 85. КЗ предвиђена је мера безбедно-

сти забране вршења позива, делатности или дужности. Између ове две кривично-правне мере постоји углавном формална разлика – меру изриче суд уз казну или условну осуду, а наведена правна последица може настати само кад је учиниоцу изречена казна затвора и она наступа по сили закона. Могућа је ситуација да је суд уз казну затвора изрекао ову меру безбедности и онда она делује по основу одлуке суда, а правна последица из члана 95. став 1. тачка 2. КЗ делује по сили закона, тако да ове две кривично-правне мере делују паралелно и производе готово исто правно дејство. У оваквој правној ситуацији приоритет би требало да има мера безбедности као кривична санкција изречена судском одлуком.

Везано за рехабилитацију како је већ речено постоји могућност из члана 90. КЗ за престанак ове мере безбедности пре истека времена на које је одређено, а када је реч о правним последицама осуде из члана 95. став 2. КЗ оне престају рехабилитацијом у смислу члана 96. или по члану 101. КЗ.

Давање података из казнене евиденције

У непосредној вези са рехабилитацијом је и давање података из казнене евиденције, па је по члану 102. КЗ предвиђено које податке садржи казнена евиденција, док је у ставу другом поменутог члана регулисано давање података из казнене евиденције, где је одређено да се могу давати подаци само о осуди у вези са којом није наступила рехабилитација. За разлику од ОКЗ-а који је у члану 94. став 3. предвиђао могућност давања података и о брисаној осуди, КЗ не предвиђа такву могућност, а све одредбе везане за вођење казнене евиденције и давање података из те евиденције односе се на казне, тј. осуде за које није наступила рехабилитација. Нужна последица законске рехабилитације, па и судске, је да се осуда брише и да се осуђени сматра неосуђиваним. Та фикција неосуђиваности је апсолутна тако да се брисана осуда не може узети као отежавајућа околност у случају повратa који је регулисан одредбом члана 55. КЗ.

Да би се потпуније сагледало актуелно законско решење рехабилитације мора се направити одређена паралела са ранијим законским решењем по ОКЗ коме се, с правом, приговарало да суштински не садржи институт рехабилитације. Ово поређење може бити од зна-

чаја за поступање у конкретном случају и код одлучивања о примени блажег закона, имајући при том у виду околност да дејство брисане осуде наступа по правилу аутоматски, протеком законом предвиђеног рока за одређену осуду, а не даном доношења решења.

Дакле, рехабилитација по члану 91. ОКЗ одређена је као законска рехабилитација и предвиђа да осуђена лица уживају сва права по Уставу и закону након издржане казне и могу стицати права осим оних ограничених мером безбедности или наступањем правних последица осуде. Из овакве формулације рехабилитације није произлазила та нужна последица брисања осуде и ограничења у вези давања података из казнене евиденције, а лице на које се односи рехабилитација није се сматрало неосуђиваним. Судска рехабилитација односила се само на меру безбедности забране вршења позива и забране управљања моторним возилом.

Као самостални институт предвиђено је било брисање осуде које наступа по сили закона када протекне одређени рок након издржане казне и брисање осуде по молби осуђеног, када је реч о осуди на затвор од једне до три године, те предвиђено да брисањем осуде престају њене правне последице.

Везано за казнену евиденцију по члану 94. став 3. ОКЗ кад је осуда брисана о тој осуди се подаци могу давати суду, јавном тужиоцу, ОУП у вези кривичног поступка против лица чија је осуда брисана. То значи да се брисањем осуде то лице не сматра неосуђиваним.

Управо пример из праксе Врховног суда Србије указаће на то какво дејство имају наведена законска решења.

Наиме, у предмету Врховног суда Србије Кж. II 1092/06 одлучивано је о молби осуђеног који је због кривичног дела силовања из члана 103. став 1. КЗ РС 1979. године осуђен на казну затвора у трајању од три године. Осуђени је тражио по члану 524. ЗКП брисање осуде јер је протекло десет година од дана издржане казне, а што је предвиђено чланом 98. став 2. тачка 5. КЗ а надлежни орган није донео решење о брисању осуде по службеној дужности.

Првостепени суд је одбацио као недозвољен захтев осуђеног.

Врховни суд Србије је одбио жалбу осуђеног на првостепено решење и дао разлоге:

Законска рехабилитација није била могућа по члану 93. ОКЗ када је реч о осуди на казну затвора преко једне године, а није могућа ни по одредби члана 98. став 1. Кривичног законика у односу на лица која су осуђивана пре осуде за коју се тражи рехабилитација, што је овде случај, јер је осуђени већ два пута осуђиван, па је првостепени суд правилно нашао да нема услова за законску рехабилитацију, па може поднети молбу по члану 526. ЗКП.

Оцењен је и као неоснован навод жалбе да су раније осуде брисане, те да нису могле бити узете у обзир, јер су се по члану 94. став 3. ОКЗ (КЗ СРЈ и КЗ СФРЈ), подаци из казнене евиденције могли давати суду, а лице коме је брисана осуда није се сматрало неосуђиваним.

На крају, уместо закључка, аутор овог реферата указује на то да ако је дата рехабилитација по Кривичном законику, и осуда брисана, иако је за њу дат извод из казнене евиденције, она не може бити цењена приликом одмеравања казне, као отежавајућа околност у смислу раније осуђиваности окривљеног, јер би то било супротно одредби члана 97. Кривичног законика по којој се лице коме је брисана осуда сматра неосуђиваним. Треба се на то навићи.

Мр Сретко Јанковић,
судија Врховног суда Србије

ОБРАЗЛОЖЕЊЕ ОДЛУКЕ О КАЗНИ У ПРВОСТЕПЕНОЈ КРИВИЧНОЈ ПРЕСУДИ

Увод

Када суд изрекне кривичну пресуду она након тога мора бити израђена у техничком смислу, тј. мора бити написана. Тек тада она добија облик службеног акта и снагу јавне исправе. Многи сматрају да је писмена израда пресуде најтежи део судијског посла.

Пресуда којом се окривљени оглашава кривим (осуђујућа пресуда) мора имати увод, изреку и образложење. У оквиру образложења суд је дужан образложити (дати разлоге) за одлуку о казни која је окривљеном изречена, односно дати разлоге о другој кривичној санкцији која је изречена.

С обзиром да је уочљиво да судови у пресудама не поклањају довољно пажње образложењу одлуке о казни, у реферату ћемо указати на значај образложења одлуке о казни и истаћи на што треба обратити пажњу код писања образложења, те указати на грешке које судови најчешће чине, а све са циљем да би се број тих грешака свео на најмању могућу меру и превазишао шаблонски и стереотипни начин писања образложења одлуке о казни.

У првом делу указујемо на најважније законске одредбе које су од значаја за писање образложења одлуке о казни, затим ћемо дати основне смернице за писање образложења, те кроз конкретне примере из судске праксе указати на грешке које судови најчешће чине. На крају, изнећемо и основне ставове из препоруке Савета Европе, који се односе на образложење одлуке о казни.

Законске одредбе од значаја за образложење одлуке о казни

Када су у питању одредбе Законика о кривичном поступку (ЗКП), прво треба указати на одредбу члана 356. став 1. тачка 3. и 4, те став 2. овог члана, с тим што се ове одредбе односе на одлуку о казни у изреци пресуде. Одредба члана 361. став 8. ЗКП односи се на образложење пресуде, а она гласи:

"Ако је оптужени осуђен на казну, у образложењу ће се навести које је околности суд узео у обзир при одмеравању казне. Посебно ће суд образложити којим се разлозима руководио кад је нашао да треба изрећи строжу казну од прописане, или кад је нашао да казну треба ублажити или оптуженог ослободити од казне или условно осудити...".

Од осталих одредаба треба поменути одредбу члана 89. став 1. ЗКП, која се односи на личне податке за окривљеног, а неки од тих података су од значаја за одмеравање казне (или изрицање друге кривичне санкције), а самим тим и за образложење одлуке о казни (нпр. године старости, породичне прилике, ранија осуђиваност или неосуђиваност). Одредба члана 255. ЗКП се односи на испитивање личности окривљеног, што је такође значајно код одмеравања казне (или изрицања друге кривичне санкције) као и код образлагања те одлуке у образложењу пресуде. Одредба члана 367. тачка 4. ЗКП прописује да се пресуда може побијати и због одлуке о кривичној санкцији, тј. да та одлука може бити основ побијања пресуде. Одредба члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП је значајна због тога што прописује постојање апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка ако у пресуди нису уопште дати разлози о одлучним чињеницама који се односе на одлуку о казни, затим ако постоји противречност између изреке и образложења пресуде у односу на одлуку о казни, те ако су разлози пресуде у односу на одлуку о казни нејасни и противречни. Одредба члана 369. тачка 5. ЗКП прописује постојање повреде кривичног закона, ако је суд одлуком о казни, условној осуди или судској опомени... прекорачио овлашћење које има по закону. Одредбом члана 327. ЗКП предвиђено је да, у случају признања оптуженог на главном претресу, суд није дужан да изводи друге доказе, осим када су у питању докази од којих зависи врста и мера кривичне санкције. Одредба члана 460. став 3. ЗКП прописује да

ће суд у образложењу решења о изрицању судске опомене изнети "којим се разлозима руководио при изрицању судске опомене".

Када је у питању изрицање васпитних мера и кривичних санкција малолетним лицима, те изрицање васпитних мера млађим пунолетним лицима, код образлагања одлуке о изреченој васпитној мери или другој кривичној санкцији треба имати у виду одговарајуће одредбе Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника.

За образложење одлуке о казни (и другој кривичној санкцији) од значаја су и поједине одредбе Кривичног законика (КЗ), а пре свега одредбе главе IV (казне) и главе V (мере упозорења). Од тих одредаба указујемо на члан 42. (сврха кажњавања), члан 54. (општа правила о одмеравању казне), члан 55. (повратак), чл. 56. и 57. (ублажавање казне и границе ублажавања казне), члан 58. (ослобођење од казне), члан 59. (поравнање учиниоца и оштећеног), члан 60. (одмеравање казне за кривична дела учињена у стицају), и др.

Образложење одлуке о казни

Одмеравање казне учиниоцу кривичног дела, чија је кривица утврђена у поступку, представља финалну фазу кривичног поступка и веома значајну делатност. "Међутим, пракса управо у подручју те најзначајније дјелатности показује највише недостатака: површност, небригу, стереотипност, несхватљиво пропуштање утврђивања и оцјењивања околности неопходних за изрицање односно одмеравање казне, а при том испољава и недовољно познавање елемената односно компонената од којих се састоји дјелатност суда при избору и одмјеравању казне ..."[1].

Код образлагања одлуке о казни нужно је имати у виду одредбу члана 361. став 8. ЗКП, али није довољно само навести околности (олакшавајуће и отежавајуће), већ је нужно навести разлоге како су поједине околности цењене и какав је њихов утицај на изречену казну. Све ове околности, у сваком конкретном случају "... треба утврдити,

[1] М. Грубиша: Кривични поступак (поступак о правним лијековима) "Информатор", Загреб, 1987. год., стр. 138

ценити, оценити и образложити. Парафразирање законског текста не значи ништа, јер се одмах види формалистички и несадржајан приступ одлуци о казни"[2]. Дакле, неприхватљиво је да се у образложењу пресуде само поброје олакшавајуће и отежавајуће околности без икакве оцене. Наиме, неке од околности могу имати већи, а неки мањи значај за одмеравање конкретне казне, док поједине околности понекад немају никакав значај за одмеравање казне. "Одлука о казни за окривљеног је најзначајнија, а са становишта оцене друштвене опасности битна, па образложење те одлуке треба да буде такво да свакога (па и окривљеног) убеди да је у конкретном случају баш та и таква врста и мера казне (и других кривичних санкција) била нужна и оправдана"[3]. С друге стране, на основу образложења одлуке о казни другостепени суд врши контролу да ли се првостепени суд у одмеравању казне придржавао законом прописаних критеријума.

Да би се адекватно образложила одлука о казни, потребно је почев од истраге, па до завршетка главног претреса, поклонити већу пажњу утврђивању чињеница значајних за одмеравање казне (или друге кривичне санкције). Иако одредба члана 255. ЗКП обавезује истражног судију да пре завршене истраге прибави податке о окривљеном (наведене у члану 89. став 1. ЗКП), ако они недостају или их треба проверити (као и податке о ранијим осудама), у пракси се ово углавном своди на прибављање извештаја из казнене евиденције. Међутим, подаци које пружа извод из казнене евиденције нису довољни за боље упознавање личности окривљеног, јер се реалнији подаци за оцену повратa, мотива за извршење кривичног дела, и сл. могу видети тек из пресуде. Због тога треба настојати да се до завршетка главног претреса прибаве пресуде којима је окривљени раније осуђиван, а то не може представљати неку тешкоћу, посебно ако се ради о пресудама истог суда пред којим се води и конкретни кривични поступак. И подаци о личности окривљеног наведени у члану 89. став 1. ЗКП се понекад не прибављају и не проверавају, већ се често прихватају подаци које даје сам окривљени (нпр. о породичном стању, о имовинским приликама, и

[2] Б. Петрић: Коментар ЗКП, "Службени лист СФРЈ", Београд, 1986. год., стр. 171. и 172

[3] Б. Петрић: Методика, терминологија и језик одлука у кривичном поступку, "Гласник Адвокатске коморе Војводине" број 10/80

сл.) а ту су некад могуће и манипулације. Некада је неопходно прибавити и извештај центра за социјални рад, из кога се могу сагледати прилике у којима је окривљени живео, и сл.

Све изнето доводи до тога да суд, када дође до фазе одмеравања казне, не располаже са довољно околности значајних за одмеравање казне, па долази у ситуацију да казну одмерава по утиску, без утврђених околности. Стога се код образлагања одлуке о казни прибегава "шаблонским фразама", у којима се само набрајају олакшавајуће и отежавајуће околности, а често се узимају у обзир и неке околности које не могу бити од значаја за одмеравање казне (нпр. "да се против окривљеног не води други кривични поступак", да се "окривљени коректно држао у току поступка", и сл.). "Код околности од којих зависи одмеравање казне, суд је дужан утврдити не само њихово постојање, већ је дужан да утврди и њихов конкретни смисао и значај за одлуку о казни"[4]. Тако нпр. ако је суд изрекао казну која је ближе законском максимуму, који је прописан за конкретно кривично дело, онда у образложењу мора навести како су поједине отежавајуће околности, као и све отежавајуће околности у целини, утицале на изрицање такве казне. С друге стране, ако је изречена казна ближе законском минимуму, онда се у образложењу мора навести како су поједине олакшавајуће околности, као и олакшавајуће околности у целини, утицале на одмеравање такве казне.

Какав значај за одмеравање казне има поједина отежавајућа или олакшавајућа околност, често зависи и од самог кривичног дела у питању, јер нпр. околност да се ради о старијем човеку у већини случајева се цени као олакшавајућа околност, али нпр. код силовања малолетног лица то не може бити олакшавајућа околност. Стога код писања образложења одлуке о казни о томе треба водити рачуна, а не механички набрајати одређене околности и оцењивати их као олакшавајуће.

Уколико је суд применио институт ублажавања казне, тј. изрекао казну испод законом прописаног минимума за конкретно кривично дело, у складу са одредбом члана 361. став 8. ЗКП, у образложењу се

[4] Д. Атанацковић: Околности од којих зависи одмеравање казне као предмет доказивања, "Правни живот" број 11-12/60

морају навести разлози којима се суд руководио када је нашао да казну треба ублажити. Када је у питању ублажавање казне, треба имати у виду да постоје (условно речено) три основа за ублажавање казне:

- општи ***(извршење кривичног дела у прекорачењу нужне одбране – члан 19. став 3. КЗ; када је кривично дело учињено у стању битно смањене урачунљивости – члан 23. став 3. КЗ; када је кривично дело учињено у правној заблуди – члан 29. став 3. КЗ; ако се ради о покушају кривичног дела – члан 30. став 2. КЗ; када је у питању помагање у извршењу кривичног дела – члан 35. став 1. КЗ)***

- посебни ***(предвиђени код појединих кривичних дела, нпр. кривично дело самовољно одсуствање и бекство из Војске из члана 399. став 7. КЗ)***

- ублажавање казне када се утврди постојање нарочито олакшавајућих околности, а при том оцени да се и са ублаженом казном може постићи сврха кажњавања ***(члан 56. тачка 3. КЗ)***

Стога, код образлагања одлуке о казни, ако је казна ублажена, нужно је навести основ по коме је извршено ублажавање, а ако нпр. постоје два основа (покушај кривичног дела и нарочито олакшавајуће околности), онда треба образложити оба основа. У пракси се ублажавање казне најчешће врши услед постојања нарочито олакшавајућих околности, а општи и посебни основи, када и постоје, понекад се не образлажу.

Сасвим посебан основ за ублажавање казне постоји у случајевима када је суд овлашћен да учиниоца ослободи од казне (нпр. неподобан покушај – члан 31. КЗ; добровољни одустанак – члан 32. КЗ; прекорачење нужне одбране услед јаке раздражености или препасти изазване нападом – члан 19. став 3. КЗ; прекорачење граница крајње нужде под нарочито олакшавајућим околностима – члан 20. став 3. КЗ; и др.), те када је ослобођење од казне предвиђено код појединих кривичних дела (нпр. кривично дело из члана 246. став 4. КЗ).

Судови често тзв. уобичајене олакшавајуће околности (које се узимају у обзир при редовном одмеравању казне у границама прописане казне) узимају, тј. оцењују као нарочито олакшавајуће околности, али не дају разлоге за то, што је погрешно. Ово због тога што је у образложењу пресуде потребно навести у чему се састоји "нарочитост" тих

околности, односно из чега произлази закључак суда да се сврха кажњавања може постићи и са ублаженом казном. Наиме, судови често користе формулацију: "По налажењу суда ублаженом казном ће се остварити сврха кажњавања...", а затим се не дају никакви разлози о томе како је суд дошао до таквог закључка.

Када суд изрекне новчану казну, у образложењу пресуде ће навести разлоге који су га определили на изрицање те казне. Ако је за конкретно кривично дело прописана само новчана казна, суд ће у образложењу навести које околности је ценио при одмеравању казне (олакшавајуће и отежавајуће), посебно имајући у виду сврху кажњавања и имовинске прилике окривљеног. Ако је за конкретно кривично дело новчана казна прописана алтернативно (нпр. са казном затвора), суд је дужан да у образложењу пресуде наведе због чега се определио за изрицање те врсте алтернативно прописане казне, а не друге алтернативно прописане казне.

КЗ је предвидео да новчана казна у дневним износима представља редовни облик изрицања новчане казне, а да изрицање новчане казне у одређеном износу буде изузетно, тј. у случајевима када није могуће утврдити висину дневног износа ни на основу слободне процене суда или ако би прибављање таквих података знатно продужило трајање кривичног поступка. Стога је суд у образложењу пресуде дужан да наведе разлоге због чега није изрекао новчану казну у дневним износима, па се определио за изрицање новчане казне у одређеном износу. Првостепени судови у пресудама често не наводе ове разлоге, а и другостепени судови прелазе преко оваквих пропуста. Очигледно је да изрицање новчане казне у дневним износима није заживело у пракси онако како се то очекивало, с обзиром да су веома ретки случајеви у којима су судови изрицали новчану казну у дневним износима.

Да би суд ваљано образложио одлуку о изрицању новчане казне, неопходно је у току поступка утврдити околности од значаја за одмеравање казне, а посебно прибавити податке о имовном стању окривљеног. У пракси се ти подаци обично не прибављају, већ се те околности утврђују на основу онога што окривљени изнесе у својој одбрани, а без проверавања.

Рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе су нове казне у нашем кривичном законодавству, а када изрекне неку од ових ка-

зни суд је дужан у образложењу пресуде навести разлоге који су га определили за изрицање неке од ових казни, а у складу са условима прописаним за њихово изрицање (члан 52. и 53. КЗ). Код казне рад у јавном интересу суд ће посебно образложити због чега је нашао да ће се том казном остварити сврха кажњавања, имајући при том у виду врсту учињеног кривичног дела и личност учиниоца, па је и овде нужно прибавити што више података да би се упознала личност учиниоца.

Код изрицања условне осуде суд је дужан да у образложењу пресуде наведе разлоге којима се руководио када је нашао да окривљеном треба изрећи ову кривичну санкцију, а на то га обавезује и одредба члана 361. став 8. ЗКП. Наиме, у образложењу суд јасно треба да наведе да су испуњени услови за изрицање условне осуде, тј. прво треба навести како је суд закључио да се ради о лакшем кривичном делу, а затим на основу чега је закључио да примена казне у конкретном случају није нужна и да се може очекивати да ће и само упозорење уз претњу казном довољно утицати на учиниоца да више не врши кривична дела. У пракси се врло ретко образлаже како је суд закључио да се ради о лакшем кривичном делу, а образложење о томе да примена казне није нужна и да ће и само упозорење уз претњу казном довољно утицати на учиниоца да више не врши кривична дела је обично стереотипно (набрајају се олакшавајуће околности и парафразира одредба члана 64. став 2. КЗ). У пресудама се често погрешно наводи да ће се изреченом условном осудом "остварити циљеви генералне превенције", односно да ће се њоме "утицати на друге да не врше кривична дела", јер из одредбе члана 64. став 2. КЗ произлази да се условна осуда изриче само ради утицаја на учиниоца да више не врши кривична дела, а не и ради утицаја на друга лица да не чине кривична дела.

Уколико суд опозове или не опозове раније изречену условну осуду, у образложењу пресуде ће навести разлоге због чега условну осуду није опозвао (па је казну из условне осуде узео као утврђену) или због чега је опозвао условну осуду.

Уколико суд у образложењу пресуде уопште не наведе разлоге за одлуку о казни (нпр. зашто је изрекао минимално запрећену казну, зашто је казну ублажио, зашто је изрекао условну осуду, зашто је учиниоца ослободио од казне) таква пресуда нема разлога о одлучним чињеницама, што представља битну повреду одредаба кривичног поступка

из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП. Исти случај ће постојати и ако су разлози пресуде у односу на одлуку о казни противречни са изреком пресуде (нпр. у изреци пресуде окривљеног осуди на две године затвора а у образложењу наведе да га је осудио на казну затвора од три године, или у изреци пресуде изрекне казну испод законом прописаног минимума, а у образложењу наведе да није било основа да се окривљеном казна ублажи).

Ако суд није утврдио одлучне чињенице које су од значаја за одлуку о казни или је те чињенице погрешно утврдио, тада се ради о погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању, па се пресуда може побијати по том основу. Одлуком Кж 42/94 од 28.4.1994. године Окружни суд у Београду укинуо је првостепену пресуду због битне повреде из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, јер је првостепени суд изнео произвољан закључак о неосуђиваности оптуженог, као одлучној чињеници којом се руководио приликом одлучивања о казни, иако никакав доказ у циљу утврђивања ове чињенице није изведен на главном претресу. У вези с тим, Г. Илић[5] сматра да се овде ради о погрешно утврђеном чињеничном стању. Указујући на одлуку Врховног суда Србије Кж I 1517/97 од 26. фебруара 1998. године, којом је преиначена првостепена пресуда, јер је првостепени суд погрешно оценио као отежавајућу околност то што је против оптуженог у току кривични поступак за истоврсно кривично дело, исти аутор истиче да се "овде не ради о чињеничној грешци, пошто је првостепени суд исправно утврдио да се против оптуженог води поступак за истоврсно кривично дело. У ствари, суд првог степена је повредио КРИВИЧНИ закон (члан 369. тачка 5. ЗКП)"[6].

У одлукама Кз 10/61 и Кз 65/69 од 04. јануара 1970. године Врховни суд Југославије је заузео став да се пресуда не може укинути само због одлуке о казни[7]. Међутим, има и мишљења да овакав став треба преиспитати[8].

---

[5] Г. Илић: Границе испитивања првостепене кривичне пресуде, "Службени гласник", Београд, 2004. год., стр. 220. и 221.

[6] Г. Илић: op. cit., стр. 221

[7] Видети: М. Дамашка: Може ли се пресуда дјеломично укинути само у одлуци о казни, ЈРКК 1/71

[8] М. Грубиша: op. cit., стр. 146

Судска пракса

У овом делу наводимо одлуке судова које се односе на образложење одлуке о казни, с тим што су неке од тих одлука објављене, а неке не.

*"*Пресуда нема разлога о одлучним чињеницама ако одлука о изреченој казни није уопште образложена*" (Пресуда Општинског суда у Лазаревцу К 181/02 од 01. јула 2002. године и решење Окружног суда у Београду Кж 2533/02 од 21. јануара 2003. године)*[9]*.*

*"*Чињенице и околности које су од значаја за одмеравање казне представљају одлучне чињенице, па уколико су разлози о тим чињеницама и околностима у знатној мери противречни, тиме је учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП*" (Решење Врховног суда Србије Кж I 943/03 од 05. фебруара 2004. године)*[10]*.*

*"*Када суд у образложењу одлуке о казни наведе да окривљени није осуђиван, иако се из извештаја из казнене евиденције види да је више пута осуђиван, то представља разлог за укидање пресуде*" (Решење Окружног суда у Београду Кж 2627/90)*[11]*.*

*"*Првостепени суд није навео разлоге о томе на основу чега је утврдио болест оптуженог од ТБЦ као и да због болести није могао добити дозволу за обављање делатности везане за промет намирница, мада је то морао учинити када је обе околности узео у обзир као олакшавајуће. Тиме је првостепени суд битно повредио одредбе кривичног поступка, јер су олакшавајуће околности одлучне чињенице, пошто се на њих непосредно примењује пропис члана 38. КЗ*" (Одлука Врховног суда Војводине Кж 182/70)*[12]*.*

*"*Суд није дужан да у писменом отправку пресуде образложи зашто није прихватио предлог одбране да се оптуженом, као пунолетном учиниоцу, уместо прописане казне затвора изрекне васпитна мера*" (Пре-*

[9] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд
[10] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд
[11] С. Вуковић: Коментар ЗКП, "Пословни биро", Београд, 2002. год., стр. 349
[12] С. Вуковић: op. cit., стр. 356

суда Окружног суда у Београду К 271/99 од 28. септембра 1999. године и пресуда Врховног суда Србије Кж I 1794/00 од 13. фебруара 2001. године)[13].

*"*Суд је дужан да у образложењу наведе околности које је узео у обзир приликом одмеравања казне, при чему се подразумева да су околности такве да се из њихове рационалне вредности може извести закључак да треба да утичу на одмеравање казне. Прост неповољан или повољан утисак, који су оптужени и оштећени оставили на суд, не може имати снагу олакшавајуће или отежавајуће околности којом би се образложила изречена казна*" (Одлука Врховног суда Србије Кж 621/67 од 11. маја 1967. године)[14].*

*"*Пропуштањем првостепеног суда да у образложењу пресуде наведе особито олакшавајуће околности у смислу члана 42. КЗ СРЈ, када је у изреци пресуде применом члана 42. осуђеном ублажена казна затвора, у границама прописаним у члану 43. КЗ СРЈ, тиме није учињена повреда кривичног закона из члана 365. тачка 5. ЗКП, већ битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 364. став 1. тачка 11. ЗКП*" (Пресуда Савезног суда Кзс 2/96 од 30. октобра 1996. године)[15].*

У сличном случају, Окружни суд у Београду, одлучујући у другом степену, је нашао да се ради о повреди КРИВИЧНОГ закона. Та одлука гласи: "Повређен је кривични закон у погледу одлуке о казни, када окривљеном изрекне блажу казну од посебног минимума, а ту казну не ублажи по основима за ублажавање казне*" (Пресуда Првог општинског суда у Београду К 1399/05 од 02. октобра 2006. године и пресуда Окружног суда у Београду Кж 339/07 од 06. марта 2007. године)[16]. У образложењу одлуке Окружног суда у Београду се наводи да првостепени суд олакшавајућим околностима на страни окривљеног није дао карактер особито олакшавајућих из члана 42. и 43. ОКЗ, а утврдио му је казну испод посебног минимума запрећене казне, чиме је повредио Кривични закон,***

[13] И. Симић: Збирка судских одлука из кривичноправне материје, "Службени гласник", Београд, 2002. год., стр. 282

[14] Т. Васиљевић и М. Грубач: Коментар ЗКП, "Службени гласник", Београд, 1999. год., стр. 582.

[15] Електронска база судске праксе, "Intermex", Београд

[16] "Билтен Окружног суда у Београду" број 76/07

па је другостепени суд ову повреду отклонио, тако што је окривљеном утврдио казну затвора од једне године. Иако из оваквог образложења није најјасније, очигледно је да у овом случају првостепени суд у образложењу пресуде није дао разлоге који су га определили да казну ублажи. Стога би се у том случају пре могло говорити о битној повреди из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП (пресуда нема разлога о одлучним чињеницама).

У једној другој одлуци, другостепени суд стоји на становишту да недостатак разлога о ублажавању казне представља битну повреду одредаба кривичног поступка, а та одлука гласи: "Постоји битна повреда одредаба кривичног поступка ако пресуда не садржи податке о особито олакшавајућим околностима на основу којих је извршено ублажавање казне" ***(Одлука Окружног суда у Смедереву Кж 603/86)[17]. У сличном случају, Врховни суд Србије у својој одлуци сматра да такав пропуст првостепеног суда не представља битну повреду одредаба кривичног поступка, а та одлука гласи: "***Када првостепени суд у својој пресуди не назначи које од олакшавајућих околности сматра особито олакшавајућим, у смислу члана 42. КЗЈ, приликом одмеравања казне, тај недостатак не представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка***" (Пресуда Окружног суда у Београду К 119/00 од 15. јуна 2000. године и пресуда Врховног суда Србије Кж I 1511/00 од 28. новембра 2000. године)[18]. У образложењу другостепене пресуде се наводи да је првостепени суд у образложењу пресуде навео само које је околности утврдио као олакшавајуће, а које као отежавајуће, те да није назначио које од утврђених олакшавајућих околности сматра особито олакшавајућим, али да тај недостатак нема тежину наведене битне повреде због кога би пресуду требало укинути. Очигледно је да и у овом случају првостепена пресуда није садржавала разлоге за одлуку о казни, односно о ублажавању казне. У једној другој одлуци, Врховни суд Србије је заузео сасвим супротан став, а та одлука гласи: "***Пропуст првостепеног суда да у образложењу пресуде наведе разлоге којима се руководио при изрицању блаже казне од законом предвиђене за то кривично дело, представља битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тач-

[17] С. Вуковић: op. cit., стр. 346

[18] Електронска база судске праксе, "Интермекс", Београд

ка 11. ЗКП*" (Пресуда Врховног суда Србије Кзз 39/04 од 23. јуна 2004. године)*[19]

*"*Ако у писменој израђеној пресуди нема разлога којима се суд руководио при изрицању условне осуде, тиме је учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 364. став 1. тачка 11. ЗКП*" (Пресуда Петог општинског суда у Београду К 771/91 од 29. маја 1992. године и решење Окружног суда у Београду Кж 1675/92 од 28. септембра 1992. године)*[20]*.*

Пресудом Окружног суда у Шапцу К 253/04 од 28. децембра 2005. године окривљени је оглашен кривим због кривичног дела из члана 245. став 3. ОКЗ и осуђен на новчану казну у износу од 5.000 динара. Образложење одлуке о казни гласи: "За извршено кривично дело суд је оптуженог осудио на новчану казну од 5.000 динара ценећи да је овако изречена казна сразмерна тежини кривичног дела и да ће се истом у потпуности остварити сврха кажњавања". Овакво образложење одлуке о казни је непотпуно и представља прави пример како не треба писати образложење одлуке о казни. Наиме, пресуда нема разлога о одлучним чињеницама, с обзиром да суд не наводи разлоге због чега се определио за изрицање новчане казне, која је алтернативно прописана за ово кривично дело, затим не наводи које околности је ценио при одмеравању казне, нити помиње да је окривљени више пута осуђиван за истоврсно кривично дело (четири пута за кривично дело из члана 245. став 1. ОКЗ, једном за кривично дело из члана 246. став 1. ОКЗ и два пута за кривично дело из члана 33. став 1. Закона о оружју и муницији), нити се помиње постојање било каквих олакшавајућих околности, као ни то какво је имовно стање окривљеног и да ли је оно цењено, и сл.

У пресуди Окружног суда у Суботици К 13/05 од 30. јуна 2006. године у изреци пресуде нису наведени потпуни лични подаци за сву тројицу оптужених (нпр. није наведено њихово брачно стање, да ли имају деце, да ли су запослени, да ли су осуђивани или неосуђивани, и

[19] И. Симић: Збирка судских одлука из кривичноправне материје, "Службени гласник", Београд, 2005. год., стр. 279

[20] И. Симић: Збирка судских одлука из кривичноправне материје, "Службени гласник", Београд, 1994. год., стр. 272

др.). У образложењу одлуке о казни наведено је следеће: "На страни оптужених суд није нашао олакшавајућих околности а приликом одмеравања казне сваком појединачно је ценио друштвену опасност почињеног кривичног дела, време извршења истог, количину дроге коју су оптужени Ј. и С. набавили, а оптужени М. од њих купио, као и њихове имовинске и здравствене прилике, посебно здравствено стање оптуженог И., као и С., те им изрекао затворске казне у трајању како је претходно наведено а у изреци пресуде означено". Овакво образложење одлуке о казни је потпуно нејасно, јер је несхватљиво да код све тројице оптужених нема ни једне олакшавајуће околности, а посебно због тога што суд касније у образложењу наводи да је ценио имовно стање и здравствене прилике оптужених (то су ваљда олакшавајуће околности). Такође, нејасно је шта значи "време извршења кривичног дела" (ако се мислило на протек времена од извршења кривичног дела, онда то тако треба и написати), а из формулације да је суд ценио "имовинске и здравствене прилике" не може се закључити какве су те имовинске и здравствене прилике све тројице оптужених.

У пресуди Окружног суда у Крагујевцу К 26/06 од 30. марта 2006. године при образлагању одлуке о казни суд наводи да окривљени није осуђиван, што је цењено као олакшавајућа околност, с тим што суд није ту чињеницу поуздано утврдио. Уз жалбу ОЈТ је приложио извод из казнене евиденције из кога се види да је окривљени осуђиван, па је првостепена пресуда укинута (нису утврђене одлучне чињенице од значаја за одлуку о казни).

У пресуди Окружног суда у Зрењанину К 58/06 од 28. септембра 2006. године суд је оптуженог због кривичног дела из члана 297. став 2. у вези члана 289. став 1. КЗ осудио на казну затвора у трајању од десет година (запрећена казна од 2 до 12 година затвора). У образложењу одлуке о казни суд наводи да није нашао отежавајуће околности (нејасно је како је онда изрекао казну ближе прописаном максимуму). Након тога, у образложењу одлуке о казни се наводи "да је имао у виду: да је оптужени учинио више пропуста, да је у конкретном случају у саобраћајној незгоди учествовао аутобус, значи саобраћајно средство за јавни превоз путника, који по правилу превози већи број лица, да је у конкретном случају и стварна последица телесно повређивање и смрт већег броја лица... ". Дакле, из оваквог образложења очигледно произла-

зи да је било отежавајућих околности и да их је првостепени суд ценио ("имао у виду"), али је нејасно колико је то лица повређено а колико погинуло ("већи број лица" може значити три, пет или десет).

У пресуди Окружног суда у Новом Саду К 53/06 од 15. маја 2006. године у личним подацима за тројицу оптужених није наведено да ли су раније осуђивани, док се у образложењу пресуде наводи да је трећеоптужени "до сада више пута осуђиван, да је између осталог осуђиван због истоврсног дела". Овакво образложење је непотпуно, јер се из њега не види на основу чега је утврђено да је оптужени више пута осуђиван (што истиче бранилац у жалби) а "више пута" може значити два, три, седам, итд. Такође, у образложењу се не наводи о којим пресудама је реч, на које казне је осуђен, и сл.

Пресудом Општинског суда у Шапцу К 534/04 од 25. маја 2005. године оптужени је оглашен кривим због кривичног дела из члана 53. став 2. КЗ РС и изречена му је условна осуда (осам месеци затвора, условно на две године). У образложењу одлуке о кривичној санкцији је наведено да је суд ценио олакшавајуће околности (које се наводе), те да није било отежавајућих околности, па је "применом института ублажавања кривичне санкције изрекао му условну осуду у уверењу да ће се и са условном осудом према окривљеном остварити сврха кажњавања из члана 33. ОКЗ... ". Овде се суд погрешно позива на институт ублажавања казне код изрицања условне осуде, али с друге стране, суд није образложио због чега је ублажио "казну којом се прети", с обзиром да је она утврђена испод законом прописаног минимума.

У пресуди Окружног суда у Зајечару К 190/06 од 12. септембра 2007. године код образлагања одлуке о казни суд наводи да је "околност да је раније осуђиван због истоврсног кривичног дела ценио као отежавајућу околност", да би касније, када говори о ублажавању казне уз примену нарочито олакшавајућих околности истакао: "све ово у одсуству отежавајућих околности". Очигледно је да је овакво образложење одлуке о казни противречно, с тим што треба истаћи да се у изреци пресуде наводи да је оптужени раније осуђиван.

Пресудом Окружног суда у Новом Саду К 56/05 од 14. априла 2005. године оптужени је оглашен кривим због кривичног дела из члана 168. став 1. КЗ РС (као аутостопер зауставио оштећену а касније јој ставио нож под грло и одузео јој сав новац и мобилни телефон). При

одмеравању казне суд му је као олакшавајуће околности ценио: "да је дело извршено у стању смањене урачунљивости, а услед алкохолисаности... те да није применио прекомерну силу... ", с тим што је ове олакшавајуће околности оценио као особито олакшавајуће околности и ублажио казну. Врховни суд Србије, уважавајући жалбу ОЈТ, преиначио је првостепену пресуду у делу одлуке о казни и оптуженом изрекао казну затвора у границама прописане казне, истичући да две поменуте околности не могу имати значај олакшавајућих околности, па ни особито олакшавајућих околности.

Пресудом Окружног суда у Шапцу К 41/04 од 14. маја 2004. године тројица оптужених су оглашени кривим због кривичног дела из члана 168. став 1. ОКЗ, а четврти за исто кривично дело у покушају, с тим што је први оптужени осуђен на једну годину и шест месеци затвора, други и трећи на по једну годину затвора, а четврти на три месеца затвора. Образложење одлуке о казни гласи: "За извршена кривична дела суд је оптуженима изрекао казне затвора у трајању како је то ближе исказано у изреци пресуде, сматрајући да ће се изреченим казнама у потпуности остварити сврха кажњавања како у општем тако и у појединачном смислу. Приликом одмеравања казни суд је од олакшавајућих околности узео да су породични људи и држање пред судом, осим за В. По оцени суда посебно отежавајућих околности ни код једног оптуженог није било". Овакво образложење је нејасно и непотпуно из више разлога: прво, уопште се не образлаже зашто су оптуженима изречене различите казне, друго, суд истиче да није било отежавајућих околности а прва тројица отужених су до сада по три пута осуђивани, треће, оптуженом В. није као олакшавајућа околност цењено држање пред судом (само он није признао извршење кривичног дела), четврто, суд је четвртом оптуженом ублажио казну али није за то навео разлоге, па је нејасно да ли је ублажавање извршено због тога што се код њега ради о покушају или због постојања особито олакшавајућих околности.

Пресудом Окружног суда у Београду К 1344/06 од 04. децембра 2006. године суд је оптуженог због кривичног дела из члана 113. КЗ, у вези члана 19. став 3. КЗ, ослободио од казне. У образложењу пресуде суд наводи да је имао у виду да је ово кривично дело "извршио у прекорачењу нужне одбране услед јаке раздражености изазване нападом по-

којног Р., суд је на основу члана 19. став 3. КЗ окривљеног ослободио од казне за ово кривично дело... ". Очигледно је да ова пресуда нема разлога за ослобођење од казне.

Ставови из препоруке Савета Европе

Комитет министара Савета Европе је 1992. године усвојио Препоруку бр. Р (92) 17 о доследности приликом одређивања казни[21], у којој се одређени ставови односе и на образложење одлуке о казни у кривичној пресуди.

У делу под називом "Отежавајући и олакшавајући фактори", између осталог, се наводи да најважнији отежавајући и олакшавајући фактори "морају бити појашњени у оквиру права односно судске праксе ... да када год је то могуће, у праву односно пракси треба настојати да се дефинишу и они фактори који се не сматрају релевантним у односу на одређена кривична дела". Посебно се потенцира да "чињенични основ за одмеравање казне треба увек исправно доказати". С тим у вези, ако суд намерава да да узме у обзир неки отежавајући фактор, мора се уверити да је он ван сваке сумње доказан, "...а пре него што одбије да узме у обзир неки фактор који је изнет у циљу ублажавања, мора да утврди да тај фактор не постоји".

У делу под називом "Претходно осуђивање" се истиче да претходно осуђивање "не треба користити механички као фактор који иде на штету оптуженог" и др.

Део под називом "Образложење казне" гласи:

"1. Генерално, судови би требало да изнесу конкретне разлоге за изрицање казни. Конкретне разлоге би посебно требало навести ако је изречена казна затвора. Уколико постоје оријентири односно полазне основе за одређивање казни, предлаже се да судови наведу разлоге ако казна излази из опсега прописаних казни.

[21] Видети: Збирка одабраних препорука Савета Европе, Београд, 2004. год., стр. 27-36

2. Као "разлог" се рачуна мотив који конкретну казну везује за опсег уобичајених казни за ту врсту кривичних дела и за прокламоване разлоге одмеравања казне".

У препоруци се говори о потреби да судије и јавност буду редовно информисани о пракси одмеравања казни, о потреби статистичких и других истраживања о изрицању казни, и др.

Закључна разматрања

Одмеравање казне учиниоцу кривичног дела је веома важна делатност суда, али јој се у пракси не даје потребни значај. Судови су превасходно сконцентрисани на утврђивање објективних елемената кривичног дела и кривице, а када дође на ред индивидуализација и одмеравање казне, томе се прилази као некој споредној ствари у кривичном поступку. Околности од значаја за одмеравање казне често се не утврђују нити проверавају у току поступка, па до одмеравања казне обично долази по утиску стеченом у току поступка. Ако се има такав приступ, онда и образложење одлуке о казни у пресуди није на потребном нивоу, већ се у многоме своди на стереотипно набрајање олакшавајућих и отежавајућих околности које су цењене при одмеравању казне.

Да би образложење одлуке о казни било квалитетно, неопходно је располагати са што више података и чињеница о личности учиниоца, те стално имати у виду да се чињенице и околности од значаја за одмеравање казне сматрају одлучним чињеницама и да се морају у поступку утврђивати као и све друге одлучне чињенице. Другим речима, те чињенице и околности морају бити на несумњив начин утврђене (помоћу одговарајућих доказа) и адекватно оцењене (вредноване), прво свака посебно, а онда све заједно са другим околностима од значаја за одмеравање казне.

Неки примери из судске праксе, на које смо указали, упућују на закључак да се код писања образложења одлуке о казни поступа површно и механички, да се користе стереотипне формулације или се парафразирају законске одредбе, па због тога нису ретки случајеви да долази и до укидања пресуда због битних повреда одредаба кривичног поступка, а које се односе на одлуку о казни. Међутим, чешћи су случаје-

ви да и другостепени судови "прелазе" преко таквих пропуста првостепених судова који се тичу образложења одлуке о казни, а што није добра пракса.

Да би се постојећа пракса код писања образложења одлуке о казни променила, те побољшао квалитет образложења одлуке о казни, потребно је још од истраге прикупљати податке и чињенице од значаја за одмеравање казне, нарочито оне које се тичу упознавања личности окривљеног, затим утврђене околности детаљно анализирати и ценити, а код писања образложења одлуке о казни уложити више напора и навести јасне и аргументоване разлоге, који ће сваког, па и окривљеног, уверити да је изречена казна у конкретном случају била потребна и оправдана. Свакако, за то је потребно добро познавање законских одредаба значајних за одмеравање казне и писање образложења одлуке о казни, те праћење и проучавање судске праксе из ове области. Повремено анализирање судских одлука у делу који се односи на образложење одлуке о казни унутар судова, те указивање на грешке и пропусте, може бити од користи за побољшање квалитета образложења одлуке о казни.

Наравно, и образложење одлуке о изрицању других кривичних санкција (нарочито условне осуде) мора да буде аргументовано и да се из њега јасно види шта је определило суд за изрицање баш те кривичне санкције.

Бата Цветковић,
судија Врховног суда Србије

ПОВРЕДА ПРАВА ОДБРАНЕ НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ КАО ЖАЛБЕНИ ОСНОВ ПОБИЈАЊА ПРВОСТЕПЕНЕ ПРЕСУДЕ

Право одбране окривљеног је једно од основних и најелементарнијих људских и уставних права. У области људских права оно је у међународним оквирима у најширем смислу регулисано одредбама Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, посебно одредбом члана 6. у оквиру права на правично суђење, а наш нови Устав Србије је по узору на одредбе поменуте конвенције, које регулишу ову материју из домена права одбране, а посебно права одбране на главном претресу у највећој мери преузео и конкретизовао наведене одредбе Европске конвенције, дајући им карактер уставних категорија, које су у Уставу Србије прописане одредбом члана 32. у вези права на правично суђење и одредбом члана 33, која регулише посебна права окривљеног.

Пошто се ради о једном од основних људских и уставних права, то је право на одбрану окривљеног у нашем садашњем Законику о кривичном поступку, регулисано бројним одредбама ЗКП, које су у највећој мери усклађене са горе наведеним одредбама Европске конвенције за заштиту људских права и Устава Србије. Тим одредбама су регулисана бројна права окривљеног, као и права браниоца окривљеног у склопу ширег тумачења појма права одбране, а у вези процесних права одбране у свим фазама кривичног поступка, почев од основних начела и преткривичног поступка, па до поступка по правним лековима. Због тога одредбе ЗКП, које регулишу право одбране окривљеног, нису систематизоване у посебном делу - поглављу ЗКП, већ су сврстане у различитим поглављима ЗКП у зависности од фазе кривичног поступка.

Управо због тога, често се поставља питање тумачења појма "повреда права одбране", па се генерално може дати одговор да је по-

вреда права одбране један општи појам који садржи бројне повреде конкретних одредаба ЗКП, које регулишу положај и процесна права окривљеног у свим фазама кривичног поступка.

Пошто је предмет овог реферата повреда права одбране на главном претресу као жалбени основ побијања првостепене пресуде, то ће у даљем делу овог реферата предмет анализе бити једна ужа област повреда права одбране, која је везана искључиво за повреде права одбране на главном претресу, а које могу представљати жалбени основ за побијање првостепене пресуде, који жалбени основ је и прописан одредбом члана 368. ЗКП.

Процесни аспект повреде права одбране на главном претресу као жалбени основ (члан 368. ЗКП)

Одредба члана 368. ЗКП се генерално односи на повреде кривичног поступка, које се према степену штетног деловања на законито и правилно доношење пресуде деле на апсолутне и релативне повреде кривичног поступка. Код апсолутних повреда кривичног поступка, које су таксативно побројане не треба ценити узрочну везу између учињене повреде и њеног штетног дејства на пресуду, будући да наведене повреде саме по себи претпостављају штетно деловање на законито и правилно пресуђење. У оквиру ових апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка, које су таксативно побројане у члану 368. став 1. тачка 1. до 11. ЗКП, законодавац је што се тиче одредби у погледу повреде права одбране окривљеног на главном претресу изричито у тачки 3. цитираног члана најпре предвидео као апсолутно битну повреду процесну ситуацију када је главни претрес држан без лица чије је присуство на главном претресу по законику обавезно, а у односу на окривљеног то је случај неприсуствовања окривљеног на главном претресу у редовном поступку, осим законом предвиђених процесних ситуација, када се главни претрес може држати и без присуства окривљеног. Поред тога, као апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, законодавац је у погледу повреде права одбране у тачки 3. цитираног члана предвидео и повреду права окривљеног када му је противно његовом захтеву ускраћено да на главном претресу употребљава свој језик и да на свом језику прати ток главног претреса. У овим процесним ситуацијама, ради се о апсолутно битним повредама одре-

даба ЗКП, које се односе на повреду права одбране окривљеног на главном претресу, тако да није нужно доказивати узрочну везу између ових повреда и њиховог штетног дејства на пресуду, већ се иста претпоставља и доводи до ситуације да се пресуда мора укинути.

Много је већи број случајева повреда права одбране на главном претресу које немају карактер апсолутних повреда одредаба кривичног поступка, већ карактер релативних повреда, које управо због тога нису, а и не могу таксативно бити побројане, а чије постојање је као жалбени основ прописано одредбом члана 368. став 2. ЗКП.

Стога Законик о кривичном поступку у ставу 2. члана 368, једном уопштеном формулацијом без таксативног набрајања узима да ова повреда постоји уколико је поред случајева неправилне примене неке од одредби ЗКП, на главном претресу повређено и право одбране, а то је било или је могло бити од штетног утицаја на законито и правилно доношење пресуде. Дакле, законодавац је оставио суду да у свакој конкретној ситуацији процењује да ли је евентуална повреда неке одредбе, која регулише право одбране окривљеног на главном претресу, могла бити од штетног утицаја на законито доношење пресуде и самим тим представљати жалбени основ, који би довео до укидања пресуде у жалбеном поступку.

Овакво законско решење је довело до ситуације, да је углавном судска пракса кроз велики број одлука дала значајан допринос у циљу прецизнијег тумачења ове законске одредбе и већ створила неке ''стандарде'', који представљају опште прихваћене ставове како судске праксе, тако и правних теоретичара у погледу повреда права одбране на главном претресу као жалбеног основа за побијање првостепене пресуде у смислу члана 368. став 2. ЗКП. У том смислу су у судској пракси већ опште прихваћени ставови да повреду права одбране на главном претресу најчешће представљају процесне ситуације када судеће веће после преквалификације оптужбе са лакшег на теже кривично дело, на захтев окривљеног и браниоца не одложи главни претрес и остави довољно времена за припрему одбране у тако измењеној процесној ситуацији, већ настави са извођењем доказа и држањем главног претреса или када у случају обавезне одбране непосредно пре почетка главног претреса суд постави браниоца по службеној дужно-

сти окривљеном, а не омогући му да се детаљно упозна са списима предмета и припреми одбрану у консултацији са окривљеним.

У судској пракси је као релативна повреда кривичног поступка, а у вези са повредом права одбране окривљеног позната иначе и врло честа процесна ситуација када током главног претреса дође до измене састава већа и претрес почне изнова, а да се на том новом главном претресу не чита поново оптужба и поред захтева одбране, што представља кршење основног начела да окривљени а и нови чланови већа на том новом главном претресу буду упознати са садржином оптужног акта, без обзира што је на неком од ранијих претреса тај оптужни акт прочитан. Овде треба указати и да се у пракси у оваквим процесним ситуацијама у највећем броју случајева само констатује на записнику са главног претреса да је оптужни акт прочитан, а да се формално оптужба не чита поново, али то само у ситуацији уколико је то сагласан предлог и одбране, међутим, уколико одбрана захтева да се због поновног почетка главног претреса оптужба чита, онда је то и неопходно учинити јер би у противном било повређено право одбране да у поновном поступку који почиње изнова окривљени буде непосредно упознат са оптужбом на главном претресу.

Такође, судска пракса се у вези повреда права одбране на главном претресу, као релативне повреде поступка определила и у вези процесних ситуација, када је окривљени из разлога одржавања процесне дисциплине на главном претресу, због нарушавања реда у судници био удаљен из суднице, а потом, пре завршетка доказног поступка није био позван и обавештен о току главног претреса и изведеним доказима у његовом одсуству. У вези процесне недисциплине окривљеног познати су и случајеви у досадашњој судској пракси, да стоји повреда права одбране као релативна повреда поступка, уколико је главни претрес држан упркос томе што је окривљени био у видно алкохолисаном стању или под дејством наркотика, које ситуације саме по себи постављају питање способности окривљеног да у таквом стању износи своју одбрану и активно учествује у процесним радњама на главном претресу.

Напред изнети примери из судске праксе у вези са повредом права одбране на главном претресу, као релативне повреде одредаба кривичног поступка, представљају само један мањи број случајева који

су поменути као очигледни примери када је повреда права одбране на главном претресу као релативна повреда кривичног поступка, представљала жалбени основ, који је довео до укидања првостепене пресуде, док се преостали случајеви из судске праксе не могу побројати нити прецизно определити, јер је законодавац управо због овлашћења која је дао суду у ставу 2. члана 368. ЗКП, да у сваком конкретном случају суд цени да ли је повреда права одбране на главном претресу могла бити од утицаја на законито и правилно доношење пресуде у том конкретном предмету, оставио могућност судовима и судској пракси да примену наведеног жалбеног основа врло широко тумаче и примењују фактички на неограничен број случајева.

Због тога је у овом делу неопходно указати на потребу знатно ширег тумачења појма повреда права одбране, самим тим и ширег тумачења у примени овог жалбеног основа у судској пракси, с обзиром на основни смисао одредбе члана 6. Европске конвенције о људским правима у вези права на правично суђење, као и одредбе Устава Србије, које су наведено право на правично суђење посебно инкорпорирале и дале му карактер уставног начела.

Руководећи се овим принципима, приметно је да се сада у судској пракси у неким одлукама знатно шире тумаче одредбе које регулишу право одбране, самим тим и повреду тог права у складу са основним принципима у оквиру права на правично суђење, иако би тумачење само постојећих одредби ЗКП указивало да такве повреде формално нема. У том смислу посебно је карактеристичан случај где је оптужени током главног претреса упорно инсистирао да је незадовољан начином одбране постављеног браниоца по службеној дужности и нивоом сарадње с њим, због чега је тражио промену браниоца, што није удовољено од стране првостепеног суда и у ком поступку је оптуженом изречена максимална казна затвора од 40 година. Иако је бранилац уложио жалбу на такву пресуду, ипак се није појавио пред другостепеним судом, па је Врховни суд нашао да, иако су формално испуњени услови у погледу заступања - одбране постављеног браниоца по службеној дужности на главном претресу и у жалбеном поступку, несарадња са оптуженим која је резултирала и недоласком браниоца пред другостепеним судом и поред тога што је изречена максимална казна затвора, указује да је таквим поступањем и несарадњом браниоца са оптуже-

ним било повређено право одбране оптуженог, које представља битну повреду одредаба кривичног поступка, а која је била од утицаја на правилно и законито доношење пресуде јер због несарадње оптужени није имао одговарајуће услове за припрему своје одбране на главном претресу као и у вези изјашњења пред другостепеним судом.

Треба рећи и то да никакви материјални издаци или принципи економичности вођења кривичног поступка, не могу представљати лимитирајући фактор у ограничавању права одбране окривљеног, нити могу представљати разлог за уже тумачење жалбеног основа у вези повреде права одбране окривљеног на главном претресу, па је у том смислу интересантно указати и на случај где је оптужени пре почетка главног претреса отказао пуномоћје свом браниоцу и обавестио суд да ће ангажовати другог изабраног браниоца, што је присутни бранилац сагласно потврдио обавештавајући суд да ће због тога напустити главни претрес, међутим, првостепени суд је "задржао" присутног браниоца, због економичности поступка, да би на наведеном главном претресу саслушао вештака који је по позиву приступио пред судом, тако да је главни претрес држао формално у присуству браниоца, али је тиме повређено право одбране окривљеног на главном претресу у смислу ангажовања изабраног браниоца, која повреда права одбране је по ставу другостепеног суда била од утицаја на законито и правилно пресуђење, што је представљало повреду одредбе члана 368. став 2. ЗКП, због чега је првостепена пресуда и укинута.

Посебна је обавеза судије појединца или судећег већа, да на главном претресу у сваком конкретном случају процене да ли ће својом одлуком приликом руковођења главним претресом, ускратити одређена процесна права окривљеног, која одлука може имати карактер повреде права одбране окривљеног на главном претресу, без обзира на новонасталу процесну ситуацију и положај који је у тој фази евентуално повољнији по окривљеног. Због тога постојаће повреда права одбране као битна повреда одредаба кривичног поступка, која је била од утицаја на законито и правилно доношење пресуде и у ситуацији када је током главног претреса ОЈТ преквалификовао оптужницу са тежег на лакши облик истог кривичног дела, при чему првостепени суд није дао право окривљеном да се одмах на главном претресу изјасни у својој одбрани у вези са преквалификованом оптужницом, без обзира што је

та квалификација повољнија по окривљеног, а на наредном главном претресу и поред изричитог захтева окривљеног да му је на тај начин повређено право одбране првостепени суд је наставио главни претрес извођењем доказа и давањем завршне речи, те је претрес окончан без изјашњења окривљеног у вези преквалификоване оптужнице. У конкретном случају по ставу другостепеног суда, стоји повреда права одбране окривљеног у смислу члана 368. став 2. ЗКП, јер је окривљеном онемогућено изјашњење у вези преквалификоване оптужнице, које је право могао користити у било којој фази главног претреса, па је без утицаја чињеница да се окривљени након преквалификације оптужнице налазио у повољнијој процесној ситуацији због преквалификације на лакши облик извршења кривичног дела као и чињеница да је претходно изнео своју одбрану у вези тежег облика извршења наведеног кривичног дела.

Сви истакнути примери указују да се у судској пракси готово свакодневно јављају случајеви повреде неког права одбране, међутим, да ли ће исти имати карактер битне повреде одредаба кривичног поступка у смислу члана 368. став 2. ЗКП, о томе искључиво одлучује суд у сваком конкретном случају, ценећи да ли је та повреда имала утицај на правилно и законито пресуђење. Врло често је тај утицај повреде права одбране на правилно пресуђење предмет бројних дилема судова у фази одлучивања, јер је готово сигурно да сваки предмет представља посебну процесну ситуацију, која готово никада није идентична са изложеним примерима, па је у том смислу и циљ овог реферата да укаже на неке најкарактеристичније случајеве, као и на неке нове тенденције у судској пракси у смислу ширег тумачења повреде овог права у складу са општеприхваћеним принципом права на правично суђење, а све у циљу уједначавања судске праксе и законитог пресуђења.

Уместо закључка

Имајући у виду напред изнете разлоге у прилог закључку да повреда права одбране на главном претресу представља врло значајан жалбени основ побијања првостепене пресуде, сигурно је да ће неко поставити питање формалног изостављања овог жалбеног основа у новом Законику о кривичном поступку чија је примена одложена до 01.01.2009. године. Наиме, у одредби члана 392. став 2. тачка 2. поме-

нутог Законика о кривичном поступку је предвиђено да битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако суд у току поступка није применио или је неправилно применио коју одредбу тог законика, а то је било од утицаја на законито и правилно пресуђење. Дакле, формално је у односу на сада важећу одредбу члана 368. став 2. ЗКП, изостављена формулација "или је на главном претресу повредио право одбране а то је било или је могло бити од утицаја на законито и правилно доношење пресуде", што управо конкретизује повреду права одбране. Очигледно је да је законодавац новом формулацијом "ако суд у току поступка није применио или је неправилно применио коју одредбу тог законика, а то је било од утицаја на законито и правилно пресуђење", сматрао да су оваквом формулацијом обухваћене и одредбе постојећег ЗКП које регулишу повреду права одбране у смислу члана 368. став 2. ЗКП, па би било непотребно то понављати и посебно потенцирати.

Такво законско решење ни у ком случају не умањује значај одредби које регулишу повреду права одбране на главном претресу, а самим тим и никако не умањује значај повреде тог права, као жалбеног основа.

Због тога, на крају треба рећи да је сврха овог реферата с једне стране указивање на значај овог жалбеног основа као гаранта поштовања права одбране, а с друге стране овај реферат представља апел судовима да у свом раду доследно поштују одредбе Устава и Законика о кривичном поступку које регулишу право одбране, и у свакој процесној ситуацији своје одлуке доносе у складу са наведеним одредбама, водећи притом и рачуна о међународним стандардима из домена права на правично суђење, јер ће се само тако учврстити владавина права, као основни елеменат демократског друштва.

Јанко Лазаревић,
судија Врховног суда Србије

НЕКА ЗАПАЖАЊА О РАДУ НИЖЕСТЕПЕНИХ СУДОВА

У члану 16. став 2. Законика о кривичном поступку који се сада примењује прописано је: "суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку".

Овај законски текст сваки судија (општински, окружни и Врховни) би требало да има на уму и да га што доследније спроводи у пракси, јер тиме би се заштитила многа људска права, а пре свега право на суђење у разумном року.

Поред члана 16. став 2. Законика о кривичном поступку такође сваки судија треба да има у виду и одредбу члана 1. став 1. Законика о кривичном поступку где стоји: "овај законик утврђује правила са циљем да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које предвиђа кривични закон и на основу законито спроведеног поступка".

Управо полазећи од напред цитираних одредби, а имајући у виду реално стање у нашим судовима, без зле намере, одлучио сам да изнесем нека моја запажања о раду нижестепених судова, са жељом да рад и квалитет судова буде што виши.

Приликом обилазака појединих судова један од најчешћих проблема који је истицан, како од председника судова тако и од тада присутних судија, је био недовољан број судија. Стоји чињеница да многи судови немају попуњену систематизацију, али поједине анализе указују да у Србији има већи број судија од потребног. На овом месту нећу полемисати о броју судија и разлозима непопуњености систематизованих судијских места. Лично сматрам да и са постојећим бројем судија, у великом броју судова, могу да се постигну знатно бољи резултати

него што су сада. Поставља се питање како то учинити. Одговор је једноставан - бољом личном организованошћу сваког судије понаособ. Пре свега доследним поштовањем радног времена, благовременом припремом сваког предмета и правилним распоредом суђења.

Везано за истражне предмете чини ми се да се притвори често непотребно одређују, а пре свега и када се одреди предуго траје и олако се од нижестепених па и самог Врховног суда продужавају. Запажа се да се на притворским предметима недовољно ради и не поступа са посебном хитношћу. Један од проблема је да се предлог за продужење притвора неблаговремено доставља Врховном суду, тако да Врховни суд је често у прилици да на брзину, без детаљнијег упознавања са предметом, одлучује о продужењу притвора. Стога је потребно такве предмете благовремено достављати Врховном суду и са детаљним и образложеним предлогом, а не са једном или две реченице, што је још један од доказа да се са притворским предметима не поступа како је то прописано почев од Устава па надаље. Поред тога, образложења решења о одређивању или пак о продужавању притвора су штура, без довољно аргумената и разлога због чега је одређен притвор, односно због чега је продужен. Потребно је да образложења решења како о одређивању тако и о продужавању притвора буду квалитетнија.

Генерална примедба свим судовима, скоро без изузетка, је да су списи неуредни, непописани, непрошивени - повезани - "раскупусани".

Уочава се да у појединим случајевима достава писмена и позива се не врши у складу са одредбама Законика о кривичном поступку.

Одлуке, пре свега пресуде, су преопширне и многе ствари се у њима непотребно понављају и наводе појединости који ама баш ништа не значе за конкретну одлуку и законитост и ваљаност такве одлуке. Све одлуке треба да су јасне и разумљиве, а пресуда треба да садржи оно што је прописано у одредбама Законика о кривичном поступку и ништа више, а ни мање.

Такође је запажено да се након укидања, а поготову ако није притворски предмет, не заказују главни претреси и по неколико месеци па чак и годину и више дана.

Главни претреси се сувише много одлажу и често на дуже време. Одлагања се могу смањити активнијом улогом судија и праћењем предмета од дана расписивања и коришћењем техничких средстава телефона, факсова и тако даље.

Поједини судови поводом уложеног захтева за ванредно ублажавање казне не достављају целокупне списе већ само захтев и образложени предлог што није добро, већ је потребно доставити целокупне списе са захтевом и образложеним предлогом. Поводом захтева, за ванредно ублажавање казне, потребно је у појединим случајевима извршити провере навода у захтеву а у неким случајевима, а поготову ако се ставља предлог за усвајање захтева, по потреби извршити и вештачење или пак, консултовати одређене стручњаке - најчешће лекаре, ако се ради о погоршању здравственог стања осуђеног.

Када се списи или захтев било које врсте достављају везано за неки предмет потребно је да се увек доставе и целокупни списи.

Потребно је да нижестепени судови цене благовременост и дозвољеност поднесака и захтева како списи не би непотребно долазили у Врховни суд.

Ради што ефикаснијег и квалитетнијег поступка, свим судијама кривичарима препоручујем свакодневно читање Законика о кривичном поступку и пословника, без обзира колико били у уверењу да све одредбе напамет знају, јер једино тако ће бити у прилици да поступају ефикасно и стручно, јер сваким читањем ће се откривати нова видна поља и ширити лично знање и образовање, а све ово зарад праведног и правичног суђења у разумном року а на задовољство свих грађана, па чак и оних којима судите.

Драган Јоцић,
судија Врховног суда Србије

НАЧЕЛО ЗАБРАНЕ REFORMATIO IN PEIUS

Институт кривичног процесног права забране преиначења на горе, забране* reformatio in peius*, садржан је у одредби чл. 382. Законика о кривичном поступку:

"Ако је изјављена жалба само у корист оптуженог, пресуда се не сме изменити на његову штету у погледу правне квалификације кривичног дела и кривичне санције."

На самом почетку ваља указати на језичку непрецизност одредбе чл. 382. ЗКП, у делу који гласи: "Ако је изјављена жалба само у корист оптуженог..." Језичким тумачењем произлази да уколико постоји и жалба тужиоца, тиме не би постојала жалба "само" оптуженог али, по природи ствари, ни само у корист оптуженог, па би се могло закључити да у тој ситуацији нису испуњени услови за примену чл. 382. ЗКП. Међутим, такво становиште било би погрешно. Само постојање жалбе тужиоца и на штету оптуженог, још увек ништа не говори о њеној судбини. Иста може бити одбачена као неблаговремена или недозвољена или одбијена као неоснована. У том случају другостепени суд би мериторно одлучујући о жалби оптуженог, био ограничен одредбом чл. 382. ЗКП.

Међутим, ако другостепени суд о жалби изјављеној на штету оптуженог (због одлуке о казни) није мериторно одлучио јер је била беспредметна због укидања првостепене пресуде по жалби изјављеној у корист оптуженог, првостепени суд на новом главном претресу није везан забраном преиначења на горе али *само у погледу оног дела претходне првостепене пресуде који је побијан жалбом на штету оптуженог.*

Одредба се налази у одељку ЗКП-а *границе испитивања првостепене пресуде* ***па својом садржином поставља ограничења другостепеном суду у поступку по жалби на пресуду. Не само другостепеном суду,***

већ и првостепеном у поновљеном поступку, након укидања првостепене пресуде, затим другостепеном суду код поновног одлучивања о жалбама... Другим речима, забрана једном настала у некој кривичној ствари важи до коначног решења те кривичне ствари.

Домет и значај овог начела се не може успешно определити уколико се не размотри у контексту одредбе која суштински опредељује границе испитивања првостепене пресуде садржане у чл. 380. ЗКП. Овлашћења другостепеног суда у жалбеном поступку ограничена су, у првом реду, управо овом одредбом како у погледу граница (ограничења жалбеним основима) тако и у погледу правца (ограничења жалбеним предлозима) испитивања првостепене пресуде. Другостепени суд је везан у жалби изнетим основима побијања и жалбеним предлозима чиме су му одређене и границе и правац одлучивања и његова одлука не може изаћи изван тако постављнеих ограничења, изузев повреда одредаба кривичног поступка предвиђених у чл. 380. став 1. тачка 1. ЗКП и повреде Кривичног закона на штету оптуженог, које испитује увек по службеној дужности.

Законик је напустио начело службене дужности у жалбеном поступку афирмишући начело диспозиције жалиоца изражено у изјављеној жалби што, у одсуству изричите другачије законске одредбе, води несумњивом закључку да је виши суд, при одлучивању о жалби, потчињен вољи жалиоца и у погледу основа и у погледу предлога побијања. Овакво решење у нашем законодавству присутно је почев од ЗКП донетог 1953. године. Претходни ЗКП (1948. год.) прописивао је да другостепени суд испитује првостепену пресуду у целини, без обзира да ли се пресуда побија у целини или делимично. Овакво решење је настало под утицајем совјетског ЗКП РСФСР који је прописивао да виши суд није везан жалбеним наводима, те пресуду разматра у целини у односу на све оптужене, дакле и оне који жалбу нису изјавили.

Друго ограничење другостепеном суду садржано је у већ цитираној одредби чл. 382. ЗКП, забрани преиначења на штету оптуженог у поступку по жалби изјављеној у корист оптуженог. Одредбом чл. 364. ЗКП прописано је ко може изјавити жалбу *у корист оптуженог* ***а ставом 3. исте одредбе да то може учинити и јавни тужилац.***

ЗКП из 1948. године је у чл. 261 начело формулисао: ако је жалба изјављена само у корист оптуженог пресуда се не може изменити

на његову штету. Законима о кривичном поступку из 1953. године и 1976. године и новелом из 1985. године начело је допуњено, коначно, онако како гласи и у важећем ЗКП.

Ако одредбу чл. 382. сада важећег ЗКП упоредимо са одговарајућом у ЗКП из 1948. године лако је закључити да је ЗКП из 1948. године принцип забране* reformatio in peius *једноставно поставио пружајући оптуженом потпуну заштиту** *од сваке* ***неповољне одлуке донете по жалби у његову корист.

Исто начело у садашњем ЗКП оптуженог доводи у неповољнији положај јер виши суд не може по жалби у корист оптуженог изменити пресуду на његову штету али само у погледу правне квалификације кривичног дела и кривичне санције, што значи да у сваком другом погледу одлука по жалби може бити на штету оптуженог. Овако постављена ова забрана је за оптуженог неповољнија. Куриозитет је да је одбор за правосуђе Савезног већа Скупштине СФРЈ био, неуспешан у коначном, против измене ове одредбе у ЗКП из 1976. године због сужавања права оптуженог на жалбу против пресуде.

Основа начела: да пружи оптуженом заштиту, у одређеним ситуацијима је на његову штету. Његов процесни положај би био повољнији да уопште нема начела садржаног у одредби чл. 382. ЗКП. Наиме, морамо се вратити првом ограничењу другостепеног суда у жалбеном поступку прописаном чл. 380. ЗКП односно везаности другостепеног суда за основе и правац побијања првостепене пресуде. Виши суд не би могао у поступку по жалби у корист оптуженог ни у ком погледу донети за њега неповољнију одлуку од оне коју побија жалбом.

Према томе, да нема одредбе чл. 382. ЗКП не би се, применом одредбе члана 380. ЗКП, у поступку по жалби у корист оптуженог могла донети ни у ком правцу одлука на његову штету. Управо одредба чл. 382. ЗКП дерогира одредбу чл. 380. ЗКП допуштајући да се жалба у корист оптуженог преокрене на његову штету у сваком другом погледу, изузев правне квалификације кривичног дела и одлуке о санкцији. Дакле, положај оптуженог би био повољнији да уопште нема одредбе чл. 382. ЗКП у садашњој редакцији која оптуженом заштиту више одузима него што му је пружа.

Разлози законодавца да забраном преиначења на горе не обухвати и чињенично стање побијане пресуде, односно допусти утврђивање другачијег чињеничног стања у поновном поступку и када је оно на штету оптуженог, је у давању предности начелу утврђивања материјалне истине. Ваља подсетити, само у најкраћем, да је начело материјалне истине у кривично право уведено као антипод начелу формалне истине и да не означава квалитет истине и подударност са стварношћу. Наиме, и начело формалне (нематеријалне) истине је подједнако тежило утврђивању истинитости.

Независно од претходног, прихватимо постојање одредаба ЗКП које постављају захтев суду да утврди материјалну истину. Зато ваља размотрити у ком односу са овим начелом је начео забране* RE-FORMATIO IN PEIUS. *Посебно због тога што се у стручним коментарима уз одредбу која прописује забрану* reformatio in peius *по правилу наводи да "представља сметњу утврђивању материјалне истине".

Прво ***питање је шта би се догодило са начелом материјалне истине да жалба (па ни у корист оптуженог) уопште није изјављена. Првостепена пресуда би у претпостављеној ситуацији, постала правноснажна а чињенично стање утврђено у њој било би "материјална истина". Дакле, ЗКП допушта такву могућност, не успоставља проверу, у жалбеном поступку, материјалне истине по службеној дужности.***

Друго, ***начело забране*** reformatio in peius ***се мора сврстати у корпус права која припадају оптуженом у поступку и то као његово (продужено) право на одбрану. У овај корпус права спадају право окривљеног да се брани ћутањем, да не говори истину, право на браниоца и поверљив разговор са њим пре испитивања, претпоставка невиности, обавезна упозорења пре првог испитивања, услови под којима се примењују мере прислушкивања, забрана примене силе, претње и обмане. Одредбе у којима су садржане наведене гаранције окривљеном не карактеришу се као "сметња утврђивању материјалне истине", већ као демократске, хумане и друге тековине савремених закона о кривичном поступку.***

Несумњиво да би се наведене одредбе пре могле определити као сметња утврђивању материјалне истине посебно и зато што претходе доношењу првостепене пресуде, примарном утврђивању релевант-

них чињеница. Зато морамо прихватити да начелу материјалне истине стоје многе препреке засноване на начелима хуманости, морала, етике, правичности или државних интереса.

Треће, ***зато што стриктном применом одредба чл. 382. ЗКП (дела којим изван забране остаје чињенично стање) не доводи до утврђивања материјалне истине.***

Прихватимо да је оптужени оглашен кривим за кривично дело тешке телесне повреде, зато што је касније наступила смрт последица лекарске грешке и да је осуђен на казну затвора у трајању од 3 месеца (максимално ублажена). У поновљеном поступку првостепени суд може утврдити да је смрт последица радњи оптуженог и да је и умишљај оптуженог био да жртву лиши живота.

Добићемо нову првостепену пресуду у чијој изреци је чињенични опис и квалификација дела тешке телесне повреде и казна од три месеца затвора а у образложењу утврђење да је оптужени извршио кривично дело убиства. Пресуда садржи апсолутно битну повреду кривичног поступка јер је противречна сама себи и због тога мора бити укинута а повређен је и КРИВИЧНИ закон јер је окривљени осуђен на казну на коју није могао бити осуђен. Правилном применом чл. 382. ЗКП таква пресуда ће постати правоснажна.

Чињеница је да је у таквој пресуди, само у образложењу, потпуно расветљен један животни догађај. Међутим, материјална истина остаје на периферији, фигурира само у разлозима, без могућности да утиче на квалификацију кривичног дела и казну. Примена закона и санкција су крајњи циљ и сврха кривичног поступка. За примену закона и санкцију остаје значајно оно чињенично стање које је утврђено у првој пресуди а које је чак и одстрањено из нове пресуде.

Пре доношења друге по реду првостепене пресуде, суд ће морати да реши колизију чл. 382. и чл. 326. ЗКП, односно да прекрши одредбу чл. 326. став 2. ЗКП која прописује да доказивање обухвата утврђивање чињеница за које суд сматра да су важне за правилно пресуђење. ***Утврђивање чињеница на којима се пресуда неће засновати, несумњиво нису важне за правилно пресуђење па је извођење доказа у том правцу супротно чл. 326. став 2. ЗКП.***

Драстична последица по оптуженог је што новоутврђено чињенично стање, строго узевши, не може да побија жалбом. ***Жалбом може побијати само одлуку садржану у пресуди (изреци) и разлоге на којима је она заснована, не и због разлога који не утичу на одлуку суда. Новоутврђене чињенице и разлози суда засновани на њима несумњиво не утичу на одлуку суда.***

Дакле, повреде начела нема ако суд у новој пресуди, у образложењу, укаже на чињенице и околности које произлазе из доказа а које су, поређењем са претходном пресудом, на штету оптуженог.

У односу на изреку пресуде, полазећи од садржине одредбе чл. 382. ЗКП да се пресуда не може изменити у погледу правне квалификације кривичног дела и нужности да изрека нове пресуде мора бити конзистентна целина, произлази да су овлашћења суда на измену чињеничног описа у изреци знатно сужена. Чињенични опис кривичног дела у изреци нове пресуде мора опстати у границама суштине дела описаног у претходној пресуди. Међутим, измењене чињенице у новој пресуди уз остајање у границама суштине деловања учиниоца описаног у претходној пресуди и опстајање раније правне оцене дела и санкције могу битно погоршати положај оптуженог:

-првостепени суд може, на новом суђењу, утврдити други датум извршења дела, каснији од утврђеног у претходној пресуди и тако онемогћити оптуженог да се успешно позове на застарелост кривичног гоњења.

-помицање датума када је приватни тужилац сазнао за кривично дело и учиниоца може спречити одбијање оптужбе до којег би дошло према утврђењу тих чињеница у првобитној пресуди.

-виши суд би могао преиначити првостепену пресуду на лакше кривично дело али које није обухваћено амнестијом до које је у међувремену дошло. Виши суд није применио ни тежу правну квалификацију ни тежу санкцију.

Посматрано са аспекта права оптуженог, заблуда је схватање да је довољно оптуженог заштити од неповољније квалификације дела и неповољније санкције. Остављање чињеничног стања, иако остаје ван утицаја на исте, ван забране прописане наведеном одредбом и те како може бити неповољно по оптуженог. Показано је да неповољније

утврђивање чињеничног стања може довести до доношења одлуке значајно неповољније за оптуженог.

Лако је закључити да су сужени оквири начела забране **reformatio in peius** ***наметнуто као тековина савремених решења у кривичном законодавству, почев од измена ЗКП из 1976. године и новелом из 1985. године. До те измене важила је одредба "пресуда се не сме изменити на његову штету". Да је та одредба задржана, овлашћења другостепеног суда и првостепеног у поновном поступку, би се свела на оцену: да ли одлука суда садржи отежицу за оптуженог у било ком погледу. Ако је одговор потврдан суд такву одлуку не сме донети.***

Врховни суд Србије је брзо уочио да измењено чињенично стање у новој пресуди и ограничења која намеће начело забране **reformatio in peius** ***(почев од новеле ЗКП из 1985. године) могу бити у колизији па је Ставом кривичног одељења Врховног суда Србије од 25. јуна 1986. године одредио:***

"Чињенично стање које суд утврђује у поновљеном поступку приликом доношења пресуде може се кориговати у мери која не доводи у питање примену мере забране прекорачења на горе и из измењеног чињеничног стања се не могу извлачити закључци који доводе до теже одлуке за оптуженог у односу на правну оцену дела и кривичну санкцију".

Несумњиво да се овим ставом сужава мера утврђивања другачијег чињеничног стања, али и да је кривично одељење Врховног суда Србије заузело становиште између оног у сада важећем ЗКП-у и оног у ЗКП-у из 1948. године.

"Повређено је начело **reformatio in peius** ***само у случају када првостепени суд на главном претресу осуди оптуженог*** *по строжем Кривичном закону* ***након што је другостепени суд, поводом жалбе надлежног тужиоца изјављене*** *само због одлуке о кривичној санкцији,* ***по службеној дужности (због битне повреде одредаба кривичног поступка) укинуо првостепену пресуду. Институт је због измене ЗКП-а нешто измењен (Начелни став XXXIV Заједничке седнице Савезног суда, републичких и покрајинских Врховних судова и Врховног војног суда од 18.06.1987. године).***

Очигледно да се законодавац није определио да начело забране преиначења на горе постави доследно, искључиво ради заштите права оптуженог у поступку по жалби изјављеној у његову корист. Предност је дата начелу утврђивања материјалне истине. Тражећи компромис између тог начела и забране* reformatio in peius *определио се за очување начела утврђивања материјалне истине, као врхунског начела кривичног поступка, одређујући да за суд нема ограничења при утврђивању чињеничног стања на поновном суђењу. Али, и да задовољи забрану из чл. 382. ЗКП тиме што суд, без обзира на измењено чињенично стање, неће смети да примени тежу правну квалификацију кривичног дела, нити строжу санкцију. Зато се основано може закључити да овакво постављено начело у одредби чл. 382. ЗКП првенствено декларише општеприхваћено (у упоредном праву) начело, него што представља стварну заштиту права оптуженог, допуштајући да се жалба оптуженог преокрене на његову штету.

Упоређивањем садржина чл. 382. ЗКП и чл. 5. КЗ лако утврђујемо да чл. 5. КЗ разматра временско важење кривичног законодавства и прописује императивну примену најблажег закона на починиоца и у првостепеном и у другостепеном поступку, онда када за примену конкурише више кривичних закона, због каснијих измена Кривичног закона. Одредба чл. 382 ЗКП примењује се само у поступку по жалби у корист оптуженог, дакле нема императивни карактер већ представља диспозицију жалиоца. Део одредбе о правној квалификацији дела не односи се на конкуренцију примене више кривичних закона, већ, по правилу, различитих одредаба у истом кривичном законику. Међутим, оцена суда која правна квалификација кривичног дела и санкција је на штету (повољнија-неповољнија) оптуженог несумњиво је заснована на истим критеријумима као и код обавезне примене чл. 5. КЗ.

Који је Кривични закон (правна квалификација дела) строжи и која је кривична санкција строжа, односно на штету оптуженог, одређује се према прописима материјалног права, односно критеријумима прописаним у Кривичном законику. Процена оптуженог, односно жалиоца у његову корист, заснована на његовим личним схватањима, да је конкретна санкција блажа иако је Кривични закон вреднује као тежу, није правно релевантна.

Забрана* reformatio in peius *се у стручним рефератима, често, третира као непотребна у другостепеном поступку, управно због ограничења другостепеног суда основама и правцем побијања жалбом у корист оптуженог односно оним ограничењима која поставља одредба чл. 380. ЗКП. Међутим, претходни став овог реферата управо указује на изузетак, односно да начело из чл. 382. ЗКП штити оптуженог и од сопствене жалбе и жалбеног предлога ако из незнања или других мотива он или лица из чл. 348. ЗКП предложе преиначење правне оцене кривичног дела на теже дело и санкције на тежу. Другостепени суд неће уважити жалбене предлоге макар и да их оцени основаним већ ће одлуку засновати на оцени тежине кривичног дела и санкције прописаним Кривичним законом а не на субјективној оцени оптуженог у сопственој жалби.

Када се ради о оцени кривичне санкције (према одредби чл. 4. став 2. КЗ кривичне санкције су: казнене, мере упозорења, мере безбедности и васпитне мере), суштина начела није у томе да се утврди на шта се оно односи или не односи, него да се утврди шта представља за оптуженог. Ако се одлука суда оцени као погоршање за оптуженог, онда је таква одлука суда противна забрани коју начело прописује.

Врховни суд Србије је начелним ставовима Кривичног одељења определио:

"Када се уважавањем жалбе изјављене у корист оптуженог, уместо казне затвора изриче новчана казна, њен износ се мора утврдити у сразмери која је у закону дата за претварање новчане казне у затвор кад није могуће принудно извршење новчане казне, тако да у случају њеног поновног претварања у казну затвора та казна не буде већа од оне изречене првостепеном пресудом.

Ако се уважавањем жалбе изјављене у корист оптуженог, уместо затвора изриче условна осуда, казна утврђена условном осудом не може бити тежа од оне изречене првостепеном пресудом.

Не постоји повреда забране преиначења на горе у случају изрицања казне применом одредаба о стицају када се, при постојању жалбе само у корист оптуженог утврде блаже појединачне казне или оптужени ослободи за неко од кривичних дела, а изрекне јединствена казна једнака оној из првостепене пресуде.

Другостепени суд није овлашћен, да поводом жалбе изјављене у корист оптуженог, уместо безусловне казне затвора изрекне условну казну уз меру безбедности јер то представља измену првостепене пресуде на штету оптуженог без постојања одговарајуће жалбе.

Код постојања жалби само у корист оптуженог, другостепени суд није овлашћен да изрекне било коју меру безбедности, која није била изречена првостепеном пресудом.

Није повређен принцип забране преиначења пресуде на штету оптуженог кад првостепени суд, након укидања првостепене осуђујуће пресуде по жалби осуђеног, у новом поступку оптуженог огласи кривим за два кривична дела која су блажа од оног једног из првобитне пресуде и осуди на блажу казну."

Према садржини одредбе члана 402. став 1. ЗКП у поступку по жалби на решење сходно ће се примењивати и одредба чл. 382. овог законика. Ваља подсетити да су у кривичном поступку нека решења мериторна. Није спорно настојање законодавца да се оптуженом и у другостепено поступку код побијања одлука садржаних у решењима пружи заштита од неповољније одлуке по жалби изјављеној у његову корист. Дилема је како у овом поступку применити чл. 382. ЗКП када се забрана односи само на квалификацију кривичног дела и санкцију а (готово) ниједно решење не садржи ни одлуку о правној квалификацији кривичног дела нити одлуку о санкцији па се у том правцу и не може донети одлука на штету оптуженог. Међутим, несумњива је намера законодавца да заштити оптуженог од неповољније одлуке суда и у поступку по његовој жалби на решење. Излаз је у правној фикцији и то враћањем на одредбу ЗКП из 1948. године да "пресуда (одлука тј. решење) се не сме изменити на његову штету" што несумњиво важи и за решење о судској опомени, као кривичној санкцији.

Тако, било би повређено начело забране преиначења на горе ако би по жалби окривљеног против решења о притвору другостепени суд притвор одредио на дуже време и додао нове притворске основе.

Сходно одредбама чл. 413. ст. 5, чл. 423. ст. 3, чл. 427. ст. 4. и чл. 432. ЗКП забрана прописана чл. 382. ЗКП примењује се и у поступцима по ванредним правним лековима.

Међутим, у поступку за изрицање кривичних санкција без главног претреса (Глава XXVII ЗКП) одредбом чл. 454. ЗКП одређено је да, након поднетог приговора окривљеног против решења о кажњавању, у даљем поступку по оптужном предлогу судија није везан забраном из чл. 382. овог законика. Уз дужно настојање да се разумеју разлози искључења примене чл. 382. ЗКП у овом поступку, остаје снажан утисак да се оваквим решењем на окривљеног врши притисак да решење о кажњавању не побија приговором.

Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица прописано је да се одредбе ЗКП примењују у овом поступку ако нису у супротности са овим законом. Међутим, одредба чл. 81. став 1. Закона прописује да другостепено веће може преиначити првостепену одлуку изрицањем теже санкције према малолетнику, само ако је то предложено у жалби. Ова одредба је супротна и дерогира примену чл. 382. ЗКП допуштајући да се првостепена одлука измени на штету учиниоца ако је то предложено у жалби без обзира чије жалбе постоје и да ли су у корист или на штету учиниоца. Задржано је раније становиште да су санкције према малолетницима ван мерила строжег и блажег.

Забрана се не односи на одлуке суда о одузимању имовинске користи, о имовинскоправном захтеву и о трошковима поступка, јер немају карактер кривичних санкција.

Из изложеног произлази да одредба чл. 382. ЗКП првенствено декларише начело забране* reformatio in peius*, више него што представља стварну основу обезбеђења сигурности оптуженог. Оптужени се у жалбеном или поновљеном првостепеном поступку може довести у неповољнији положај иако није повређено начело забране* reformatio in peius*. У такву процесну ситуацију доспева искључиво због коришћења права које му је законом признато ради употпуњавања његовог права на одбрану. И на крају, док су уставима и законима о кривичном поступку, посматрано од 1946. године, права окривљених проширивана, законодавна одређења начела забране* reformatio in peius *кретала су се регресивно.

Слободан Газивода,
судија Врховног суда Србије

ПРВОСТЕПЕНЕ И ДРУГОСТЕПЕНЕ ОДЛУКЕ У ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

Увод

После изразито дугог временског периода у коме је кривичноправни положај малолетника код нас био регулисан посебним целинама у оквиру општих одредаба материјалног, процесног и извршног законодавства, тек крајем септембра 2005. године изгласан је Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗМ), који је ступио на снагу 1. јануара 2006. године. Доношењем овога закона типа lex specialis уведене су бројне новине у односу на раније решења. Са тим новинама смо имали прилике да се упознамо на скуповима ове врсте, када смо указивали на велике предности али и на неке недостатке који нису омогућавали лаку примену тих новина а када смо истовремено указивали и на неке проблеме везане за примену старих решења.

Иако је од ступања на снагу ЗМ и почетка његове примене прошло више од две ипо године, дакле временски период довољно дуг да се и у теорији и у пракси прилагодимо свему ономе што је тај закон донео, у пракси судова поједине од тих новина нису на прави начин уграђене, али истовремено ни оне одредбе Кривичног законика, Законика о кривичном поступку, Закона о извршењу кривичних санкција и других општих прописа које нису у супротности са овим законом, а који се примењују сходно одредабама члана 4. ЗМ.

Стога ће у овоме излагању бити указано на оне и то најчешће недостатке уочене у поступању првостепених судова, када веће за малолетнике Врховног суда Србије, које поступа као другостепено у поступцима по жалбама странака, доноси одлуке сходно законским овлашћењима из члана 43. ЗМ, а у настојању да се у будућим одлукама

првостепених судова у поступцима према малолетницима судска пракса у највећој могућој мери уједначи.

1. Решења првостепених судова и одлуке по жалби

1.1. Највећи број одлука у поступку према малолетницима доноси се у форми решења, од којих су нека процесног карактера а друга представљају мериторну одлуку донету по завршетку поступка.

Када су у питању процесна решења, другостепени суд се најчешће среће са оним решењима која се односе на *притвор* ***према малолетнику. Према одредби члана 67. став 1. ЗМ судија за малолетнике може одредити да се малолетник стави у притвор само изузетно, ако се сврха ради чијег је остварења притвор одређен не може постићи мером привременог смештаја малолетника у смислу члана 66. став 1. ЗМ. Наше је уверење да првостепени судови ретко прибегавају овој блажој мери и чешће се одлучују за доношење решења о одређивању притвора. При томе се врло често догађа да донето решење о одређивању притвора буде мањкаво. Та мањкавост се јавља у изреци или у образложењу решења. У изреци је често изостављено или није поштован текст Закона у односу на трајање притвора, а у образложењу решења често изостају суштински разлози којима се суд руководио у погледу одређивања, продужења или укидања притвора.***

Приликом одређивања притвора првостепени судови су се по правилу позивали на одговарајући члан ЗКП, али су често изостављали да појединачно, у односу на сваког малолетника ако их је било више, наведу ваљане разлоге и то у погледу сваког малолетника и у односу на сваки законски основ одређивања притвора. Другостепени суд је сагледавао стварну основаност притвора, јер је на то указивало стање у списима предмета, али због поменутих пропуста првостепених судова другостепени суд није био у могућности да одговори на оне жалбене наводе којима се указује на непостојање разлога у погледу одлучних чињеница везаних за основ одређивања притвора, или су дати разлози до те мере били нејасни и неприхватљиви да су се таква решења морала укидати.

Када је у питању решење којим се према малолетнику притвор продужава, образложења решења првостепених судова често се своде

само на то да "разлози због којих је притвор према малолетнику био одређен и даље стоје", иако из списа предмета често произилази да су се неке околности и у односу на неки законски основ у међувремену измениле (на пример, да су саслушани сви сведоци и оштећени).

И у решењу којим се према малолетнику притвор укида морају се конкретно навести разлози који указују да више не стоји законски основ због кога је притвор био одређен, другим речима да првостепени суд у таквим одлукама мора да наведе због чега је у међувремену одлука суда о неопходности притвора према малолетнику измењена. Уколико таквих разлога у ожалбеном решењу нема, или су дати разлози нејасни, првостепена решења се морају укинути.

Када је у питању притвор према малолетницима, одредбе ЗМ су јасне у погледу трајања притвора после завршетка припремног поступка, од подношења предлога за изрицање кривичне санкције, као и од изрицања васпитне мере упућивања у васпитно поправни дом (као и осуде на казну малолетничког затвора), али законодавац није одредио шта се догађа ако је одлуком другостепеног суда (у притворском предмету) укинуто решење о изрицању васпитне мере упућивања у васпитно-поправни дом и предмет враћен првостепеном суду на поновно суђење. Веће другостепеног суда је по овоме питању заузело став да се, уколико у таквим ситуацијама и даље стоје разлози за притвор, имају применити одговарајуће одредбе ЗКП, с позивом на одредбе члана 67. став 8. ЗМ. Истовремено и овом приликом указујемо као и раније да се одредбе члана 67. ЗМ морају хитно кориговати, не чекајући на евентуално и временски неизвесно доношење новог ЗКП.

1.2. Одредбе члана 73. ЗМ регулишу поступак пред већем за малолетнике, када судија за малолетнике има две могућности у односу на даљи поступак, заказивање *седнице већа* ***или заказивање*** *главног претреса.*

Често се догађа да се на седницу већа не позову сва лица на која закон упућује, или се та лица позову а она неоправдано изостану. Одредбом става 3. поменутог члана регулисан је поступак за случај неоправданог изостанка јавног тужиоца за малолетнике и браниоца малолетника, али не и осталих лица, па стоји дилема да ли се и у ком случају може донети одговарајућа васпитна мера. Обзиром на различите законске формулације да се "на седницу већа позивају", односно

да "седници већа обавезно присуствују" одређена лица, налазимо да седница већа на којој се изриче васпитна мера, може бити одржана само ако истој присуствује јавни тужилац за малолетнике, бранилац и представник органа старатељства.

Прилика је да се укаже да првостепени судови често доносе одлуке у седници већа и у оним случајевима када је одбрана малолетника изразито супростављена прикупљеним доказима, па и онда када су ти докази међусобно противречни. Такве ситуације су налагале обавезу првостепеном суду да одржи главни претрес да би се у контрадикторном поступку разјасниле спорне околности и утврдиле одлучне чињенице. Било је случајева да је првостепени суд на седници већа одбијао конструктивне предлоге бранилаца малолетника за допуну доказног поступка и предлоге за одржавање главног претреса. То је неминовно водило укидању решења о изрицању донете васпитне мере, па и у оним случајевима када је жалба била улагана само у погледу одлуке о кривичној санкцији, јер је и у таквим ситуацијама првостепени суд морао да поступи применом члана 380. став 1. тачка 1. и 2. ЗКП.

Када је у питању главни претрес, одредбама члана 74. ЗМ је поред осталог предвиђено ко се позива на главни претрес и ко главном претресу обавезно присуствује. И овде важи оно што је тим поводом речено у односу на седницу већа. Међутим, било је случајева да је у жалбама на првостепена решења истицано да је главни претрес одржан без присуства представника органа старатељства, па је на том главном претресу донета мериторна одлука, због чега је тражено укидање донетих решења. Другостепени суд у таквим ситуацијама води рачуна најпре о томе од када датира писмени извештај органа старатељства, односно надлежног Центра за социјални рад, затим да ли је представник органа старатељства присуствовао неком раније одржаном главном претресу и изнео став у погледу свих релевантних околности, посебно у погледу тога да ли би и коју васпитну меру малолетнику требало изрећи, као и из којих разлога.

Став другостепеног суда је да се ради о релативно битној повреди одредаба кривичног поступка уколико је такав извештај био новијег датума, садржајан и свеобухватан, те уколико је на претходно одржаном главном претресу на записнику дато одговарајуће мишљење, у тим случајевима и само из поменутог разлога није било места

укидању донетог решења о изрицању васпитне мере. Међутим, недолазак представника органа старатељства на главни претрес, те пропуст да у завршној речи исто не презентира, не би смело да прерасте у праксу судова, дакле доношење мериторних одлука у одсуству представника органа старатељства. Његово излагање у завршној речи, уз речи странака, битно доприноси сагледавању оних одлучних чињеница које се тичу не само мишљења о најадекватнијој васпитној мери коју треба изрећи малолетнику, већ и мишљења у погледу осталих околности које се односе на превазилажење постојећег, на даље васпитање малолетника и развијање његове личности до потпуног укључења у друштвене токове.

1.3. Иако је чланом 78. став 3. ЗМ предвиђено шта садржи *изрека решења* ***о изрицању васпитне мере, дакле када се малолетник не оглашава кривим за извршено кривично дело, што би морало да буде крајње јасно, мора се указати да у појединим одлукама првостепених судова постоје бројни пропусти. Малолетник се некада означава као окривљени (који статус никада не може имати у овом поступку, значи ни осудом на казну малолетничког затвора), некада се доноси одлука у форми пресуде, којом се он оглашава кривим а изриче му се васпитна мера упућивања у васпитно-поправни дом. Таквих одлука било је мало, оне указују на елементарну недоследност у тумачењу одредаба ЗМ и недоследност у његовој примени , што убудуће мора изостати.***

Образложење решења ***о изрицању васпитне мере, према горе поменутој законској одредби, мора садржавати опис дела и околности које оправдавају изрицање те васпитне мере. У образложењима ожалбених решења те околности често изостају, или су дати разлози до те мере неразумљиви и нејасни, без прецизирања којим разлозима се суд руководио у погледу свих одлучних чињеница, а то значи не само у односу на кривично дело, малолетника као његовог извршиоца и степен његове кривице, већ и одлучних чињеница којима се суд руководио да изрекне управо ту а не неку другу васпитну меру, која би по малолетника била повољнија. И у таквим ситуацијама, без обзира што у том смислу изјављена жалба није указивала другостепеном суду, ожалбена решења су морала бити укинута поступањем другостепеног суда по службеној дужности.***

1.4. Решења којима се** обуставља поступак **према малолетним извршиоцима кривичних дела такође често садрже неке пропусте. Првостепени суд се доношењем тих решења најчешће у изреци позива само на члан 78. став 2. ЗМ, а у образложењу решења наводи да је решење донето применом члана 354. тач. 2. или 3, односно члана 355. ЗКП. Уколико је у таквим случајевима жалба јавног тужиоца за малолетнике била улагана само због тога, другостепени суд таква решења није укидао, налазећи да је позивајући се у изреци решења на члан 78. став 2. ЗМ, а у образложењу решења на горе поменуте одредбе ЗКП, првостепени суд своју одлуку учинио јасном и прихватљивом. Међутим, јавни тужилац за малолетнике скоро по правилу указује на то да је првостепени суд истовремено починио и битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 368. став 1. тачка 11. ЗКП, не дајући разлоге у погледу одлучних чињеница којима правда доношење такве одлуке. Зато се и овом приликом указује да је првостепени суд доношењем оваквих решења у обавези да у потпуности примени одредбе члана 361. став 7. ЗКП, како би се отклонила свака сумња у валидност донетог решења.

1.5. Када је у питању** обустава извршења **или** измена одлуке **о васпитним мерама, жалбама се не ретко указује да је првостепени суд такво решење донео само на бази примљеног предлога, иако је имао обавезу да пре доношења таквог решења применом одредаба члана 85. став 2. ЗМ саслуша јавног тужиоца за малолетнике, малолетника, његове родитеље, усвојиоца или стараоца, односно представника установе или органа старатељства коме је у циљу реализације изречене васпитне мере био поверен надзор над малолетником. Такав пропуст првостепеног суда води обавезном укидању донетог решења у овој веома деликатној фази реализације васпитне мере и стога може довести до многих компликација.

***1.6. Уочавају се и** други пропусти **првостепеног суда у директној примени текста ЗМ, што често може да доведе до недоумица па и у погледу битних околности, а што се такође често истиче у изјављеним жалбама, у настојању да се и кроз те пропусте, указивањем на погрешну примену материјалног права, издејствује укидање ожалбеног решења. Иако таквих случајева нема доста, на њих ипак морамо указати. Има случајева да суд малолетнику изриче васпитну меру укор,*

уместо васпитну меру судски укор, да малолетнику изриче васпитну меру појачаног надзора органа старатељства, уместо појачаног надзора од стране органа старатељства. Има случајева да суд погрешно означава трајање васпитне мере, па тако наводи да у васпитно-поправном дому малолетник остаје највише две, уместо четири године, као и др. Ови и други слични пропусти убудуће не би смели да се појављују у одлукама првостепених судова, јер се тиме ствара погрешна слика и умањује сав онај труд, а који је резултирао суштински добро спроведеном поступку и правилно донетој одлуци у погледу одлучних чињеница.

Ваља указати на још нешто што се може одразити на исход поступка према малолетнику, али и после тога. Наиме, веома често првостепени судови доносе решења о изрицању васпитне мере судског укора или васпитне мере појачаног надзора од стране родитеља, не обраћајући дужну пажњу на предстојеће скоро пунолетство малолетника, или занемарујући законски и сваки други толерантни рок за израду отправка тих решења и доставу списа другостепеном суду ради одлучивања по жалби. У таквим ситуацијама најчешће је жалба била уложена само од стране малолетника или његовог браниоца, а првостепеном суду није остављено време нужно за заказивање седнице већа, а седнице већа су најчешће јавне и странкама се мора оставити толерантан рок за пријем обавести и долазак на седницу већа, а има и случајева да и пре пријема списа у другостепени суд малолетник постане пунолетан. У свим таквим ситуацијама, чињеницом да жалба на то решење није била уложена од стране јавног тужиоца за малолетнике, другостепени суд је приморан да без обзира на садржину жалбених навода првостепено решење преиначи и поступак према сада пунолетном лицу обустави, имајући у виду одредбе члана 40. став 2. ЗМ. Тиме ни најмање не желимо да одвратимо првостепени суд од изрицања поменутих васпитних мера, већ да сугеришемо да и приликом припреме предмета за суђење и заказивања седнице већа или главног претреса, поред осталих, и тим предметима дају одговарајући приоритет, одмах ураде отправак таквог решења и предузму све даље радње за хитно достављање списа другостепеном суду.

2.1. Према одредби члана 9. став 3. ЗМ старијим малолетницима се могу изрећи васпитне мере, а само изузетно се може изрећи казна малолетничког затвора. На тај начин законодавац је наложио превасходно изрицање васпитних мера, уз наглашену изузетност кажњавања малолетника. Одредбама чл. 28. и 29. ЗМ су истовремено прописани услови за изрицање казне малолетничког затвора.

Ипак су у последње време пракси првостепених судова, најчешће са правим аргументима, доношене *пресуде* ***којима су малолетним учиниоцима кривичних дела или млађим пунолетним лицима, која су кривична дела извршили као малолетници, изрицане казне малолетничког затвора, често и близу границе њиховог законског максимума. У оквиру овога излагања нема места анализи узрока поступања малолетника у односу на најтежа кривична дела и са најтежим последицама, па ни указивања из ове позиције на могуће превентивне мере, али, посматрано из угла другостепеног суда кроз предмете који по жалби долазе у овај суд, може се и без посебне анализе закључити да је повећан број предмета у којима се малолетници јављају као починиоци таквих кривичних дела.***

2.2. *Изрека пресуде* ***којом се малолетник оглашава кривим и осуђује за кривично дело се углавном не разликује од изреке пресуде донете у односу на пунолетне учиниоце кривичних дела, дакле у смислу члана 361. ст. 3. и 4. ЗКП. Ипак, за разлику од законских одредаба у односу на пунолетна лица, доношењем осуђујуће пресуде, малолетном извршиоцу кривичних дела изриче се казна малолетничког затвора, па и када су у питању кривична дела извршена у стицају, применом одредаба члана 31. ЗМ, а имајући у виду остала извршена кривична дела за која би им требало изрећи васпитну меру.***

Првостепени судови и поред поменуте јасне одредбе, као и јасних одредаба чл. 28. и 29. ЗМ, не ретко чине бројне и разноврсне повреде тих одредаба. Тако се јављају случајеви да се изреком пресуде малолетник оглашава кривим и за извршење кривичних дела за која је законом прописана казна затвора до пет година (најчешће уз осуду за неко друго, теже кривично дело), а има и случајева да се малолетник осуђује на казну малолетничког затвора у трајању дужем од пет година иако за изрицање такве казне нису испуњени услови из члана 29. ЗМ. Такође, има и случајева да првостепени суд одмерава казну малолет-

ничког затвора за свако извршено кривично дело и потом малолетника осуђује на јединствену казну малолетничког затвора, што је неприхватљиво.

Раније смо на више места указивали на то како треба да гласи изрека првостепене пресуде у поступку према малолетницима, посебно ако је малолетник извршио више кривичних дела од којих су за неко дело испуњени услови за његово кажњавање, а за друго или друга кривична дела би му требало изрећи васпитну меру. Понаљамо и овом приликом да изрека осуђујуће пресуде у том случају треба да садржи наводе којим се малолетник оглашава кривим за конкретно теже кривично дело, те да се, имајући у виду друго или друга кривична дела за која би му требало изрећи васпитну меру, само цитирањем тих кривичних дела, осуђује на казну малолетничког затвора у одређеном трајању, а у образложењу те пресуде суд ће, поред осталог, навести и опис дела и околности због којих би у односу на одређено кривично дело или одређена кривична дела малолетнику требало бити изречена васпитна мера. Свака друга изрека првостепене пресуде у оваквим случајевима води преиначењу а често и укидању пресуде.

Наглашавамо да изрека пресуде и у поступку према малолетнику, ако се ради о осуђујућој пресуди, мора садржавати и наводе који се односе на кривицу, у смислу члана 22. Кривичног законика, јер изостављање тога изреку пресуде чини непотпуном и неразумљивом.

Указаћемо и појаснити овом приликом само на још нешто што се односи на изреку пресуде, а тиче се примене одредаба члана 40. став 3. ЗМ, дакле када се млађем пунолетном лицу за кривична дела која је учинио као малолетник изриче кривична санкција. Без обзира да ли се ради о пресуди којом се лицу са таквим статусом изриче затвор или условна осуда, у пресуди треба навести да је крив што је извршио конкретно кривично дело, те да га суд, уместо казне малолетничког затвора (чије трајање не одређује) осуђује на затвор, уз навођење дужине трајања истог, аналогно доношењу такве пресуде у поступку према пунолетним лицима. Пропуштање поступања првостепеног суда и у наведеном смислу може водити укидању првостепене пресуде.

2.3. Када су у питању *разлози пресуде*, ***суштина пропуста првостепених судова такође се огледа у непоступању по одредбама члана 361. став 7. ЗКП, да одређено и потпуно изнесу које чињенице и из којих***

разлога суд узима као доказане или недоказане. Често изостаје оцена веродостојности противречних доказа, а није редак случај да се у отправку пресуде не наведе из којих разлога суд није уважио поједине предлоге странака, непосредно саслушао сведока или вештака, односно и којим се разлозима суд руководио при решавању конкретних питања. Обзиром на својство извршилаца кривичних дела – малолетних учинилаца, ова одредба ЗКП захтева њену максималну примену. То се посебно тиче разлога којима се суд руководио да у конкретном случају, уместо изрицања васпитне мере, налази да је малолетнику било нужно изрећи казну малолетничког затвора. Изостављањем таквих разлога, првостепена одлука такође нема разлога у погледу одлучних чињеница, јер и одлука о кривичној санкцији несумњиво представља одлучну чињеницу, те таква пресуда мора бити укинута.

2.4. Када другостепени суд у поступку испитивања првостепене пресуде уважи као основане жалбене наводе којима се пресуда побија због апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка, то значи да није био у могућности да због уочених пропуста испита да ли је чињенично стање у првостепеној пресуди било правилно и потпуно утврђено, дакле, не ради се о пропусту другостепеног суда да одговори и на те жалбене наводе, као и на наводе везане за правилну примену материјалног права, те коначно санкцију.

2.5. Примећено је да приликом поновног одлучивања првостепени суд није увек поступао по примедбама на које му је указао другостепени суд, а стајале су објективне могућности да тако поступи. То додатно компликује и даље пролонгира поступак према малолетницима, који поступак је по природи хитан, а истовремено може водити другим тежим последицама, које се првенствено односе на малолетника.

Уместо закључка

Другостепени суд, односно судије Врховног суда Србије којима је годишњим распоредом рада у томе суду одређено да поступају по жалбама против одговарајућих првостепених решења и пресуда, свесне су чињенице да првостепени суд приликом доношења мериторних одлука у поступку према малолетницима улаже често изузетне напоре, што се без тешкоћа сагледава разматрањем списа, али се мора ис-

трајати на квалитетном и хитном поступку обзиром на својства извршилаца кривичних дела, дакле уз законску и моралну обавезу да у спроведеном хитном поступку, уз стриктно поштовање права на одбрану малолетника, те других учесника у поступку, посебно заштиту малолетних лица – жртава извршених кривичних дела, до краја обави поверен задатак.

Обзиром на изнето, очекујемо да ће ово излагање бити прихваћено као добронамерно, јер је у томе духу и сачињено, како би кроз заједничко разматрање ових и других питања и дилема дошли до подударних или блиских ставова, те на тај начин допринели изједначавању судске праксе у овој тако деликатној кривичној материји, те на најбољи начин показали наш допринос у напорима друштва у његовој успешној борби против стално растућег малолетничког криминалитета.

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Предраг Трифуновић,
судија Врховног суда Србије

ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ГРЕШКЕ ОРГАНА - НЕКА СПОРНА ПИТАЊА -

Увод

Социолози, правни филозофи, политички аналитичари, јавни медији, а и правници бавиће се ововременским феноменом експанзије и масовношћу спорова ради накнаде штете против државе, незадовољства и притисака који их прате. Тужбе подносе готово сви грађани, правна лица, предузетници, војна лица, пензионери па и саме судије.

Од некадашње правно неодговорне државе (организације силе, ауторитета и суверености) која није одговарала за штету ником (римско право, ову правну установу не познаје) и њене трансформације у социјалну државу (државу грађана), еволуирало је схватање да она – држава није само творевина која узима, наређује и заповеда, већ и субјект који има обавезе (правна држава). Ако постоји обавеза постоји и одговорност (одговорност за штету). Обештећења су прво почела од давања накнаде за одузимање или ограничавање својине (експропријација), преко примарне одговорности државних службеника за незаконит рад, а супсидијарне одговорности државе (кад се накнада није могла добити од службеника) па до увиђања нужности да редослед одговорности треба да буде обрнут. Данас је готово у свим системима присутна примарна одговорност државе, а тек супсидијарно одговорност државног службеника под одређеним условима.

Држава као правна установа има најмање две личности: јавноправну и приватно-правну. У овом другом случају она одговара као и свако приватно лице које ступа у уговорне и друге односе са појединцима или другим правним лицима.

Сама одговорност (највише проучавана и са најбогатијом праксом у француском праву) развила се у два правца: одговорност за про-

тивправне (незаконите или неправилне) акте (правне или материјалне) због чињења или нечињења органа или државног службеника коју неки теоретичари називају а) одговорношћу за грешку; (др. Иво Крбек, Одговорност државе за штету, Загреб, 1954. г.) б) одговорност за дозвољене акте органа из којих следује накнада (штету је допуштено чинити, али се накнада штете мора исплатити).[1]

Проблем јавно-правне одговорности државе је сложен јер су у примени прописи уставног, управног, радног, привредног и грађанског права.

Није спорно да је то посебан случај одговорности за другог, али је правна природа (унутрашњи разлог – основ) споран.

Овај рад се бави јавно-правном одговорношћу државе и то само неким спорним питањима, углавном значајним за праксу као што су: да ли оштећени мора претходно да исцрпи правна средства; да ли држава одговара за погрешно тумачење прописа; да ли се у пракси врши "нијансирање" случајева и да ли се одговара за сваку грешку; да ли је држава одговорна за "споредне" акте Владе којима се чини штета у извршавању закона; да ли се у свим случајевима одговара за "измаклу корист". На крају, биће приказана два случаја која су актуелна.

I

Извори права

---

[1] ***Ђорђе Тасић у погледу одговорности државе без грешке навео је следеће случајеве: 1-експропријација и случајеви аналогни експропријацији; 2-монополисање какве привредне гране од стране државе; 3-мењање услова експлоатације при јавним предузећима датим у концесију на штету концесионара; 4-одговорност државе за оштећења причињена ратом; 5-случајеви кад држава вређа права појединаца законом у материјалном смислу. Зоран Томић у ову групу случајева убраја објективну одговорност за опасне ствари и опасну делатност, опозивање извршног управног акта из ванредних (јавних) разлога, обештећења ради спречавања ширења заразе; накнаду за законске службености.***

Ђорђе Тасић – Одговорност државе по принципу једнакости терета, Бгд. 1921, стр. 14

Зоран Томић – Правна природа тзв. "одговорности државе за штету"..., Анали, 1987, стр. 693

Посебан закон који би регулисао услове, настанак и последице одговорности државе никада није донет. Правила су садржана у Уставу, појединачним одредбама посебних закона који не садрже готово ништа више од понављања уставне одредбе. У судској пракси се проблем одговорности државе разрешава кроз правило о одговорности правног лица садржано у члану 172. ЗОО[2] и уставну норму (члан 35. Устава РС), који гласи:

"Ко је без основа или незаконито лишен слободе, притворен или осуђен за кажњиво дело има право на рехабилитацију, накнаду штете од Републике Србије и друга права утврђена законом.

Свако има право на накнаду материјалне или нематеријалне штете коју му незаконитим или неправилним радом проузрокује државни орган, ималац јавног овлашћења, орган аутономне покрајине или орган јединице локалне самоуправе. Закон одређује услове под којима оштећени има право да захтева накнаду штете непосредно од лица које је штету проузроковало."

Ова уставна одредба је у суштини нормативног карактера и пракса је непосредно примењује.

- Закон о државној управи[3] у члану 5. који говори о *"Одговорности за штету"* ***понавља уставну одредбу са новином која се односи на имаоца јавних овлашћења. Та одредба гласи:***

"За штету коју својим незаконитим или неправилним радом органи државне управе проузрокују физичким и правним лицима одговара Република Србија.

Имаоци јавних овлашћења сами одговарају за штету коју својим незаконитим или неправилним радом проузрокују физичким и правним лицима у вршењу поверених послова државне управе." [4]

---

[2] ***Правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција.***

[3] "Службени гласник РС", бр. 79/2005

[4] ***Законом о државним службеницима ("Службени гласник РС", бр. 79/2005 ... 67/2007) у члану 124. са насловом*** *"Одговорност за штету проузроковану трећем лицу"* ***прописује:***

"За штету коју државни службеник на раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу незаконитим или неправилним радом одговара Република Србија.

- Закон о судијама у члану 6. прописује:

"За штету коју судија проузрокује незаконитим или неправилним радом одговара Република Србија".

Извори одговорности налазе се и у посебним законима (Закон о кривичном поступку, Закон о прекршајима и др.).

Из цитираних правила (основних прописа у овој материји) произилази да је одговорност државе и организација која врше јавна овлашћења примарна и непосредна, да је одговорност државног службеника секундарна и супсидијарна (одговараће ако је штету проузроковао намерно). За разлику од државног службеника судија ужива имунитет у односу на грађане и правна лица (члан 5). Под изразом "свако" подразумевају се физичка и правна лица, али не само они - у те субјекте би могла да спадају сва она лица којима би суд могао признати својство странке (села, засеоци, групе грађана, режијски одбори итд.) којима је нанета штета вршењем службе или друге делатности државног органа односно организације која врши јавна овлашћења.

II

О основу одговорности

По неким правним писцима одговорност државе је субјективна; по природи ствари држава врши функције преко својих органа и државних службеника; њихове грешке су и грешке државе; ако они врше службу незаконито или неправилно криви су по објективном схватању кривице. Њихово функционисање упоређује се са пажљивим и стручним лицем које објективно те послове обавља, а кривица схваћена као унутрашњи психолошки феномен (и сопствено мишљење о својој делатности) ирелевантно је. Пошто је одговорност службеника за сопствене поступке супсидијарна, за последице одговара држава јер је извршила

Оштећеник има право да накнаду штете захтева непосредно од државног службеника ако је он штету проузроковао намерно.

Ако Република Србија оштећенику накнади штету коју је државни службеник проузроковао намерно или из крајње непажње, има право да од државног службеника захтева накнаду плаћеног износа у року од шест месеци од дана исплаћене накнаде штете."

лош избор службеника; није надгледала рад; имала је слабу организацију; није обезбедила средства итд.

По другим ауторима кривица државе је објективна; она врши власт и од функционисања служби и органа има користи. Ако има користи, сноси ризик за проузроковање штете и за то одговара. За оштећеног је ирелевантно који је службеник крив; да ли је презапослен; да ли је служба лоше организована; и да ли јој недостају материјална средства; да ли је предузета у ванредним околностима (примера ради у условима рата или ратног стања). [5]

Као што смо у уводу истакли законодавац се није изричито определио коју теорију прихвата, нити је систем одговорности државе осим понављања уставног текста ближе разрађен. Судећи по систематици садржаној у ЗОО-у могао би се извући закључак да је одговорност државе као и општа одговорност правног лица (члан 172. ЗОО) посебан случај објективне одговорности из члана 154. став 3. ЗОО (посебни случајеви одговорности без кривице). Значај расправљања по овом питању је у томе што од прихватања једне или друге одговорности зависи број случајева за који држава одговара. Ако се прихвати теорија објективне одговорности примењује се да би број случајева одговорности био велики; напротив, ако би се усвојила субјективна одговорност број случајева би био мањи.

Чини се ипак да је расправа о основу одговорности у нашем проблему у другом плану. Имајући у виду стилизацију члана 172. и уставних правила о одговорности (као и правила одговорности органа управе и одговорности државних органа за рад службеника који су напред цитирани), могло би се констатовати да је противправност основна

[5] По трећем мишљењу одговорност државе за грешке органа и службеника је посебна јавно-правна установа која се не може објаснити приватно-правним прописима. Жртве које заједнички живот изискује треба на све чланове заједнице равномерно поделити. Овом схватању се приговара "да у том случају не би имало краја грађанској одговорности државе према појединцима јер би се свака штета узрокована управном радњом морала накнадити" (Слободан Јовановић, О држави, стр. 410). Критикујући изложене теорије он сматра да држава одговара за грешке чиновника зато што сматра да је то целисходно.

претпоставка ове одговорности. Она се неоправдано протерује као услов одговорности из српског облигационог права.

III

Надлежност и поступак у вези са остваривањем захтева за накнаду штете

За одлучивање о деликтној одговорности (за незаконит и неправилан рад) по правилу је надлежан редован суд, а изузетно трговински суд.[6] Надлежан је и Уставни суд када се утврди да се изменом појединачног акта не могу отклонити последице настале услед примене општег акта... (члан 62. Устава РС).[7]

У овој материји надлежан је и Управни суд, односно за сада Врховни суд Србије или Окружни суд када у управном спору решава о законитости управног акта (члан 11. Закона о управним споровима), ако

[6] Из ранијег Закона о судовима (члан 15-а) произилази да је редован суд (опште надлежности) надлежан за ове спорове јер се ради о деликтној штети, па је нејасно како трговински судови поступају у овим споровима, ако се не ради о актима пословања (држава не поступа као приватна правна личност).

[7] Осим тога Уставни суд решава и о правном основу и обавези за накнаду штете у поступку по уставној жалби (члан 82-92) у случају када се појединачним актом и радњом државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење, повређују или ограничавају људска или мањинска права и слободе зајамчена Уставом, уз услов да су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на судску заштиту, односно када је повређено право на суђење у разумном року. Када мериторно одлучује у смислу члана 89. Закона о Уставном суду... Уставни суд може поништити појединачни акт, забранити даље вршење и наредити вршење одређене радње и одредити да се уклоне штетне последице у одређеном року. Одлука Уставног суда је правни основ за подношење захтева за накнаду штете и уклањање других штетних последица пред надлежним органом (члан 89). У том случају подносилац уставне жалбе може да поднесе захтев за накнаду штете Комисији за накнаду штете (члан 90) ако захтев за накнаду не буде усвојен или Комисија за накнаду не донесе одлуку у року од 30 дана, подносилац захтева може код надлежног суда поднети тужбу за накнаду штете. Тада Уставни суд може одредити да се последице отклоне враћањем у пређашње стање, накнадом штете или на други начин.

чињенично стање пружа поуздан основ за то (члан 41. став 4). У пракси се ова одредба готово не примењује.

У вези са поступком остваривања права значајно је питање да ли оштећени мора претходно да исцрпи сва правна средства која му стоје на располагању, ради оцене законитости управног акта, или се тужбом може непосредно обратити надлежном, (најчешће) редовном суду.

Ово питање је спорно.

По мишљењу које је чини се претежније, када је штета нанета појединцу или правном лицу незаконитим или неправилним управним актом оштећено лице треба најпре да се користи улагањем жалбе у управном поступку и евентуално подношењем тужбе у управном спору. Циљ је да се расправе сва питања и евентуално оствари накнада штете у том поступку јер Закон о управним споровима предвиђа такву могућност. Ако надлежни суд у управном спору не би после поништаја управног акта одлучио о накнади штете, оштећено лице би могло поднети тужбу суду опште надлежности, односно посебном трговинском суду ради њене накнаде.

По другом гледишту није нужно да оштећени истрпи сва правна средства предвиђена у управном поступку. Истина, он би се суочио са тешкоћом остваривања права на накнаду штете, па би о законитости, односно незаконитости или неправилности поступка одлучивао редован суд као о претходном питању. У том случају оштећени би под много тежим условима могао остваривати накнаду штете јер би између осталог морао да доказује да није могао предвидети наступање штетних последица једног акта у моменту када му још није био отворен правни пут за улагање правног средства.[8]

---

[8] ***Томислав Ђоковић – Одговорност за штету ДПЗ-а за штету због незаконитог рада државног органа, Правни живот IV 1988, стр. 638***

Ово становиште заснивало се на чињеници да је у некадашњем Закону о јавним службеницима из 1957. године постојала одредба по којој оштећени нема право на накнаду штете, ако против управног акта није улагао правна средства која је могао уложити. Та одредба је касније изостављена из свих законских текстова који су говорили о одговорности тадашње друштвено-политичке заједнице. Професор Крбек сматра да је нужно исцрпљивање

Чини се да је прво гледиште исправније и да је у складу са тенденцијама израженим у садашњем одштетном праву. Овде је ипак нужно извршити одређена прецизирања. Мишљења сам да је улагање правних средстава против управног акта нужно код тзв. "рушљивих" управних аката јер такви акти не садрже незаконитост "тешке" природе. Када се против њих у одређеном року не употребе одређена допуштена правна средства она постају правоснажна и извршна и за лица на која се такав акт односи постоји обавеза да га оспоравају редовним и ванредним правним средствима. Напротив, код ништавих или непостојећих управних аката која садрже тешку повреду начела законитости исцрпљеност правних средстава није нужна јер се ти акти могу у свако доба огласити ништавим, због чега се сматра да никада нису ни постојали. Њихово уклањање врши се са дејством* ex tunc*. Осим тога и пракса Европског суда, а и Уставни суд, захтева да се исцрпе сва дозвољена правна средства која оштећеном стоје на располагању, при чему се цени и делотворност правног лека. У прилог том ставу стоји разграничење надлежности. У садашњим савременим условима не би се могла правити разлика између упућених и неупућених у погледу остваривања права јер би то представљало кршење начела једнакости.

У теорији се сматра да обавеза коришћења правних средства није нужна кад је штета нанета извршењем другог правног акта (који није управни акт). Славољуб Поповић примећује да је целисходно да оштећено лице и против таквог акта употреби правна средства која му стоје на располагању (тежња да се употребом редовних правних средстава штета избегне). Али како ниједним прописом није за оштећено лице предвиђена обавеза за употребу правних средстава кад је штета нанета извршењем управног акта то оштећено лице није обавезно да против таквог управног акта употребљава редовна или ван-

правних средстава (оцене законитости управног аката), осим ако би постојали разлози правичности због којих се од неупућене странке (правно необразоване) тај услов не би морао тражити. Само по себи се подразумева да потреба побијања отпада код неважећих аката који представљају најгрубље личне грешке (узурпацију власти) за које по правилу држава не одговара.

редна правна средства већ може непосредно поднети тужбу надлежном суду за накнаду штете.[9]

Теорија и пракса су сагласни, да ако је штета нанета оштећеном лицу незаконитом или неправилном материјалном[10] ***радњом лица односно органа који врши службу (неправном радњом) оштећено лице може по општим правилима одговорности поднети тужбу ради накнаде штете.***

Незаконит или неправилан рад

Из цитираних одредби Устава и закона произилази да је незаконит или неправилан рад основна претпоставка за одговорност државе.

Између правних писаца (а и раније у судској пракси) постојао је спор о правом значењу синтагме незаконито и неправилно.[11] ***" Под незаконитошћу (у виду незаконитог правног акта или у виду незаконите радње службеног лица) схвата се сваки акт односно радња која је противна правним нормама, како писаним, тако и неписаним (обичајном праву и правилима морала). Она се односи и на повреду уредби, правилника, наредби и закључака, статута и општих аката. Спорно је да да ли се под незаконитошћу може сматрати повреда владајуће и устаљене свима познате судске праксе (Цигој сматра да непримена те праксе представља незаконито поступање). Свакако да се под незаконитошћу сматра и непримена ратификованих међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права. Под тим појмом подразумева се и кршење Устава, начела и руководних идеја одређеног законског текста, правила о надлежности и свих оних аката који се односе на норме "јавног поретка".***

---

[9] Славољуб Поповић – Група аутора, Управно право, Бгд. 2002, стр. 356

[10] Материјалне радње представљају радње које се врше на основу и у извршењу донетих правних аката у циљу да се оживотворе ситуације предвиђене тим актима.

[11] По Видовданском уставу држава је одговарала за неправилан рад, па је судска пракса тог времена сматрала да овај појам обухвата и незаконитост. После Другог светског рата држава је одговарала само за "незаконит" рад али је пракса Савезног уставног суда 1963. године када је у Устав ушла синтагма незаконито и неправилно, под незаконитошћу сматрала и неправилан рад.

Критеријум неправилног рада је још шири. Под неправилним радом могу се означити радње које нису у складу са општим нормама у вршењу службе или делатности, најчешће у погледу начина извршења. То су оне радње које се у теорији сматрају да су предузете у нескладу са "нормалном и добром службом". Односе се на небрижљивост у вршењу службе, техничке погрешке, пристрасно вршење службе, или како члан 5. став 1. Закона о државним службеницима каже "поступање супротно правилима струке, начела непристрасности и политичке неутралности".

Али, да ли се одговара за све грешке. Да ли се прави разлика између малих и великих грешака. Укратко, да ли се у пракси примењују тековине упоредног права (нарочито Француска) о тзв. "нијансирању" случајева.

Ако се пође од стриктне примене цитираних правила (језичког тумачења), правила о одговорности без кривице, а нарочито објективне противправности, могло би се закључити да, како неки теоретичари тврде, држава одговара и за најмању грешку. Пракса ту тврдњу демантује.

Наиме, право интересују типологија и просечност, па ми се чини да су у праву они писци који ослањајући се на француску судску праксу и науку, а нарочито одлуке Државног савета, сматрају да се за ситне грешке државних службеника и органа по правилу не одговара; да се државна служба, између осталог врши и у интересу грађана и да грађани морају подносити ситније грешке. Када је учињена крупнија или ситнија грешка и да ли постоји штета, фактичко је питање и мора се разматрати од случаја до случаја. И у упоредном, а и у нашем праву, искристалисано је становиште да се за пропусте у форми акта не одговара као и за грешке у именима, бројевима и рачунању, као и за укидање или за поништење акта (управних и судских) због битних повреда и непотпуно утврђеног чињеничног стања када треба поновити поступак и донети нову одлуку. Истиче се да се одговара за повреду начела пресуђене ствари, материјалне повреде закона, стварну ненадлежност.

Проблем одговорности због тумачења је спорна. И овде, ако би стриктно применили правило о одговорности, држава би била одговорна јер се чињеница погрешног тумачења може и мора приписати кривици органа за који држава одговара. Међутим, сведоци смо несавр-

шености правног система; пуно је правних празнина, али и пренормираности; колизионих прописа; сходне примене; норми са нејасним решењима у погледу ретроактивности; колебљивом судском и управном праксом. Имајући у виду све изложено чини ми се да исправно становиште у судској пракси изражено у више одлука да погрешно тумачење "не представља противзакониту радњу док се поступање (непоступање) по јасним и потпуно одређеним одредбама закона сматра противзаконитим поступањем".[12] Да је тумачење прописа релевантан критеријум указује и пракса Европског суда која као критеријум узима сложеност предмета. Сложеност подразумева не само чињеничну сложеност већ и правну. Ако је предмет правно сложен, закључак о (не) противправности често је резултат тумачења.

У вези са изложеним, значајно је указати на присутну праксу одсуства "нијансирања случајева". Наиме, у упоредном праву одговорност органа управе према трећим лицима строжија је него према уживаоцима службе (лицима која се користе јавном службом) јер се сматра да неки ризик у раду органа морају сносити и уживаоци службе и да неке јавне службе по природи ствари наносе неугодности или неприлике грађанима, које грађани морају сносити као неку врсту терета у вези са свим оним предностима које добијају од тих служби.[13] У француском праву преовлађује став да се досуђује накнада индивидуалне штете када се прекорачују општи просечни терети. Зато се ретко досуђују накнаде које "равноправно" погађају шири круг грађана или интересената. Не признаје се накнада штете због добара која се држе у прекалијалном режиму нити се даје накнада за фактичка илегална стања. Нарочито се узима у обзир грешка коју је учинио и сâм оштећени. Та грешка може према њеној величини битно смањити или потпуно елиминисати одговорност администрације.

У нашој пракси чини се да не постоји таква нијансирана анализа случајева.

---

[12] Пресуда Савезног суда Гзз. 39/74 од 19.09.1974. године; пресуда Врховног суда Србије Рев. 5785/00 од 09.05.2000. године (погрешно правно схватање суда настало као резултат тумачења закона не представља незаконит рад органа због кога би држава одговарала).

[13] Иво Крбек, цитирано дело, стр. 165

Узмимо за пример накнаде штете које се досуђују због неосноване осуде и незаконитог лишења слободе. Из судских одлука може се извести закључак да се као кључни критеријум узима време боравка у притвору а да се остали критеријуми као што су углед, ранија осуђиваност, породично стање, друштвена ангажованост, услови боравка у притвору или не помињу или им се не даје одговарајући значај. Не врши се истраживање као у немачком праву да ли је случај остао сумњив, па смо сведоци готово апсурдних случајева да се и накнада штете по овом основу ранијим вишеструким извршиоцима најтежих кривичних дела који су касније неосновано притворени, досуђује у већим износима од накнаде за душевне болове због смрти најближег сродника или за лекарске грешке са веома тешким и доживотним последицама. Било је случајева досуђивања накнаде штете за задржавање у полицијској станици од неколико часова због легитимисања, вожње у полицијским колима која изазива непријатности, при чему се само понашање оштећеног уопште не анализира нити утврђује интензитет и трајање душевног бола (вештачење није нужно). Истакнути проблем се може разрешити или применом правила о подељеној одговорности (члана 192. ЗОО) јасно, где је таква примена уопште могућа, или кроз анализу свих околности случаја које утичу на висину накнаде штете (нарочито нематеријалне) из члана 200. ЗОО.

Судска пракса сматра да се досуђивањем мале новчане суме за претрпљене душевне болове по основама из члана 200. ЗОО третира као повреда достојанства и угледа оштећеног, док је у упоредном праву супротна тенденција. Пракса француских судова показује нам да је могуће досудити накнаду нематеријалне штете и у износу од једног франка. Истакнуто резоновање препознаје се и у пракси Европског суда за људска права када се констатује повреда Конвенције, али се накнада у новчаном износу не досуди, јер накнада нематеријалне штете по преовлађујућем схватању није казна за учиниоца нити начин стицања ванредних прихода, већ сатисфакција оштећеном којом ублажава бол.

За одговорност државе због рада прекршајних органа ваља уочити да су решења садржана у важећем Закону о прекршајима[14], који у

[14] "Службени гласник РС", бр. 101/2005

члановима од 280. до 284. садржи праве разлоге које смо већ напред изложили у погледу нијансирања одговорности. Ти принципи треба да послуже као основ регулисања прекршајне одговорности и код осталих органа (члан 305). У складу са европским стандардима право на накнаду штете због неоправданог кажњавања (изречене казне или заштитне мере) има лице које је употребило ванредни правни лек на основу кога је поступак обустављен при чему се оцењују поступци како подносиоца захтева (одустанак), објективна чињеница смрти или каквог трајног душевног обољења, лажно признање или случај намерног проузроковања кажњавања, а нарочито чињеница застарелости због које је дошло због недостижности окривљеног. У погледу враћања новчаних износа (ствари и одузете имовинске користи) поменути закон у члану 282. чини се да садржи правило о накнади стварне штете, а не и изгубљене користи. Јасно је да оштећени има право на накнаду потпуне штете (стварне штете изгубљене користи) у ситуацији када је поступак вођен злонамерно или из шиканозних разлога, али се тада одговорност не заснива на овим специјалним правилима већ на општим правилима одговорности (уставном правилу).

За кога се одговара

У теорији се готово једнодушно сматра да се одговорност државе односи за грешке органа из управне делатности. Сматра се да органи управе примењују законе на конкретан случај и да у извршењу закона (практичне делатности) могу повредити право појединаца или правних лица својим незаконитим или неправилним радом. Међутим, домашај ове одговорности је свакако шири и протеже се и на одговорност државе за рад судова. Раније се сматрало да су судови упрошћено речено "мање одговорни" од управе због материјалне снаге њихових аката (правоснажно пресуђена ствар је тачно пресуђена), гаранција судске независности и чувања ауторитета; потенцира се и аргумент да судови правно резонују (слично законодавцу само у решавању конкретних случајева), а да управа "дела" и да у практичној делатности (некада и по слободној оцени) она више чини штете грађанима и правним лицима. Разлике између правног резоновања и практичног деловања су се временом изгубиле (посао државне управе је постао правно

компликован), па се домен одговорности шири нарочито због дугог трајања поступка.

Пошто су државни органи (осим управе и органа правосуђа) Шеф државе, Парламент и Влада, поставља се питање да ли држава одговара за њихов незаконит или неправилан рад.

Из уставних и законских текстова могло би се закључити да држава не одговара грађанима и правним лицима за поступке Председника државе и Скупштине (у хипотези када иступају као органи јавног права). Закључак о њиховој неодговорности произилази из чињенице да се ради о сувереним носиоцима власти.[15]

Дакле, имајући у виду правну природу парламента могао би се извући закључак да народно представништво не одговара због "лоших закона" у грађанско-правном смислу. Његова одговорност је политичка и процењује се на изборима (са напоменом да се овде не расправља о правним последицама неуставних закона).

Са Владом је слично, али ипак мало друкчије. Влада је највиши орган извршне власти у републици (члан 1. Закона о Влади), води политику и извршава законе (члан 2), предлаже акте Народној скупштини (законе, буџет и друге опште и појединачне акте – члан 3), заступа републику (члан 4), располаже имовином републике и врши надзор над уставности и законитости општих аката аутономних покрајина, општина и градова, града, јавних предузећа, установа и ималаца јавних овлашћења, па може обуставити од извршења њихове опште акте (члан 6). Она је одговорна Народној скупштини за вођење политике, за извршавање закона и других аката и за стање у свим областима из своје надлежности, као и за рад органа државне управе које надзире,

---

[15] ***Истина, у Француској су постојале тврдње (неслагања) да и парламент одговара ако се иза закона крије финансијска мера којом се обогаћује административна имовина и кад се законом мења финансијска равнотежа уговора у коме је држава странка. Преовлађује друго становиште да држава одговара за рад парламента само у случају када он пропише плаћање накнаде било на начин да га изричито призна или да се из законодавног поступка види да се накнада не искључује али то је накнада проузрокована законитим радњама која нас у овој теми не интересује.***

усмерава. Доноси прописе из надлежности органа државне управе, и укида прописе државне управе који су супротни са законом (чл. 7. и 8).

Из цитираних овлашћења произилази да је Влада политички извршни орган са препознатљивом највећом моћи. Она одговара Парламенту али се ипак чини да постоји и њена грађанско-правна одговорност у ситуацијама када врши послове органа државне управе, а нарочито када врши тзв. "споредне послове" у форми доношења закључака у извршењу закона. Такав закључак произилази из више десетина пресуда нижестепених судова.[16]

Дакле, Влада као и Парламент не одговара за "лоше уредбе" (најважнији подзаконски акт који се по својим правним дејствима и правној природи приближава законима). По истом принципу Влада није одговорна грађанима и правним лицима за пренамену средстава у буџету. Буџет је једна од најважнијих функција Владе јер предлажући и извршавајући буџет она у основи врши суверену политичку власт. Сумарна анализа прописа у буџету (сада Закона о јавним приходима и расходима) и упоређење са ставовима теорије наводи на закључак да су правила о буџету флексибилна и растегљива и да је веома тешко унапред предвидети стицање прихода, нарочито утрошак расхода. У случајевима када Влада врши пренамену буџета која има изглед "незаконитости", усвајањем завршног рачуна сва располагања се конвалидирају и трошење постаје законито. Контролу трошења буџета врше финансијски органи одређени Уставом или законом (сада државни ревизор). Зато је неприхватљиво "истраживање судова" у споровима тзв. "војних плата" о којима ће бити више говора да се ангажују вештаци финансијске струке и да истражују наменско или ненаменско трошење буџета. За одговорност државе је битно да ли је повређен закон у материјалном смислу у погледу права тих лица која произилазе из закона или једнакости лица.

Најчешћи случајеви незаконитог и неправилног рада

[16] Случајеви тзв. "судијских плата". Забележен је случај одговорности Савезне Владе из 1968. године за погрешну информацију.

Постојање штете (осим штетне радње – незаконитог или неправилног рада, основа и узрочне везе), представља један од услова за накнаду. По правилу, оштећени има право како на накнаду материјалне штете (стварне штете и изгубљене користи) тако и на накнаду нематеријалне штете под условима да се испуне и критеријуми из члана 200. ЗОО. На проблем накнаде нематеријалне штете сумарно смо се осврнули (нијансирање случајева и утврђивање свих релевантних околности које су од значаја за висину правичне накнаде). Пажњу "корисника" ове расправе задржао би на проблему накнаде "измакле користи" превасходно приказујући и показујући дилеме са којима се судови сусрећу када разматрају проблем измакле користи у вези са незаконитим радом државног органа. Пре доношења ЗОО за одређивање величине накнаде штете по основу изгубљене користи од значаја је било степеновање кривице, па се накнада по узору на немачко и аустријско право досуђивала за случајеве тежих облика кривице. У ЗОО-у је победила концепција да висина штете не зависи од степеновања кривице што може дати у крајњем исходу неправичне резултате. Из примера који следи видеће се сва тежина проблема, када због резоновања судова и широко схваћене одговорности државе може бити доведено у питање поступање државних органа у откривању шверца људи и роба. Да не би цитирали целу одлуку, изложићемо претходно кратко чињенично стање.

Тужилац је купио теретно возило и несметано га користио извесно време. Органи унутрашњих послова привремено му одузимају регистарске таблице онемогућивши његово коришћење (делатност тужиоца), јер Интерпол и полиција стране земље указују на сумњиво стицање. Покреће се прекршајни поступак који се због недостатка доказа обуставља. Нижестепени судови досуђују накнаду штете у виду измакле користи, а Врховни суд преиначује нижестепене пресуде и одбија тужбени захтев. Даље пустимо пресуду да сама говори:

"Првостепени суд сматра да је држава одговорна зато што је у прекршајном поступку утврђено да у радњама тужиоца нема елемената прекршаја јер је возило купио од стране домаћег физичког лица које је било регистровано у нашој земљи уз плаћање реалне цене (купац је био савестан) па се не може говорити о сумњивом стицању (прекршајни поступак је обустављен због недостатка доказа). Другостепени суд сматра да република одговара за штету проузроковану актима њеног органа који нису

оправдани због исхода прекршајног поступка због кога су предузети, при чему се отклања примена члана 172. ЗОО и конституише одговорност државе ради отклањања штетне последице повреде права имаоца на мирно уживање – коришћење ствари у одређеном временском периоду када је тог права био лишен. Одговорност за накнаду штете заснива се на члану 23. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама и правима гарантованим чланом 1. Протокола 1. Европске конвенције о људским правима.

На правилно утврђено чињенично стање погрешно је примењено материјално право када је утврђено да постоји основ одговорности за накнаду штете.

Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама као и Протокол 1. уз Европску конвенцију о људским правима не дерогирају правило садржано у члану 172. ЗОО о одговорности правних лица (па и уставно правило о одговорности државе као правног лица) за штету коју њен орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција.

По члану 25. важећег Устава у време настанка штете, да би држава била одговорна за накнаду штете нужно је да је рад државног органа био незаконит или неправилан. Домаћи прописи у овој области нису у колизији са међународним стандардима, и опште усвојеним правилима међународног права. Закон о кривичном поступку (члан 222. и 225. раније важећег ЗКП) предвиђа могућност привременог одузимања предмета у случају постојања основане сумње да је извршено кривично дело или прекршај. То одузимање, односно ускраћивање мирног коришћења имовине и по домаћем, а и по међународном праву врши се у општем интересу. Свакако да општи интерес представља откривање учинилаца имовинских кривичних дела и спречавање међународног недозвољеног саобраћаја (шверца) људи и роба. У овом случају на основу пријаве Интерпола и аустријских полицијских органа постојали су основи сумње за покретање прекршајног поступка.

Чињеница да је прекршајни поступак био по покретача безуспешан, сама по себи не даје право оштећеном да оствари накнаду (у овом случају материјалне штете због измакле користи), ако у радњама прекршајног органа нема незаконитог или неправилног рада. Из утврђеног чињеничног стања произилази да је закључак о савесности тужиоца, прекр-

шајни суд извео на основу анализе више изведених доказа и на основу тумачења правила грађанског права о стицању права својине и међусобне повезаности свих доказних средстава, што у условима рада полицијских органа у процени основане сумње не може да буде захтевано и не може им се накнадном проценом приписати у кривицу (да су незаконито или неправилно обављали службене послове). Очигледне повреде закона или неправилног рада није било нити је поступак против тужиоца вођен из шиканозних разлога (постојала је основана сумња да је учињен прекршај).

Неоправдано кажњавање односно изрицање заштитне мере одузимањем ствари (што не значи незаконитост и неправилност рада) у смислу члана 159. Закона о прекршајима којима се повређују савезни прописи (важио у време покретања и вођења прекршајног поступка) ствара обавезу државе да изврши повраћај одузете ствари или новчане вредности одузетог предмета, а не конституише право на накнаду материјалне штете у виду изгубљене користи на основу члана 189. ст. 1. и 3. ЗОО, јер цитирани специјални пропис не омогућује сем повраћаја ствари односно накнаде вредности ствари право на накнаду измакле користи (члан 23. ЗОО). Ако би се у случају сваке неоправдано изречене заштитне мере од стране државног органа држава обавезала на накнаду и измакле користи, функционисање и ефикасност државних органа били би знатно умањени."[17]

Измакла корист

До повреде права најчешће долази у управном поступку, прекршајном, кривичном, извршном али и у другим поступцима. У погледу рада управе најчешћи захтеви за накнаду штете су због неправилног и незаконитог рада инспекцијских органа (тржишних, грађевинских, санитарних, здравствених, комуналних) пореских и царинских органа, органа унутрашњих послова и извршних судских органа. Код тржишне инспекције најчешће се јављају захтеви за накнаду штете због неоснованог одузимања робе, а у односу на рад грађевинске инспекције због рушења објеката који су изграђени без грађевинске дозволе (неправилно спроведено извршење), издавања дозвола за градњу на местима где је градња недозвољена (што се утврди накнадно) или на местима која су неподобна за градњу (клизање земљишта). У поступку експропријације

[17] Рев. 905/07 од 13.02.2008. године

штете настају најчешће због улажења у посед ранијих власника пре правоснажности решења о експропријацији. У раду пореских и извршних органа неправилности се чине због продаје ствари које не могу бити предмет извршења или неправилности у вези начина продаје. У царинском поступку се незаконитост гледа у неоснованом одузимању робе и новца, неправилној наплати царине. Веома велики број захтева за накнаду штете односи се на незаконит или неправилни рад органа унутрашњих послова (злоупотреба положаја, прекорачења овлашћења, незаконита примена силе па и тортуре). За прекршајни и кривични поступак карактеристични су случајеви неосноване осуде и незаконитог лишења слободе.

Држава је одговарала за незаконит и неправилан рад судова највише у ванпарничној материји (незаконите овере, састављање тестамента, овера уговора о доживотном издржавању), и у извршном поступку (неправилна радња судија и извршних органа у реализацији судске одлуке). У данашње време велики је број захтева пред Уставним судом Србије, ради одлучивања о основу за накнаду штете због повреде одредби о људским и мањинским правима (најчешће члана 6. Конвенције о људским правима - суђење у разумном року). По ставу Европског суда за људска права и препорукама Савета министара држава одговара не само за дуго трајање судских поступка, већ и управних поступака, а право на накнаду штете имају не само лица непосредно оштећена судским или управним актом већ и трећа лица.

Случај тзв. "судијских плата"

Судије Врховног суда су у једном протеклом времену биле изједначене у погледу висине плате са министрима у Влади (члан 31. Закона о судијама). Плате осталих судија (других носилаца правосудних функција) биле су процентуално ниже. Једнакост у погледу плате подразумева по природи ствари не само једнакост у погледу коефицијента, већ и једнакост у погледу вредности основице (бода). Одређујући закључцима различиту вредност бода за носиоце правосудних функција једнакост се нарушава. Уставни суд утврђује незаконитост дела закључка Владе којим се чини дискриминација у односу на носиоце правосудних функција, а закључак који се односи на висину бода за правосудне органе није био предмет оцене законитости. Оштећени се не обра-

ћају Влади, а ни Уставном суду ради отклањања штетних последица накнадом штете или на други начин. Подносе директне тужбе чије захтеве нижестепени судови после извршеног вештачења усвајају.

Питање је значајно за судску праксу па га Грађанско одељење разматра. Постоји општа сагласност да је закључком дерогиран закон и да је поступање Владе незаконито. Али, одељење се разилази по питању да ли одредбе о правном дејству одлука Уставног суда елиминишу редован правни пут (надлежност редовног парничног суда) и да ли је због пропуста оштећених наступила преклузија због које тужбу треба одбацивати, или тужбене захтеве одбити због "пристанка на штетне последице".

По схватању присталица тог првог става израженог у реферату за седницу (необјављено) оштећени су преклудирани зато што се нису обратили Уставном суду у смислу члана 57. Закона ради измене појединачног акта (дела закључка који је оспорен) што је претходни услов да се од стране Уставног суда одреди обавеза плаћања накнаде штете. Осим тога истицано је да обрачуни плата (из рачуноводства правосудног органа) представљају појединачна решења која нису побијана у преклузивним роковима који важе за судску заштиту у општем режиму, што доводи до истог резултата (одбацивања тужбе).

По другом гледишту које је после расправе добило убедљиву већину оштећени нису преклудирани, не само због стварне надлежности редовног суда у спору за накнаду штете (члан 1. ЗПП) и одредби Закона о Уставном суду из којих не произилази губитак права на накнаду штете, већ и због проблема какав захтев треба поставити и који правни акт изменити. Закон о Уставном суду у овом случају говори о појединачном акту.[18] Тај акт би могло бити решење у писаном облику са правном поуком и потписом овлашћеног лица. Али њега нема. Обрачун плате (и писмене исправе уз исплату) није решење јер не садржи све елементе нужне за постојање управног акта. Исплата плате је материјални акт (материјална операција) управног карактера, па за остваривање накнаде штете, као што је то истакнуто по

[18] Члан 57. раније важећег Закона о Уставном суду и правном дејству његових одлука: "Свако ком је повређено право коначним или правноснажним појединачним актом... има право да тражи измену од надлежног органа..."

једнодушном ставу теорије није нужно њихово побијање у посебном поступку нити би одређена одлука била претходна условљавајућа претпоставка за остваривање права. Како захтевати измену дела закључка третирајући га (у делу једне реченице) као појединачни акт. Правна природа закључка може бити спорна и нужно је у сваком конкретном случају утврдити његов смисао, значење и правну природу. Али, дилему је отклонио Уставни суд сматрајући га општим актом. Ако је општи акт, како његови делови могу бити појединачни акт. Иста аргументација важи и за закључак (други) који се односи на правосудне органе (којим се врши прецизирање и одређивање ниже вредности бода у односу на закључак чија је законитост оцењивана. Ако је оспорени закључак, било у целини или у деловима третиран као општи акт такав исти карактер има и други закључак којим је практично извршена повреда закона и дакле обраћање Уставном суду било би неделотворно Свему овоме треба додати и аргументацију изражену у појединим одлукама Окружног суда у Београду, да проблем треба расправити искључиво са становишта примене општих правила из радно-правне материје и обавезати послодавца да исплати дуг из законске обавезе при чему се расправа о незаконитом или законитом раду показује излишном.

Случај тзв. "војних плата"

Војна лица (официри, подофицири, цивилна лица на служби у војсци, војници у уговорном односу), тужбом ради накнаде штете захтевају исплату (по њима) разлике у плати сматрајући да им је раније савезна држава и државна заједница "закинула" плату која им припада по параметрима из члана 75. ранијег Закона о војсци ("Службени лист СРЈ", бр. 43/94...). Нижестепени судови су колебљиви. Једни усвајају тужбени захтев сматрајући да је члан 75. непосредни извор права и обавеза и да су га надлежни органи прекршили. Други, после извршене анализе коришћења савезног буџета (вештачењем) и утврђења да је било ненаменског трошења средстава (најчешће се истиче копнена зона безбедности, изградња војних станова и вишак одређене новчане суме у савезном буџету на крају године) такође усвајају тужбене захтеве.

Врховни суд је једнодушног становишта да су тужбени захтеви у овом проблему неосновани из најмање три разлога:

Први, је резултат тумачења члана 75. Закона о војсци.[19] Она није непосредни извор којим се конституише право и ствара обавеза државе да војним лицима исплати плату по тим параметрима. Њен смисао је да се обезбеде средства у буџету по одређеним критеријумима. На ово спорно питање одговорио је Савезни уставни суд још 1996. године.[20] Одређивање плата војних лица врши се подзаконским и појединачним управним актима и она не произилази директно из закона; други је, овлашћење Савезне Владе да мења намену буџета у току године (члан 52. Закона о финансирању) и трећи, Војнорачуноводствени центар није вршио селекцију нити дискриминацију у погледу вредности бода између корисника. Она је за све кориснике иста (почев од портира до начелника Генералштаба)[21].

Између ова два посебно анализирана случаја нема знака једнакости јер: плате судија одређене су законом који је дерогиран закључком, а војних лица подзаконским и појединачним актима; различите су реакције Уставног суда; у првом случају извршена је дискриминација у погледу вредности бода, а у другом није.

Закључна разматрања

Сложеност проблема намеће потребу уређења јавно-правне одговорности државе посебним законом; држава за своје органе одговара по принципу објективне одговорности за ризик, али се без обзира колико то

[19] "Укупан износ средстава за плате професионалних војника утврђује се према званичном податку и нето заради која служи као основ за утврђивање зарада запослених у републици чланици на чијој територији је седиште Савезног министарства за одбрану, објављено у "Службеном гласнику" републике, с тим да просечна плата по чину и положају професионалних официра и официра по уговору не може бити мања од три нити већа од пет нето зарада из овог става".

[20] ***Смисао цитираног члана 75. Закона о војсци је да одреди висину потребне суме средстава у буџету по одређеним параметрима (решење Савезног уставног суда IV У. бр. 32/96 од 15.05.1996. године).***

[21] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1987/07 од 14.11.2007. године и више пресуда Врховног суда са суштински сличним образложењем.

звучало противуречно, мора вршити "нијансирање" случајева и подробније истраживати чињенична стања како би се поуздано утврдиле све околности од значаја за постојање одговорности и величину штете. За тумачење норми по правилу се не одговара. Исцрпљивање претходних правних средстава нужно је код тзв. "рушљивих управних аката", а не и код апсолутно ништавих аката, незаконитих и неправилних материјалних радњи, обраћање није нужно ако би било неделотворно. Држава изузетно одговара и за незаконит рад Владе у случају кад она споредним актима (закључком) поступа као орган управе у извршењу закона; код прекршајне одговорности, а у случају неуспеха по предлагача (ослобођење или обустава) по правилу измакла корист се може досудити изузетно у случају дугог трајања поступка (пресуђења у неразумном року), или покретања и вођења поступка из шиканозних и злонамерних разлога.

Снежана Андрејевић,
судија Врховног суда Србије

ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА НА ИНИЦИЈАТИВУ ПОСЛОДАВЦА

"Право на рад зајемчено је Уставом и остварује се у складу са законом. Свако има право на слободан избор рада. Свима су, под једнаким условима, доступна сва радна места. Свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа. Нико се тих права не може одрећи"

(Из члана 60. Устава Републике Србије)

Људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно се примењују. Уставом се јемче и непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Законом се може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права. Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују[1].

Одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим ме-

[1] Члан 16. став 2. новог Устава РС

ђународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење[2].

Судска заштита права за случај престанка радног односа нарочито захтева да спорна питања у предмету буду дефинисана у првом степену. "Сви могући захтеви, чињенице и докази треба да се поднесу првостепеном суду, а у циљу омогућавања странкама да процене да ли да користе право на жалбу, као и у циљу смањења броја жалбених поступака, првостепени суд треба обавезати законом да даје јасна и исцрпна образложења својих одлука на лако разумљивом језику. Увођење нових захтева, чињеница или доказа у другостепени поступак треба ограничити, осим у случају настанка нових околности или других разлога који су изричито прописани законом и расправу ограничити на образложене наводе жалбе"[3].

Имплементација ових начела, која је у функцији спречавања злоупотребе процесних овлашћења (у циљу одуговлачења поступка) и ефикаснијег вођења поступка, који треба да се оконча у разумном року [4], и конкретизација ових начела извршена је и делимичним реформисањем процедуре у новом Закону о парничном поступку (ЗПП).

---

[2] Члан 18. новог Устава РС

[3] Препорука бр. Р (95) 5 Комитета министара земљама чланицама Савета Европе о увођењу и унапређивању жалбених поступака у грађанским и привредним предметима, Збирка одабраних Препорука Савета Европе – Канцеларија у Београду, Београд 2004, стр. 60, 61, 62

[4] Члан 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (Закон о ратификацији ове конвенције објављен је у "Службеном листу Србије и Црне Горе – Међународни уговори" 9/2003, измене и допуне ове конвенције објављене су у "Службеном листу Србије и Црне Горе – Међународни уговори" 5/2005, а Закон о ратификацији Протокола 14. уз Европску конвнецију за заштиту људских права и основних слобода објављен је у "Службеном листу Србије и Црне Горе – Међународни уговори" 5/2005)
"Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона..."

Спорови из радног односа

Заштиту повређеног права из радног односа могу да захтевају и запослени и послодавац, али су правила поступка која се примењују у овим споровима различита. Генерички појам за обе ове правне ситуације је - спор из радног односа.

Судска пракса радним спором ***сматра спор по тужби запосленог, а*** спором из радног односа **– *и спор по тужби запосленог и спор по тужби послодавца против запосленог.***

На радне спорове – по тужби запосленог против послодавца, примењују се посебна правила поступка прописана матичним законом, посебним законима, специјалним законима и посебна правила из Закона о парничном поступку (ЗПП), у зависности од режима радних односа (код привредних субјеката, у државним органима, јавним предузећима, установама или органима територијалне аутономије и локалне самоуправе).

На спорове по тужби послодавца против запосленог примењују се општа правила парничног поступка.

Закон о раду Републике Србије[5] у члану 1. прописује да се права, обавезе и одговорности по основу рада уређују овим законом и посебним законом у складу са ратификованим међународним конвенцијама, колективним уговорима и уговорима о раду, а правилником о раду односно уговором о раду – само када је то овим законом одређено.

Одредбе Закона о раду примењују се, у смислу члана 2. став 2. овог закона, на запослене који раде на територији Републике Србије, код домаћег или страног правног односно физичког лица, као и на запослене који су упућени на рад у иностранство од стране послодавца, на запослене у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, ако законом није другачије одређено и на запослене стране држављане и лица без држављанства који раде код послодавца на територији Републике Србије. То је матични закон Србије у области радних односа. Он садржи опште про-

[5] Закон о раду ("Службени гласник РС", 24/2005 од 15.3.2005. године, 61/2005 од 18.7.2005. године)

писе о радним односима. Посебни прописи налазе се у разним законима с тим што је најцеловитији био Закон о радним односима у државним органима. Почев од 1.7.2006. године то је Закон о државним службеницима[6].

Према чл. 4. и 7. Конвенције МОР-а број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца[7] радни однос радника неће престати ако за такав престанак не постоји ваљан разлог везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе предузећа, установе или службе и пре него што му се омогући да се брани од изнетих навода, осим ако се с разлогом не може очекивати од послодавца да му пружи ту могућност. Терет доказивања да постоји ваљан разлог за престанак радног односа сноси послодавац (члан 9. став 2-а).

Према члану 195. Закона о раду (ЗОР) против решења којим је повређено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом.

Рок за покретање спора је 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права[8], а спор пред надлежним судом треба правноснажно да се оконча у року од шест месеци од дана покретања спора, што значи да је у овим споровима изражено начело хитности. Зато ће се и оцена о остваривању права на заштиту у разумном року заснивати на поштовању рокова за решавање ових спорова и ко је све од учесника у поступку допринео дужем трајању поступка.

Законом о парничном поступку (глава XIX, чл. 434 – 439) прописано је, између осталог да ће у поступку у парницама из радних односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд увек обраћати нарочиту пажњу на потребу хитног решавања радних спорова ***и да може и по службеној дужности*** одредити привремене мере ***које се примењују у извршном поступку ради спречавања насилног поступања или***

[6] Закон о државним службеницима ("Службени гласник РС" 79/05, 81/05, 83/05)

[7] "Службени лист СФРЈ – Међународни уговори" 4/84, 7/91

[8] "Рок од 90 дана рачуна се од достављања решења, а кад решење није достављено – од сазнања за повреду права" - *(Из пресуде Врховног суда Србије Рев 2. 1809/06)*

ради отклањања ненакнадиве штете[9], што представља одступање од начела диспозиције странака у парничном поступку. Одлуку о одређивању привремене мере по предлогу странке суд треба да донесе у року до осам дана ***од дана предаје предлога. Против решења о одређивању привремене мере*** није дозвољена посебна жалба***.***

У пресуди којом налаже извршење неке чинидбе суд ће одредити рок од осам дана за њено извршење.

Рок за изјављивање жалбе је осам дана, а ревизија је дозвољена у парницама о споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа[10].

Тужба

Тужба, у смислу члана 187. ЗПП, мора да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице, вредност предмета спора, као и друге податке које мора имати сваки поднесак.

У једној тужби тужилац може истаћи више захтева (члан 191. ст. 1. и 2. ЗПП) против истог туженог кад су сви захтеви повезани истим чињеничним и правним основом. Кад је у питању захтев тужбе због незаконитог отказа уговора о раду она, поред захтева за оцену законитости решења о отказу може, обзиром на правне последице ништавости, да садржи и захтеве за реинтеграцију и накнаду штете. Треба посебно имати у виду, кад је у питању реинтеграција, да се захтев може определити само као: захтев за враћање на рад***, обзиром да суд не врши распоређивање на одређене послове, ни према стручној***

[9] Ради обезбеђења новчаног потраживања суд може да одреди привремене мере обезбеђења из члана 300 Закона о извршном поступку ("Службени гласник РС" 125/04), а ради обезбеђења неновчаног потраживања привремене мере из члана 303 овог закона, између осталог, и привремену **меру плаћања накнаде зараде запосленом у току спора** о незаконитости одлуке о престанку радног односа, ако је то неопходно за његово издржавање и издржавање лица која је по закону дужан да издржава, уз истовремено одређивање средстава извршења за принудну наплату накнаде зараде или **привремено враћање запосленог на рад**.

[10] Члан 439. ЗПП

спреми ни према способностима запосленог, јер се то уређује уговором о раду, а не у поступку пред судом[11].

Уредност тужбе

Ако је поднесак тужбе неразумљив или не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступити[12], суд ће, у смислу члана 103. ЗПП, странци која нема пуномоћника адвоката вратити поднесак ради исправке, осим ако законом није другачије одређено.

Кад суд врати поднесак странци ради исправке или допуне, одредиће рок за поновно подношење поднеска. Ако поднесак везан за рок буде исправљен, односно допуњен и предат суду у року одређеном за допуну или исправку, сматраће се да је поднесен суду оног дана кад је први пут био поднесен. Сматраће се да је поднесак повучен ако не буде враћен суду у одређеном року, а ако буде враћен без исправке, односно допуне, одбациће се.

Одредбе овог члана не примењују се ако странка има пуномоћника који је адвокат. Кад је поднесак, који је у име странке поднео адвокат, неразумљив или не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступати, суд ће га одбацити[13].

Благовременост тужбе

Да би суд дозволио заштиту повређеног појединачног права запосленог тужба из члана 195. ЗОР мора бити благовремена. То се односи на спорове за оцену законитости одлуке о праву, односно одговор-

[11] Овакав став изражен је и у одлуци Врховног суда Србије Рев 2. 1129/07 од 29.11.2007. године, обзиром да су нижестепени судови одредили реинтеграцију тужиље: **на послове који одговарају њеној стручној спреми и способностима**, а према уговору о раду који је тужиља закључила са туженим послодавцем, тужиља код туженог обавља послове за које је утврђена нижа стручна спрема од оне коју тужиља стварно има.

[12] То је у смислу члана 100 став 2 ЗПП, између осталог: **назив фирме**, односно **седиште странке**

[13] Члан 279. став 1. тачка. 7 ЗПП - "Суд по претходном испитивању тужбе доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди: да тужилац у року који је суд одредио није отклонио недостатке из чл. 78. и 103. овог закона".

ности запосленог, а не и на спорове за исплату зараде, накнаде зараде или других примања или накнаду штете.

Према члану 106. ЗПП рокови се рачунају на дане, месеце и године. Као први дан рока одређеног на дане узима се дан после дана достављања или саопштења одлуке или после дана у који пада догађај од кога се по закону рачуна почетак рока.

Рок одређен на месеце или године завршава се оног дана у последњем месецу или години који по свом броју одговара дану у који га је суд одредио или дану у који пада догађај од кога се по закону рачуна почетак рока.

Међутим, ако последњи дан рока пада на државни празник или у недељу, или у неки други дан кад суд не ради, рок истиче протеком првог наредног радног дана, а ове одредбе из става 4 члана 106, примењују се и на рок у коме се по посебним прописима мора подићи тужба као и на рок застарелости потраживања или неког другог права. ***То значи да рок за подношење тужбе у радном спору није више материјалноправни и може се под наведеним условима продужити, да би се и формално обезбедио странкама приступ суду, у смислу члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.***

Истеком рока прописаног за подношење тужбе у радном спору наступа преклузија, па ће неблаговремену тужбу суд одбацити на основу овлашћења из члана 279. став 2. ЗПП[14], и у случају да је ревизију против другостепене пресуде поднео запослени као тужилац[15].

Спорови поводом престанка радног односа

Најбројнији радни спорови у пракси Врховног суда Србије, настали су поводом престанка радног односа запосленом због: истека рока; престанка радног односа због навршења радног века; престанка радног односа по сили закона; споразумног престанка радног односа; отказа уговора о раду од стране запосленог; отказа уговора о раду од

[14] Члан 279 став 1 тачка 2 ЗПП - "Суд по претходном испитивању тужбе доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди: да је тужба подигнута неблаговремено, ако је посебним прописима одређен рок за подизање тужбе"

[15] Решење ВСС Рев 2. 713/07 од 31.5.2007. године

стране послодавца. Радни однос престаје на захтев родитеља или старатеља запосленог млађег од 18 година, смрћу запосленог и у другим случајевима утврђеним законом.

Право на правну заштиту за случај престанка радног односа је конституционално право[16] које се остварује у складу са законом.

О правима запослених одлучује директор или запослени кога је он овластио[17], па кад је директор писано: " овластио заменика генералног директора да у његово име потписује сва решења и одлуке којима се одлучује о правима, обавезама и одговорностима запослених из радног односа, то није разлог за поништај спорног решења као непотписаног од стране неовлашћеног лица"[18].

У одлуци Рев 2. 55/07 од 7.11.2007. године Врховни суд Србије изразио је и став да: "поступак споразумног решавања спорних питања између послодавца и запосленог, у смислу члана 194. Закона о раду није предвиђен колективним уговором код послодавца и уговором о раду, па тужени није био у обавези да омогући тужиоцу поступак споразумног решавања овог спора" о законитости отказа уговора о раду, обзиром да је тај поступак факултативан.

Споразумни престанак радног односа - на иницијативу послодавца

Радни однос може запосленом да престане на основу писаног споразума послодавца и запосленог[19]. Новина је што је послодавац дужан да писаним путем обавести запосленог о последицама до којих

---

[16] Члан 60. новог Устава РС

Према члану 4. и 7. Конвенције МОР-а број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца радни однос радника неће престати ако за такав престанак не постоји ваљан разлог везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе предузећа, установе или службе и пре него што му се омогући да се брани од изнетих навода, осим ако се с разлогом не може очекивати од послодавца да му пружи ту могућност. Терет доказивања да постоји ваљан разлог за престанак радног односа сноси послодавац (члан 9. став 2-а)

[17] Члан 192. став 1. тачка 1. Закона о раду

[18] Из пресуде ВСС Рев 2. 1545/07 од 13.12.2007. године

[19] Члан 177. Закона о раду

долази у остваривању права за случај незапослености, обзиром да споразумни престанак радног односа на иницијативу запосленог, лишава запосленог права на новчану накнаду за време незапослености и других права која проистичу из члана 109. став 2. у вези члана 125. став 1. Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености[20].

У судској пракси је спорно да ли је обавештење послодавца из члана 177. став 2. Закона о раду услов пуноважности оваквог престанка радног односа или то представља основ за накнаду штете за коју одговара послодавац који ову законску обавезу није поштовао.

Врховни суд Србије се, у једној својој одлуци, изјаснио да у случају престанка радног односа на основу писаног споразума о престанку радног односа закљученог на иницијативу послодавца незапослени има право на новчану накнаду, у смислу члана 109. став 2. Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, али да пропуст послодавца да изврши законску обавезу из члана 177. став 2. Закона о раду и да запосленог обавести о последицама до којих долази у остваривању његових права за случај незапослености не представља разлог ништавости споразума о престанку радног односа, већ може имати за последицу право запосленог на накнаду штете под условом да је она стварно и настала[21]. Зато треба имати у виду да је одговорност послодавца за штету због повреде права запосленог – субјективна и да он за њу одговара ако *постоје основ* ***и*** *услови* ***одговорности и*** *кад нема разлога који његову одговорност искључују****, по општим правилима облигационог права.***

И запосленом за чијим је радом престала потреба радни однос престаје споразумом – прихватањем понуде из социјалног програма, као аутохтоном (споразумном) начину престанка радног односа[22]. То је став и Управног одељења Врховног суда Србије, а у Билтену ВСС 1/06 објављена је сентенца из пресуде У. бр. 6393/04 од 5.10.2005. године "**да незапослени има право на новчану накнаду уколико му је радни однос пре-**

[20] "Службени гласник РС" 71/03, 84/04
[21] Пресуда ВСС Рев 2. 1350/06 од 25.10.2007. године
[22] Решење ВСС Рев 2. 906/05 од 7.7.2005. године
Пресуда Рев 2. 701/07 од 31.5.2007. године

стао на основу споразума са послодавцем закљученог на иницијативу послодавца".

Отказ уговора о раду од стране послодавца

Послодавац може запосленом да откаже уговор о раду, у смислу члана 179. ЗОР, ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца, и то: 1) ако запослени не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради; 2) ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду; 3) ако запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца; 4) ако запослени учини кривично дело на раду или у вези са радом; 5) ако се запослени не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока за неплаћено одсуство или мировање радног односа у смислу овог закона; 6) ако запослени злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад; 7) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у смислу члана 171. став 1. тач. 1) - 4) овог закона; 8) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у вези са чланом 33. став 1. тачка 10) овог закона; 9) ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла.

Послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду у случају из члана 179. тач. 1. до 6. ЗОР запосленог писменим путем упозори на постојање разлога за отказ уговора о раду и да му остави рок од најмање пет радних дана од дана достављања упозорења да се изјасни на наводе из упозорења. У упозорењу послодавац је дужан да наведе основ за давање отказа, чињенице и доказе који указују на то да су се стекли услови за отказ и рок за давање одговора на упозорење. Ако постоје олакшавајуће околности или ако природа повреде радне обавезе или непоштовање радне дисциплине није довољан разлог за отказ уговора о раду, послодавац може у упозорењу да запосленог обавести да ће му отказати уговор о раду ако поново учини исту или сличну повреду, без поновног упозорења (члан 180).

Форма упозорења које претходи отказу уговора о раду сада је прописана као услов пуноважности ове радње послодавца. Одлучујуће је да ли је запослени упозорен о разлозима за отказ и да ли му је омогућено право на одбрану и изјашњење о њима, те да ли се ради о ваљаним разлозима за отказ запосленом.

Послодавац је дужан да упозорење достави на мишљење и синдикату чији је запослени члан, а синдикат је дужан да се изјасни у року од пет радних дана од дана достављања упозорења.

Ако откаже уговор о раду запосленом у случају из члана 179. тачка 9. ЗОР, послодавац не може на истим пословима да запосли друго лице у року од шест месеци од дана престанка радног односа. Ако пре истека овог рока настане потреба за обављањем истих послова, *предност за закључивање уговора о раду* ***има запослени коме је престао радни однос.***

Отказни разлози - судска пракса

Према досадашњој судској пракси у примени отказних разлога из члана 179. ЗОР и појединачних разлога из члана 36. став 3. ЗОР (одустанак од пробног рада) и члана 102. ЗОР (одбијање посла понуђеног у заштити инвалида или превенцији инвалидности), да би послодавац законито отказао уговор о раду запосленом, односно да би му отказао радни однос кад уговор о раду није закључен, по одредбама Закона о раду, зато што је радни однос заснован раније:

1. ако запослени не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради (отказни разлози способности[23])

- ***неопходно је утврдити да резултати рада изостају због недовољног рада запосленог и његовог незалагања[24], односно због одсуства потребних знања, способности или неукости запосленог.***

---

[23] *Проф. др Зоран М. Ивошевић, Милан З. Ивошевић*, Коментар Закона о раду, "Службени гласник Београд" 2006, стр. 360, 361

[24] Сличан став изражен је и у пресуди ВСС Рев 2. 1523/07 од 22.11.2007. године
У пресуди ВСС Рев 2. 506/08 од 24.4.2008. године изражен је и став да је: " ... Тужилац тек почео обављати послове менаџера продаје ситних вијака, па се од

У сентенци из одлуке Врховног суда Србије Рев 2. 17/06 од 29.3.2006. године[25], наведено је: "послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду због неостваривања предвиђених резултата рада запосленом дâ инструкције и писмено упозорење о тој околности са остављањем одређеног рока за побољшање радног учинка". У образложењу ове одлуке наведено је да је "одредбама ратификоване Конвенције МОР-а бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, са Препоруком бр. 166 прописано да раднику неће престати радни однос због незадовољавајућег вршења посла, изузев ако му је послодавац претходно дао инструкције и писмено упозорење, а ако радник, који и после истека одговарајућег рока предвиђеног за побољшање, настави и даље да обавља дужности на незадовољавајући начин, радни однос му може престати".

2) ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду

- ***да би послодавац применио овај отказни разлог повреда радне обавезе мора бити утврђена општим актом (колективним уговором и правилником о раду)[26] или уговором о раду (нормативни део о правима и обавезама запосленог из радног односа). Повреда радних обавеза утврђује се интегрално (навођењем радње) или бланкетно (упућивањем на радњу кривичног дела или прекршаја)[27]. У примени овог отказног разлога доминира принцип легалитета, а запослени може повреду радне дужности извршити чињењем или нечињењем, само на раду или у вези са радом. Време, место и начин извршења повреде рад-***

њега нису ни могли тражити одређени резултати рада за септембар и октобар месец, јер тужени није утврдио никакав план реализације за наведени период. Радило се о радном месту које је тек формирано и то за продају производа за које је тужени почео производњу ..."

[25] Билтен Врховног суда Србије 3/06

[26] Члан 8. став 1. ЗОР

[27] *Проф. др Зоран М. Ивошевић, Милан З. Ивошевић*, Коментар Закона о раду, Службени гласник Београд 2006, стр. 361 – 365

У пресуди Рев 2. 1453/07 од 28.11.2007. године изражен је и став да: "Није обавеза суда да у поступку оцене законитости одлуке послодавца, односно отказа уговора о раду, утврђује чињенице везане за постојање отказних разлога, већ се то мора учинити од стране послодавца на начин утврђен законом"

них дужности морају бити наведени и у упозорењу и у отказу уговора о раду, односно отказу радног односа, а радња повреде мора бити противправана. Запослени у време извршења повреде мора бити урачунљив, без мана у вољи[28], а кривица запосленог одређена је као намера и крајња непажња.

Још је у сентенци из одлуке Врховног суда Србије Рев 556/95 од 21.2.1995. године[29] наведено: "акутна алкохолисаност не утиче на искључење кривице, као основа одговорности, јер ако радник у том стању врши недозвољене радње, одговара што је сам себе ставио у то стање".

У одлуци Рев 2. 632/06 од 22.8.2006. године Врховни суд се изјаснио и да је: "за оцену законитости оспорене одлуке послодавца о отказу, без утицаја утврђење способности запосленог да и у степену алкохолисаности од 0,63 промила извршава своје послове, обзиром да је тужиоцу уговор о раду отказан - због повреде радне дужности, утврђене уговором о раду, извршену уласком у предузеће туженог под дејством алкохола".

Колективним уговором код послодавца или уговором о раду може се прописати да повреду радне обавезе представља долазак у круг предузећа као и рад под утицајем алкохола или опојних средстава, и да је дозвољена концентрација алкохола у организму 0,00 ‰, што је све актуелније и значи да је толеранција на алкохол и опојна средства у радној средини – нула[30].

Правна последица поништаја одлуке о престанку радног односа, због повреде радне обавезе у стању неспособности за расуђивање, је и реинтеграција запосленог у радни однос, "али запослени не може би-

---

[28] ***"Претња послодавца да ће против радника бити покренут кривични или дисциплински поступак уколико му радни однос не престане уз његову сагласност нема значај претње из чл. 60. ЗОО, па се не ради о мани воље која изјаву радника да жели да раскине радни однос, односно споразум о престанку радног односа чини ништавим"*** **(Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђено на седници од 8. фебруара 1999. године)**

[29] *Проф. др Зоран М. Ивошевић, Милан З. Ивошевић*, Коментар Закона о раду, Службени гласник Београд, 2006, страна 363

[30] Пресуда ВСС Рев 2. 1317/07 од 26.12.2007. године

ти распоређен ни обављати послове на које је распоређен ако има здравствене сметње које би могле угрозити обављање делатности послодавца или изазвати погоршање здравственог стања запосленог, па је пре одлучивања о основаности захтева запосленог да у реинтеграцији буде распоређен на послове које је обављао пре доношења одлуке о престанку радног односа неопходно утврдити и да ли је запослени радно способан", обзиром на констатовану болест зависности за коју је утврђено да је компромитовала његове поступке у спорном периоду[31].

Вербални и физички обрачун између запослених - код послодаваца "представља повреду радне обавезе утврђену уговором о раду која је разлог за отказ уговора о раду а при томе извињавајући разлог не може бити околност да је на такво понашање био изазван поступањем другог радника са којим је дошао у сукоб"[32].

Кад је радња кршења клаузуле забране конкуренције утврђена уговором о раду и као повреда радне обавезе злоупотребом службеног положаја, таква повреда представља отказни разлог из члана 179. став 1. тачка 2. Закона о раду[33].

3) ако запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца

- послодавац може отказати уговор о раду запосленом, а овај дисциплински отказни разлог испуњен је кад се запослени понаша супротно налозима послодавца из разних аката (наредба, писани налог и сваки други акт), јер за примену овог отказног разлога не важи начело легалитета прописано за престанак радног односа због повреде радних дужности. Ради се о понашању запосленог које је "неподношљиво", а оцена о понашању запосленог - које је такво да не може да настави рад код послодавца зависи од околности сваког случаја. Зато закључак

---

[31] ***Решење ВСС Рев.II 274/05 од 21.7.2005. године***

[32] ***Пресуда Општинског суда у Младеновцу П1. бр. 714/03 од 8.6.2004. године, пресуда Окружног суда у Београду Гж. 1. бр. 834/05 од 22.6.2005. године и пресуда Врховног суда Србије Рев. 1823/05 од 3.10.2006. године - Билтен Окружног суда у Београду 74/2006***

[33] Пресуде ВСС Рев 2. 706/07 од 19.9.2007. године, Рев 2. 524/07 од 10.5.2007. године

***о испуњењу овог отказног разлога треба засновати на "*разумној оцени"[34].**

У пресуди Врховног суда Србије Рев 2. 1648/07 од 12.6.2008. године исказан је став да: "Радна дисциплина подрзумева скуп обавеза у вршењу радних задатака и правила понашања радника за време рада и у вези са радом, савесно и одговорно вршење радних обавеза од стране запосленог у раду али и у вези са радом и његов коректан однос према другим радницима и трећим лицима са којима долази у контакт ... и савесно и одговорно поступање према средствима којима се радне обавезе и радни задаци обављају и извршавају".

Према сентенци из одлуке Врховног суда Србије Рев 2. 406 од 13.7.2006. године[35]: "непоштовање радне дисциплине је општа клаузула по којој сваки акт недисциплине може довести до отказа уговора о раду, под условом да је нарушавање радне дисциплине такво да запослени, обзиром на процес рада и све околности случаја, не може да настави рад код послодавца". И "недолично понашање радника према другом запосленом у пословним просторијама послодавца у присуству више лица (изазивање нереда, вербални сукоб који је претходио физичком нападу) представља кршење радне дисциплине и понашање због кога запослени не може да остане на раду"[36].

Повреду радне дисциплине предвиђену уговором о раду представља неоправдани изостанак са посла[37], неправилно коришћење дневног одмора (члан 65. Закона о раду)[38], учестало излажење са посла[39], као и вожња санитетског возила у алкохолисаном стању, уз недолично по-

---

[34] *Проф. др Зоран М. Ивошевић, Милан З. Ивошевић*, Коментар Закона о раду, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 365

[35] Билтен Врховног суда Србије 3/06

[36] ***Пресуда Првог општинског суда у Београду П1. бр. 2944/02 од 27.6.2003. године, пресуда Окружног суда у Београду Гж1. бр. 65/04 од 21.1.2004. године и пресуда Врховног суда Србије Рев. 628/04 од 11.11.2004. године - Билтен Окружног суда у Београду 66/05***

[37] Пресуда ВСС Рев 2. 956/07 од 12.9.2007. године

[38] Пресуда ВСС Рев 2. 1266/07 од 5.12.2007. године

[39] Пресуда ВСС Рев 2. 690/07 од 12.9.2007. године

нашање прављењем нереда после забране вожње и претњи другим запосленима[40].

4) ако запослени учини кривично дело на раду или у вези са радом

- послодавац је овлашћен да примени овај отказни разлог само кад постоји осуђујућа кривична пресуда, обзиром на презумпцију невиности, као конвенцијско право прокламовано чланом 6. став 2. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода које јемчи и члан 34. став 3. новог Устава РС – да се свако сматра невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда.

Према правном схватању Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђеном на седници од 30.11.2004. године*: "Правоснажна осуђујућа кривична пресуда је услов за отказ уговора о раду запосленом због учињеног кривичног дела на раду или у вези са радом". **Ово правно схватање примењено је у бројним одлукама Врховног суда Србије[41] и прихваћено у пракси нижестепених судова и у примени овог отказног разлога по Закону о раду из 2005. године. И прва пресуда Европског суда за људска права у Стразбуру донета против СЦГ односила се на утврђење повреде овог права у судском поступку (***Матијашевић против Србије и Црне Горе).*

Пошто је правноснажна кривична пресуда услов за отказ уговора о раду запосленом због учињеног кривичног дела на раду или у вези са радом, у примени овог отказног разлога по Закону о раду из 2001. године, Врховни суд је у пресуди Рев 2. 882/05 од 6.7.2005 [42] заузео и став да: "послодавац може након правноснажности кривичне пресуде запосленом да откаже уговор о раду на основу одредбе члана 101. став 1. тачка 5. Закона о раду, као новом самосталном отказном разлогу, без обзира на чињеницу да је повреда учињена у време важења

---

[40] Пресуда ВСС Рев 2. 1365/07, Сгзз 1068/07 од 22.11.2007. године

[41] Пресуде ВСС Рев 2. 1583/06 од 29.11.2006. године и Рев 2. 827/07 од 5.7.2007. године у којима је овај отказни разлог примењен јер су запослени осуђени правоснажном кривичном пресудом због кривичног дела на раду или у вези са радом

[42] ***Правни Информатор, бр. 11/2005, Intermex, Београд 2005***
Исти став изражен је и у пресуди ВСС Рев 2. 866/07 од 28.2.2008. године

Закона о радним односима из 1996. године и чињеницу да је тужиоцу за исту радњу био отказан раније уговор о раду и одлука о отказу уговора о раду поништена у судском спору".

5) ако се запослени не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока за неплаћено одсуство или мировање радног односа у смислу овог закона

- послодавац је овлашћен да због оваквог понашања откаже уговор о раду запосленом.

Неврaћање запосленог на рад представља отказни разлог који послодавац може да употреби, али и не мора. У случају да се запослени уопште не врати на рад, нема законске презумције о престанку радног односа, а ако се запослени неблаговремено врати на рад послодавац га може укључити у процес рада, с тим што овај отказни разлог не може употребити по протеку рока из члана 184. став 1. ЗОР. У сваком случају запослени треба да докаже да је био спречен из оправданих разлога да изврши ову своју законску обавезу[43].

6) ако запослени злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад

- послодавац је овлашћен да му да отказ уговора о раду, односно да му откаже радни однос, а забрана злоупотребе права на одсуствовање због привремене спречености за рад односи се на сваку радњу којом се ово право користи супротно разлозима због којих је и установљено.

Према дугогодишњој пракси Врховног суда, што је становиште и нижестепених судова: "радник који за време док му је одређено боловање ради код другог послодавца чини злоупотребу боловања што представља основан разлог за отказ уговора о раду"[44]. Исто важи и за запосленог који обавља послове механичара у радионици свог прија-

[43] Пресуда ВСС Рев 2. 647/07 од 28.6.2007. године, у којој је изражен став да запослени није доказао оправдану спреченост да се јави на рад, да није ни покушавао да се врати на рад, нити је тражио да га послодавац распореди на друге послове

[44] Пресуда Окружног суда у Новом Саду, Гж.4608/05 од 22.6.2006 - Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду 9/2006

ља, за време привремене спречености за рад због обољења кичме[45], или за запосленог кондуктера који је затечен да за време привремене спречености за рад окопава кукуруз[46].

7) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у смислу члана 171. став 1. тач. 1. - 4. ЗОР

- послодавац примењује овај отказни разлог у случају одбијања запосленог[47] да закључи анекс уговора о раду, због оправданих потреба послодавца

- послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова рада (анекс уговора): ради премештаја на други одговарајући посао, због потреба процеса и организације рада; ради премештаја у друго место рада код истог послодавца, у складу са чланом 173. ЗОР; ради упућивања на рад на одговарајући посао код другог послодавца, у складу са чланом 174. овог закона; ако је запосленом који је вишак обезбедио остваривање права из члана 155. став 1. тачка 5. овог закона[48]. Одговарајућим послом сматра се посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду.

- уз понуду за закључивање анекса уговора послодавац је дужан да запосленом у писменом облику достави и разлоге за понуду, рок у коме запослени треба да се изјасни о понуди и правне последице које могу да настану одбијањем понуде, а запослени је дужан да се изјасни о понуди за закључивање анекса уговора у року који одреди послодавац, а који не може бити краћи од осам радних дана. Ако се запослени не изјасни у овом року сматра се да је одбио понуду за закључивање анекса уговора

---

[45] Пресуда ВСС Рев 448/07 од 23.5.2007. године

[46] Пресуда Рев 2. 1576/07 од 28.11.2007. гдоине

[47] Пресуда ВСС Рев 2. 745/07 од 8.6.2007. године

[48] ***Члан 155. став 1. тачка 5. ЗОР - "Програм нарочито садржи: мере за запошљавање: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере"***

- ако запослени прихвати понуду за закључивање анекса уговора, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост тог уговора[49].

Нерентабилност у пословању и немогућност послодавца да запосленима обезбеди посао "којим би остварили право на рад и зараду која им по том основу припада, могу се сматрати оправданим разлозима, а упућивање на рад код другог послодавца, као измењени услови који оправдавају закључење новог уговора о раду под овим условима"[50].

8) ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у вези са чланом 33. став 1. тачка 10. ЗОР

- послодавац у оваквом случају може отказати уговор о раду запосленом ако одбије закључење анекса уговора о раду ради измене новчаног износа основне зараде[51] и елемената за утврђивање радног учинка, накнаде зараде и других примања на која запослени има право. Највећи број спорова у примени овог отказног разлога односи се на понуду да се уговори исплата минималне зараде због потреба послодаваца који послују нерентабилно, коју су запослени одбили.

- 9) ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла

- послодавац је овлашћен да примени овај отказни разлог кад су за то испуњени услови прописани чл. 153. до 160. ЗОР-а

- дужан је да донесе програм[52] решавања вишка запослених ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време[53], а програм доноси управни одбор. Код

---

[49] Пресуда ВСС Рев 2. 1224/07 од 5.6.2008. гдоине

[50] Рев.2. 324/04 од 1. јула 2004. године, Билтен Врховног суда Србије 4/05

[51] Пресуда ВСС Рев 2. 1040/07 од 26.9.2007. године

[52] Ову обавезу нема послодавац који намерава да дâ отказ, по овом основу мањем броју запослених од оног предвиђеног чланом 153. Закона о раду, а овај став је изражен и у пресуди ВСС Рев 2. 945/07 од 28.11.2007. године

[53] И то за најмање: десет запослених код послодавца који има у радном односу више од 20, а мање од 100 запослених на неодређено време; 10% запосле-

послодавца код кога није образован управни одбор - директор, односно предузетник.

- пре доношења програма, у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодавца и републичком организацијом надлежном за запошљавање, дужан је да предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених.

Програм нарочито садржи: разлоге престанка потребе за радом запослених; укупан број запослених код послодавца; број, квалификациону структуру, године старости и стаж осигурања запослених који су вишак и послове које обављају; критеријуме за утврђивање вишка запослених; мере за запошљавање: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере; средства за решавање социјално-економског положаја вишка запослених; рок у коме ће бити отказан уговор о раду. Критеријум за утврђивање вишка запослених не може да буде одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад, трудноће, породиљског одсуства, неге детета и посебне неге детета.

Послодавац је дужан да предлог програма достави репрезентативном синдикату и републичкој организацији надлежној за запошљавање, најкасније осам дана од дана утврђивања предлога програма, ради давања мишљења. Законом нису прописане санкције у случају непоштовања овог поступка, па је позивање у ревизији, на овакав недостатак у процедури, без утицаја уколико се ради о оправданим потребама послодавца које је суд утврдио другим доказним средствима, будући да суд, у спору ради оцене законитости одлуке о отказу не цени успешност и целисходност извршене рационалиције процеса рада код послодавца.

них код послодавца који има у радном односу најмање 100, а највише 300 запослених на неодређено време; 30 запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено време. Програм је дужан да донесе и послодавац који утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у оквиру периода од 90 дана, из разлога наведених у ставу 1. овог члана, без обзира на укупан број запослених код послодавца (члан 153 ЗОР)

Да би престанак радног односа по овом основу био законит, неопходно је је да се ради о таквом смањењу обима послова због којих је у потпуности престала потреба за радом запосленог, због чега евентуално смањење послова у оквиру једног радног места (коме је у конкретном случају промењен назив) не представља смањење обима посла које предвиђа наведена законска одредба[54].

Технолошки вишак може бити и запослени који у поступку реинтеграције одбије понуду за закључење анекса уговора о раду[55].

Послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду, у смислу члана 179. тачка 9. ЗОР-а, запосленом исплати отпремнину у висини утврђеној општим актом или уговором о раду.

Запослени коме послодавац после исплате отпремнине откаже уговор о раду због престанка потребе за његовим радом остварује право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту, у складу са прописима о запошљавању.

Суд је овлашћен да цени да ли су разлози за отказ запосленом због престанка потребе за радом запосленог заиста били оправдани и да ли је послодавац отказао запосленом уговор о раду на законом прописани начин. Закон о раду не садржи критерије за одређивање запослених који ће постати технолошки вишак, као што је то прописивао ранији републички Закон о радним односима, али је чл. 38. до 43. (о технолошком вишку) *новог Општег колективног уговора* ***("Службени гласник РС", 50/08 од 9.5.2008. године), између осталог, предвиђено да:***

- одређивање запослених за чијим је радом престала потреба врши надлежни орган послодавца, применом критеријума утврђених законом и колективним уговорима, а критеријуми се примењују по редоследу утврђеном овим колективним уговором,

- се резултати рада утврђују на основу остварених учинака према утврђеним нормативима и стандардима рада, за период од најмање годину дана, а ако запослени остварују једнаке резултате рада,

[54] Пресуда ВСС Рев 2. 426/07 од 11.7.2007. године
[55] Пресуда ВСС Рев 2. 1167/07 од 19.12.2007. године

примењује се допунски критеријум: имовно стање запосленог, али предност има запослени са слабијим имовним стањем,

- ако запослени остварују једнаке резултате рада и имају једнако имовно стање, примењују се следећи критеријуми: 1. број чланова породице који остварују зараду, при чему предност има запослени са мањим бројем чланова породице који остварују зараду; 2. дужина радног стажа, при чему предност има запослени са дужим радним стажом; 3. здравствено стање запосленог и чланова његове уже породице, при чему предност има запослени, ако он или члан његове уже породице болује од тежег обољења, према налазу надлежног здравственог органа; 4. број деце на школовању, при чему предност има запослени који има више деце на школовању.

Посебно је значајно што је сада Општим колективним уговором предвиђено да *запосленој жени са дететом до две године живота,* ***чији је укупан месечни приход по члану домаћинства до висине минималне зараде,*** *не може престати радни однос по основу престанка потребе за њеним радом.* ***Осим тога,*** *послодавац не може донети ни одлуку о престанку радног односа по основу вишка инвалиду рада који је инвалидност стекао радом код тог послодавца,* ***без његове сагласности, као ни*** *запосленом са одређеним годинама стажа осигурања* ***утврђеним посебним, односно колективним уговором код послодавца****.*

Кад је у питању отпремнина, послодавац је сада дужан да запосленом исплати отпремнину у износу који не може бити нижи од једне трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу, а која не може бити нижа од 50% просечне зараде по запосленом у Републици, према последњем објављеном податку надлежног органа за послове статистике, на дан исплате отпремнине, ако је то за запосленог повољније.

Због тога је суд овлашћен да цени да ли су разлози за отказ по овом основу били оправдани и да ли је тужени запосленом отказао уговор о раду на законом прописани начин, без оцене испуњавања критеријума прописаних раније важећим Општим колективним уговором [56], а после закључења новог Општег колективног уговора – испуњеност критеријума из чл. 38. – 43. Општег колективног уговора за-

[56] Решење ВСС Рев 2. 418/05 од 26.5.2005. године

кљученог од 9.5.2008. године. Због закључења новог Општег колективног уговора и наведених одредаба о вишку запослених судска пракса ће убудуће свакако бити измењена у односу на досадашњу[57].

Одлука послодавца о престанку потребе за радом запосленог је декларативног карактера. За разлику од ње, отказ уговора о раду по том основу је конститутивни акт[58].

Према правном схватању Грађанског одељења Врховног суда Србије, утврђеном на седници од 31.1.2005. године: *"Исплата отпремнине је услов престанка радног односа због престанка потребе за радом запослених".*

Али решење о престанку радног односа неће бити ништаво ако је исплата извршена после датума означеног као моменат престанка и то: због грешке у обрачуну зарада; ако је исплата извршена касније као резултат споразума између послодавца и запосленог; ако је запослени примио отпремнину пре поднете тужбе за поништај решења о престанку радног односа само из овог разлога.

Запосленом за чијим је радом престала потреба радни однос престаје споразумом – прихватањем понуде из социјалног програма или отказом – по исплати отпремнине, обзиром да се аутохтони (споразумни) начин престанка радног односа и правни (законски) режим отказивањем радног односа, искључују[59].

Забрана запошљавања из члана 182. Закона о раду односи се на забрану пријема нових запослених на исте послове у року од шест месеци од престанка радног односа технолошком вишку, а не на друге послове које треба да обављају запослени код послодавца[60]

---

[57] ***До закључења новог Општег колективног уговора, технолошки вишак је могао бити и "инвалид, ако нема посла, као одговарајућег на које може да се премести према преосталој радној способности" (пресуда ВСС Рев 2. 376/07 од 20.3.2008. године)***

[58] ***Решење Врховног суда Србије Рев. 2. 449/06 од 29.3.2006. године, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/06***

[59] ***Решење Врховног суда Србије Рев.II 906/05 од 7.7.2005. године***

[60] Пресуда ВСС Рев 2. 1450/07 од 1.11.2007. године

Поступак у случају отказа

Рок застарелости (члан 184. Закона о раду)

Отказ уговора о раду из члана 179 тач. 1, 2, 3, 5. и 6. овог закона послодавац може дати запосленом у року од три месеца од дана сазнања за чињенице које су основ за давање отказа, односно у року од шест месеци од дана наступања чињеница које су основ за давање отказа. Отказ уговора о раду из члана 179. тачка 4. ЗОР послодавац може дати запосленом најкасније до истека рока застарелости утврђеног законом за кривично дело.

Није протекао ни субјективни ни објективни рок за давање отказа од стране послодавца када се ради о повреди у продуженом трајању где се за почетак рока рачуна време предузимања или непредузимања задње радње извршења[61]. Код продужене радње недисциплине (неоправданог изостанка са посла) рок застарелости рачуна се од задњег акта недисциплине[62].

Достављање акта о отказу уговора о раду (члан 185. Закона о раду)

Уговор о раду отказује се решењем, у писаном облику, и обавезно садржи образложење и поуку о правном леку. Досадашње становиште судске праксе о садржају решења о отказу није измењено. Да би се оценила законитост одлуке послодавца неопходно је да решење садржи разлоге[63] из којих произилази оправданост разлога за отказ, јер суд мора, пошто проведе поступак, да о постојању отказних разлога изведе закључак који је **- ван сваке разумне сумње.**

Решење мора да се достави запосленом лично, у просторијама послодавца, односно на адресу пребивалишта или боравишта запосле-

[61] ***Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2. 1083/05 од 1.9.2005. године, Билтен ВСС 1/06,***

[62] Пресуда ВСС Рев 2. 1118/07 од 13.9.2007. гдоине

[63] " Није обавеза суда да у поступку оцене законитости одлуке послодавца, односно отказа уговора о раду утврђује чињенице везане за постојање отказних разлога, већ се то мора учинити од стране послодавца на начин утврђен законом"

ног[64]. Ако послодавац запосленом није могао да достави решење у смислу става 2. овог члана, дужан је да о томе сачини писмену белешку. У случају из става 3. овог члана решење се објављује на огласној табли послодавца и по истеку осам дана од дана објављивања сматра се достављеним.

Запосленом престаје радни однос даном достављања решења осим ако овим законом или решењем није одређен други рок.

Обавеза исплате зараде и накнаде зараде
(члан 186. Закона о раду)

Послодавац је дужан да запосленом, у случају престанка радног односа, исплати све неисплаћене зараде, накнаде зараде и друга примања која је запослени остварио до дана престанка радног односа у складу са општим актом и уговором о раду, најкасније у року од 30 дана од дана престанка радног односа. Али о*бавеза исплате неисплаћене зараде, накнаде зараде и других примања није услов пуноважности отказа уговора о раду****, односно отказа радног односа[65]. Само је пуноважност престанка радног односа у поступку решавања технолошког вишка условљена претходном исплатом отпремнине.*

Посебна заштита од отказа уговора о раду
(чл. 187, 188. Закона о раду)

За време трудноће, породиљског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду, осим ако је запослени засновао радни однос на одређено време – у ком случају му радни однос престаје по истеку рока за који је заснован.

---

[64] ***Достављање акта о отказу уговора о раду сматра се извршеним у тренутку када је решење о отказу уручено запосленом, без обзира на чињеницу што је запослени, пошто се упознао са актом, одбио да потпише белешку о достављању и у просторијама послодавца, где је достављање вршено, оставио решење.*** **(Из решења Окружног суда у Ваљеву Гж. 1. бр. 433/05 од 27.2.2005 године, Интермекс - Судска пракса, Београд)**

[65] Рев 2. 69/06 од 9. фебруара 2006. године, Билтен ВСС 1/06

Послодавац не може да откаже уговор о раду, нити на други начин да стави у неповољан положај представника запослених за време обављања функције и годину дана по престанку функције, ако представник запослених поступа у складу са законом, општим актом и уговором о раду, и то: члану савета запослених и представнику запослених у управном и надзорном одбору послодавца; председнику синдиката код послодавца; именованом или изабраном синдикалном представнику[66]. Ако представник запослених не поступа у складу са законом, општим актом и уговором о раду, послодавац може да му откаже уговор о раду. Број синдикалних представника који уживају овакву заштиту утврђује се колективним уговором, односно споразумом синдиката са послодавцем, зависно од броја чланова синдиката код послодавца[67].

Уместо закључка

Радни спорови због отказа уговора о раду на иницијативу послодавца захтевају да се о њима одлучује нарочито хитно посебно узимајући у обзир да је терет доказивања чињеница које образују основ за отказ уговора о раду и о оправданости отказа обавеза послодавца.

[66] У пресуди Врховног суда Србије Рев 2. 1087/04 од 17.11.2004. године, Билтен ВСС 1/05, изражен је став да: - синдикални представник ужива посебну заштиту, па му не може престати радни однос због "технолошког вишка" нити може бити распоређен на неповољније радно место.

[67] Послодавац може уз сагласност министарства да откаже уговор о раду представнику запослених, ако одбије понуђени посао у смислу члана 171. став 1. тачка 4) ЗОР.

Јасминка Станојевић,
судија Врховног суда Србије

ОДГОВОРНОСТ ЗА ОБАВЕЗЕ ПРИВРЕДНИХ СУБЈЕКАТА

Сваки привредни субјект са правним субјективитетом одговара за своје обавезе целокупном својом имовином. Да ли поред њега и неко други (оснивач, члан, акционар, повезана друштва), одговара за његове обавезе, да ли он одговара за обавезе свог оснивача, која је врста те одговорности ако постоји и њен правни основ? То су само нека од питања која се појављују као спорна у поступцима које пред судом покрећу повериоци ради заштите својих интереса у ситуацији када исплату својих потраживања не могу остварити од дужника са којим су били у материјално-правном односу из кога је то потраживање и настало. То не морају бити само потраживања из међусобних привредних односа и делатности привредних субјеката из надлежности трговинских судова, већ и она која потичу из заснованог радног (уговорног) односа између одређеног привредног субјекта као послодавца и запосленог, било да се ради о неисплаћеној заради или исплати других новчаних примања из радног односа, за коју врсту спорова је надлежан суд опште надлежности.

Наиме, у годинама иза нас интензиван је процес оснивања нових привредних субјеката који су поред одређене имовине коју је на њих пренео оснивач, преузела и одређени број запослених, без преузимања одговорности за обавезе оснивача (доспеле и будуће) или без установљења одговорности оснивача за обавезе новооснованог друштва. Не ретко су то презадужена привредна друштва према којима су повериоци безуспешно покушавали наплату свог потраживања на основу извршне исправе, што је после оснивања новог привредног друштва постало још теже јер је имовина њиховог дужника постала имовина новооснованог друштва. Или, какав је положај запослених у друштвима организованих у холдинг или неки други облик организовања и повезивања

друштава у случају када неко од тих друштава (послодавац) постане инсолвентан и које су њихове могућности да остваре своја потраживања од неких од тих друштава?

Правна теорија и пракса судова заснована на законом утврђеним општим начелима и правним институтима понудила је одговоре на неке од тих питања о чему ће бити речи у овом реферату. Садржина реферата ограничена је на питања која су спорна у пракси судова опште надлежности и изнета су по тематским целинама.

ОДГОВОРНОСТ ОСНИВАЧА ЗА ОБАВЕЗЕ НОВООСНОВАНОГ ДРУШТВА

Овде ћемо говорити само о одговорности оснивача друштва за обавезе према трећим лицима која се разликује зависно од облика, односно форме привредних друштава. Правне форме привредног друштва су ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво.

Ортаци ортачког друштва ***одговарају солидарно за све обавезе друштва целокупном својом имовином. Код*** командитног друштва***, за обавезе друштва према трећим лицима бар један члан – комплементар одговара целокупном својом имовином, а најмање један члан, командитор, до висине улога[1]. Међутим, код осталих и у привредном животу најчешћих форми привредних друштава, ситуација је знатно другачија.***

Друштво са ограниченом одговорношћу ***је привредно друштво које ради обављања делатности, оснивају једно или више правних или физичких лица, која не одговарају за обавезе друштва, а сносе ризик пословања друштва до висине свог улога у друштву[2]. Из наведеног се може закључити да је основна карактеристика овог друштва да има своју имовину која је одвојена од имовине његових чланова и да су средства која су чланови друштва унели у друштво, имовина друштва, тако да се као и код других привредних друштава може разликовати*** вла-

[1] Члан 53. Закона о предузећима ("Службени лист СРЈ", бр. 29/06 ... 36/02)
Члан 90. Закона о привредним друштвима ("Службени гласник РС", бр. 125/04)
[2] Члан 104. ЗОПД-а

сништво над имовином друштва ***које припада друштву, као правном лицу, од*** власништва над друштвом ***које припада његовим члановима. Како је друштво са ограниченом одговорношћу самостално у вршењу својих привредних делатности, самостално и одговара за преузете обавезе у правном промету са трећим лицима. Иако се из самог назива овог облика друштва то не може закључити, чланови друштва не одговарају непосредно за обавезе друштва према трећим лицима, али сносе ризик пословања друштва до износа својих улога. То практично значи да је потпуно одвојена одговорност чланова друштва од одговорности самог друштва, тако да повериоци друштва могу исплату својих потраживања захтевати само од друштва, а не и од његових чланова и обрнуто; повериоци чланова друштва немају право да своје потраживање остварују према друштву. То важи и у случају отварања стечајног поступка над друштвом са ограниченом одговорношћу, који не ствара обавезу за чланове друштва да из своје имовине измире доспеле обавезе друштва у стечају.***

Без обзира на одређене разлике у односу на друштва са ограниченом одговорношћу и код акционарског друштва ***у погледу одговорности за обавезе према трећим лицима је иста правна ситуација. Акционари акционарског друштва не одговарају за обавезе друштва осим до износа уговореног а неуплаћеног улога у имовину друштва, а само друштво одговара за своје обавезе целокупном својом имовином[3]. Дакле и код акционарског друштва је раздвојена имовина друштва и њених чланова – акционара, као и одговорност за обавезе друштва.***

Према изнетом, може се закључити да је основно правило установљено Законом о привредним друштвима, да оснивачи чланови, односно акционари не одговарају за обавезе друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друтшва, ако уговором или актом о оснивању није другачије предвиђено, као и у случају злоупотребе правног лица**.**

ОДГОВОРНОСТ НОВООСНОВАНОГ ДРУШТВА ЗА ОБАВЕЗЕ ОСНИВАЧА

[3] Члан 184. ст. 2. и 3. ЗОПД-а

Закон о привредним друштвима, као ни ранији Закон о предузећима, не садржи посебне одредбе у погледу одговорности основаног друштва за обавезе оснивача. Ово вероватно из разлога што се сматра да је основано друштво посебан правни субјект који није учествовао у оснивању нити учествује у управљању својих оснивача, чланова или акционара из којих разлога и не одговара за њихове обавезе. Новоосновано друштво нема правни континуитет са друштвом које га је основало, није његов правни следбеник, те не преузима права и обавезе свог оснивача. Осим тога, иако је ново друштво основано из имовине оснивача, није дошло до смањења имовине оснивача јер је за вредност свог улога (имовине) добио акције или уделе у основаном друштву. У нашој правној теорији ова врста посредне трансформације квалификује се као тзв. "лажна подела" у којој друштво оснивач само мења структуру своје имовине, из које излази одређена актива (ствари, права и новац) која је ушла у имовину основаног друштва, да би заузврат оснивач добио у своју имовину акције или уделе, као права које имају своју вредност и над којима је такође могуће одредити извршење ради наплате новчаног потраживања поверилаца оснивача[4].

Исто тако, ни могућност примене института "приступање дугу***" из члана 452. Закона о облигационим односима[5], нема значај ограничене солидарне одговорности (до вредности активе) новог друштва за обавезе оснивача[6]. Такав став је заузео и Врховни суд Србије у предмету у коме су нижестепени судови одбили тужбени захтев повериоца оснивача према туженом новооснованом друштву за испуњење обавезе оснивача[7]. " ... Неспорно је да се између новооснованог предузећа и његовог оснивача не успоставља статусно-правна сукцесија. Стога се самим оснивањем, по правилу не успоставља и одговорност новооснованог предузећа за обавезе његовог оснивача. Међутим, непостојање статусно-правне сукцесије не води искључењу и облигационе одго-***

[4] М. Васиљевић, Коментар Закона о предузећима уз члан 435.

[5] Члан 452. став 1. ЗОО - "лице на које пређе на основу уговора нека имовинска целина физичког или правног лица или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно на њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе".

[6] М. Васиљевић, Привредна друштва, издато 1999. године.

[7] ВСС, Пзз. 11/04.

ворности новооснованог предузећа за обавезе оснивача. Она увек постоји када је у новоосновано предузеће бестеретно пренета целокупна актива или њен део, оснивачу. У том случају новоосновано предузеће одговара солидарно са својим оснивачем за обавезе према трећим лицима које је преузео оснивач на терет те имовине до висине њене вредности. То је прописано императивном одредбом члана 452. став 1. Закона о облигационим односима. На тај начин законом је спречен дужник да отуђењем своје имовине онемогући намирење поверилаца за преузете обавезе на терет те имовине ..."

Треба указати и на могућност примене још једног института облигационог права независно од истог института установљеног Законом о стечајном поступку. Ради се о побијању правних радњи дужника ***под условима предвиђеним чланом 280-285. Закона о облигационим односима[8], а у оквиру теме о којој је реч, то би било побијање правних радњи оснивача којима се преноси имовина на другог у циљу стицања акција или удела. Уговор о оснивању новог субјекта је и акт располагања имовином јер оснивач на новоосновано друштво преноси имовину или њен део и такво располагање може бити предмет побијања под законом прописаним условима. Међутим, треба рећи да у овој области примена овог института у пракси наилази на извесне тешкоће и отвара нека спорна питања у погледу услова за његову примену. Пре свега, да ли је оснивач (дужник) преношењем имовине на нови правни субјект онемогућио своје повериоце да намире своја потраживања, с***

[8] Према одредбама чл. 280-285. Закона о облигационим односима, сваки поверилац чије је потраживање доспело за исплату и без обзира кад је настало може побијати правну радњу свог дужника предузету на штету поверилаца. Теретно располагање може се побијати ако је у време располагања дужник знао или могао знати да предузетим располагањем наноси штету својим повериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију корист правна радња предузета то било познато или могло бити познато. Код бесплатних располагања и са њима изједначених правних радњи сматра се да је дужник знао да предузетим располагањима наноси штету повериоцима и за побијање тих радњи захтева се да је трећем лицу то било познато или могло бити познато. Ако суд усвоји тужбени захтев правна радња губи дејство само према тужиоцу (повериоцу) и само колико је потребно за испуњење његовог потраживања. Тужба за побијање се у случају теретних располагања може поднети у року од једне године, у осталим случајевима у року од три године од учињеног располагања.

обзиром да је за преузету имовину и у тој вредности оснивач добио акције или удео у основаном друштву, који могу бити предмет извршења? Или да ли се новоосновано друштво може сматрати "трећим лицем" у смислу наведених одредби закона јер се оснива односно настаје тек уговором о оснивању итд. У сваком случају одговор на ова питања треба тражити у ширем тумачењу потребних услова за примену овог института у овој области, што је све више присутно у пракси судова у циљу заштите интереса поверилаца.

ОДГОВОРНОСТ ПОВЕЗАНИХ ПРИВРЕДНИХ ДРУШТАВА

Повезана друштва ***су посебан правни институт, различит од оснивања, која чине два или више друштава међусобно повезана, и то:***

1) путем учешћа у основном капиталу или ортачким уделима (друштва повезана капиталом);

2) путем уговора (друштва повезана уговором);

3) путем капитала и путем уговора (мешовито повезана друштва).

Повезана привредна друштва обухватају једно контролно (матично) и једно или више подређених (зависних) друштава. Организују се као концерн, холдинг, група друштава или други облик организовања у складу са законом[9].

Однос матичног и зависног друштва реализује се стицањем учешћа од стране једног друштва у капиталу другог (оснивањем новог друштва, куповином акција или удела) и вршењем управљачког права на бази тог учешћа, на основу кога се и преузима контрола над зависним друштвом у различитом степену. Матичним друштвом се означава оно друштво које у основном капиталу другог друштва (зависног друштва) има већинско или значајно учешће.

Без обзира на облик организовања групе друштава, свако од повезаних друштава је правно самостални субјект, са својом фирмом,

[9] Члан 366. Закона о привредним друштвима.

својом имовином и органима[10]. Одвојеност правног субјективитета матичног друштва зависних друштава и одвојеност имовине у имовинском праву има за последицу непостојање узајамне одговорности за обавезе према трећим лицима по самом закону, посебно непостојању одговорности матичног друштва за обавезе зависних друштава[11]. ***Закон о привредним друштвима не установљава одговорност зависног друштва за обавезе матичног друштва и обрнуто, али се она може уговорити приликом оснивања. Ранији Закон о предузећима[12], предвиђао је могућност солидарне одговорности матичног предузећа за обавезе зависног под условом да поседује више од 75% односно 90% акција или удела у основном капиталу зависног предузећа, по ком основу и учествује у управљању тим предузећем. Ово је изузетак од општег правила да сваки субјект у праву сам одговара за своје обавезе, управо због тога што тако висок удео матичног предузећа у основном капиталу зависног предузећа омогућава матичном да тим предузећем управља (зависно предузеће под непосредним управљањем). На постојању тих чињеница као основа успостављања неограничене солидарне одговорности матичног друштва за обавезе зависног, инсистирала је и судска пракса.***

Тако је у једној од одлука Врховног суда Србије[13] донетој у спору за исплату минималне зараде назначено да солидарна одговорност матичног предузећа за обавезе зависног предузећа постоји у случају из члана 414. Закона о предузећима када се ради о матичном предузећу које стекне више од 90% акција или удела зависног предузећа или под условима наведеним у том члану.

У одлуци Врховног суда Србије[14], донесеној у спору повериоца за исплату дуга из односа са зависним предузећем против туженог матичног предузећа, заузето је следеће становиште: "... Уговором о повезивању предузећа предвиђено је да скупштина холдинга именује све

[10] И. Јанковец "Може ли зависно предузеће одговарати за обавезе матичног предузећа" – Правни живот 11/98.
[11] М. Васиљевић "Привредна друштва – матично и зависно предузеће" 1999. година.
[12] Члан 414, члан 414а Закона о предузећима.
[13] ВСС, Гзз. 112/04.
[14] ВСС, Прев. 207/05.

чланове управног одбора свих повезаних предузећа и установљено је право скупштине холдинга да доноси све стратешке одлуке у циљу постизања јединствених интереса и циљева свих повезаних предузећа, што упућује на закључак да се таквим системом управљања и одлучивања успоставља директна контрола холдинга над свим повезаним предузећима. Тиме се између ових правних субјеката несумњиво успоставља однос матичног и зависног предузећа, а самим тим и солидарна одговорност матичног за обавезе зависног предузећа у складу са чланом 414а Закона о предузећима... Зато, упркос формално успостављеној самосталности правног субјективитета тог и осталих повезаних предузећа, међу њима је и даље задржана јединствена имовинска заједница. То даје овлашћење новооснованом холдинг предузећу да неограничено управља и располаже имовином својих оснивача. Стога се по том основу може успоставити и директна солидарна одговорност холдинга за све обавезе његових оснивача, не само од времена његовог оснивања, него и пре тога."

Наведена проблематика се може јавити и у пословању јавних предузећа на које се сагласно члану 453. Закона о привредним друштвима примењују прописи који су били на снази до дана ступања на снагу овог закона. То су Закон о предузећима и закони којима се уређују услови и начин обављања делатности од општег интереса. Тако је у одлуци[15] Врховни суд Србије у спору између АД у стечају и Јавног предузећа, као туженог за обавезе Јавног предузећа које је основао, а који није био странка у овом поступку, изражено следеће становиште: "Према одредби чл. 401. став 3. Закона о предузећима, оснивање и пословање јавних предузећа врши се у складу са Законом о предузећима и законом којим се уређују услови и начин обављања делатности од општег интереса. Законом о јавним предузећима, Законом о електропривреди и Статутом туженог, предвиђена је могућност да тужени, као јавно предузеће, може основати друго јавно предузеће за обављање појединих својих делатности. Без обзира што је наведеним прописима одређено да основано јавно предузеће има статус правног лица и да иступа у своје име и за свој рачун а за рачун туженог оснивача у складу са пренетим овлашћењима, те да за обавезе одговара својом имовином, као и

[15] Прев. 118/05 од 16.11.2005. године.

да је у раду и пословању самостално, чињеница да председника и чланова управног одбора као и директора основаног јавног предузећа именује и разрешава управни одбор оснивача и да се у основаном јавном предузећу непосредно примењују општа акта оснивача, као и да општа акта основаног предузећа морају бити у складу са актима оснивача, те да оснивач управља читавим системом обезбеђујући технички-технолошко и економско-финансијско функционисање основаних јавних предузећа, указује на постојање односа матичног и зависног предузећа. Основано јавно предузеће "К" је у време настанка пословног односа било зависно предузеће под непосредним управљањем туженог као матичног предузећа имајући у виду да је тужени једини његов оснивач са 100% удела. Тужени као матично предузеће, будући да управља зависним предузећем, одговара по самом закону неограничено солидарно за све обавезе зависног предузећа у смислу чл. 414. Закона о предузећима. Ова одредба није у супротности са чл. 53. истог закона, већ због специфичног облика вертикалног повезивања предузећа уводи неограничену солидарну одговорност матичног предузећа за обавезе зависног предузећа према трећим лицима."

Матично друштво може одговарати за обавезе зависног друштва и на основу правила о привиду правне личности***, односно*** злоупотреби правног лица***. То су они случајеви кад је матично предузеће, супротно закону, поступало са имовином зависног предузећа као да је у питању његова имовина или је смањило имовину зависног предузећа у своју корист или корист другог лица, а знало је или је морало знати да зависно предузеће неће бити у стању да измири своје обавезе према трећим лицима[16].***

Овај правни институт као изузетак од општег правила о правном субјективитету и самосталној одговорности привидног субјекта нема још адекватну законску регулативу, не само у нашем законодавству, већ и у праву низа земаља са развијенијом тржишном привредом. Ради се о специфичној правној фикцији ширења одговорности за обавезе друштва капитала изван граница његове имовине у случајевима преварног понашања и незаконитог пословања привредног друштва.

[16] Члан 54. ЗОП-а – привид правне личности.

Наш Закон о привредним друштвима овај институт дефинише као "злоупотребу правног лица***" одређујући да су командитори командитног друштва, као и чланови друштва са ограниченом одговорношћу и акционари акционарског друштва солидарно одговорни за обавезе друштва ако злоупотребе привредно друштво за незаконите или преварне циљеве или ако са имовином привредног друштва располажу као са сопственом имовином као да привредно друштво као правно лице не постоји. Ову врсту одговорности утврђује надлежни суд узимајући у обзир све околности везане за злоупотребу, а нарочито да се општи принцип ограничене одговорности не примењује на ове случајеве[17].***

Дакле, уколико се правно лице злоупотреби на напред наведени начин, да би се избегле штетне последице таквог противправног понашања, одговорност према трећим лицима се шири изван имовинских граница правног лица на његове чланове, оснивача или акционаре. У том смислу и у тим случајевима могла би се успоставити одговорност матичног друштва за обавезе зависног друштва, посебно ако представљају економску целину или послују као јединствени привредни субјект или када се зависно друштво јавља као заступник, односно комисионар матичног друштва[18].

И поред постојања законског основа, овај институт није "заживео" и нашао право место у нашој судској пракси[19]. Разлог је можда у томе што за примену овог института, као изузетне мере, није довољна чињеница да је правно лице несавесним и незаконитим пословањем онемогућило своје повериоце да наплате своја потраживања (што може бити основ за отварање стечајног поступка), већ би требало да је то резултат преварне радње која мора бити доказана. Како је терет доказивања на повериоцу који покреће поступак, а ради се о пословним активностима унутар друштва, очигледно је да је такав поступак изложен великим тешкоћама.

---

[17] Члан 15. ЗОПД-а.

[18] М. Васиљевић – Компанијско право, Београд 2005.

[19] Више о томе: В. Марковић "Пробијање правне личности или привид правне личности", - Билтен судске праксе ВСС бр. 2/2000.

Изложена проблематика је још сложенија по питању одговорности зависног друштва за обавезе матичног друштва и не мање значајна за судску праксу. У привредном животу се дешава да привредна друштва, суочена са неликвидношћу, у циљу избегавања обавезе према својим повериоцима, оснивају нова друштва на која преносе имовину или њен већи део, док се дугови остављају првобитном друштву. Да ли ће у таквим ситуацијама новоосновано друштво одговарати за те обавезе? Може се рећи да је и у тим случајевима важи опште правило да сваки субјект у праву сам одговара својом имовином за своје обавезе, а да би евентуална одговорност другог била само изузетак. И у овим ситуацијама зависно друштво може одговарати по општим правилима облигационог права о којима смо претходно говорили, као што је приступање дугу и побијање правних радњи дужника.

Повезивање привредних друштава и изнета правила у погледу међусобне одговорности повезаних друштава према трећим лицима треба разликовати од института реорганизације привредног друштва у виду статусних промена (спајање, подела и одвајање). Закон о привредним друштвима, уз постављање правила по којима се врше ове статусне промене, посебно садржи одредбе којима се обезбеђује заштита поверилаца у тим случајевима[20]. Било је покушаја и у нашој правној теорији и пракси да се питање узајамне одговорности оснивача и новооснованих друштава реши применом правила о подели друштава и солидарној одговорности новонасталог друштва за његове обавезе. Међутим, таквом становишту се може приговорити да се оснивањем новог друштва од делова или имовине постојећег, не врши подела постојећег друштва. Друштво које се поделило је престало да постоји и брише се из судског регистра због чега је законом установљена солидарна одговорност новонасталих друштава за његове обавезе[21]. Такав став изражен је у више одлука Врховног суда Србије[22] са образложењем да се не може утврдити обавеза зависног предузећа да исплати зараду односно накнаду штете због изгубљене зараде или накнаде зараде запосленима који су радни однос засновали у матичном предузећу. Матично предузеће се није поделило на два или више нових пред-

[20] Члан 395. и члан 417. ЗОПД-а.
[21] И. Јанковец, напред цитирани рад
[22] ВСС, Рев. II 948/02; Рев. II 604/07.

узећа у смислу члана 435. Закона о предузећима да би се применила правила из става 3. ове одредбе по коме предузећа настала поделом одговарају солидарно за обавезе подељеног предузећа.

Питање узајамне одговорности повезаних друштава се на посебан начин може одразити у поступцима принудне наплате потраживања утврђеног правноснажном судском одлуком у односу на једног или више повезаних друштава***. У новијој пракси општинских судова који спроводе поступак извршења из њихове надлежности, појавио се знатан број предлога за извршење на основу извршне исправе којима се предлаже одређивање извршења на новчаним средствима привредног друштва које је основао извршни дужник на кога гласи извршна исправа, јер је његов рачун блокиран. Извршни повериоци су запослени у зависним друштвима који су у парничном поступку издејствовали извршну исправу (правноснажну пресуду) којом је оснивач ових зависних друштава (матично друштво) обавезан да им исплати одређена новчана потраживања из радног односа. Њихов послодавац, зависно друштво није био странка у том поступку, (није тужен заједно са матичним друштвом) тако да извршном исправом на основу које је предложено извршење није утврђена његова обавеза да евентуално са матичним друштвом солидарно изврши исплату утужених потраживања.***

Судови су у таквим ситуацијама различито поступали. Једни су одређивали извршење и према зависним друштвима иако извршна исправа гласи само на матично друштво, а други су такве предлоге одбијали. Врховни суд Србије је поводом захтева једног од судова одлучио да не заузима правни став о овом питању по процедури из члана 176. ЗПП-а (спорно правно питање), али је оценио да би ради уједначавања судске праксе о овом питању, требало донети одређени закључак.

Поред свега оног што је речено о односу повезаних предузећа и одговорности оснивача и новооснованих друштава за обавезе према трећим лицима у разрешењу описане правне ситуације мора се поћи пре свега од правила установљених Законом о извршном поступку[23], којим је уређен поступак спровођења принудног остварења потраживања на основу извршне исправе.

[23] Објављен у "Службеном гласнику РС", бр. 125/04.

Чланом 37. овог закона, прописано је да се извршење одређује и на предлог и у корист лица које у извршној исправи није означено као извршни поверилац, ако оно јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање на њега пренесено или да је на њега на други начин прешло, а ако то није могуће, пренос или прелаз потраживања доказује се правноснажном односно коначном одлуком донесеном у парничном, односно управном и прекршајном поступку. Ова одредба се примењује и у случају извршења против лица које у извршној исправи није означено као дужник.

Из цитиране одредбе произилази да се извршење не може одредити против привредног друштва које у извршној исправи није означено као дужник без правноснажне, односно коначне одлуке донесене у једном од наведених поступака, којом се доказује да је потраживање из извршне исправе са извршног дужника пренето на друго привредно друштво (матично или зависно друштво). Отуда извршни суд у напред наведеној ситуацији мора донети применом члана 52. став 4. ЗИП-а решење којим се такав предлог за извршење одбија.

Према томе, сва спорна питања која су се појавила у овим поступцима у погледу одговорности зависних друштава за обавезе матичног друштва или обрнуто, морала су се, односно морају се претходно расправити и правноснажно решити у парничном поступку, јер су овлашћења суда у извршном поступку одређена само на спровођење принудног остварења потраживања на основу извршне или веродостојне исправе[24].

*

Изложена правна и чињенична аргументација указује на сву сложеност питања која су разматрана, као и да ће решење одређене правне ствари из ове области претежно зависити од постојања одређених чињеница и околности на које је указано у овом реферату. Ипак, оно што је опште и заједничко за већину поменутих правних ситуација, могло би се свести на следећи

З А К Љ У Ч А К

[24] Члан 1. Закона о извршном поступку

1. Сваки привредни субјект са правним субјективитетом (привредно друштво) одговара за своје обавезе целокупном својом имовином;

2. Оснивачи и чланови, односно акционари, не одговарају за обавезе привредног друштва кога су основали, нити новоосновано друштво одговара за њихове обавезе, осим ако је уговором или актом о оснивању другачије предвиђено, као и у случају злоупотребе правног лица;

3. Коришћењем правила која важе за повезивање привредних друштава не може се установити одговорност зависног друштва за обавезе матичног друштва и обрнуто;

4. Непостојање законом установљене узајамне солидарне одговорности привредних друштава за обавезе према трећим лицима не искључује могућност утврђења њихове одговорности за те обавезе применом правила и института облигационог права (приступање дугу и побијање дужникових правних радњи);

5. Суд не може одредити извршење на имовини привредног друштва, чији је оснивач извршни дужник, ако извршна исправа гласи само на друштво оснивача (матично друштво), а не и на његова зависна друштва, као и обрнуто.

Љубица Милутиновић,
судија Врховног суда Србије

ПОРОДИЧНИ ЗАКОН КРОЗ СУДСКУ ПРАКСУ

У В О Д

Нови Породични закон[1] бележи трогодишњу примену у пракси. Период недовољан да се у пуној мери искажу све његове предности, ипак довољан да покаже неке нејасноће и неједнакости у примени појединих законских решења. Без намере да критикујем законска решења, као ни оне који их нејасно или недоследно тумаче, сматрам за корисно да се судство Србије информише о резултатима његове примене кроз досадашњу судску праксу.

Породични односи представљају веома важан сегмент сваког напредног друштва, јер његова будућност зависи између осталог од степена изграђености тих односа. Подизање деце у окружењу хармоничних сродничких односа, поштовања и уважавања чланова породичне заједнице и блиских сродника, предуслов је општег благостања читаве заједнице. Зато и спорове који неминовно настају, треба решавати на посебан, најпогоднији начин уз уважавање свих околности случаја а са посебном пажњом када је у питању заштита права детета у циљу остварења његовог најбољег интереса. Због тога је одредбом члана 203. ст. 2. и 3. Породичног закона предвиђено да судије које поступају у поступцима у вези са породичним односима морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета, а судије поротници изабрани из редова стручних лица која имају искуство у раду са децом и младима.

[1] Донет 2005. године објављен у "Службеном гласнику Републике Србије" број 18/2005, ступио на снагу осмог дана од дана објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије" а примењује се од 01.07.2005. године осим одредаба члана 203. став 2. и 3. које се примењују од 01.07.2006. године

Специјализација судија и састав већа

Ради стицања посебних знања и припремања судија за ову врсту специјализације, примена наведених одредаба одложена је до 01.07.2006. године тј. за једну годину. Ово је уједно био и први уочени проблем у судској пракси, јер у остављеном року од годину дана потребну специјализацију из области права детета није стекао довољан број судија у Србији. Поставило се питање како обезбедити адекватан састав већа када нема довољно специјализованих судија (нарочито у другостепеном поступку где суди веће од троје таквих судија) а нису свугде обезбеђени ни судије поротници из редова стручних лица која имају искуство у раду са децом и младима. Ту смо се сусрели са непрецизношћу закона и потребом за његовим тумачењем у којим све спорним односима је потребно посебно знање – тј. специјализација судија. Језичким тумачењем се не може доћи до правог решења, па је било потребно укључити и остале врсте тумачења права – закона. Смисао ове одредбе је заштита права и интереса детета или родитеља који врши родитељско право а у крајњем исходу ради заштите права детета. Зато није од значаја чињеница што се специјализација судија – стицање посебних знања из области права детета, регулише у десетом делу Породичног закона који носи назив Поступци у вези са породичним односима и што се у одредби члана 203. којом се регулише састав већа наводи да се ради о саставу већа које поступа у поступку са породичним односима, већ се мора имати у виду ко је субјект заштите (малолетна деца) ради кога се специјализација и предвиђа. Због једностраног језичког тумачења неки судови су тражили делегацију другог суда за поступање у разводу брака у коме није било малолетне деце или у поступку за деобу брачне тековине или супружанског издржавања наводећи да немају судију са посебним знањима из ове области. Одбијањем захтева за одређивање другог стварно надлежног суда – за делегацију, Врховни суд је одмах и на почетку дао потребно тумачење ових одредаба. У пракси се појавила одлука другостепеног суда која је такав састав суда сматрала непрописним и квалификовала као битну повреду одредаба парничног поступка укидајући првостепену пресуду. У другом случају другостепени суд то није сматрао битном повредом одредаба парничног поступка. У сасвим другом случају појавила се но-

ва спорна ситуација. Суд који није имао поротнике са квалификацијама из члана 203. став 3. Породичног закона судио је у првостепеном поступку у већу састављеном од троје професионалних судија са посебним знањима, уместо у већу са једним професионалним судијом са посебним знањима и двоје поротника у смислу члана 203. став 3. ЗПП. Странка која је била незадовољна одлуком истицала је то као битну повреду одредаба парничног поступка (непрописни састав суда) и упутила притужбу Врховном суду Србије са таквом садржином. Ово су биле почетне муке са применом Породичног закона и обезбеђивањем прописаног састава суда.

Временом, ове дилеме су отклоњене и сада се несумњиво зна да спорове ради заштите права детета суде већа и судије са посебним знањима и осталим потребним особинама из члана 203. Породичног закона, а остале спорове из породичних односа веће формирано у смислу одредаба Закона о парничном поступку и овог закона.

Основни принципи заштите права детета

Оживотворење одредаба Породичног закона кроз решавање практичних случајева, због неких нових решења и нешто другачијег приступа у заштити породичних односа, отворили су неке од проблема у примени закона. Ипак, решење сваког од ових проблема можемо наћи систематским тумачењем закона уз уважавање принципа имплементираних у Породични закон из Конвенције о правима детета. То су принципи: 1) недискриминације; 2) заштите најбољег интереса детета; 3) заштите права на живот, опстанак и развој и 4) поштовање мишљења детета. Комбиновањем ових принципа, добићемо решење сваког проблема а некада и њиховим стављањем у сразмеру – пропоционалност када се нека од ова два принципа сусрећу и конкуришу. Ако овоме додамо и аутономне појмове уз члан 8. Европске конвенције о људским правима и основним слободама као што су: приватни живот, породични живот, право на дом, онда ће и правна заштита бити адекватнија, а могућност различитог тумачења мања.

Тако нпр. у парници ради утврђивања ванбрачног очинства малолетног детета[2] председник судског већа није завршио обуку и стекао посебна знања из области права детета у складу са одредбом члана 203. став 2. Породичног закона, што је тужени у жалби на првостепену пресуду и у ревизији истицао као битну повреду одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. тачка 1. ЗПП. Другостепени суд као и ревизијски суд су у конкретном случају пошли од циља такве одредбе Породичног закона налазећи да је њен циљ да се у парницама из породичних односа заштити најбољи интерес детета предвиђен одредбом члана 6. став 1. Породичног закона и члана 3. Конвенције о правима детета[3]. Стављањем у пропорционални однос учињени пропуст суда и заштиту најбољег интереса малолетног детета судови су закључили да је у спору за утврђивање очинства у најбољем интересу детета да се утврди ко је његов природни отац. Из изведених доказа и утврђеног чињеничног стања то је и утврђено, чиме се остварују и принципи недискриминације и заштите права на живот, опстанак и развој детета а пре свега и остварење права детета на порекло, тј. да зна ко су му родитељи[4]. О овом питању теоретичари могу износити различита мишљења, а суду остаје обавеза да на брз, ефикасан и законит начин решава овако осетљива питања, без сувишних дилема и оклевања.

Право детета да зна ко су му родитељи је једно од основних права детета, а право детета на подношење тужбе ради оспоравања или утврђивања очинства временски није ограничено[5]. Зато, тужиље мајка – законска заступница малолетног детета и малолетно дете у парници за оспоравање признатог очинства (пред надлежним матичарем) не могу тужбени захтев поставити само према туженом чије

---

[2] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3491/07 од 11.3.2008. године

[3] Конвенција о правима детета усвојена је 20.11.1989. године на 44. заседању Генералне скупштине Уједињених нација у Њујорку, а ступила на снагу 2.09.1990. године. Југославија је тарификовала Конвенцију Уједињених Нација о правима детета и објавила у "Службеном листу СФРЈ - међународни уговори", број 15/90 и 2/97

[4] Члан 59. Породичног закона

[5] Члан 251. став 1. и члан 252. став 1. Породичног закона који гласе: дете може поднети тужбу ради утврђивања или оспоравања очинства без обзира на рок

се очинство оспорава, већ и према лицу за које се тврди да је природни отац детета, са захтевом за утврђење његовог очинства[6]. На овај начин се штити интерес детета које већ има успостављен родитељски однос и чиме би се његова ситуација значајно погоршала, када би се успешно оспорило очинство уписаног оца а не би успоставио нови родитељски однос. Зато су у спору ради оспоравања очинства странке: дете, мајка, мушкарац који се по Породичном закону сматра оцем, и мушкарац за кога мајка детета тврди да је отац (нужни и јединствени супарничари). Суд има обавезу, да ако тужбом у спору о материнству и очинству нису обухваћена сва лица која морају бити странке у поступку, поучи тужиоца да тужи и лице које тужбом није обухваћено или то лице позове да се придружи тужби као нови тужилац. Ако тужилац не поступи на означени начин или се та лица не придруже тужби, сматраће се да је тужба повучена, а ако буде враћена без исправке, суд ће је одбацити[7].

Врховни суд Србије је укинуо нижестепене пресуде у спору за оспоравање признатог очинства, јер мајка детета као тужиља и његов законски заступник није означила лице за које тврди да је биолошки отац детета наводећи да има интерес да не обелодани ко је природни отац детета[8]. У овом случају суд је био дужан да поучи законску заступницу малолетног детета и саму тужиљу у овом поступку у смислу одредаба члана 256. ст. 6. и 7. Породичног закона, али и да детету обезбеди заступање преко колизијског старатеља или привременог заступника, јер су интереси детета и његовог законског заступника супротни. Праву детета да зна ко су његови природни родитељи супротстављен је интерес мајке да не открије ко је природни отац детета. У овом случају свакако је претежнији интерес детета да сазна ко му је природни отац – родитељ и њему треба дати апсолутну предност, јер само на тај начин ће бити заштићено право детета на порекло и остварење тог права у најбољем интересу детета.

Спорови ради утврђивања очинства пред нашим судовима често бележе деценијско трајање. Тиме се озбиљно повређују права де-

[6] Члан 256. став 4. Породичног закона
[7] Члан 256. ст. 6. и 7. Породичног закона
[8] Решење Врховног суда Србије Рев. 645/07 од 10.05.2007. године

тета из члана 8. Европске конвенције о људским правима и основним слободама као и уставна и законска права унутрашњег правног поретка. Новија пракса судова кроз изражене ставове о заштити најбољег интереса детета, поштовање и остварење права на порекло, дом и породицу, улива наду да ће се остварити напредак у овој области и скратити дуготрајно парничење које успут носи озбиљну повреду права на правично суђење (суђење у разумном року) из члана 6. Европске конвенције о људским правима и основним слободама. Посебно када се има у виду да су кршења ових права већ нашла епилог пред Европским судом за људска права у Стразбуру и да су већ предмет анализе стручне јавности пресуде Европског суда у предметима из ове области[9].

Врховни суд Србије у својој пресуди апострофирајући најбољи интерес детета и изједначавање брачне и ванбрачне деце у правима, наводи да с обзиром на природу и предмет спора, у парници за утврђивање очинства, основни циљ поднете тужбе састоји се у утврђивању биолошке истине о очинству и пореклу детета, што одређује његов породични статус а чиме се даје предност утврђивању истине о пореклу детета над заштитом породичног мира брачне породице туженог. Притом тужени се не може позивати на чињенице које би могле бити утврђене на основу доказа чије извођење је онемогућио својом кривицом тужени (вештачење путем ДНК анализе). Пошто Породични закон не садржи посебне норме о обавезности странака у статусним породичним споровима да се подвргну оваквој врсти вештачења, нити је то прописано другим посебним законом, у овој врсти спорова примењују се општа правила о утврђивању чињеница од којих зависи одлука о основаности захтева прописана Законом о парничном поступку па и одредбе које се тичу примене правила о терету доказивања[10].

У образложењу друге пресуде Врховног суда се наводи да је очинство туженог правилно утврђено на основу изведених доказа и утврђеног чињеничног стања, ценећи притом понашање туженог који се два пута, без оправданог разлога иако уредно позван, није одазвао

[9] В.А.М. против Србије, Јевремовић против Србије итд.

[10] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1090/07 од 09.05.2007. године

ради давања узорака на анализу за утврђивање очинства генетском методом[11].

Право детета на идентитет и порекло заштићено је и у спору по тужби за опозив уговора о поклону због неблагодарности, на одговарајући начин. Наиме, у пресуди Врховног суда се наводи да жеља тужене да зна своје порекло и одржава однос са биолошким родитељем је природна и не треба да вређа тужиљу. Право на порекло и идентитет је природно право сваког човека па и детета, гарантовано у члану 7. Конвенције о правима детета, одредби члана 64. Устава Републике Србије и члана 59. Породичног закона. Тужена није исказала непоштовање и грубу неблагодарност према тужиљи као својој мајци усвојитељки тиме што је после сазнања за своју системску болест поново успоставила контакт са својом природном мајком. Право тужене да зна своје порекло и упозна своје природне родитеље представљају елементе и садржину права на дом и породични живот гарантоване и одредбом члана 8. Европске конвенције о људским правима и основним слободама. Другачије тумачење и правна оцена понашања тужене у спорном односу странака представљали би неоправдано и недозвољено задирање у њено природно право везано за порекло, идентитет и породични живот[12].

Значи: кроз остварење права детета да зна ко су му родитељи, уз недискриминацију, тј. једнакост брачне, ванбрачне и усвојене деце, штитиће се и права детета на живот, опстанак и развој уз утврђивање и уважавање мишљења детета а све то у његовом најбољем интересу. Тиме се потврђује статус детета као аутономног правног субјекта које има одређена права и законом предвиђене могућности да их оствари. Законом су предвиђене и посебне пословне способности детета али и право детета да формира и изрази своје мишљење о свим питањима која га се тичу у складу са својим годинама и зрелошћу. Права детета су утврђена као његова лична права, са одређеном садржином и конкретним могућностима њиховог остварења. Насупрот праву детета да формира и изрази своје мишљење, закон је установио

[11] Рев. 870/08 од 02.04.2008. године

[12] Извод из образложења пресуде Врховног суда Рев. 508/06 од 04.07.2007. године

и обавезу суда и управног органа пред којима се воде поступци који се тичу детета, да мишљењу детета посвете дужну пажњу, у складу са годинама и зрелошћу детета али и начин на који ће то учинити. Тај начин је формулисан у члану 65. став 6. Породичног закона према којој одредби суд и орган управе утврђују *мишљење детета* ***у сарадњи са школским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере. Праву детета да добије потребна обавештења одговара обавеза суда или управног органа као и привременог заступника или колизијског старатеља да му пруже потребна обавештења како би формирао своје мишљење. Ова дужност суда и колизијског стараоца или привременог заступника прописана је*** *осим* ***у случају ако оцене да би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета[13].***

Мишљење детета и најбољи интерес детета

Пракса наших судова показује да судови воде рачуна о праву детета да формира и изрази своје мишљење у складу са одговарајућим одредбама Породичног закона али и да не прихвате мишљење детета које није у складу са његовим најбољим интересом. Тако нпр. у поступку ради измене одлуке о поверавању детета одбијен је захтев тужиље – мајке која је тражила да јој се повери вршење родитељског права и измени одлука конституисана споразумом странака пре развода брака. Судови су утврдили да су и тужиља и тужени после развода брака засновали нове брачне заједнице које функционишу нормално, тужиља живи у иностранству и има још једно дете из другог брака а тужени такође има дете у другом браку, а са њим живи и заједничко дете парничних странака. На основу налаза и мишљења Центра за социјални рад, брачног саветовалишта при здравственом центру (преко вештака неуропсихијатра и психолога) као и на основу обављеног интервјуа са малолетним дететом које је изричито изразило жељу да настави да живи у породици свога оца док не заврши основну школу, после чега би одлучило да ли ће да живи са мајком или да остане код оца, судови су уважили мишљење детета и одбили тужбени захтев мајке, јер дете жели да остане у очевој породици где живи окружено потребном бригом и то-

[13] Одредба члана 266. ст. 3. и 267. Породичног закона

плином, успешно савладава школске обавезе и редовно одржава контакте са сродницима мајке. Судови су закључили да се малолетно дете налази у узрасту када је важна улога оца као узора за идентификацију, па како су оба родитеља способна да обављају родитељску функцију, мишљење детета и његова изражена воља да буде са оцем јесте у његовом најбољем интересу, због чега је тужбени захтев мајке одбијен[14].

У другом случају измењена је одлука о поверавању детета по захтеву тужиоца – оца иако се малолетно дете способно да формира своје мишљење изјаснило да жели да остане да живи са мајком. Околности случаја су захтевале да се мишљење детета не прихвати јер није у његовом најбољем интересу. Наиме, малолетно дете је рођено 1992. године. Брак странака је разведен 1994. године и од тада одлука о поверавању детета је два пута мењана. Од јуна 2006. године малолетно дете поново живи са мајком. Понаша се агресивно, не показује интересовање за школовање, бави се коцком, конзумира алкохол, чак и физички насрће на мајку и сестру која похађа средњу школу. Малолетни дечак се изјаснио да жели да живи са мајком. Оба родитеља су стамбено збринута, запослена подобна за поверавање детета. Према извештају надлежног Центра за социјални рад малолетник је адолесцент, испољава бројне тешкоће у функционисању, одбија било какву стручну помоћ у здравственој установи у Центру, уз непоштовање мајке и пасивност за било какав конструктиван рад. Отац је неприкосновени ауторитет у његовом животу. Пошто је одбио да оде у Центар за социјални рад где би са њим био обављен разговор, у кућној посети обављен је разговор са њим и он је изјавио да жели да остане са мајком немајући било какав увид у своју дисфункционалност и даљи развој проблема. И поред опредељења малолетног детета да даље живи са мајком тимски закључак стручњака Центра је био да се дете повери оцу, јер његове жеље нису у складу са његовим потребама нити је то у његовом најбољем интересу. Зато су судови усвојили тужбени захтев и изменили одлуку којом је малолетно дете поверено мајци тако што је поверено на бригу и старање оцу са којим ће живети у заједничком домаћинству. Жеља детета да живи са мајком је респектована у овом спору у смислу члана 65. Породичног закона, али она није могла бити одлучујућа нити прихваћена зато што није у његовом најбољем интересу. Малолетно дете очигледно није у мо-

[14] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1048/08 од 23.04.2008. године

гућности да схвати шта је у његовом најбољем интересу, због чега му је потребна помоћ, нарочито због осетљивог животног доба у коме се налази и то превасходно од стране родитеља, па је небитно по схватању суда ко је крив за насталу ситуацију у којој се малолетно дете нашло, већ је потребно да се она превазиђе у интересу малолетног детета[15].

Наведени примери показују са којом пажњом судови приступају утврђивању и вредновању мишљења детета, ценећи у сваком случају најбољи интерес малолетног детета, уз извођење свих потребних доказа у смислу одредаба Породичног закона.

Мишљење детета као једно од партиципативних права је нови институт у нашем Породичном закону и правни теоретичари су исказали одређени степен скепсе у погледу његове правилне примене у судским поступцима, због непрецизности и недореченост у појединим решењима. Према новом Породичном закону у многим судским поступцима у којима се одлучује о правима из породичних односа а који се тичу права и интереса детета, детету није обезбеђен положај странке, као нпр. у парници у заштити од насиља у породици где није предвиђено да дете буде обавезно обухваћено тужбом, због чега оно нема положај странке у парници за заштиту од насиља у породици ако је парницу покренуо неки од других активно легитимисаних субјеката. Оно има положај странке само ако је само покренуло парницу или ако је то у његово име учинио законски заступник[16]. Критикује се и решење из одредбе члана 266. ст. 3. и 267. Породичног закона у делу у коме се суд или колизијски заступник ослобађају дужности и обавезе да детету омогуће изражавање мишљења уколико би оценили да је то очигледно у супротности са најбољим интересом детета. Не прихвата се ни став да право на слободно изражавање мишљења детета и принцип најбољег интереса детета могу бити међусобно контрадикторни, у ком случају би превагу имао најбољи интерес детета, уз аргументацију да у савременом праву најбољи интерес детета не посматра се пасивно, нити се сматра да су искључиво одрасли ти који одређују са-

[15] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1368/08 од 28.05.2008. године

[16] Право детета на слободно изражавање мишљења назив је реферата који је на прошлогодишњем саветовању судија Србије у Врњачкој Бањи изнела професорка др Невена Петрушић са Правног факултета у Нишу.

држину принципа најбољег интереса детета, већ се полази од става да су ова два принципа међусобно повезана, при чему је управо уважавање мишљења детета веома често у најбољем интересу детета. Пошто суд и управни орган немају процесну дужност да образложе на основу којих чињеница су закључили да слободно изражавање мишљења детета није у складу са његовим најбољим интересом, коју обавезу нема ни привремени заступник ни колизијски старалац, у пракси се може догодити да дете дискреционом одлуком која није подложна било каквој контроли буде лишено једног тако важног права какво је право на изражавање мишљења[17].

Претходно изнета анализа два судска случаја у којима је у једном уважено мишљење детета, а у другом није уважено мишљење детета, иако се омогућило детету да формира и изнесе своје мишљење, на неки начин отклања сумње изнете у раду професорке Петрушић да дискреционом одлуком суда или другог органа које није подложно никаквој контроли дете може бити лишено једног важног права какво је право на изражавање мишљења. Наиме, из изнетих примера очигледно се види да су судови са великом пажњом утврђивали чињенице и околности које се тичу обезбеђења права детета на изражавање мишљења, али у оба случаја нису уважили мишљење детета, јер у једном случају чињенични скуп је био такав, да изражено мишљење детета не одговара његовој реалности и потребама, због чега није у његовом најбољем интересу.

Ипак, запажено је и поступање судова супротно законом установљеним обавезама суда када су се судови оглушивали о законске одредбе и у поступцима поводом заштите права детета нису утврђивали околности од значаја за формирање мишљења детета, иако се радило о детету старијем од 10 година, што је супротно одредби члана 65. ст. 4. и 5. Породичног закона.

Примера ради у поступку за развод брака одлучено је између осталог да родитељско право у односу на малолетну децу странака врши самостално мајка. Одлука је заснована на прибављеном извештају Центра за социјални рад из кога се не види да ли је са децом обављен разговор у циљу омогућавања да изразе своје мишљење са којим родите-

[17] Исто

љем би желели да живе. Извештај Центра се заснива на позитивној мотивацији оба родитеља да се старају о деци. У конкретном случају радило се о деци о која су способна да формирају своје мишљење па је суд био у обавези да руководећи се најбољим интересом детета постара да прибави потребна обавештења и омогући деци да изразе своје мишљење у складу са годинама и њиховом зрелошћу. Због тога је Врховни суд укинуо нижестепене пресуде и предмет вратио на поновни поступак изражавајући став да се суд не сме пре свега руководити позитивном мотивацијом родитеља да се старају о деци, већ да је дужан да утврди и прибави мишљење детета ако је оно у могућности да мишљење формира па тек потом да донесе другу одговарајућу одлуку[18]. Ваља знати, да је суд у обавези да омогући деци узраста старијег од 10 година да слободно и непосредно изразе своје мишљење у поступку у коме се одлучује о њиховим правима, чак и онда кад су се изјаснили пред Центром за социјални рад, а које мишљење ће се ценити у складу са осталим изведеним доказима и у складу са најбољим интересом детета. Пошто Конвенција о правима детета не поставља старосну границу код утврђивања мишљења детета, могуће је и код детета млађег од 10 година утврђивати мишљење детета, односно помоћи му да се слободно изрази и формира своје мишљење, уколико је оно способно да мишљење формира, али на начин који је примерен узрасту детета и његовој зрелости. Детету које је навршило 15-ту годину живота и способно је за расуђивање суд је дужан да у смислу одредбе члана 60. став 4. Породичног закона омогући да изврши избор са којим родитељем ће да живи и одреди начин одржавања личних односа са родитељем са којим не живи. Старосне границе које поставља Породични закон, нису сметња да се мишљење детета и испод 10 година утврђује уколико је оно способно да га формира, јер је наша земља ратификовала Конвенцију о правима детета, па већи степен права детета, детету припада на основу те Конвенције.

И не само то, већ се то мора учинити и на начин како је то законом прописано према одредби члана 65. став 6. Породичног закона према којој суд и орган управе утврђују мишљење детета у неформалном разговору који се обавља на прикладном месту, у сарадњи са школ-

[18] Решење Врховног суда Србије Рев. 2393/07 од 12.09.2007. године

ским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима а у присуству лица које дете само изабере. У разговору са дететом суд мора да покаже посебну опрезност а често је потребна и добра психолошка припрема детета за његово саслушање. У изложеним примерима смо видели да је дете саслушано у кућном амбијенту, јер није желело да се одазове на позив Центра за социјални рад, а још деликатнија је ситуација када дете треба да се нађе у судници ради давања изјаве. Недореченост Породичног закона у овом делу такође је била предмет критике у реферату професорке Петрушић. На судовима је да се у поступању у оваквим случајевима сналазе и користе свим својим знањима и искуством, због чега је и веома важна специјализација породичних судија.

Насиље у породици

Новим Породичним законом по први пут је правно регулисано насиље у породици као грађанско-правни феномен. То је пре свега социјално-патолошка појава која се испољава у виду кршења основних људских права и слобода у породици и представља сваки вид физичког, сексуалног, психичког или економског злостављања, које врши једна члан породице према другом члану породице, без обзира да ли је извршилац пријављен и насиље санкционисано. Оно није изоловани инцидент, већ модел понашања којим један члан породице у односу на неког другог члана породице или на његову штету покушава да успостави моћ или задовољи неке своје друге интересе. Насиље у породици није нова појава, али због патријархалних односа у друштву и због доживљене срамоте ако се обелодане породичне тајне (макар оне биле и најгнуснија злостављања) као и недостатка правне регулативе, у судској пракси нису забележени случајеви тражења грађанско-правне заштите од насиља у породици, пре доношења новог Породичног закона. Није нови Породични закон створио грађанско-правне односе у којима егзистира насиље у породици, већ је омогућио да се предузимањем правних средстава насиље спречи, санкционише и односи чланова породице канализу. Зато данас имамо бројне примере у судској пракси да су жртве насиља у породици затражиле грађанско-правну заштиту.

Према одредби члана 197. Породичног закона под насиљем у породици се подразумева понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице предузимањем различитих радњи које су примера ради набројане као: наношење или покушај наношења телесне повреде; изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде члану породице или њему блиском лицу; присиљавањем на сексуални однос; навођењем на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14 година живота или немоћним лицем; ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима; вређање, као и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање. Листа ових понашања није затворена па се под насиљем у породици сматрају и сви други облици вређања, злостављања, занемаривања и томе слично. У смислу одредбе члана 197. став 3. Породичног закона члановима породице се сматрају: супружници или бивши супружници; деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство; лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству; ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери; лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству. Из ове дефиниције несумњиво видимо да је круг лица којима припада заштита по основу одредаба које се односе на насиље у породици веома широк, много шири од круга чланова породичног домаћинства или породице који се предвиђају у другим законима, као што је то стамбена област, закони о пензијском и инвалидском осигурању, здравственој заштити, и други.

Ширина законске дефиниције насиља у породици, као и ширина круга лица који могу бити жртве насиља у породици, омогућавају свеобухватну заштиту, спречавање и сузбијање насиља у породици. Задатак суда да утврди да ли се заиста ради о насиљу у породици и да ли нека предузета радња или пропуштање представљају насиље у породици је веома тежак и сложен због чега судска пракса и има деликатан задатак да изгради мерила и стандарде на основу којих се може са сигурношћу процењивати када неко испољено понашање члана породице представља дрско, безобзирно и злонамерно понашање, у циљу његовог

спречавања. Суд мора да покаже "нулту толеранцију" на насиље, што подразумева да свако понашање које одступа од стандарда "нормалног" опхођења и комуницирања са члановима породице квалификује као насиље у породици[19].

Судска пракса је у почетку показивала извесне знаке неразумевања у препознавању који поступци представљсју насиље, и када треба пружити правну заштиту. Насиље у породици је модел понашања, а не изоловани инцидент, па је то прво правило које се мора имати у виду када се утврђује и правно квалификује насиље у породици. Још тежи задатак је коју меру породично-правне заштите од насиља у породици изрећи и на који начин формулисати изреку одлуке којом се таква заштита пружа. Суштина мера породично-правне заштите од насиља у породици је у ограничењу или привременој забрани одржавања личних односа насилника са жртвом. Како породично насиље по правилу има узлазну линију, у погледу облика испољавања и последица које изазива, изрицање мера заштите од насиља у породици посебног ефекта има онда када насиље још увек није попримило теже и најтеже облике. Потом, сврха заштитних породично-правних мера је да се њиховом применом спречи поновно извршење насиља у породици, обезбеди заштита физичког и психичког интегритета, здравља и личне безбедности члана породице изложеног насиљу, и отклоне околности које погодују или подстичу понављање насиља. Зато се прибегава ограничавању или привременој забрани одржавања личних односа извршиоца насиља са жртвом насиља, као и ограничавање извесних права и слобода извршиоца насиља[20].

Према одредби члана 198. став 2. Породичног закона као мере заштите од насиља у породици предвиђени су: издавање налога за исељење из породичног стана или куће, без обзира на право својине односно закупа непокретности; издавање налога за усељење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретно-

[19] Породично-правна заштита од насиља у породици у Праву Републике Србије, професор др Невена Петрушић, Правни факултет у Нишу објављено у Билтену Врховног суда Србије број 2 из 2006. године

[20] Породично-правна заштита од насиља у породици у Праву Републике Србије, професор др Невена Петрушић, Правни факултет у Нишу објављено у Билтену Врховног суда Србије број 2 из 2006. године

сти; забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености; забрана приступа у простор око места становања; забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице; забрана даљег узнемиравања члана породице. Наведених пет мера заштите од насиља у породици дате су по систему енумерације, и суд није овлашћен да одреди било коју другу меру, која законом није предвиђена. Нема аналогне примене одредаба које се односе на начине испољавања насиља, где је примера ради наведено који су то најчешћи поступци или пропуштања која се могу квалификовати као насиље у породици. Мере заштите су само оне које су у одредби члана 198. став 2. Породичног закона наведене.

Мере заштите од насиља у породици могу трајати највише годину дана а време проведено у притвору као и свако лишење слободе у вези са кривичним делом односно прекршајем урачунава се у време трајања мере заштите од насиља у породици. Мере заштите од насиља у породици могу се продужавати док не престану разлози због којих је мера одређена. Изречена мера заштите од насиља у породици може престати и пре истека времена трајања ако престану разлози због којих је била одређена.

У судској пракси је запажено да се мере заштите од насиља у породици изричу по правилу на годину дана, иако закон оставља могућност судији да у конкретном случају процени и оцени који је период времена потребан да се постигне сврха која се том мером жели постићи. Посебно ако се има у виду да се мере заштите од насиља у породици могу поновити – продужити док не престану разлози због којих су мере одређене. Зато судија треба да буде добар аналитичар стручњак, да препозна све околности случаја и изрекне меру заштите од насиља у породици за време које је оптимално потребно. Наравно, судија у изреци којом изриче одређену меру заштите од насиља у породици треба да наведе да изречена мера заштите од насиља у породици се може продужити уколико се не постигне сврха њеног изрицања.

Која мера заштите ће се изрећи у конкретном случају зависи од конкретне радње која представља насиље у породици, опасности која се том радњом изазива, узнемирености члана породице за тако предузете радње, његове угрожености (до животне угрожености) као и процене степена опасности од поновљеног насиља. Мишљење саме

жртве о степену опасности која јој прети утицаће и на сам избор мере заштите која ће у конкретном случају бити одређена. Често ће бити неопходно да се кумулативно одреди више мера заштите од насиља у породици а некада и да се изрекну све законом предвиђене мере заштите од насиља у породици. Зато ће пресуда којом се изриче мера заштите од насиља у породици најчешће садржати неколико ставова. У првом ставу пресуда треба да садржи конститутивни део којим се изриче одређена забрана односно туженом одузима неко право или ускраћује нека слобода, а потом кондемнаторни део којим се налаже одређено чињење тј. одређује предмет, обим и границе обавезе починиоца насиља у породици, а готово редовно и упозорење да се изречена мера може продужити или поново одредити до постизања циља заштите од насиља.

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици је нарочито хитан; ако се односи на дете или на родитеља који врши родитељско право, тужба се не доставља на обавезан одговор туженом; суд је дужан да поступак спроведе највише на два рочишта; прво рочиште треба да буде одржано у року од 8 дана од дана пријема тужбе у суду а другостепена одлука треба да буде донета у року од 15 дана од дана кад је жалба достављена другостепеном суду. Суд није везан границама тужбеног захтева и може одредити меру заштите од насиља у породици коју тужилац није тражио, ако оцени да се таквом мером постиже најбоља заштита члана породице према коме је насиље извршено. Суд може да покрене и адхезиони поступак за заштиту од насиља у породици уз поступак у брачним споровима, матернитетским и патернитетским парницама, као и поступцима за заштиту права детета, вршење родитељског права или лишење и враћање родитељског права. Активна улога суда и наглашено истражно начело доприносе остварењу захтева хитности. Активна улога суда огледа се и у дужности суда да странкама објасне и смисао и сврху сваке од мера заштите од насиља у породици и последице одређивања мера заштите од насиља у породици. У овим парницама неопходно је поступање специјализованих судија а законом је искључена јавност. Посебно значајну улогу у овим парницама има и орган старатељства, чија улога је вишеструка од положаја странке (тужиоца) до специфичног вештака, помоћног органа суда или сарадника суда.

Навешћу неколико примера поступања суда у поступцима за заштиту од насиља у породици. Правоснажном пресудом Окружног суда одбијена је као неоснована жалба тужиље и потврђена првостепена пресуда којом је одбијен тужбени захтев да се утврди да је тужени у више наврата у одређеном временском периоду извршио насиље у породици тако што је тукао и вређао тужиљу, дрско се понашао према њој и што не доприноси издржавању породице као и захтев да се изрекне мера заштите издавањем налога за исељење из породичне куће, забрана приступа у место становања и у постор око места становања тужиље, као и забрана даљег узнемиравања која мера ће трајати годину дана. Оваква одлука суда заснована је на утврђеним чињеницама да је насиље заиста постојало, али да је тужиља била иницијатор свађа и последица које су након тога следиле. Врховни суд је укинуо нижестепене пресуде изражавајући став да ако насиље у породици постоји, потребно је без обзира на степен угрожавања то утврдити и одредити меру којом се најбоље постиже заштита, а чињеница да су односи између странака поремећени и да због тога долази до међусобних свађа и малтретирања не искључује обавезу суда да према члану породице који врши насиље одреди адекватну меру заштите од насиља у породици. У решењу Врховног суда се даље указује да суд није везан границама постављеног тужбеног захтева за заштиту од насиља у породици и може одредити и меру заштите од насиља у породици која није тражена ако оцени да се таквом мером најбоље постиже заштита. Пошто је тужбеним захтевом тражено одређивање мере заштите издавањем налога за исељење из породичне куће, судови су пропустили да оцене основаност захтева за одређивање осталих законом прописаних мера заштите од насиља у породици*[21].

У другом случају Врховни суд је преиначио пресуду окружног суда и пресуду општинског суда у делу у коме је одређена мера заштите од насиља у породици у трајању од годину дана на орочавање њеног трајања на шест месеци. На основу утврђеног чињеничног стања и констатовања постојања поремећаја породичних односа нижестепени судови су усвојили захтев тужиље и њене малолетне кћерке чији је тужиља законски заступник и одредили меру заштите од насиља у

[21] Решење Врховног суда Србије Рев. 96/07 од 14.03.2007. године

породици према туженом исељењем туженог из породичног стана, забраном приближавања тужиљама на удаљености од 100 метара и забраном приступа у простор око места становања на удаљености од 100 метара у периоду од годину дана. Према околностима случаја Врховни суд је сматрао да дужина трајања издате мере заштите од насиља у породици није правилно одређена, те да је период од шест месеци прикладан и довољан, ако се има у виду и одредба члана 199. Породичног закона према којој мера заштите од насиља у породици се може продужавати док не престану разлози због којих је била одређена. Период од шест месеци је довољан да се отклони од тужиља опасност поновљеног насиља у породици, као и да у том периоду првотужиља и тужени реше имовинске односе који се тичу власништва и коришћења заједничког стана. Физичко одстрањење туженог у моменту одлучивања о издатој мери, јесте неопходно као мера заштите од насиља у породици, али у периоду од шест месеци у ком периоду се могу отклонити разлози због којих је била одређена, а у сваком случају она се може продужавати док не престану разлози због којих је била одређена[22].

Следећи поступак ради заштите од насиља у породици покренут је по тужби тужиоца Центра за социјални рад против туженог који је ванбрачни отац малолетног детета рођеног у ванбрачној заједници са мајком детета. Суд је одредио меру заштите од насиља у породици којом се туженом забрањује приступ месту живљења малолетног детета и његове мајке законске заступнице и месту рада законске заступнице на удаљености ближој од 300 метара у трајању од једне године. Малолетно дете рођено је из ванбрачне заједнице туженог и његове мајке – законске заступнице детета. Ванбрачна заједница је престала а решењем Центра за социјални рад је уређен лични однос малолетног детета и туженог. Тужени је извршио акт насиља у породици тако што је малолетном детету нанео лаке телесне повреде ударајући га по глави од школе до куће, што је евидентирано прегледом малолетног детета у здравственом центру. Тужени је батине примењивао као васпитне мере, чиме је угрозио телесни интегритет, душевно здравље и спокојство малолетног детета. Он је извршио насиље и над мајком детета – својом бившом ванбрачном супругом тако

[22] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 630/08 од 12.03.2008. године

што јој је претио убиством. У конкретном случају орган старатељства је као странка (тужилац) покренуо поступак за заштиту од насиља у породици на основу законског овлашћења из члана 284. став 2. Породичног закона. У образложењу одлуке Врховног суда којом је одбијена ревизија туженог се наводи да орган старатељства је овлашћен да покрене поступак не само у циљу заштите деце и пунолетних лица која нису у стању да се сама старају о својим правима и интересима, већ ради заштите пунолетних, потпуно пословно способних лица, јер је спречавање насиља у породици јавни и општи интерес друштва. За покретање поступка од стране органа старатељства није потребан пристанак члана породице према коме је насиље извршено[23].

Слично је реаговао суд и у случају изрицања мере заштите од насиља у породици којом је изречена забрана туженом да се приближава тужиљи лично и објекту у коме живи на удаљености од 100 метара с тим што ће мера трајати годину дана од доношења, као и забраном туженом да даље узнемирава тужиљу уз трајање мере годину дана од доношења одлуке. Оваква одлука донета је на основу утврђених чињеница да је међу странкама постојао поремећај односа и за време трајања брачне заједнице, што се наставило и после развода. Због наношења тужиљи лаке телесне повреде тужени је пресудом суда оглашен кривим и изречена му је условна осуда и утврђена казна трајања од два месеца. Странке су водиле поступак ради сметања државине у коме је утврђено да је тужени озбиљном претњом приморао тужиљу да напусти стан у коме је живела па је наложена успостава пређашњег стања. Пошто су односи погоршани због вођења парнице за поделу брачне тековине а тужени је вербално нападао тужиљу и упућивао јој претње, нижестепени судови су правилно одредили меру заштите од насиља у породици према туженом забраном узнемиравања и приближавања на удаљености од 100 метара тужиљи лично и објекту у коме живи уз трајање мере од годину дана[24].

Посебно илустративан је пример у коме је изречена мера заштите од насиља у породици исељењем туженог из породичне куће и забраном узнемиравања тужиље највише годину дана од дана доноше-

[23] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2665/07 од 18.09.2007. године
[24] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 3017/07 од 21.11.2007. године

ња пресуде. Међутим, у овом случају је делимично усвојен противтужбени захтев и забрањено противтуженима да узнемиравају противтужиоца, али је одбијен захтев за одређивање мере заштите од насиља у породици исељењем противтужених из стамбене зграде. У поступку је утврђено да је тужени члан домаћинства који у алкохолисаном стању испољава агресивност према тужиљама – ванбрачној супрузи и њеној ћерки, тужени не прихвата лечење од алкохолизма, није свестан да у алкохолисаном стању не може да контролише у потпуности своје поступке. У таквом стању ослобађа агресивност чији степен зависи од висине напетости коју тужени осећа као и провокативних ситуација и особа које га окружују. У циљу потпуне заштите свих чланова породице суд је закључио да је неопходно одредити мере заштите које би спречиле настанак тежих облика насиља у породици па је у конкретном случају пресуђено на начин како је изложено. Међутим како су и тужиље својим понашањем узнемиравале туженог као противтужиоца, и њима је изречена мера забране даљег узнемиравања противтужиоца[25].

Из изложених примера се види да насиље у породици представља нашу стварност, да жртве насиља у породици траже заштиту пред судом, да суд пружа заштиту од насиља у породици и настоји да поступак спроводи брзо и ефикасно уз поштовање одредаба Породичног закона. Запажа се да у сваком случају пресуда не садржи и конститутивни и кондемнаторни елемент, најчешће садржи само кондемнаторни којим се одређује мера заштите од насиља у породици, али се и у овом делу пракса уходава, и осећа се видан напредак.

Издржавање

У једном реферату није могуће сагледати целокупну праксу судова кроз читав Породични закон, јер би то неминовно довело до прегломазног реферата, а ипак немогућности да се сва питања сагледају. Стога ће овај део реферата који се односи на издржавање бити колаж

[25] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1585/07 од 17.04.2008. године

разних могућности и изражавања ставова о овом питању кроз судске одлуке[26].

Нови Породични закон законско издржавање уређује као право и дужност чланова породице чији је круг одређен законом. Одрицање од права на издржавање нема правног дејства а законом је прописан круг лица која имају право на издржавање и редослед којим га могу остваривати. Издржавање може бити издржавање супружника, ванбрачног партнера, мајке и детета, деце, родитеља, других сродника, по утврђеном редоследу. Законом је регулисан и престанак издржавања. У споровима за издржавање суд није везан тужбеним захтевом.

У правоснажно окончаном поступку утврђено је да је брак између парничних странака разведен, малолетно дете поверено на негу, чување и васпитање мајци код које се и даље налази. Тужилац на име свог доприноса за издржавање малолетног детета плаћа 1.000,00 динара. Минималну суму за издржавање малолетног детета представља износ од 11.300,00 динара, што је и довољан износ за издржавање детета јер је у узрасту од три године. На име дечијег додатка дете добија 1.950,00 динара, те разлику између потребног и оствареног износа од 9.350,00 динара потребно је обезбедити. Стога је тужени обавезан да плаћа на име доприноса 6.000,00 динара месечно а остатак потребне суме дужна је да обезбеди мајка. Његова месечна примања износе 12.248,00 динара, запослен је код свог оца где ради у времену од 14,00 до 20,00 часова а постоји могућност додатног радног ангажовања у циљу обезбеђења неопходних новчаних средстава. Обавеза родитеља је да издржавају своје малолетно дете без обзира ко од родитеља врши родитељско право и то из сопствене имовине или прихода а у складу са својим могућностима. Потребе детета као повериоца издржавања зависе не само од објективних околности (године, здравље, образовање и томе слично) него и од субјективно већих могућности за давање издржавања утврђених на страни и његовог родитеља као дужника издржавања. Околност да је суд обавезао тужиоца – противтуженог на плаћање износа од 6.000,00 динара почев од 10.02.2006. године (као дана

[26] Више о овој теми видети у Реферату судије Виде Петровић-Шкеро председника Врховног суда под називом: Новине у праву на законско издржавање у Породичном закону; објављен у Билтену Врховног суда Србије број 4/2006

подношења противтужбе) а да је тужена-противтужиља захтев у том износу поставила тек поднеском од 22.03.2007. године, не значи да је дошло до погрешне примене одредаба материјалног и процесног права како се то у ревизији наводи и да је издржавање досуђено ретроактивно за период пре подношења захтева, јер је првостепени суд правилном применом материјалног права закључио да према одредби члана 182. Породичног закона није везан границама постављеног захтева за издржавање[27].

У другом предмету странке су живеле у ванбрачној заједници од 16.09.1998. до 2005. године, а са њима је живела и ћерка тужиље стара 23 године (која прима накнаду за туђу помоћ и негу). Тужиља је била запослена до 2000. године а радни однос је престао када је узела отпремнину. Потом је засновала радни однос код другог послодавца који јој је престао 31.07.2005. године на лични захтев јер је дошло до сукоба странака. Тужиља нема имовину, незапослена је, повремено обавља послове шивења и преправке радећи у радионици туженог од чега остварује новчане приходе за себе и ћерку. Тужиља је способна за рад, не плаћа закупнину за стан па би по оцени нижестепених судова обавезивање туженог на плаћање издржавања представљало очигледну неправду за туженог јер она има већ имовинске користи од имовине туженог. Врховни суд је укинуо нижестепене пресуде којима је одбијен тужбени захтев тужиље којим је тражила да се тужени обавеже да јој за издржавање као ванбарачне супруге плаћа по 50% од пензије коју остварује код Републичког фонда ПИО од 01.08.2005. године док за то постоје законски услови. Врховни суд је изразио став да супружник нема право на издржавање што се односи и на ванбрачног партнера, ако би прихватање његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за другог супружника односно ванбрачног партнера (члан 151. став 3. Породичног закона). Међутим како је тужиља незапослена и нема довољно средстава за живот, јер повремено остварује приходе шивењем, користећи радионицу туженог и не плаћа закупнину за стан у кући туженог а рођена је 1957. године и пријављена код Националне службе за запошљавање као незапослена, Врховни суд је сматрао да је било неопходно расправити да ли тужени који је рођен 1940. године остварује друге приходе осим пензије и да ли има могућности да

[27] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1098/08 од 15.05.2008. године

издржава тужиљу, обзиром на сопствене потребе, да би се тек након тога могло оценити да ли би обавезивање туженог на плаћање издржавања тужиљи представљало очигледну неправду за туженог[28].

У пресуди Врховног суда Србије којом је одбијена ревизија тужиље изјављена против пресуде Окружног суда којом је потврђена пресуда Општинског суда а која је гласила на обавезу туженог да на име издржавања малолетне тужиље плаћа 300 USD од 20.04.2007. године као дана пресуђења па убудуће док за то постоје законски услови се наводи: полазећи од утврђеног чињеничног стања и одредбе члана 27. ст. 1. и 2. Конвенције о правима детета којом је признато право сваког детета на животни стандард примерен физичком, менталном, духовном, моралном и друштвеном развоју детета с тим што родитељи или друга лица су одговорни за децу и имају првенствену одговорност да у оквиру својих способности и финансијских могућности обезбеде животне услове потребне за развој детета, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су делимично усвојили захтев малолетне тужиље за издржавањем у досуђеном износу. Ово и стога што је одредбом члана 164. Породичног закона прописано да се висина издржавања може смањити или повећати ако се промене околности на основу којих је донета претходна одлука а према одредби члана 154. став 1. Закона је прописано да малолетно дете има право на издржавање од родитеља, према потребама повериоца и могућностима дужника издржавања. Ако је поверилац издржавања дете, висина издржавања треба да омогући најмање такав ниво животног стандарда за дете какав ужива родитељ - дужник издржавања. Зато Врховни суд сматра да су нижестепени судови правилно применили материјално право имајући у виду потребе малолетне тужиље, њен узраст, здравствене потребе, школске и ваншколске активности те укупну добробит са једне стране и могућности туженог да као родитељ доприноси издржавању малолетне тужиље са друге стране[29].

У следећем случају тужени је обавезан да на име свог доприноса за издржавање деце плаћа по 15% за свако дете од своје месечне зараде умањене за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање

[28] Решење Врховног суда Србије Рев. 1512/08 од 29.05.2008. године
[29] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 653/08 од 12.03.2008. године

које остварује код послодавца почев од 16.03.2007. године па убудуће а да заостале рате плати одједном у року од 15 дана са законском затезном каматом од доспећа сваке рате па до исплате сваког 10-тог у месецу а у случају доцње да плати законску затезну камату од доспећа сваке рате до исплате. Према утврђеном чињеничном стању малолетна деца су рођена у браку парничних странака и то 2003. и 2005. године. Брак је разведен 2007. године. Тужени из ранијег брака има сина старог 14 година за кога по правоснажној судској пресуди плаћа 20% од своје зараде. Тужени је рођен 1963. године и живи у стану своје мајке, али због потребе посла закупио је и стан у другом граду за који плаћа месечно закупнину од 200 евра. Његова месечна зарада у току 2006. године износила је у просеку месечно 37.600,00 динара а у периоду од 2006. до 2007. године 47.400,00 динара. Тужиља је рођена 1972. године, машински је инжењер, стамбено је обезбеђена, запослена и остварује зараду у износу око 25.000,00 динара месечно. Малолетна деца похађају вртић за који тужиља месечно плаћа 1.215,00 динара и 810,00 динара. Минимална сума издржавања у смислу члана 160. став 4. Породичног закона износила је 11.380,00 динара у току првостепеног поступка. Имајући у виду утврђену зараду туженог, одређени износ од 15% представља 7.000,00 динара месечно у просеку што по налажењу суда одговара потребама деце обзиром на њихов узраст, а уз одговарајући допринос тужиље. Применом члана 160. ст. 1. и 3. Породичног закона издржавање се одређује и према могућностима дужника издржавања, при чему оне зависе од његових прихода, могућности за запослење и стицање зараде, његове имовине, његових личних потреба, обавезе да издржава друга лица и других околности од значаја за одређивање издржавања[30].

У случају супружанског издржавања одбијен је тужбени захтев тужиље којим је тражила да се обавеже тужени да јој на име супружанског издржавања плаћа износ у висини гарантованог месечног дохотка почев од дана подношења тужбе па убудуће док за то постоје законски услови. Према утврђеном чињеничном стању тужиља је незапослена, умањена јој је радна способност због здравственог стања, завршила је основну школу, може да обавља само физичке послове домаћице. Тужени је примио отпремнину и накнаду од Националне слу-

[30] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1133/08 од 17.04.2008. године

жбе за запошљавање пошто није у сталном радном односу и слабог је здравственог стања. Судови су закључили да није у могућности да издржава бившу супругу. Према одредби члана 151. став 1. Породичног закона супружник који нема довољно средстава за издржавање, а неспособан је за рад или је незапослен, има право на издржавање од разведеног супружника, сразмерно његовим могућностима. Према цитираној одредби закона, један супружник може остварити право на издржавање уколико је незапослен и неспособан за рад, али само сразмерно могућностима другог супружника. Како су у конкретном случају испуњени услови за одређивање супружанског издржавања само у односу на тужиљу, која је незапослена, болесна и умањена јој је способност за рад, а нису испуњени услови који се тичу могућности другог супружника – туженог да пружа издржавање, с обзиром да је тешко болестан и да не остварује редовна месечна примања, нижестепени судови су правилно применили материјално право када су одбили тужбени захтев тужиље[31].

Према израженом ставу у једној одлуци Врховног суда висина издржавања се може одредити у фиксном месечном новчаном износу и у проценту од редовних месечних новчаних примања дужника издржавања. Суд је закључио да садржина одредбе члана 162. Породичног закона не искључује могућност да поверилац издржавања захтева да се висина издржавања делимично одреди у проценту од редовних месечних примања дужника издржавања и делимично у фиксном месечном износу, ако је законом предвиђен максимални износ од 50% од редовне месечне нето зараде дужника издржавања недовољан за његово издржавање, а дужник издржавања остварује и друге приходе осим зараде и могућности је да и од других прихода доприноси издржавању повериоца издржавања, посебно ако је поверилац издржавања дете, чији животни стандард треба да прати стандард родитеља[32].

У погледу преласка обавезе издржавања на крвне сроднике Врховни суд Србије је у својој пресуди изразио став да крвни сродници остварују међусобно право на издржавање редоследом којим наслеђују на основу закона, а ако је више лица истовремено дужно да даје издр-

[31] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 408/08 од 12.03.2008. године
[32] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 1077/06 од 31.05.2006. године

жавање, њихова је обавеза подељена а не солидарна. Нижестепени судови су у конкретном случају закључили да је друготужена – бака тужиља у обавези да солидарно са првотуженим својим сином а оцем тужиља доприноси издржавању тужиља као њихов крвни сродник у смислу члана 154. став 2, чл.164. и 166. Породичног закона у месечном износу од по 3.000,00 динара обзиром да отац тужиља није у могућности да доприноси њиховом издржавању јер се налази у казнено-поправном дому где издржава казну затвора. Врховни суд је закључио да се ревизијом друготужене основано указује да су нижестепени судови погрешно применили материјално право када су обавезали друготужену да солидарно са првотуженим плаћа издржавање тужиљама. Наиме, према одредби члана 8. Породичног закона издржавање је и право и дужност чланова породице одређених законом. Малолетно дете има, пре свега, право на издржавање од родитеља, а право на издржавање од других крвних сродника у правој усходној линији ако родитељи нису живи или немају довољно средстава за издржавање (члан 154. ст. 1. и 2. Породичног закона). Крвни сродници остварују међусобно право на издржавање редоследом који наслеђују на основу закона, а ако је више лица истовремено дужно да даје издржавање, њихова обавеза је подељена у смислу члана 166. с. 2. и 5. Породичног закона[33].

Пресудом Врховног суда Рев. 623/08 од 12.04.2008. године преиначена је пресуда Окружног суда и пресуда Општинског суда у погледу обавезе издржавања малолетног детета која је установљена од дана првостепеног пресуђења тако што је издржавање досуђено од 26.07.2006. године као дана поднете тужбе. Наиме, Врховни суд у образложењу пресуде наводи да је погрешан закључак нижестепених судова да обавеза тужиоца да доприноси издржавању малолетног детета тече од дана пресуђења а не од дана подношења тужбе. Из утврђеног чињеничног стања да је тужилац тужбу поднео за развод брака 26.07.2006. године са захтевом да се малолетно дете странака њему повери на самостално вршење родитељског права, а да је тужена поднела противтужбу са захтевом да се малолетно дете повери њој уз обавезу тужиоца да доприноси његовом издржавању. Суд је сагласно одредби члана 226. и члана 272. став 2. Породичног закона одлучио о вршењу родитељског права поверајући заједничко дете мајци –

[33] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 679/08 од 13.03.2008. године

туженој као и о висини доприноса за издржавање од стране тужиоца као другог родитеља. Фактичка заједница бивших супружника престала је пре подношења тужбе, малолетно дете све време се налазило код тужене – мајке, тужилац није доприносио његовом издржавању. Зато, Врховни суд налази да је таква одлука супротна не само напред наведеним одредбама Породичног закона, већ и одредби члана 266. истог закона којим је предвиђена дужност суда да се у овој врсти спорова руководи најбољим интересом детета као и општим одредбама овог закона које се односе на издржавање а прецизирано је у члану 73. Закона као право и дужност родитеља. Суд је био дужан независно од тога да ли и када је тужена поднела захтев да јој се додели вршење родитељског права, да пресудом којом разводи брак странака поред осталог одлучи о обавези другог родитеља коме није поверено вршење родитељског права да доприноси издржавању малолетног детета почев од дана када је поднет суду захтев за развод брака[34].

Интересантна је одлука којом је одбијен тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се утврди да је престала његова обавеза законског издржавања тужене рођене 20.07.1980. године са даном 11.05.2003. године и тужени је обавезан да на име свог доприноса за издржавање тужиље плаћа месечно 18% од редовних примања умањених за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање почев од 11.05.2003. до 24.01.2005. године. Према утврђеном чињеничном стању тужилац је отац тужене која је рођена 20.07.1980. године по поравнању закљученим пред првостепеним судом је обавезан да за издржавање своје ћерке плаћа месечно 25% од својих укупних месечних примања. Тужена се налази у САД на редовном школовању где је завршила четврти разред средње школе потом Универзитет као редован студент а 2003. године је уписала постдипломске студије као редован студент на смеру политике. Тужена је студије завршила 24.01.2005. године када је постала магистар уметности. Мајка тужене је запослена у Клиничко-болничком центру, повремено остварује екстра приход радом преко одређене агенције а тужилац је запослен у једној компанији јавног превоза, засновао је другу брачну заједницу и из тог брака има сина старог 16 година. Утврђујући могућности тужиоца и мајке тужене,

[34] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 623/08 од 02.04.2008. године

њихове приходе, имовину, личне потребе, као и обавезу тужиоца да издржава малолетног сина из другог брака, суд је утврдио и потребе тужене у погледу образовања, њених година и закључио да нису испуњени услови да се измени допринос тужиоца за издржавање тужене за период од 24.04.2000. године (ког дана је поднета тужба) па до 11.05.2003. године (када је тужена дипломирала) обзиром да нису наступиле промењене околности у односу на моменат закључења судског поравнања 03.04.1997. године. Суд је утврдио да су трошкови тужиоца за издржавање детета из другог брака повећани јер је син тужиоца сада старији, али да се супруга тужиоца у међувремену запослила. Стога се његова финансијска ситуација није погоршала у односу на моменат закључења судског поравнања. На крају суд је утврдио да трошкови живота и школовања тужене у Америци износе 1.029 USD месечно, да су то трошкови које тужена реално има. Зато је суд обавезао тужиоца да доприноси издржавању тужене тако што ће месечно плаћати 18% од редовних месечних новчаних примања умањених за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање почев од 11.05.2003. године када је тужена дипломирала (пре навршене 26 године живота) па до 24.01.2005. године када је тужена магистрирала, односно завршила студије другог степена[35].

Примери из судске праксе су бројни, али су још бројнија питања која се постављају пред судије приликом одлучивања о сваком конкретном случају. Јединствено и униформно решење не постоји, околности сваког случаја су те које опредељују на који начин ће суд утврђивати чињенице и доносити закључак о основаности захтева. Ваља нагласити да је диспозиција странака у споровима за издржавање искључена у смислу члана 281. Породичног закона. Јер суд није везан границама тужбеног захтева за издржавање. Зато уколико је изведеним доказима утврђено да према околностима случаја један родитељ није у могућности да плаћа издржавање малолетној деци, уколико други родитељ нема довољно средстава за издржавање малолетне деце, малолетна деца имају право на издржавање од других крвних сродника у правој усходној линији, док околности на страни родитеља који нема средстава за издржавање трају. Али и у случају да један од родитеља не постави захтев за издржавање малолетног детета суд није везан ни таквом дис-

[35] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2528/06 од 17.11.2006. године

позицијом странке, већ ће сам по службеној дужности одлучити о издржавању малолетног детета.

Интересантно је навести и став Врховног суда Србије из решења Врховног суда Србије Рев. 2557/06 од 01.03.2007. године по коме: суд није овлашћен да уместо родитеља одлучује о пребивалишту малолетног детета или да доноси одлуке које замењују заједничке одлуке родитеља о битним питањима вршења родитељског права – која утичу на живот малолетног детета, као што је образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета или располагање имовином детета велике вредности, али је зависно од околности случаја, овлашћен да у поступку одлучивања о вршењу родитељског права, између осталог делимично лиши родитеља који не врши родитељско право тога права – да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, ако несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права.

У образложењу ове одлуке се наводи да су нижестепени судови одбили тужбени захтев за измену дела одлуке општинског суда о начину вршења родитељског права у смислу одвођења малолетног детета у иностранство од стране мајке, уз претходну писмену сагласност и одобрење оца, а усвојили противтужбени захтев којим је тужена тражила да се обавеже тужилац да се сагласи са променом пребивалишта детета тј. његовог одвођења у иностранство, коју изјаву о сагласности ће у случају противљења заменити пресуда, те је обавезана тужена да омогући одржавање контакта оца и детета на начин описан у изреци одлуке. Судови су такав закључак засновали на чињеници да у конкретном случају не постоји споразум родитеља малолетног детета у погледу промене пребивалишта детета додељеног на чување, бригу и васпитање мајци, ради одласка са мајком у иностранство. Врховни суд је укинуо такве одлуке и наложио да се у поновном поступку отклоне недостаци, наложи уређење тужбе у погледу захтева противтужбе који може бити усмерен на делимично лишавање родитељског права, а не на доношење одлуке која замењује сагласност родитеља за одвођење малолетног детета у иностранство или да о делимич-

ном лишавању родитељског права одлучи по службеној дужности у спору који се води поводом вршења родитељског права[36].

Слично питање се често поставља у пракси нижестепених судова у смислу да ли тужбени захтев може да гласи да се дозвољава малолетном детету да без сагласности другог родитеља отпутује у иностранство са једним родитељем коме је поверено, и да пресуда замењује сагласност родитеља.

Одлучивање по тако постављеном тужбеном захтеву није у надлежности суда. Суд је надлежан да у недостатку споразума о самосталном вршењу родитељског права одлучи ко ће од родитеља самостално вршити родитељско право, а не како ће родитељско право вршити у конкретној ситуацији. Уколико се ради о родитељу који на основу одлуке суда самостално врши родитељско право и одлучи да са малолетним дететом отпутује у иностранство ради краћег боравка, нпр. летовања, сагласност другог родитеља му за ову одлуку није потребна. Али, ако се ради о одласку у иностранство у циљу промене пребивалишта малолетног детета, онда се ради о питању које у смислу члана 78. став 4. Породичног закона битно утиче на живот малолетног детета па ће и родитељ који не врши родитељско право имати право и дужност да се о овоме заједнички и споразумно са родитељем који самостално врши родитељско право споразумева. Ако се о овом битном питању не би постигао споразум, орган старатељства у поступку обављања корективног надзора над вршењем родитељског права ће упозорити родитеље на недостатке у вршењу родитељског права, упутиће их на разговор у породично саветовалиште или установу специјализовану за посредовање у породичним односима, како то предвиђа одредба члана 80. став 2. тач. 1. и 2. Породичног закона. Ако се и након тога не може постићи споразум због чега интереси малолетног детета могу бити угрожени тада има места тужби за делимично лишење родитељског права родитеља који не врши родитељско право на начин како је то прописано као и уз измену одлуке о одржавању личних односа малолетног детета и родитеља који не врши родитељско право.

[36] Решење Врховног суда Србије Рев.2557/06 од 01.03.2007. године

Привремене мере

Иако Породични закон не садржи никакве одредбе о привременим мерама, у споровима из породичних односа може се одредити свака мера којом се постиже сврха обезбеђења основних права детета, јер се у породичним споровима примењују правила парничног поступка, односно правила извршног поступка уз поштовање одредаба о посебним парничним поступцима. Привремена мера као средство обезбеђења не може бити идентична тужбеном захтеву, али се од овог правила може одступити ако се тужбени захтев односи на заштиту државине, право становања, неновчано издржавање, или када се на други начин не може спречити губитак или тешко угрожавање права, спречити насиље, односно настанак ненадокнадиве или тешко надокнадиве штете[37].

Право становања – habitatio

Право становања* – habitatio *је по својој правној природи законска лична службеност а у Породичном закону у суштини право детета на породични дом. Ово право детета установљено је у његовом најбољем интересу и то како његовом тако и родитеља који врши родитељско право а на стану чији је власник други родитељ. Није од значаја да ли се ради о брачној или ванбрачној деци јер је њихов положај по Породичном закону једнак. Битно је да дете и родитељ који врши родитељско право немају право својине на усељивом стану и да заснивање права становања не представља очигледну неправду за другог родитеља. Оно је као и свака друга лична службеност ограниченог трајања – до пунолетства детета. Улога права становања је заштитна и алиментациона. Право становања детета остварује се у посебном поступку за заштиту права детета уз поштовање начела нарочите хитности поступка. Ради заштите интереса трећих савесних лица право становања би требало забележити у јавном регистру непокретности. Пунолетством детета, право становања престаје по самом закону.

[37] Одређивање привремених мера у поступцима у вези са породичним односима, судија Врховног суда Србије Снежана Андрејевић, Реферат објављен у Билтену Врховног суда Србије број 1/2008

У Породичном закону право становања предвиђено је одредбом члана 194. према којој:

1) дете и родитељ који врши родитељско право имају право становања на стану чији је власник други родитељ детета ако дете и родитељ који врши родитељско право немају право својине на усељивом стану;

2) право становања траје до пунолетства детета;

3) немају право становања дете и родитељ ако би прихватање њиховог захтева за право становања представљало очигледну неправду за другог родитеља.

Наведени услови из члана 194. морају бити кумулативно испуњени те се конституисање овог права може остварити само ако постоји испуњеност свих законом предвиђених услова.

Иако нови институт Породичног права право становања је нашло примену у судској пракси. Тако се у решењу Врховног суда Србије Рев. 1594/06 од 29.11.2006. године наводи да је право становања пре свега право детета конституисано Породичним законом у најбољем интересу детета, па иако је по својој правној природи стварно право, оно се остварује у поступку за заштиту права детета, на брз, поверљив, ефикасан начин, уз активну улогу суда, по потреби уз прибављено стручно мишљење органа који се бави социјалним старањем и дечијом заштитом. Нижестепени судови су одбили захтев тужиље која је ванбрачно дете туженог наводећи да би у конкретном случају утврђење права становања у корист тужиље и њене мајке која врши родитељско право над њом а на стану туженог било неправично према туженом, јер је тужени стан добио од своје мајке. Врховни суд није прихватио закључак нижестепених судова па је укинуо нижестепене пресуде изражавајући став да су права деце рођених у браку и ван брака једнака те да право становања припада како брачном тако и ванбрачном детету под законом прописаним условима. Тачно је да захтев детета за конституисање права становања у смислу Породичног закона не сме да представља очигледну неправду за родитеља на чијем стану се то право конституише. Међутим, правни стандард очигледне неправде не односи се на начин добијања стана у власништву родитеља на чији терет се установљава право становања, већ на његову свеукуп-

ну ситуацију после заснивања тог права. То се пре свега односи на здравствено стање, социјалну угроженост и друге околности које он не би могао својим ангажовањем и радњама поправити[38].

У поступку развода брака нижестепени судови су вршење родитељског права над малолетном децом – дечаком и девојчицом поверили мајци. Регулисано је одржавање редовних контаката са оцем. Конституисано је право становања на стану чији је власник тужени – отац у корист малолетне деце и њихове мајке као родитеља који врши родитељско право. Судови су закључили да малолетна деца и њихова мајка немају право својине на усељивом стану, да је тужени власник стана који је усељив, и који је дат у закуп другом лицу, а да поред наведеног стана тужени има у власништву кућу у којој живи са новом супругом и ћерком. Тужиља са децом живи у изнајмљеном стану нема сталне приходе, док тужени поседује аутомобил, по струци је занатлија па поред пензије коју остварује може да остварује и додатне приходе. Судови су на основу овога закључили да када се има у виду очигледна несразмера имовинских и материјалних прилика законске заступнице деце и туженог, испуњени су услови за конституисање права становања у корист малолетне деце на стану у власништву туженог чиме није учињена неправда туженом због конституисања овог права[39].

З А К Љ У Ч А К

Овим рефератом нису могла бити обухваћена сва спорна питања и проблеми на које су судови наишли у примени новог Породичног закона па чак ни она крупнија као што су институт очигледне неправде који је нарочито присутан у споровима за издржавање, имовинским односима супружника и чланова породичне заједнице и томе слично. Институт очигледне неправде као један од основних елемената за конституисање права становања поменут је код овог института, али ова и многа друга питања свакако заслужују посебну пажњу и могу бити предмет разматрања посебног реферата. Сматрајући да је корисно приказати макар део проблема из судске праксе у примени По-

[38] Решење Врховног суда Србије Рев. 1594/06 од 29.11.2006. године
[39] Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2622/07

родичног закона завршавам овај реферат отварањем даљих спорних проблема како у закључку наведених тако и других, као што је брачни уговор, достављање у породичним споровима, извршење одлука у породичним споровима и томе слично. Ипак, основни принципи заштите права детета кроз посебне поступке у споровима за заштиту дечијих права, заузели су с правом највећи део овог реферата.

Младен Николић,
судија Трговинског суда у Београду

ЕФИКАСНОСТ СУДОВА У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ
(Суђење у разумном року)

Увод

Физичка и правна лица у грађанско-правним споровима пред судовима Републике Србије остварују правну заштиту која се тиче њихових личних, породичних, радних, трговачких, имовинско правних и других грађанско-правних односа. Као резултат поступака који се воде пред судовима, у једном броју случајева доносе се и кондемнаторне (обавезујуће) одлуке, које су по својој природи подобне за извршење. Физичка и правна лица очекују, да након што су у парничном или ванпарничном поступку издејствовали одлуку суда-извршну исправу, на бази које треба да реализују своје право о коме је одлучивао суд, да то учине у релативно кратком року, ефикасно и са што мање трошкова. Све наведено важи у случају да лице које је изгубило спор, не поступи добровољно по правноснажној и извршној судској одлуци. Извршни поверилац као лице које своје потраживање остварује у поступку извршења, с правом очекује да тај поступак потраје краће него парнични (или евентуално ванпарнични) који су претходили доношењу извршне исправе. Генерално посматрано у највећем броју случајева, било да су у питању остварења новчаних или неновчаних потраживања, извршни поступак пред судовима у Републици Србији траје временски толико, да би се то време могло окарактерисати као суђење у разумном року то јест као делотворно спровођење поступка извршења. Ово посебно важи када су у питању остварења новчаних потраживања и када извршни повериоци предлажу извршење на новчаним средствима на рачуну извршног дужника код његове Банке. Овај поступак је посебно ефикасан у ситуацији када извршни дужник има довољно новчаних средстава да би извршни поверилац могао намирити своје целокупно потраживање. Наведено важи и у случају када се новчано потражива-

ње остварује пленидбом дела зараде извршног дужника односно неког његовог другог новчаног примања које остварује углавном у месечним износима.

Када је у питању остварење новчаног потраживања извршног повериоца помоћу других средстава извршења (извршење на покретним стварима, извршење на непокретности, а у новије време продајом акција или удела у д.о.о извршног дужника), у појединим случајевима у поступцима у којима су предложена наведена средства извршења и то првенствено извршење на покретним стварима и непокретностима, поступак извршења узима више времена него што то очекује извршни поверилац и него што би то требало бити имајући у виду Међународне стандарде.

Када је у питању остварење неновчаних потраживања, може се рећи да је ситуација слична, да највећи број извршних поступака траје временски толико, да се то може окарактерисати као суђење у разумном року. Постоје и изузеци због којих извршни поверилац може оправдано приговарати да је повређено право на суђење о разумном року, односно да је повређено његово право на заштиту имовине. Ту пре свега мислимо на поједина извршења исељењем из непокретности и извршења ради предаје индивидуално одређених или заменљивих покретних ствари.

Треба истаћи да у појединим случајевима када је у питању остварење новчаног потраживања поступак извршења неће дати резултат то јест извршни поверилац неће остварити своје новчано потраживање, иако је он са своје стране предузео све што је по Закону дужан предузети, и иако је суд такође предузео у разумним роковима све што је по Закону дужан предузети. Једноставно се показало да извршни дужник нема имовине из које би извршни поверилац остварио своје потраживање. Да ли је извршни дужник успешно прикрио своју имовину тако да је ни извршни поверилац ни суд нису могли пронаћи или је извршни дужник пре покретања поступка отуђио ту имовину јесте посебно питање које неће бити предмет анализе у овом тексту. На напред наведено указујемо из разлога да би се видело да постоје и ситуације у којима иако је предузето све што Закон предвиђа и то у разумним роковима, поступак не мора резултирати остварењем по-

траживања. Извршни поверилац неће остварити своје право које му је дато правноснажном и извршном судском одлуком.

Међународни извори права и Устав Републике Србије

Устав Републике Србије*[1] *, у члану 16. став 2. прописује, да опште прихваћена правила Међународног права и потврђени Међународни уговори су саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују те да потврђени Међународни уговори морају бити у складу са Уставом. Чланом 18. став 1. Устава Републике Србије прописано је да се људска и мањинска права зајамчена Уставом непосредно примењују.

Последица наведених одредби Устава јесте и примена Међународних стандарда који се тичу како права на суђење у разумном року тако и права на заштиту имовине. Устав Републике Србије даље у појединим својим одредбама прецизније регулише права грађана у погледу обраћања Међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајамчених Уставом, те права на правично суђење. Ово последње, подразумева, да свако има право да му суди независан, непристрасан и законом установљен суд и то правично и у разумном року, при чему Устав јемчи мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона.

Устав Републике Србије даље у одредби члана 142. став 2. прописује да су судови самостални и независни у свом раду и да суде на основу Устава, закона и других општих аката када је то предвиђено законом, опште прихваћених правила Међународног права и потврђених Међународних уговора. Чланом 194. став 4. Устава Републике Србије, се прецизира да потврђени Међународни уговори и општеприхваћена правила Међународног права део су правног поретка Републике Србије и потврђени Међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом. Ставом 5. истог члана је прописано да закон и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности

[1] "Службени гласник Републике Србије", бр. 98/2006, ступио на снагу 08.11.2006. године

са потврђеним Међународним уговорима и општимприхваћеним правилима Међународног права.

Пре ступање на снагу садашњег Устава, Србија је (у време постојања Државне заједнице Србија и Црна Гора), постала чланица Савета Европе (03.априла 2003. године), а марта 2004. ратификовала је Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. На тај начин је Србија примљена у чланство Савета Европе и грађанима Републике Србије омогућено да се обраћају Суду за заштиту људских права у Стразбуру[2]. То да значи да је Србија прихватила надлежност наведеног суда те да физичка и правна лица у случају да су им повређена права, а након што су исцрпила све предвиђене могућности заштите у оквиру правног поретка Републике Србије, могу да се обрате представком Суду за заштиту људских права у Стразбуру. Као последица напред наведеног у одређеном броју случајева физичка и правна лица из Републике Србије обратила су се поменутом суду из разлога јер су им одређена права (пре свега право на суђење у разумном року, те право на заштиту имовине) била повређена због неефикасног поступка извршења пред појединим судовима Републике Србије, односно неделотворног спровођења извршног поступка.

Поводом представке таквих лица суд у Стразбуру донео је и неколико пресуда којима је представку прогласио прихватљивом, то јест потврдио да је дошло до повреде права из члана 6. Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода[3], као и из Протокола[4] који важи уз конвенцију (првенствено чл. 1 Протокола, који се односи на заштиту имовине) досуђивао одређени новчани износ на име претрпљене нематеријалне штете подносиоцу представке уз досуђивање трошкова поступка. У неким случајевима је пресудом одређено да тужена Држава (Република Србија) после правноснажности пресуде треба да обезбеди одговарајућим средствима извршење одлуке надлежног суда.

---

[2] Пре Европског суда за људска права постојала је Европска комисија за људска права, која је укинута 1998. године

[3] Сачињена у Риму 04.11.1950. године,ступила на снагу после ратификације земаља чланица Савета Европе

[4] Сачињен у Паризу 20.03.1952. године, ступио на снагу ратификацијом замаља чланица Савета Европе.

Анализирајући пресуде[5] које је донео суд у Стразбуру поступајући по представкама лица из Србије која су тражила заштиту због повреде својих права у извршном поступку, лако се уочава да суд углавном утврђује повреду члана 6. став 1. Конвенције и члана 1. Протокола бр. 1. Даље анализирајући разлоге које суд износи у својој оцени у пресуди, уочава се да тужена Држава има обавезу да организује систем извршења пресуда који је делотворан и правно и у пракси и да обезбеди њихово извршење без закашњења, при томе суд (у Стразбуру) не толерише изостанак или одбијања асистенције полиције и то не узима као оправдан разлог који би Држава могла изнети у поступку пред судом у Сразбуру. Даље се уочава да суд у Стразбуру увек тежи да подносилац представке добије потпуну имовинску накнаду које је легитимно очекивао, а у складу са правноснажном и извршном одлуком на основу које је и покренуо извршни поступак. Суд у Сразбуру такође позивање на хроничну пренатрпаност и заостајање са предметима не прихвата као ваљано образложење за прекомерно одлагање поступка, указујући да је дужност сваке Државе да своје правосудне системе организује на такав начин да сваки њихов суд може да обави све своје обавезе укључујући и извршне предмете у разумном року, што даље значи да Држава има обавезу да организује систем извршења пресуда који је делотворан и правно и у пракси и да обезбеђује њихово извршење без закашњења.

Да подсетимо, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода у члану 6. тачка 1. предвиђа права на правично суђење тако да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или кривичној тужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност може искључити из целог или из дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтева интерес малолетника или заштита

[5] Види ближе пресуде у предметима: Предузеће ЕВТ проти Србије (представка бр. 3102/05); В.А.М. против Србије (представка 39177/05); Томић против Србије (представка бр. 25959/06); Марчић и шеснаест других подносилаца против Србије (представка бр. 17556/05); ЗИТ против Србије (предтавка бр. 37343/05); Буловић против Србије (представка бр. 14145/04).

приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда нужно потребна у посебним околностима да би јавност могла да нашкоди интересима правде.

Протокол уз конвенцију о људским правима и основним слободама у члану 1. предвиђа заштиту имовине и то у ставу 1, да свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима из међународног права, а у ставу 2. да претходне одредбе, међутим, ни на који начин не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисале коришћење имовине у складу са општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или казни.

Указали смо на одредбе које садржи Устав Републике Србије, а које се тичу заштите људских права те заштите имовине физичких и правних лица, затим на примену Међународних уговора и општеприхваћених правила Међународног права у нашем правном поретку. Такође је било речи о најзначајним одредбама Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, те о одлукама које је Суд за заштиту људских права у Стразбуру донео по представкама физичких и правних лица из Републике Србије, а поводом повреда права ових лица која су наступила у току спровођења извршног поступка пред судовима Републике Србије.

Домаћи извори права

Даље ћемо видети какве су одредбе Закона о извршном поступку Републике Србије[6], а којима се регулишу начела хитности и официјелности, која директно утичу на брзину поступка и која су то начела која морају бити поштована (присутна) у једном поступку, али која истовремено могу утицати на успоравање поступка.

Извршни поступак спада у хитне судске поступке (осим извршног поступка као хитни поступци пред судом предвиђени су посту-

[6] "Службени гласник Републике Србије", бр. 124/2004, ступио на снагу 23.02.2005. године

пак стечаја и сви спорови који се воде поводом стечаја, радни спорови, породични спорови, спорови због сметања и одузимања државине, ...). Чланом 5. Закона о извршном поступку је прописано да је суд у поступку извршења и обезбеђења дужан да поступа хитно. Закон предвиђа веома кратке рокове у којима је суд дужан да одлучи о предлогу за извршење (у року од 3 дана од дана подношења предлога), а сви рокови који се тичу предузимања одређених радњи који суд налаже странкама не могу бити дужи од 3 дана осим када закон другачије предвиђа. Једино су у Закон о извршном поступку унете одредбе које прописују да поступање судије противно одредбама којима су одређени рокови који важе за Суд, сматрају се несавесним и нестручним поступањем судије, а у смислу Закона о судијама. Уносећи ове одредбе у закон који регулише поступак извршења, законодавац је очигледно хтео да нагласи и на овај начин дужност Суда да се поступак води хитно.

Веома значајно начело јесте начело формалног легалитета.Смисао овог начела јесте у везаности извршног суда извршном исправом(извршни суд не може преиспитивати ваљаност и законитост извршне исправе) то јест дужности суда да када су испуњени услови за доношење решења о извршењу као и за спровођење извршења, да суд донесе решење о извршењу и предузима радње спровођења извршења. Оно што даље следи и што се може уочити из поменутог начела јесте да из њега произилази и начело официјелности које је присутно и веома наглашено у извршном поступку. То значи да је суд, након што је донео решење о извршењу, дужан да предузима радње спровођења извршења и то без посебног предлога странака. Конкретно, када суд одреди извршење ради остварења новчаног потраживања на новчаним средствима на рачуну извршног дужника суд је након тога дужан да решење о извршењу осим странкама достави и Одсеку за принудну наплату при Народној Банци Републике Србије. Када суд одреди извршење на непокретности , суд је даље дужан да по службеној дужности достави решење надлежном органу ради забележбе решења о извршењу у јавну књигу, да када се стекну услови, без предлога странке приступи утврђивању вредности непокретности, да после правноснажности решења о утврђивању вредности непокретности закључком закаже јавну продају те даље предузима све потребне радње и доноси одлуке које се тичу досуђења, предаје непокретности, те намирење

странака. Када је у питању извршење ради остварења неновчаног потраживања, (на пример исељења из непокретности) суд је дужан да по доношењу решења о извршењу даље предузима радње које се тичу заказивања термина исељења и самог спровођења извршења.

Да би хитност у поступку била обезбеђена законодавац је предвидео да правни лек у поступку извршења (овде мислимо на извршење на основу извршне исправе), а то је жалба, не одлаже извршење осим уколико законом није другачије одређено. Одредба је касније додатно разрађена у члану 54 (у глави Закона који говори о спровођењу извршења), те је прописано да се извршење спроводи пре правноснажности решења о извршењу осим ако законом није другачије одређено. Наведеним одредбама законодавац је створио основ и услове да суд у извршном поступку може хитно поступати, као и да извршни поверилац буде намирен у свом потраживању пре правноснажности решења о извршењу. Изузеци на које Закон упућује одредницом "осим ако овим законом није другачије одређено", јесу у поступку извршења на покретним стварима и то у фази која се тиче продаје пописаних покретних ствари. Продаји покретних ствари не може се приступити пре правноснажности решења о извршењу. Изузетак је и извршење на непокретности које предвиђа једну сложену процедуру која се одвија у више фаза, при чему је законодавац због значаја овог поступка, а пре свега значаја непокретности коју она има за извршног дужника, прописао да се из једне фазе прелази у другу фазу након што је одлука суда из претходне фазе постала правноснажна. Конкретно, уколико извршни поверилац не предложи да се приступи утврђивању вредности непокретности пре правноснажности решења о извршењу, суд мора сачекати да решење о извршењу постане правноснажно да би се прешло у фазу утврђивања вредности. Продаја непокретности не може се заказати нити јој се може приступити пре него што решење о утврђивању вредности непокретности постане правноснажно, а исто важи и за намирење, обзиром да решење о предаји непокретности мора постати правноснажно да би се приступило намирењу. Изузетак постоји и када је у питању предаја односно испорука заменљивих или индивудуално одређених ствари. Наиме, код овог неновчаног извршења у случају да ствари нису нађене ни код извршног дужника нити код неког другог лица приступа се замени неновчане обавезе у новчану. Извршни дужник се одлуком суда у извршном поступку обавезује да уместо

испоруке ствари исплати њихову новчану вредност или да је положи у депозит суда. Услов да би се приступило извршењу решења којим се намеће обавеза извршном дужнику да положи или исплати новчани износ, јесте да ово решење буде правноснажно.

Наведени изузеци имају оправдање али у свим осталим случајевима суд приступа спровођењу радњи извршења и намирењу извршног повериоца и пре правноснажности решења о извршењу. Када је у питању могућност одлагања извршења на предлог извршног дужника услови су веома рестриктивни и кумулативно прописани. Закон предвиђа да извршни дужник мора учинити вероватним да би спровођењем извршења претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету али не само то него Закон наглашава да подношење предлога за одлагање извршења, а касније и подношење жалбе против одлуке суда којим је одбијен предлог извршног дужника за одлагање извршења, не одлажу извршење. Ове одредбе омогућавају суду да поступак извршења спроводи ефикасно.

Наглашавајући хитност, као доминатно обележје извршног поступка, у том истом поступку обезбеђена је двостепеност као основно начело свих судских поступака то јест као право странака на делотворан правни лек. Извршном дужнику је загарантовано да уколико изјави жалбу против одлуке првостепеног суда (било да је реч о решењу о извршењу или некој другој одлуци која је уследила у току извршног поступка против које је дозвољена жалба), да ће другостепени суд поступајући по жалби проверити и одлучити о законитости првостепене одлуке.

Уз двостепеност у извршном поступку присутна је и заштита извршног дужника као једно од начела. У поступку извршења извршни дужник, под одређеним условима и у одређеним роковима може предложити промену средства извршења односно ограничење средства извршења. Он може предложити под одређеним условима одлагање извршења и приликом одлагања извршења може се служити правом да понуди јемство.

Осим извршног повериоца и извршног дужника (странке у извршном поступку) у истом се могу појавити и неки други учесници. Пре свих може се појавити треће лице (оно лице које тврди да у погледу предмета извршења има право које спречава извршење) и оно своја пра-

ва може заштити приговором. Поводом изјављеног приговора треће лице може бити упућено на парницу, када стиче могућност да по његовом предлогу извршење буде одложено. Странке у извршном поступку као и други учесници такође имају на располагању могућност да од суда затраже отклањање неправилности које судски извршитељ учини у спровођењу извршења.

Напред наведено утиче на заштиту извршног дужника у поступку али и на заштиту других учесника и трећег лица. То је гаранција једнаких права странака и других учесника у поступку, али истовремено може бити и узрок пролонгирања поступка.То ће се десити само у случају уколико суд не поштујући начело хитности на које смо указали (које је касније разрађено одредбама о несуспензивности жалбе), дозволи извршном дужнику и другим учесницима да одуговлаче поступак и од изузетака направе правило.

Осим наведених начела која доминирају у извршном поступку, треба указати и на начело економичности које је веома значајно за обе странке у поступку. Начело економичности је у блиској вези са начелом ефикасности и на њега се ослања. Поштовање овог начела треба да омогући да суд са најмање могућим трошковима, са најмање одлагања и са најмањим последицама за учеснике у поступку спроведе извршење.

Узроци неефикасности

Постоји више узрока који могу утицати на спорост поступка извршења, односно који могу учинити овај поступак неефикасним.

Као први, то је сам Закон о извршном поступку. У другој групи били би субјективни узроци и они се тичу поступања суда односно судија. У трећу групу спадали би такозвани објективни узроци, а они се тичу броја предмета којим су оптерећени судови у извршном поступку (имајући у виду број судија, стручних сарадника и судских извршитеља, опремљености суда, стручности и обучености судских извршитеља), поступања помоћних органа суда (Народна банка Србије, Центри за социјални рад, органи који воде јавне књиге...), асистенције полиције у поступку спровођења извршења.

Закон о извршном поступку, прописујући правила по којима се одређује и спроводи извршење, најзначајније утиче на ефикасност поступка. Закон о извршном поступку (из 1978. године) био је с правом критикован због изузетно наглашене заштите дужника, а посебно заштите друштвене својине. Тим законом није била предвиђена могућност намирења повериоца пре правноснажности решења о извршењу, такође није омогућавао приступање спровођењу извршења док се није правноснажно одлучило о предлогу за одлагање. Закон о извршном поступку (из 2000. године) оправдано је критикован да је у погледу права које странке имају у поступку, дужника ставио у неравноправан положај, ускраћујући му било какву могућност да предложи одлагање извршења. Исти закон је онемогућио трећа лица да се појаве са приговором ради заштите својих права и имовине у извршном поступку, што свакако нису била добра решења. Актуелни Закон о извршном поступку покушао и у доброј мери успео да успостави равнотежу у погледу права странака у поступку, да обезбеди заштиту трећих лица у поступку и да истовремено одредбама које су већ помињане у овом тексту задржи ефикасност и омогући хитност у поступку.

Када је у питању Суд односно судија као могући узрок неефикасности извршног поступка односно спорости у том поступку, треба указати на следеће:

Стручан, савестан, одговоран и доследан судија који поступа у поступку извршења треба да се пре свега руководи одредбама које прописују несуспензивност жалбе, начелом официјелности (веома присутним у извршном поступку) и пре свега мора да поштује начело формалног легалитета. То даље значи да треба избегавати непотребну преписку са извршним повериоцем или његовим пуномоћником уколико предлог за извршење садржи све оно што прописује члан 49. Закона о извршном поступку, а није баш у реч идентичан са извршном исправом (овде не мислимо на најзначајније делове изреке извршне исправе који се тичу новчаних износа, врсте камате, идентификације ствари или идентификације непокретности), него се у тим случајевима може посебним писменим отправком одлучити о предлогу за извршење. Не мора у сваком случају дозвола извршења да се састоји у томе да ће суд на предлог странке ставити печат дозволе.

У ситуацији када странка ради остварења новчаног потраживања предложи више средстава извршења и суд такав предлог дозволи, а у даљем току поступка не ограничи извршење на мање средстава или једно, суд мора по службеној дужности водити рачуна да уколико извршни поверилац једним средством извршења није намирио своје потраживање, да без посебног предлога извршног повериоца пређе на спровођење извршења другим средством извршења.Уколико је извршење дозвољено истовремено на новчаним средствима на рачуну извршног дужника код банке и на покретним стварима, а није добијена повратна информација од Одсека за принудну наплату да ли је извршни поверилац намирен не треба дозволити ситуацију да се предмет архивира, а да се претходно не приступи извршењу на покретним стварима. Управо једна од одлука суда у Сразбуру у којој је усвојена представка подносиоца из Србије указује на пропуст суда да није приступио извршењу другим средством извршења које је дозвољено него је предмет непотребно више година "стајао".

Када су у питању друга средства извршења ради остварења новчаног потраживања и ту мислимо на извршење на покретним стварима, извршење на непокретности, извршења на акцијама или уделима, онда је обавеза суда да након доношења решења о извршењу, даље, без посебног предлога извршног повериоца приступа спровођењу законом предвиђених извршних радњи. То значи код извршења на покретним стварима, предмет са наредбом треба доставити судском извршитељу који треба да приступи попису, одузимању и процени покретних ствари. Када је у питању извршење на непокретности, судија без посебног предлога извршног повериоца доставља решење о извршењу ради забележбе јавном регистру, одређује вештачење ради утврђивања вредности непокретности или је утврђује на други погодан начин, после правноснажности решења о утврђивању вредности закључком заказује продају и потом уколико су се стекли услови доноси решење о досуђењу и предаји непокретности те по правноснажности решења о предаји приступа намирењу странака. Исто важи и за извршење на акцијама и уделима. Суд је дужан по службеној дужности да предузима извршне радње које се тичу пленидбе акција и удела заснивања, заложног права у одговарајућем регистру, процене вредности акција и удела, одговарајућег начина продаје, те намирења странака. Би-

ло какав неоправдан празан ход у предузимању ових извршних радњи, може бити узрок неефикасности и успоравања поступка извршења.

Од објективних узрока који утичу на ефикасност поступка треба приметити следеће:

Велики број предмета у поступку извршења којим је оптерећена већина судова у Републици Србији (имајући у виду број судија који поступа по тим предметима, број судијских помоћника, те имајући у виду број судских извршитеља као и другог особља у писарницама), сигурно представља разлог који успорава ток поступка односно не доводи до жељене ефикасности. Карактеристичан пример је Четврти Општински суд у Београду који "покрива" месну надлежност за пет Општинских судова у граду Београду. Осим наведеног због чињенице да је седиште Републике Србије, те највећих привредних друштава и јавних предузећа такође на територији месне надлежности овог суда, у овом суду годишње се поднесе више десетина хиљада, (некада и преко 200.000 предлога за извршење на основу веродостојне исправе), а број поднетих предлога за извршење на основу извршне исправе увелико премашује број од 10.000,00 предмета[7]. При тако великом броју поднетих предлога о којима треба одлучити, а које пре тога треба завести, те по којима доцније треба поступати, заиста се поставља питање да ли 8 судија уз помоћ судијских помоћника, те око 25 судских извршитеља и службеника писарнице уз записничаре може у задовољавајућем року обрадити толики број предмета. Слично је и са Трговинским судом у Београду који такође због велике месне надлежности, прима велики број предмета. Овом суду годишње буде поднето преко 20.000 предлога за извршење на основу веродостојне исправе, готово 3.500 предлога за извршење на основу извршне исправе.[8] Четири извршне судије (које још поступају у појединим ванпарничним предметима, те по предлозима за издавање платног налога), заједно са судијским помоћ-

[7] Према извештају за 2007. годину примљено је 188.038 предмета на основу веродостојне исправе, 15.879 предмета на основу извршне исправе, а по предметима је поступало 8 судија.

[8] Према извештају за 2007. годину примљено је 22.344 предмета на основу веродостојне исправе, 3.498 предмета на основу извршне исправе, 1.135 других ванпарничних предмета, 1.495 предмета за издавање платног налога, а поступало је 4 судије.

ницима, десетак судских извршитеља и пратећим службеницима писарнице те записничарима мора уложити огроман напор да би савладали оволики прилив и постигли задовољавајућу ефикасност.

Опремљеност судова представља посебан проблем за поједине врсте извршења. Док не буде решен, овај проблем ће стално доводити до неефикасног поступања судова. Првенствено имамо у виду извршење на покретним стварима (када је у питању остварење новчаног потраживања), а такође имамо у виду и разне врсте чинидби које су предмет извршног поступка. Изнећемо само карактеристичне чињенице:

Ни један од судова у Републици Србији нема адекватну опремљеност када су у питању возила која би била на располагању судским извршитељима приликом спровођења извршења на покретним стварима. Судски извршитељи на терен ради пописа или одузимања покретних ствари одлазе градским превозом или евентуално својим аутомобилом. На овај начин они су већ у старту лимитирани у погледу врсте ствари које могу одузети од извршног дужника и превести их до суда ради депоновања у одговарајући простор. Сама чињеница да се судски извршитељ појављује на лицу места без одговарајуће опреме (ту поред адекватног превозног средства мислимо и на помоћне раднике који ће вршити изношење ствари), извршном дужнику омогућавају да користећи ово стање, пролонгира и одуговлачи поступак, те да до следећег пописа уклања и прикрива своју имовину. Осим адекватних превозних средстава, ту је и недостатак адекватног простора (пре свега мислимо на магацине) у који би се и евентуално одузете ствари могле сместити али тако да буду заштићене како од крађа, тако и од оштећења и пропадања. Илустративан пример је да Четврти Општински суд у Београду као највећи извршни суд не само у Републици Србији него вероватно и на подручју Балкана, на располагању има део једне трошне бараке изузетно мале површине у коју треба да смешта покретне ствари који судски извршитељи одузимају извршним дужницима.

Судски извршитељи који обављају изузетно одговоран, (и опасан) посао, нису таквог стручног профила који би омогућио да на задовољавајући и ефикасан начин обављају тај посао, (иначе, нити у законским нити подзаконским актима није прописана посебна стручна спрема коју треба да поседује судски извршитељ и најчешће су то му-

шке особе са завршеним различитим средњим школама). Када имамо у виду да полиција у одређеном броју случајева не пружа асистенцију која је неопходна када извршни дужници или нека друга лица ометају или спречавају спровођење извршења или када полиција излази на лице места али по захтеву судског извршитеља не пружа адекватну асистенцију у спровођењу извршења онда наведено, повезано са изнетим чињеницама у вези опремљености судова јасно указује да за одређене врсте извршења не можемо говорити о ефикасности док овај проблем не буде решен на начин који ће судовима у извршном поступку омогућити да врше власт која им је од стране државе Уставом поверена.

Осим полиције, која пружа помоћ суду приликом спровођења извршења, у поступак извршења укључени су и други помоћни органи. Ту пре свега мислимо на Народну Банку Србије-одсек за принудну наплату, Центре за социјални рад и психологе школских установа, као и разне врсте јавних регистара. Само адекватна сарадња између суда и наведених органа то јест поступање наведених помоћних органа по налозима и захтевима суда може довести до ефикасног извршног поступка односно суђења у разумном року. Између суда и Народне Банке Србије-одсека за принудну наплату постоји добра сарадња и иначе поступак извршења на основу извршне исправе ради остварења новчаног потраживања на средствима на рачуну извршног дужника код Банке представља најефикаснију врсту извршења. Када су у питању јавни регистри, а то мислимо на катастер и земљишне књиге, затим на Агенцију за привредне регистре, онда треба приметити да због оптерећености наведених органа може доћи до проблема који ће онемогућити странку да оствари своје право. Проблеми се тичу неефикасности приликом поступања по решењима судова који за циљ имају забележбу извршења односно упис заложног права. Поступак уписа треба поједноставити јер моменат забележбе решења о извршењу, односно моменат уписа заложног права представља веома важан део поступка који омогућава обезбеђење извршном повериоцу за остварење његовог потраживања у поступку извршења.

Наведене узроке треба посматрати заједно, а не изоловано сваки за себе и само рад на отклањању тих узрока неефикасности, односно рад на побољшању укупних услова у којима поступају извршни судови могу довести до побољшања и тиме убрзања извршног поступка.

Закључак

Постојећи Закон о извршном поступку сигурно ће у будућности претрпети реформу. Пре свега, Закон захтева једну детаљну редакцију што сигурно није проблем за предлагача и што се може учинити у релативно кратком периоду. Оно што треба да уследи, а о чему говори стручна јавност јесте реформа извршног поступка у правцу увођења у наш правни систем приватних извршитеља. Неке земље из нашег окружења као што су бивша југословенска Република Македонија, затим Бугарска, Мађарска као и Словенија учиниле су одређене кораке у правцу увођења приватних извршитеља. Најрадикалнију измену у овом смислу учинила је бивша југословенска Република Македонија. У овој бившој југословенској Републици извршење искључиво спроводе приватни извршитељи, а улога суда сведена је на минималну контролну функцију. У другим земљама постоје углавном такозвани комбиновани системи и они подразумевају могућност да се странка може обратити или суду или приватном извршитељу ради спровођења извршења. У одређеним земљама су судови задржали надлежност за поједине врсте извршења, а нека од извршења дата су у надлежност приватним извршитељима. Када размишљамо о могућим решењима у нашој земљи, чини нам се да би пре свега извршење на покретним стварима ради остварења новчаних потраживања као и неке врсте чинидби (исељење, предаја парцела, уклањање објеката...) требало пренети у надлежност приватних извршитеља јер би ова лица због своје природне заинтересованости да остваре зараду бавећи се наведеним послом, била мотивисана да своје канцеларије опреме на одговарајући начин те да поступају ефикасно. Њихова зарада углавном ће зависити од резултата који даје извршење које они буду спроводили. Могуће је да би и садашњи (постојећи) систем судског извршења могао довести до ефикаснијег поступања у наведеним врстама извршења али очигледно да Држава за цео овај период у коме функционише постојећи систем није реаговала на адекватан начин и није судовима и судским извршитељима омогућила услове рада (опремљеност) који би побољшали њихову ефикасност.

Проблеми који се у неким случајевима јављају у вези са асистенцијом полиције могли би успешно бити решени увођењем правосудне полиције.

Доношење Закона о јавном бележнику (нотару) у чију би се надлежност могла пренети дозвола извршења на основу веродостојне исправе,значајно би растеретио судове у извршном поступку. Осим наведеног,нотаријални акт (који би се сачињавао пред јавним бележником), би представљао извршну исправу и тиме би будући извршни поверилац значајно скратио време које потребно за доношење извршне исправе у поступку пред судом. Јавни бележник би могао да преузме овере заложних изјава,уговора о залози, пред њим би странке могле да закључе споразум о обезбеђењу новчаног потраживања заснивањем заложног права ,чиме би поступак обезбеђења потраживања био убрзан, а судови растерећени од ове врсте предмета.

Посматрајући извршни поступак као део поступка у грађанским стварима (доношење извршне исправе и поступак извршења представљају једну целину у поступку заштите и остварења неког права) не треба занемарити и могућност да странке свој спорни однос реше алтернативним путем (методама). Комитет министара савета Европе донео је Препоруку[9], којом поздравља и препоручује метод решавања спорава који су алтернативни судским одлукама. Медијација омогућава странкама да реше свој спорни однос уз мање трошкова и у краћем временском периоду, при чему смањује број спорова и оптерећење судова. Због наведеног држава треба да укаже на могућност коришћења метода решавања спорова који су алтернативни судским одлукама јер ће на тај начин допринети да се смањи оптерећеност судова, а истовремено поступак пред судовима (укључујући и извршни) учини ефикаснијим.

У анализи појединих узрока неефикасности извршног поступка била је већ реч о субјективном моменту, а ту мислимо на поступање судија и већ је изнет закључак да само судија који стручно, савесно, одговорно и доследно поступка по предметима у извршном поступку, на

[9] Препорука REC (2002) 10, усвојена од стране Комитета министара 18.09.2002. године на 808. састанку заменика министара.

тај начин може омогућити и суђење у разумном року. Све наведено подразумева и адекватан материјални положај судије.

Суд за људска права у Стразбуру се у више својих одлука поступајући по представкама физичких и правних лица из различитих земаља (укључујући и Србију), већ изјаснио да је обавеза сваке поједине Државе да створи такав систем извршења који ће омогућити да физичка и правна лица из тих земаља у разумном року остваре своје право које им је досуђено извршном исправом и на тај начин истовремено заштите своју имовину као и друга значајна права која су им Уставом Државе загарантована.

Адекватан Закон о извршном поступку, доношење нових закона (пре свих Закона о јавном бележнику) који би значајно растеретили судове, стручне и савесне судије, добро опремљени извршни судови (уз могуће увођење приватних извршитеља), те задовољавајућа сарадња такозваних помоћних органа суда у извршном поступку, сигурно могу довести до убрзања поступка извршења и до задовољавајућег нивоа ефикасности тог поступка, а што ће резултирати суђењем у разумном року.

Слободан Спасић,
судија Врховног суда Србије

НИШТАВОСТ РЕГИСТРАЦИЈЕ ОСНИВАЊА ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

У В О Д

Ништавост регистрације оснивања привредног друштва заокупља дужну пажњу научне, стручне и привредничке јавности. У пракси је уочено да се врши злоупотреба права на оснивање привредног друштва, ради остваривања циљева који су супротни правној природи овог института и сврси његовог установљења. Примећено је и да одредбе Закона о привредним друштвима и Закона о регистрацији привредних субјеката нису у потпуној хармонији и сагласности. Стога се јавила потреба за писањем посебног тематског реферата из ове области компанијског права.

РЕГИСТРАЦИЈА И ОБЈАВЉИВАЊЕ РЕГИСТРАЦИЈЕ

Привредно друштво стиче својство правног лица уношењем података о том друштву у Регистар.[1] Због тога је регистрација о оснивању изузетно важна за статус привредног друштва. Чин регистрације оснивања, представља "рађање" привредног друштва. Од тог тренутка оно постаје правни субјект, односно носилац права и обавеза у правном промету. Уношење података о привредном друштву у привредни регистар има конститутивно дејство.

Регистрација података о привредном друштву и обављање регистрације врши се у складу са законом којим се уређује регистрација привредних субјеката.[2] Тај закон је Закон о регистрацији привредних субјеката ("Службени гласник РС, бр. 55/2004 и 61/2005). У Регистар

[1] Види члан 9. Закона о привредним друштвима ("Сл. гласник РС", бр. 125/2004)
[2] Члан 10. Закона о привредним друштвима

се уписују предузетник, ортачно друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу, акционарско друштво, задруга и задружни савез, други субјект који се у складу са законом региструје у Регистру.[3] У Регистар се региструју оснивање, повезивање и престанак привредног субјекта, статусне промене и промене правне форме тог субјекта, подаци о привредном субјекту од значаја за правни промет, подаци у вези са поступком ликвидације и стечајним поступком, као и други подаци одређени законом.[4]

Регистар садржи податке о привредном субјекту и то: пословно име, седиште, датум и време оснивања, датум и време промена, матични број додељен од стране Републичког завода за статистику, који је истовремено и број под којим се привредни субјект води у Регистру, пореско-идентификациони број (ПИБ), правну форму, шифру и опис претежне делатности, бројеве рачуна у банкама, пословно име, правну форму, седиште и матични број оснивача ако је оснивач правно лице, односно име и матични број оснивача ако је оснивач физичко лице, име и матични број директора или чланова управног одбора, у зависности од правне форме, име и матични број заступника и границе његових овлашћења, уписа, уплаћен и унет капитал привредног субјекта.[5]

Поступак регистрације се покреће подношењем регистрационе пријаве Агенцији.[6] Регистрациона пријава подноси се на прописаном обрасцу који садржи податке који се региструју. Ако образац није прописан, регистрациона пријава се подноси као поднесак у коме се наводе подаци који се региструју. Уз пријаву се прилажу: документација која се у складу са Законом о регистрацији привредних субјеката и другим законима подноси за регистрацију и доказ о уплати накнаде за регистрацију.[7] По пријему регистрационе пријаве, Регистратор проверава: да ли је надлежан за поступање по регистрационој пријави; да ли је као подносилац регистрационе пријаве назначено овлашћено лице; да ли регистрациона пријава садржи све податке у складу са Законом о регистрацији привредних субјеката; да ли је уз регистрациону пријаву

[3] Члан 3. Закона о регистрацији привредних субјеката
[4] Члан 5. Закона о регистрацији привредних субјеката
[5] Члан 6. Закона о регистрацији привредних субјеката
[6] Члан 15. Закона о регистрацији привредних субјеката
[7] Види члан 16. Закона о регистрацији привредних субјеката

приложена сва документација утврђена законом; да ли је уз регистрациону пријаву приложен доказ о уплати накнаде за регистрацију; да ли су подаци који су унети у регистрациону пријаву истоветни као и подаци о документацији приложени уз пријаву; да ли је под истим називом регистрован други привредни субјект, односно да ли је тај назив већ резервисан у складу са Законом о регистрацији привредних субјеката, ако се регистрациона пријава односи на регистрацију оснивања или промене назива; да ли је уз регистрациону пријаву поднета сагласност која је законом прописана као услов за тражену регистрацију. Регистратор не испитује тачност података и веродостојност докумената достављених уз регистрациону пријаву.[8]

За разлику од претходног Закона о поступку за упис у судски регистар којим је предвиђено да регистарски судија испитује како формалне тако и материјалне услове за упис у судски Регистар, Законом о регистрацији привредних субјеката није предвиђена обавеза Регистратора да испитује материјално-правне услове за упис у судски Регистар, већ само обавеза да цени формалне услове за упис предвиђене одредбом члана 22. став 1. Закона о регистрацији привредних субјеката. Управо овако овлашћење које је Закон о регистрацији привредних субјеката дао Регистатору доводи у пракси до бројних спорова, који се тичу утврђивања ништавости регистрације оснивања, односно регистрације других података од значаја за правни промет субјекта регистрације.

Ако су испуњени услови за регистрацију из члана 22. Закона о регистрацији привредних субјеката, Регистатор, у року од 5 дана од дана подношења регистрационе пријаве, доноси решење којим се захтев из регистрационе пријаве усваја и регистрација без одлагања спроводи у Регистар[9]***. Ако Регистратор, у прописаном року, не реши по регистрационој пријави, сматраће се да је захтев из регистрационе пријаве усвојен и дужан је да тражену регистрацију без одлагања спроведе у Регистру.***[10]

[8] Види члан 22. Закона о регистрацији привредних субјеката
[9] Члан 25. Закона о регистрацији привредних субјеката
[10] Члан 26. Закона о регистрацији привредних субјеката

Податак из регистрационе пријаве сматра се регистрованим даном доношења решења којим се захтев из регистрационе пријаве усваја.[11] Регистровани подаци се објављују на интернет страни Агенције истога дана када је донето решење којим се захтев из регистрационе пријаве усваја. Промена података у односу на регистроване податке има правно дејство према трећим лицима од наредног дана од дана када је регистрација те промене објављена на исти начин.[12]

Регистрација привредних субјеката заснива се на неколико начела. Прво од њих је начело јавности, према којем су подаци из Регистра доступни заинтересованим лицима, без доказивања правног интереса. Друго начело је начело иситнитости и савесности, према којем трећа лица, која се у правном промету поуздају у податке из Регистра, не сносе штетне правне последице које проистекну због нетачно регистрованог податка или због пропуштања регистрације податка. У случају неслагања података о привредном субјекту садржаних у Регистру са подацима о другим базама података, за трећа лица су меродавни подаци садржани у Регистру. Само се савесна лица могу позивати на претпоставку истинитости податка из Регистра. Треће начело је начело самосталности решавања, према којем је Регистратор независтан у раду на појединачним предметима, у оквиру овлашћења утврђених овим законом, односно другим прописом. Начело ефикасности је четврто начело, према којем је Регистратор дужан да све пријављене податке без одлагања уноси у Регистар. Пето начело је начело доступности, према којем се приступ Регистру обезбеђује електронским путем и на други прописан начин, ради регистрације, увида у Регистар и издавања извода из Регистра. Шесто начело је начело економичности, према којем се поступак регистрације, увида у Регистар и издавања извода из Регистра обавља без одуговлачења и уз што мање трошкова. Седмо начело је начело приоритета према којем у сукобу интереса у вези са регистрацијом података приоритет има раније поднета регистрациона пријава. Осмо начело је начело јединства уноса података приликом регистрације оснивања, према којем се

[11] Члан 30. Закона о регистрацији привредних субјеката

[12] Види члан 31. Закона о регистрацији привредних субјеката

приликом регистрације оснивања истовремено региструју сви подаци из регистрационе пријаве.[13]

Закон о привредним друштвима, у члану 10. говори о дејству регистрације и објављивања у односу на трећа лица. Законска одредба члана 10. Закона о привредним друштвима је слична или скоро истоветна законској одредби члана 3. став 1. тачка 2. Закона о регистрацији привредних субјеката, која говори о начелу истинитости и савесности регистрације.[14]

ОСНИВАЊЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

Србија је усвојила нормативни систем оснивања привредног друштва. Овај систем омогућава оснивање друштва сваком оснивачу који испуни услове унапред, у закону прописане, уз поштовање прописаног поступка. Овај систем је праћен регистрацијом, али Регистратор нема овлашћење да процењује целисходност оснивања и испуњеност материјално-правних услова, већ само да испитује испуњеност формалних услова за оснивање друштва који су унапред прописани Законом о регистрацији привредних субјеката. Због тога Регистратор не врши упис већ регистрацију.

Привредна друштва оснивају се оснивачким актом који има форму уговора о оснивању ако га оснива више оснивача или одлуке о оснивању ако га оснива један оснивач. Сви оснивачи привредног друштва потписују оснивачки акт. Потписи оснивача на оснивачком ак-

[13] Види члан 3. Закона о регистрацији привредних субјеката

[14] Члан 10. Закона о привредним друштвима гласи:

"(1) Сматра се да трећа лица знају за регистроване податке о привредном друштву после њиховог објављивања или објављивања извода из тих података или докумената на основу којих је извршена регистрација упућивањем на њих.

(2) Сматра се да трећа лица знају или да према околностима случаја могу знати за податке и документе из става 1 овог члана и пре објављивања после депоновања у Регистар, ако привредно друштво то докаже.

(3) Ако се објављени подаци разликују од регистрованих података, за привредно друштво се као тачан узима податак из Регистра, тако да оно у односима са трећим лицима не може истицати податке који су објављени ако су се трећа лица поуздала у податке из Регистра."

ту привредног друштва се оверавају. Оснивачки акт привредног друштва има садржину утврђену Законом о привредним друштвима за ту правну форму привредног друштва. Поред оснивачког акта, ортачко и комадитно друштво могу имати и уговор ортака друштва, друштво са ограниченом одговорношћу и уговор чланова друштва, а акционарство друштво и статут. Оснивачи, лица која у складу са Законом о привредним друштвима после оснивања приступе ортачком друштву су ортаци, комадитном друштву – ортаци, односно комплементари и командитори, друштву са ограниченом одговорношћу - чланови друштва и акционарском друштву - акционари.[15]

Уз регистрациону пријаву оснивања ортачког друштва прилаже се: доказ о идентитету оснивача; оснивачки акт друштва, са овереним потписима оснивача; ако је ортак пренео право пословођења на треће лице, оверен потпис тог лица.[16]

Уз регистрациону пријаву оснивања комадитног друштва прилаже се доказ: доказ о идентитету оснивача; оснивачки акт друштва са овереним потписима оснивача; потврда банке о уплати новчаног улога командитора на привремени рачун или његова оверена изјава о томе да је обезбедио новчани улог; споразум оснивача о вредности неновчаног улога командитора, ако исти није садржан у оснивачком акту; одлука о именовању заступника ако заступник није одређен оснивачким актом; оверен потпис заступника.[17]

Уз регистрациону пријаву оснивања друштва са ограниченом одговорношћу прилаже се: доказ о идентитету оснивача; оснивачки акт друштва (одлука или уговор), са овереним потписом оснивача; потврда банке о уплати новчаног улога на привремени рачун или оверена изјава оснивача о томе да је обезбедио новчани улог; споразум оснивача о вредности неновчаног улога, ако исти није садржан у оснивачком акту, одлука о именовању заступника, ако заступник није одређен оснивачким актом; оверен потпис заступника.[18] ***Уз регистрациону пријаву оснивања отвореног акционарског друштва прилаже се: доказ***

[15] Види члан 7. Закона о привредним друштвима
[16] Члан 33. Закона о регистрацији привредних субјеката
[17] Члан 34. Закона о регистрацији привредних субјеката
[18] Члан 35. Закона о регистрацији приведних субјеката

о идентитету оснивача; оснивачки акт друштва, са овереним потписима оснивача; извештај банке о уписаним акцијама; извештај банке о депонованим новчаним улозима на привремени рачун; доказ о објављивању и садржина јавног позива за упис и уплату акција (проспект), са одобрењем проспекта од стране надлежног органа; процена овлашћеног процењивача о вредности неновчаног улога оснивача, одлука о именовању заступника, ако заступник није одређен оснивачким актом; оверен потпис заступника. Уз регистрациону пријаву оснивања затвореног акционарског друштва, прилаже се: доказ о идентитету оснивача; оснивачки акт, са овереним потписима оснивача; извештај банке о депонованим новчаним улозима на привремени рачун; споразум оснивача о вредности неновчаног улога, ако исти није садржан у оснивачком акту; одлука о именовању заступника, ако заступник није одређен оснивчаким актом; оверен потпис заступника.[19]

НИШТАВОСТ РЕГИСТРАЦИЈЕ ОСНИВАЊА

Регистрација оснивања привредног друштва ништава је у случајевима прописаним Законом о приведним друштвима и Законом о регистрацији привредних субјеката.[20] Пре доношења ова два закона ништавост уписа у судски регистар била је регулисана Законом о поступку за упис у судски регистар ("Службени лист СРЈ", бр. 80/94 и "Службени гласник РС, бр. 55/04). Према члану 62. Закона о поступку за упис у судски регистар, било је прописано да ако је упис у судски регистар извршен на основу лажне исправе, ако су у исправи на основу које је извршен упис наведени неистинити подаци, ако је исправа издата у незаконито спроведеном поступку, ако је незаконито спроведена радња у којој се подаци уписују у судски регистар или ако постоје други законом предвиђени разлози, тужбом за утврђење може се тражити да се утврди да је упис ништав. Било је предвиђено да тужбу може поднети лице које има правни интерес да се утврди ништавост уписа. Прописано је да се тужба подноси у року од 30 дана од дана када је подносилац тужбе сазнао за разлоге ништавости, али се не може поднети после истека рока од 3 године од дана извршеног уписа. Такође,

[19] Члан 36. Закона о регистрацији приведних субјеката
[20] Члан 11. став 1. Закона о привредним друштвима

одређено је да по пријави тужиоца регистарски суд ће извршити упис забележбе спора у судски регистар.

Судска пракса, када је била у питању тужба за утврђење ништавости уписа у судски регистар била је веома богата. Ево неколико примера:

"Правни интерес за подношење тужбе у статусном спору постоји када је потребно да се обезбеди заштита права тужиоца која су му уписом у судски регистар угрожена. Облигациона, односно стварна права тужиоцима на пословном простору нису угрожена уписом промене организовања субјекта уписа у судски регистар".[21] "Рок за подношење тужбе за поништај уписа у судски регистар утврђен је Законом о поступку за упис у судски регистар, па се за подношење тужбе у

[21] Савезни суд, Гзс бр. 84/98 од 18.2.1999. године
Из образложења:
"Одредбом члана 71а (члан 62) Закона о поступку за упис у судски регистар, прописано је да тужбу за утврђење да је упис ништав може поднети лице које има правни интерес и то у случају ако је упис у судски регистар извршен на основу лажне исправе; ако су у исправи на основу које је извршен упис наведени неистинити подаци; ако је исправа издата у незаконито спроведеном поступку; ако је незаконито спроведена радња о којој се подаци уписују у судски регистар, или ако постоје други законом предвиђени разлози.
Према наведеној законској одредби, правни интерес за подношње тужбе у складу са спором мора бити везан за разлоге због којих се може тражити утврђење ништавости уписа у судски регистар, а правни интерес постоји онда када је потребно да се обезбеди заштита права тужиоца која су му уписом у судски регистар угрожена.
С тим у вези, истицање тужиоца да на одређеном пословном простору има одговарајућа облигациона, односно стварна права, јесте чињеница која се не односи на субјект уписа као правно лице, нити оно уписом промене организовања у судски регистар угрожава та права тужиоца.
Тужба за утврђивање, као и свака друга тужба, претпоставља постојање пасивне легитимације. Како је према стању у списима ДП "У.К." из Б. припајањем другом правном лицу изгубило правни субјективитет, то судови правилно оцењују да наведено предузеће не може бити странка у поступку.
Из наведених разлога и по оцени Савезног суда, правилно је побијаним решењем услед недостатка правног интереса тужиоца, као процесне претпоставке, одбачена тужба за утврђивање ништавости уписа у судски регистар везан за ДП "У.К." из Б."

овом случају не примењују одредбе Закона о облигационим односима".[22] "Само сазнање да је извршена промена облика организовања предузећа, односно само објављивање уписа промене облика организовања у "Службеном листу", не значи да од тог дана тече рок за подношење тужбе, јер рок за подношење тужбе тече од дана сазнања за разлоге ништавости, односно од дана сазнања да је исправа на основу које је извршен упис неистинита, као и да је исправа донета у незаконито спроведеном поступку, или за друге разлоге који могу бити основ за поништај уписа у судски регистар".[23] "Не може се сматрати да

[22] Решење Врховног суда Србије, Прев. 339/96 од 25.6.1996. године.
Из образложења:
"Решењем привредног суда одбачена је тужба којом је тражено да се утврди да је одлука о статусној промени ништава и да се по том основу поништи упис извршен у регистру код привредног суда. Виши привредни суд је одбио жалбу тужиоца и потврдио првостепено решење.
Врховни суд Србије је оценио да ревизија тужиоца није основана. Не могу се прихватити наводи ревизије да се рок од 3 године, као апсолутни рок утврђен одредбама члана 62. Закона о поступку за упис у судски регистар рачуна од дана објављивања уписа у службеном гласилу. Ово стога што је у наведеном члану изричито прописано да рокови за побијање уписа у судски регистар теку од дана извршеног уписа. Како је од дана извршеног уписа до дана подношења тужбе протекао објективни рок од 3 године, то је правилно тужба одбачена сходно члану 282. став 1. Закона о парничном поступку.
Са друге стране, нису основани наводи ревизије да се у конкретном случају не ради о чистом поступку поништаја регистарског решења. У питању је како се истиче у ревизији апсолутно ништав правни посао и у том случају судска заштита се не гаси и до застарелости не може доћи, сагласно одредбама Закона о облигационим односима. Међутим, овим законом утврђено је право за поништај уписа у судски регистар, утврђени су рокови у којима се такав захтев може поднети, па се на овај спорни однос искључиво примењује Закон о поступку за упис у судски регистар, а не Закон о облигационим односима."

[23] Решење Врховног суда Србије, Пзз. 38/2002 од 11.12.2002. године
Из образложења:
"Нижи судови су закључили да је тужба у овој ствари поднета по протеку преклузивног субјективног рока од 30 дана од дана када је подносилац тужбе сазнао за разлоге ништавости, који рок је предвиђен одредбом члана 62. став 3. Закона о поступку за упис у судски регистар, па је због тога тужба тужиоца одбачена.

Наиме, у току поступка утврђено је да су парничне странке дана 11.9.2000. године закључиле уговор о финансирању будуће производње и да се тужени обратио тужиоцу 20.9.2000. године за одобрење подстицајних средстава за покретање производње, па због тога нижи судови сматрају да је тужилац могао сазнати за упис најкасније на дан закључења уговора о финансирању будуће производње, па како је од тог дана до дана подношења тужбе протекао рок од 30 дана, то је тужба одбачена. Поред тога, нижи судови сматрају да је субјективни рок од 30 дана протекао и од дана када је оглас о упису промена облика организовања објављен у "Службеном листу" 26.10.2000. године, до дана подношења тужбе, па је из тих разлога тужба неблаговремена.

Врховни суд налази да је захтев за заштиту законитости основан.

Основано Јавни тужилац у захтеву за заштиту законитости указује на то да се из уговора о финансирању будуће производње не може извести закључак да је тужилац даном закључења тог уговора сазнао за разлоге ништавости, те да од дана закључења тог уговора треба рачунати субјективни рок од 30 дана за подношење тужбе.

Наиме, из садржине уговора о финансирању заједничке производње произлази да је тужени у том уговору као странка означен као друштво, не као ДП, а такав назив туженог произилази и из осталих одредаба уговора. Према томе, тужилац из самог уговора није могао сазнати за промене облика организовања код туженог, јер је у том уговору тужени означен као ДД, а не као ДП, због тога разлози у вези с тим у побијаним пресудама у супротности су са садржином наведеног уговора.

Овај суд посебно напомиње, да субјективни рок од 30 дана предвиђен одредбом члана 62. став 3. Закона о поступку за упис у судски регистар тече од дана сазнања за разлоге ништавости који су предвиђени у одредби члана 62. став 1. истог Закона. Према томе, само сазнање да је извршена промена облика организовања предузећа, односно само објављивање уписа промена облика организовања у "Службеном листу" не значи да од тог дана тече рок за подношење тужбе, јер рок за подношење тече од дана сазнања за разлоге ништавости, односно од дана сазнања да је исправа на основу које је извршен упис неистинита, као и да је исправа донета у незаконито спроведеном поступку, или за друге разлоге који могу бити основ за поништај уписа у судски регистар.

У поновљеном поступку, првостепени суд ће спровести доказивање ради утврђивања када је тужилац сазнао за разлоге ништавости уписа у судски регистар због којих тражи поништај уписа, те ће након тога поново ценити благовременост поднете тужбе, односно ако утврди да је тужба поднета у року од 30 дана од дана сазнања за разлоге ништавости спровешће доказивање ради утврђива-

тужиоци не поседују активну легитимацију због недостатка правног интереса за подношење тужбе за утврђење ништавости уписа у судски регистар".[24] "Без обзира на постојање ништавости уписа у судски

ња основаности тужбеног захтева, те ће након тога, а у зависности од резултата изведених доказа, поново одлучити о тужбеном захтеву."

[24] Решење Врховног суда Србије, Прев. 31/2006 од 11.12.2006. године

Из образложења:

"Тужбени захтев тужиоца је у једном делу одбијен као неоснован док је у другом делу тужба одбачена као неблаговремена. Неоснованост тужбеног захтева за утврђење ништавости уговора о преносу уговора без накнаде закључен између туженог првог и туженог другог реда нижестепени судови виде у недостатку активне легитимације. Недостатак активне легитимације трговински судови виде у недостатку правног интереса тужилаца као бивших радника да траже да се утврди ништавост уговора о преносу удела без накнаде који је закључен између туженог првог реда и туженог другог реда као и да се утврди да је ништав упис у судски регистар, те решење Трговинског суда у Београду Фи.број 7371/03 од 30.9.2003. године којим је на основу одлуке број 652 4 од 4.11.1999. године, спроведено смањење основног капитала туженог другог реда за 464.965.229,72 динара тако да преостали капитал друготуженог на дан 30.6.2003. године износи 79.699,00 динара. Овакви разлози су противречни са одлуком о одбијању тужбеног захтева тужилаца због неодостатка активне легитимације на њиховој страни. Врховни суд Србије налази да се не може сматрати да тужиоци не поседују активну легитимацију за подношење предметне тужбе само зато што по становишту нижестепених судова немају правни интерес. Недостатак правног интереса за собом повлачи одбачај тужбе, а недостатак активне легитимације и одбијање тужбеног захтева као неоснованог. Међутим, у конкретном случају Врховни суд Србије сматра да тужиоци имају правни интерес за подношење предметне тужбе за утврђење ништавости уговора и уписа у судски регистар. Правни интерес тужилаца лежи у томе што би као правна последица утврђења ништавости уговора и уписа у судски регистар друштвени капитал друготуженог био враћен у пређашње стање, односно увећан за 464.965.229,72 динара, и тиме би тужиоци имали право да у случају да добију радни спор за враћање на рад код друготуженог, добију већи износ по основу права на на бесплатно стицање акција у поступку приватизације туженог другог реда по Закону о приватизацији. Предметним уговором и уписима повређен је њихов правни интерес тако да тужиоци стичу право на подношење тужбе за утврђење ништавости уговора и свих наведених уписа у судски регистар."

регистар, тужба за утврђење ништавости поднета након истека 3 године од извршеног уписа није благовремена".[25] "Правноснажна судска одлука не може се сматрати лажном исправом, или исправом у којој су наведени неистинити подаци, или исправом која је издата у незаконито спроведеном поступку, и следствено томе, основаним разлогом за утврђење ништавости уписа у судски регистар који је извршен на темељу те правноснажне судске одлуке."[26] "За постојање правног интереса за подношење тужбе за утврђење ништавости уписа у регистар привредних субјеката морају бити испуњена два услова и то: први – да тужилац у тужби наведе да тражи правну заштиту одређеног садржаја, јер је његово субјективно право повређено или угрожено и други – да тужилац учини вероватним да ће, ако његов захтев буде усвојен, то за њега представљати остварење одређене правне користи, коју без судске одлуке не би могао остварити".[27] "Правни интерес за подношење тужбе за утврђивање ништавости уписа припајања огледа се у томе да се субјекту уписа који је брисан из судског регистра услед припајања, врати правни субјективитет".[28] "Управни одбор субјекта уписа не спада у круг лица које има правни интерес за подношење тужбе из члана 62. Закона о поступку за упис у судски регистар, јер извршеним уписом није повређено његово право и на закону заснован интерес".[29] "Захтев за брисање неоснованог уписа и тужбени захтев за утврђење ништавости уписа у судски регистар нису идентични захтеви, без обзира што се напада исти упис у судски регистар, тако да нема пресуђене ствари у парници за утврђење ништавости уписа у судски регистар у односу на раније окончани ванпарнични поступак по захтеву за брисање истог уписа као неоснованог који је правноснажно обустављен".[30] "Упис у судски регистар може бити ништав само из оних разлога који су постојали у тренутку уписа. Накнадне чињенице и околности, односно њихова промена, могу бити од

[25] Решење Вишег трговинског суда у Београду Пж. број 4342/02 од 3.10.2002. године
[26] Пресуда Вишег трговинског суда Пж.број 4031/2002 од 3.7.2002. године
[27] Решење Вишег трговинског суда Пж.број 7757/2004 од 1.6.2005. године
[28] Решење Вишег трговинског суда Пж.број 8454/2002 од 19.11.2003. године
[29] Решење Вишег трговинског суда Пж.број 4224/01 од 20.2.2002. године
[30] Решење Вишег трговинског суда Пж.број 274/03 од 7.3.2003. године

значаја за брисање основаности уписа, или за потребу уписа промена у судски регистар, али не и за питање законитости ранијег уписа".[31] ***"Разрешени директор утврђењем ништавости уписа промене лица овлашћеног за заступање не може поново, само на основу тога, постати директор субјекта уписа".***[32] ***"Спор ради утврђивања ништавости уписа у судски регистар не представља статусни спор, већ у смислу члана 382. тачка 4. Закона о парничном поступку, привредни спор".***[33] ***"Акционари једног друштва немају правни интерес за подношење тужбе за утврђење ништавости уписа у судски регистар у вези са другим друштвом које је уједно и субјект уписа".***[34] ***"Регистарски суд нема законско овлашћење да у судски регистар упише забележбу спора".***[35] ***"Регистарски суд по службеној дужности доноси решење о брисању ништавног уписа на основу правноснажне пресуде о утврђивању ништавости уписа".***[36] ***"Упис у судски регистар организовања друштвеног предузећа на основу исправе у којој су наведени неистинити подаци о вредности друштвеног капитала, чија је вредност утврђена решењем надлежне републичке институције за процену вредности капитала – може се нападати тужбом за утврђење ништавости уписа у судски регистар 3 године од дана уписа у судски регистар, па је тужба поднета по том основу стварно надлежном привредном суду, по протеку законског рока, неблаговремена и мора се одбацити. О тужбеном захтеву да се утврди ништавост уписа у судски регистар вредности друштвеног капитала, као евентуалном тужбеном захтеву, надлежан суд ће расправити и то заузимањем ставова о уредности, о дозволености или о благовремености тужбе са таквим захтевом. При томе, првостепени суд ће имати у виду да се имовинско-правни захтеви остварују у имовинско-правним споровима (стварно-правни захтеви, стварно-правним тужбама), а не тужбама које се односе на упис у***

[31] Пресуда Вишег трговинског суда Пж.број 5755/2002 од 13.11.2002. године
[32] Решење Вишег трговинског суда Пж.број 8927/2003 од 29.12.2003. године
[33] Решење Вишег трговинског суда Пж.број 4979/2002 од 14.8.2002. године
[34] Решење Вишег трговинског суда Пж.број 9795/2004 од 30.12.2004. године
[35] Решење Вишег трговинског суда Пж.број 743/2003 од 14.5.2003. године
[36] Пресуда Вишег привредног суда Пж.број 3138/97 од 2.10.1997. године

судски регистар".[37] "Преклузивни рок од 3 године за подношење тужбе за утврђивање ништавости уписа у припајању у судски регистар рачуна се од дана извршеног уписа, а не од дана објављивања извода уписа у "'Службеном листу СРЈ".[38] "Пословање регистрованих делова предузећа у Републици Србији чије је седиште на територији бивших република СФРЈ темељи се на члану 17. Уредбе о заштити имовине делова предузећа чије је седиште на територији бивших република СФРЈ, чиме се искључује основаност захтева предузећа из бивших република СФРЈ за поништај решења о упису у судски регистар организовања предузећа извршеног на основу Уредбе о организовању делова предузећа чије је седиште на територији република БиХ, Хрватске и Словеније".[39]

Закон о поступку за упис у судски регистар је прописавао и поступак након доношења пресуде којом је утврђена ништавост одговарајућег уписа у судски регистар. У том смислу је прописано да када је правноснажном пресудом утврђена ништавост уписа, суд је дужан да у року од 15 дана достави регистарском суду ту правноснажну пресуду. Регистарски суд доноси, по службеној дужности, решење о упису забележбе о ништавости уписа по правноснажној пресуди ако субјект уписа по закону престаје да постоји. То решење садржи назив и седиште суда и број и датум одлуке о ништавости уписа. Ово решење доставља се субјекту уписа и надлежном органу за отварање поступка ликвидације, односно за отварање поступка стечаја. У осталим случајевима, регистарски суд на основу правноснажне пресуде доноси, по службеној дужности, решење о брисању ништавог уписа.[40]

Закон о регистрацији привредних субјеката на који упућује Закон о привредним друштвима садржи две одредбе које се тичу поступка за утврђивање ништавости регистрације. Тако, члан 69. носи назив: "Поступање по правноснажној пресуди о ништавости регистрације и брисање из Регистра". Тужбом за утврђење може се тражити

---

[37] Решење Вишег привредног суда у Београду Пж.бр. 3873/2000 од 5.7.2000. године

[38] Пресуда Вишег привредног суда Пж. 10148/97 од 6.3.1998. године

[39] Решење Вишег привредног суда у Београду Пж. број 6010/01 од 9.11.2001. године

[40] Види члан 63. Закона о поступку за упис у судски регистар

да се утврди да је регистрација података о привредном субјекту, укључујући и регистрацију његовог оснивања, ништава, ако:

1) су у регистрационој пријави наведени неистинити подаци;

2) је регистрација извршена на основу лажног документа, документа издатог у незаконито спроведеном поступку или документа са неистинитим подацима;

3) постоје други законом предвиђени разлози.

Тужбу може поднети лице које има правни интерес да се утврди ништавост регистрације.

Тужба се подноси суду у року од 30 дана од дана када је подносилац тужбе сазнао за разлоге ништавости али се не може поднети после истека рока од 3 године од дана извршене регистрације.

По регистрационој пријави, уз коју се доставља доказ о покретању поступка за утврђивање ништавости регистрације, Регистратор ће без одлагања у Регистар регистровати постојање спора.

Кад је пресудом утврђена ништавост регистрације, суд је дужан да је у року од 15 дана од дана правноснажности достави Агенцији. На основу те пресуде, Регистатор брише ништаву регистрацију из Регистра.

Ако је правноснажном пресудом утврђена ништавост регистрације оснивања, Регистратор у Регистар региструје ништавост регистрације оснивања и о томе, без одлагања, обавештава привредног субјекта и орган надлежан за покретање поступка ликвидације, односно поступка стечаја.[41] За сада је веома оскудна судска пракса када је у питању тужба за утврђење ништавости регистрације из члана 69. Закона о регистрацији привредних субјеката. У даљем тексту изнеће се неколико сентенци у вези ове тужбе.

"Разликовање стварног од регистарског стања није било ретко ни у време важења Закона о поступку за упис у судски регистар, за регистрацију привредних друштава, с тим што је тај закон имао неке механизме за усклађивање стварног и регистарског стања (захтев за брисање или промену података у Регистру, захтев за брисање неосно-

[41] Члан 69. Закона о регистрацији привредних субјеката

ваног уписа), које садашњи Закон о ргистрацији привредних субјеката нема. Прописима су предвиђене тужба за утврђење ништавости уписа у Регистар (члан 69. Закона о регистрацији привредних субјеката), тужба за побијање одлука привредног друштва (члан 302. Закона о привредним друштвима) и поједини случајеви тужби из Закона о привредним друштвима.

Полазећи од тога да наше право, и у области привредних друштава, није засновано на систему таксативних тубжи, треба дозволити могућност подношења тужбе за утврђење према општој одредби члана 188. Закона о парничном поступку, под условом доказаног правног интереса. То се посебно односи на ситуације када тужилац другим правним путем не може да оствари своја права, при чему тужбу увек треба одбацити ако она представља заобилажење пропуста или забране да тужилац поднесе законом прописане тужбе (за ништавост уписа, за побијање одлука и слично)".[42]

"Упис у Регистар директора предузећа – привредног друштва, као и упис других заступника (члан 50. Закона о регистрацији привредних субјеката) је декларативан, јер неко лице постаје директор или заступник одлуком привредног друштва, а не одлуком и уписом Регистра (раније суда).

Питање карактера уписа није од значаја, већ је од значаја дејство уписа према трећим лицима (због којих се упис и врши). То дејство је Законом о парничном поступку посебно и изричито прописано у погледу заступања у парници, тако да је статутарни заступник привредног друштва, као и другог правног лица, само оно лице које је уписано у регистар, а не и лице које (из било ког разлога) није уписано.

Суд нема овлашћења да лицу које је уписано у Регистар призна својство статутарног заступника за потребе вођења поступка, како се наводи у питању, већ је парнични суд законски обавезан да то лице сматра парничним заступником странке. Да ли је то исто лице у претходном материјално-правном односу било овлашћено за заступање правног лица, зависи од других конкретних околности – одлуке о његовом избору или разрешењу, обиму овлашћења у заступању, упис у

[42] Саветовање трговинских судова (Вршац 2005), одржано од 16. до 18. марта 2005. године

Регистар, савесности друге уговорне стране итд. (чл. 10. и 25. Закона о привредним друштвима, члан 3. тачка 2. Закона о регистрацији привредних субјеката). Стога је могућ закључак суда да лице у питању није било овлашћено за закључивање уговора, али није могућ закључак суда да то лице није заступник у парници, јер оно то јесте на основу изричите одредбе члана 482. Закона о парничном поступку".[43]

"Уколико је друга уговорна страна била савесна, од чега питање полази, закључени уговор је био пуноважан, и остаје такав и у случају да се накнадно утврди да је ништав упис у Регистар заступника који је закључио уговор. Ово је изричито предвиђено одредбом члана 11. став 4. Закона о привредним друштвима, према којој ништавост регистрације нема правно дејство на правне послове тог друштва са савесним трећим лицима. Такође, према одредби члана 25. став 5. Закона о привредним друштвима, објављени подаци у вези са лицима која су овлашћена за заступање друштва обавезују друштво и када постоје неправилности у њиховом избору, а на то се могу позивати и трећа лица ако друштво не докаже да су трећа лица знала или морала знати за те неправилности".[44]

Дакле, већ на први поглед може се уочити велика сличност, скоро истоветност у нормативном регулисању тужбе за утврђивање ништавости регистрације у односу на тужбу за утврђивање ништавости уписа у судски регистар. Када је у питању примена одредбе члана 69. Закона о регистрацији привредних субјеката ништа није спорно. Одредбе су јасне, судска пракса из претходног периода такође јасна, тако да нема спорних правних питања која би могла да заокупе већу пажњу стручне јавности.

Можда би и једино спорно могло да буде питање надлежности за поступање по тужби за утврђење ништавости регистрације. Није довољно јасно разграничено да ли је надлежност по тужби за утврђивање ништавости регистрације на страни Врховног суда Србије у управном спору или на страни трговинских судова у привредном спору.

---

[43] Саветовање трговинских судова (Вршац 2005) одржано од 16. до 18.3.2005. године

[44] Саветовање трговинских судова (Вршац 2005) одржано од 16. до 19.3.2005. године

Када је била у питању примена Закона о поступку за упис у судски регистар ту није било никаквих дилема јер је надлежност за поступање по тужби за утврђење ништавости уписа у судски регистар била изричито установљена у корист привредних, а касније трговинских судова. Међутим, од тренутка када је судски регистар за привредне субјекте укинут и пренет у надлежност Агенције за привредне субјекте, те увођења привредног регистра, поступак регистрације спроводио се искључиво у управном поступку. Због тога се поставило питање да ли је и за тужбу за утврђење ништавости регистрације надлежан Врховни суд Србије у управном спору.

Присталице надлежности Врховног суда Србије по тужби у управном спору управо полазе од правне природе регистарског поступка који се води по правилима управног поступка. Будући да је против правноснажног решења којим се усваја захтев из регистрационе пријаве дозвољено вођење управног спора, то се повлачи законска аналогија и закључује да је и за подношње тужбе којом се утврђује ништавост регистрације предвиђено вођење управног, а не парничног спора.

Међутим, сматрамо да се ово становиште не може прихватити. Одредбом члана 23. став 2. Закона о регистрацији приведних субјеката прописано је да се решењем усваја захтев из регистрационе пријаве. Одредбом члана 25. истог закона прописано је да ако су испуњени услови за регистрацију, Регистратор, у року од 5 дана од дана подношења регистрационе пријаве, доноси решење којим се захтев из регистрационе пријаве усваја и регистрација без одлагања спроводи у Регистар. Одредбом члана 27. Закона о регистрацији приведних субјеката предвиђено је да на решење из члана 25. овог закона подносилац регистрационе пријаве може, преко Агенције за привредне регистре, изјавити жалбу министру надлежном за послове привреде, у року од 8 дана од дана пријема тог решења или закључка. Подносилац захтева се у жалби не може позивати на податке које није унео у регистрациону пријаву и документацију коју уз исту није доставио. Ако Регистатор оцени да је жалба основана, може донети решење којим ће заменити побијано решење, односно ставити ван снаге закључак и усвојити захтев из регистрационе пријаве, у складу са чланом 25. овог закона. Ако Регистратор оцени да жалба није основана, дужан је да без одлагања, а најкасније у року од 5 дана од дана пријема жалбе, жалбу достави

министру. Министар је дужан да одлучи по жалби у року од 30 дана од њеног подношења. Министар може одбацити жалбу, донети решење којим ће заменити потребно решење, односно поништити побијани закључак и усвојити захтев из регистрационе пријаве и Регистратору наложити регистрацију у Регистар података из регистрационе пријаве или одбити жалбу као неосновану.

Одредбом члана 28. Закона о регистрацији привредних субјеката изричито је прописано да се против решења из члана 27. став 6. овог Закона (дакле против правноснажног другостепеног решења) може покренути управни спор у року од 30 дана од дана пријема решења.

Међутим, када је у питању тужба из члана 69. Закона о регистрацији привредних субјеката није прописана могућност вођења привредног управног спора. Из тога би произилазио закључак да је онда реч о вођењу имовинско-правног спора. Имовинско-правни спор се решава по правилима парничног поступка, како је то предвиђено одредбом члана 1. Закона о парничном поступку. И сам Закон о парничном поступку предвиђа надлежност трговинског суда у свим поступцима у привредним споровима. Одредбом члана 480. став 3. Закона о парничном поступку изричито је прописано да за спорове који проистичу из уписа у Регистар, односно брисања из Регистра месно надлежан суд према месту уписа у Регистар. Ова одредба члана 480. став 3. Закона о парничном поступку своје место је нашла у XXXIV глави која носи назив: "Поступак у привредним споровима". Пошто трговински судови суде у привредним споровима, онда је и стварно надлежан трговински суд да поступа по тужби за утврђење ништавости регистрације из члана 69. Закона о регистрацији привредних субјеката.

Но, тужба за утврђење ништавости регистрације оснивања и других података од значаја за прави промет субјекта регистрације предвиђена је и одредбом члана 11. Закона о привредним друштвима. Ради се о основама које су другачије у односу на основе које прописује Закон о регистрацији привредних субјеката. Дакле, када се тужба за утврђење ништавости регистрације оснивања подноси из разлога који су предвиђени одредбом члана 11. Закона о привредним друштвима, тада би за утврђивање надлежности била меродавна одредба члана 46. став 1. Закона о привредним друштвима, која прописује да је трговински суд седишта приведног друштва надлежан за решавање споро-

ва који произилазе из овог Закона. За ове спорове месно надлежан би био трговински суд седишта привредног друштва – субјекта регистрације, а не суд према месту уписа у привредни регистар.

Све у свему за суђење по тужби за утврђење ништавости регистрације апсолутно је надлежан парнични суд. Стварно је надлежан трговински суд. Када је у питању тужба за утврђење ништавости регистрације из члана 69. Закона о регистрацији привредних субјеката месно је надлежан трговински суд према месту уписа у привредни регистар. Када је у питању спор из члана 11. Закона о привредним друштвима за утврђење ништавости регистрације оснивања месно је надлежан суд регистра привредног субјекта – субјекта регистрације.

Напоменућемо још један значајан аргументат који иде у прилог основаности тезе да је за суђење по тужби за утврђење ништавости регистрације апсолутно надлежан парнични, а не управни суд. Ово стога што се тужбом за утврђење ништавости регистрације не тражи утврђење ништавости решења о регистрацији, већ утврђење ништавости саме регистрације, као правне радње која је последица коначно донетог решења о регистрацији. Чланом 1. Закона о управним споровима ("Службени лист СРЈ", бр. 46/1996), прописано је да у управним споровима судови одлучују о законитости аката којима државни органи и предузећа или друге организације које врше јавна овлашћења решавају о правима или обавезама физичких лица, правних лица и других странака у појединачним управним стварима. Одредбом члана 2. Закона о управним споровима у ставу 1, прописано је да право покретања управног спора има физичко лице или правно лице ако сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону засновани интерес. Одредбама члана 6. Закона о управним споровима прописано је да се управни спор може водити само против управног акта, а управни акт, у смислу овог закона, јесте акт којим државни орган и предузеће или друга организација у вршењу јавних овлашћења решава о одређеном праву или обавези физичког лица или правног лица или друге странке у управној ствари. Одредбом члана 7. став 1. Закона о управним споровима прописано је да се управни спор може покренути против управног акта који је донесен у другом степену. Одредбом члана 9. став 1. тачка 1. Закона о управним споровима прописано је да се управни спор не може водити против аката донесених у стварима

у којима је судска заштита обезбеђена ван управног спора. Одредбом члана 41. став 2. Закона о управним споровима предвиђено је да се пресудом тужба уважава или одбија као неоснована, а ако се тужба уважава, суд поништава оспорени управни акт.

Следствено изнетом, из наведених законских одредби произилази закључак да у конкретном случају нема места вођењу управног спора по тужби за утврђење ништавости регистрације оснивања и других регистрација у вези са привредним друштвом – субјектом регистрације, јер се у конкретном случају не тражи поништај коначног управног акта, какво решење о усвајању захтева за регистрацију, већ о утврђењу ништавости правне радње Регистратора – регистрације оснивања или других података од значаја за правни промет субјекта регистрације.

Аргументом* a contrario *уколико би се тужбом тражило утврђење ништавости коначног управног акта какав представља решење о регистрацији, тада за поступање по таквој тужби не би био апсолутно и стварно надлежан трговински суд, већ би за то био надлежан Врховни суд Србије у поступку управног спора.

Закон о привредним друштвима у одредби члана 11. став 2. прописује следеће:

"Регистрација оснивања и регистрација других података привредног друштва ништава је ако:

1) оснивачки акт није састављен у прописаној форми;

2) је делатност друштва незаконита или супротна јавном интересу;

3) оснивачки акт не садржи податке о пословном имену друштва, вредности и врсти улога сваког оснивача или износа основног капитала који је прописан овим законом или о делатности друштва;

4) минимални износ улога није уплаћен у складу са законом;

5) не постоји правна и пословна способност свих оснивача;

6) је број оснивача мањи од броја утврђеног овим законом."

Ако је основ ништавости регистрације привредног друштва отклоњив, надлежни суд после покретања поступка одређује рок од

најдуже 90 дана за отклањање недостатака и за то време застаје са поступком. Ништавост регистрације нема правно дејство на правне послове тог друштва са савесним трећим лицима. Утврђењем ништавости регистрације привредног друштва, чланови и акционари постају солидарно одговорни за намирење потраживања поверилаца друштва.[45]

Прописана форма за оснивачки акт различита је када су у питању различити облици организовања привредних друштава. У том смислу Закон о привредним друштвима у члану 7. став 1. изричито прописују да се привредна друштва оснивају са оснивачким актом који има форму уговора о оснивању ако га оснива више оснивача или одлуке о оснивању ако га оснива један оснивач. Одредбом члана 7. став 3. истог закона изричито је прописано да потписи оснивача на оснивачком акту привредног друштва морају да буду оверени. А одредбом члана 7. став 4. овога закона прописано је да оснивачки акт привредног друштва има садржину утврђену овим законом за ту правну форму привредног друштва. То даље значи да ако привредна друштва као оснивачки акт немају уговор о оснивању или одлуку о оснивању у писменој форми и ако потписи оснивача на оваквом оснивачком акту нису оверени, тада ће регистрација оснивања привредног друштва бити утврђена као ништава а по благовременој и дозвољеној тужби лица која за њено подношење имају правни интерес.

Седиште привредног друштва је место из кога се управља пословима друштва. Седиште привредног друштва одређује се оснивачким актом и региструје се у складу са законом којим је уређује регистрација приведних субјеката.[46]

Пословно име је назив под којим привредно друштво послује. Пословно име привредног друштва не може да буде замењиво са пословним именом другог привредног друштва, нити да изазива забуну у привредном друштву или његовој делатности.[47]

Ортаци, чланови и акционари привредног друштва дужни су да уложе своје уговорене улоге у имовину друштва, у складу са Законом о

[45] Члан 11. ст. 3, 4. и 5. Закона о привредним друштвима
[46] Члан 16. Закона о привредним друштвима
[47] Члан 17. Закона о привредним друштвима

привредним друштвима, оснивачким актом, уговором или другим актом друштва. На основу улога ортаци, односно чланови друштва, стичу удео у друштву, а акционари акције друштва. Ако оснивачи не уложе уговорене неновчане улоге, могу одлучити да уложе новчане износе једнаке вредности неуложеног неновчаног улога, по претходној сагласности друштва. Када је предмет улога својина, сви унети улози у имовину привредног друштва својина су друштва и не могу бити коришћени од ортака, чланова и акционара као њихова лична имовина. Оснивача, привредно друштво не може да ослободи од одговорности или да им умањи обавезе по основу одговорности.[48]

Неновчаним улозима у смислу Закона о привредним друштвима сматрају се улози у стварима и правима, раду и услугама, као и удели и акције у другим друштвима.[49]

Улог у друштву са ограниченом одговорношћу може бити новчани или неновчани, укључујући и извршени рад и пружене услуге друштву.[50] ***Новчани део основног капитала друштва са ограниченом одговорношћу на дан уплате износи најмање 500,00 EUP-а у динарској противвредности по средњем курсу, од чега се најмање половина уплаћује на привремени рачун до регистрације друштва, а остатак се уплаћује на рачун друштва у року од 2 године од дана регистрације. Посебним законом за оснивање финансијских и осигуравајућих организација и привредних друштава која обављају законом одређене делатности као друштва са ограниченом одговорношћу може се уредити већи минимални износ.***[51]

Улог у акционарском друштву, у замену за издавање акција може се унети у новцу или у стварима и правима, али не и у раду и услугама друштва било да су изршени или будући. Изузетно, неновчани улог у затворено акционарство друштво може бити у извршеном раду и услугама за друштво, ако је то одређено оснивачким актом.[52] ***Новчани улог основног капитала затвореног акционарског друштва на дан***

[48] Види члан 13. Закона о привредним друштвима
[49] Види члан 14. Закона о привредним друштвима
[50] Члан 110. став 1. Закона о привредним друштвима
[51] Члан 112. Закона о привредним друштвима
[52] Види члан 192. Закона о привредним друштвима

уплате износи најмање 10.000,00 ЕУР-а у динарској противвредности по средњем курсу. Новчани улог основаног капитала отвореног акционарског друштва на дан уплате износи најмање 25.000,00 ЕУР-а у динарској противвредности по средњем курсу.[53]

Дакле, када оснивачки акт привредног друштва не садржи податке о пословном имену друштва, делатности друштва или вредности и врсти улога сваког оснивача или износа основног капитала које је прописан овим законом, надлежан трговински суд ће по дозвољеној и благовременој тужби утврдити ништавост регистрације оснивања привредног друштва - субјекта регистрације.

На тај начин ће трговински суд поступити и када минимални износ улога није уплаћен у складу са наведеним одредбама Закона о привредним друштвима.

Као разлог за утврђење ништавости регистрације јесте и ситуација када не постоји правна и пословна способност свих оснивача. Одредбом члана 2. став 1. Закона о привредним друштвима изричито је прописано да је привредно друштво правно лице које оснивају оснивачким актом правна и / или физичка лица ради обављања делатности у циљу стицања добити. То даље значи да када привредно друштво оснивају физичка лица она морају да имају пословну способност. Уколико физичка лица немају пословну способност тада ће регистрација оснивања бити ништава. Када су у питању правна лица, онда ће примера ради, бити ништава регистрација оснивања када је као оснивач у оснивачком акту предвиђен конзорцијум физичких лица. Конзорцијум физичких лица нема правну способност, јер се не ради о правном лицу већ о посебном облику удруживања физичких лица који немају свој правни субјективитет. Исто тако, ако је у регистру привредних субјеката уписано да је оснивач конзорцијум физичких лица, а на темељу одлуке или уговора о оснивању, и у тој ситуацији предметна регистрација биће ништава.[54]

---

[53] Члан 233. став 1. Закона о привредним друштвима

[54] Види више проф. др Стојан Дабић – "Унос акција у капитал других правних лица (манипулације законским одредбама)" – Билтен Врховног суда Србије 1/2007-стр. 214-228 – Интермекс, Београд

Закон о привредним друштвима нормира ситуацију у којој је број оснивача мањи од броја утврђеног овим законом. Дакле, када је број оснивача привредног друштва мањи од броја утврђеног овим законом и тада може доћи до утврђења ништавости регистрације оснивања тог привредног друштва, на основу судске пресуде. Међутим, ако је ништавост регистрације привредног друштва отклоњива, трговински суд после покретања поступка може одредити рок од најдуже 90 дана за отклањање недостатака и за то време застати са поступком. Управо у конкретном случају може да се догоди да уколико је број оснивача мањи од броја утврђеног Законом о привредним друштвима, тада суд може оставити субјекту регистрације примерени рок најдуже 90 дана да би отклонио ове недостатке и да би број оснивача односно чланова довео до оног броја који предвиђају одговарајуће одредбе Закона о привредним друштвима. Како ортачко друштво, у смислу одредбе члана 53. Закона о привредним друштвима мора имати најмање два физичка и / или правна лица у својству ортака. Командитно друштво у смислу одредбе члана 90. Закона о привредним друштвима такође мора имати најмање два физичка и / или правна лица у својству ортака, ради обављања одређене делатности, под заједничким пословним именом, од којих најмање једно лице одговара неограничено за његове обавезе (комплементар), а најмање једно лице одговара ограничено до висине свог уговорног улога (командитор).

Следствено изнетом, уколико ортачко друштво или командитно друштво остане само на једном члану, тада је то разлог за утврђење ништавости регистрације оснивања ових привредних друштава у привредни регистар, с тим што суд у покренутом поступку може оставити примерени рок од 90 дана преосталом ортаку да закључи уговор о измени и допуни уговора о оснивању, тако што ће у том уговору у ортачко или командитно друштво бити предвиђено да приступају најмање један или више ортака. На тај начин ће се отклонити недостатак у статусу привредног друштва када је у питању број чланова, тако да ће у тој ситуацији тужбени захтев за утврђење ништавости регистрације бити одбијен. Уколико пак у остављеном року преостали ортак не закључи уговор о изменама и допунама уговора о оснивању којим би приступио још најмање један члан привредног друштва, тада ће суд донети пресуду којом ће утврдити ништавост

регистрације оснивања било ортачког друштва било командитног привредног друштва. Најспорнији основ за утврђивање ништавости регистрације оснивања привредног друштва, јесте да је делатност друштва незаконита или супротна јавном интересу.

Одредбом члана 2. став 1. Закона о привредним друштвима предвиђено је да је привредно друштво правно лице које оснивају оснивачким актом правна и / или физичка лица ради обављања делатности у циљу стицања добити. Дакле, свака делатност друштва мора бити вршена у циљу стицања добити. У ситуацији када се иначе законом дозвољена делатност друштва злоупотребљава у неком другом циљу, а не у циљу стицања добити, то ствара правни основ за утврђење ништавости регистрације оснивања таквог привредног друштва.

Као најилустративнији пример за утврђење ништавости регистрације по наведеном правном основу јесте оснивање друштва са ограниченом одговорношћу путем уношења као неновчаног улога акција одређеног акционарског друштва од стране више малих акционара удружених у конзорцијум, а непосредно након тога продајом удела у друштву са ограниченом одговорношћу стеченом на основу уношења акција другог акционарског друштва на трећа лица. Трећа лица која купују удео од стране оснивача друштва са ограниченом одговорношћу, на тај начин постају већински управљачи циљаног акционарског друштва које су желели да "купе". У суштини ради се о продаји акција ван организованог финансијског тржишта. На тај начин је законом дозвољено оснивање друштва са ограниченом одговорношћу путем уношења улога у виду акција другог друштва злоупотребљено, у циљу изигравања принудних прописа и трговања акцијама мимо берзе. То је еклатантан пример злоупотребе оснивања привредног друштва ради изигравања принудних прописа, а самим тим и ради обављања делатности која је у супротности са јавним поретком.

Мишљења смо да је оснивање друштва са ограниченом одговорношћу путем уношења као неновчаног улога акција другог привредног друштва, не у циљу обављања привредне делатности ради стицања добити, већ искључиво у циљу продаје тако стечених удела у друштву са ограниченом одговорношћу трећем лицу, на начин да се изигравају принудни прописи о трговању акцијама, противно јавном поретку,

што за собом повлачи и утврђење ништавости регистрација оснивања таквог друштва са ограниченом одговорношћу.

У стручној јавности и књижевности има и другачијих мишљења. Другачији правни ставови изнети су у реферату проф. др Стојана Дабића, који је објављен у Билтену 1/2007 Врховног суда Србије и који носи наслов: "Унос акција у капитал других правних лица (манипулације законским одредбама)". У овом раду се врши анализа правоснажних судских пресуда из материја компанијског права и регулативе функционисања финансијског тржишта. У њему се износи оцена да судови злоупотребљавају поједине законске одредбе из области корпоративног и финансијског права на тај начин што не праве прецизно разлику између "акција" и "улога", као ни разлику између акционарског друштава и друштва са ограниченом одговорношћу и да мешају делокруг примене Закона о привредним друштвима и Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. Напослетку се даје дефинитивна оцена да због ове појмовне збрке, судеће судије у својим елаборацијама материје формирања друштва са ограниченом одговорношћу делимичним уносом акција (као неновчаног облика капитала) погрешно примењују релевантне законске прописе.

У реферату се посебно истиче да се Законом о тржишту хартија од вредности регулише продаја акција на организованом тржишту хартија од вредности јавном понудом недефинисаном и непознатом броју инвеститора, члан 1. тачка 1. и члан 5. тачка 1. (члан 25. новог Закона). Према одредбама Закона, он се примењује само у случајевима када се власник акција определи да их понуди на продају неодређеном броју купаца под минималним стартним условима. На све друге облике преноса власништва над акцијама не примењује се Закон о тржишту хартија од вредности већ други закони. Акције су стицане на основу својинске трансформације друштвене совјине, према законима из 1990, 1991, 1992, 1996. и 2001. године – мимо берзе; куповина акција акционарског друштва емитованих у циљу повећања капитала кроз јавну понуду (докапитализација на примарном тржишту хартија од вредности – мимо берзе); емисија акција на терет властитог капитала из остварене дивиденде (реинвестирање дивиденде – мимо берзе) и расположивих резерви; куповина на секундарном тржишту – преко берзе; поклона на основу оверених уговора о поклону – мимо берзе; наслеђа, на основу прав-

носнажног решења суда о оставинској расправи – мимо берзе и друге правноснажне одлуке суда, сагласно Закону – мимо берзе.

Без обзира на облик стицања акција, акционар са стеченим акцијама може располагати на један од следећих начина: акције може задржати у свом портфељу и користити сва права која му припадају по основу власништва; може их продати понудом непознатим купцима преко берзе и слободног организованог тржишта акција од вредности, у складу са Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената; може их продати (мимо берзе) по процедурама јавне понуде, према одредбама Закона о преузимању акционарских друштава (члан 6); може их продати (мимо берзе) по процедурама јавне понуде – про-рата, према одредбама Закона о привредним друштвима (члан 14. тачка 1); може их поклонити (мимо берзе), сагласно Закону о облигационим односима; и може их користити (мимо берзе) за измирење доспеле уговорене новчане обавезе, сагласно Закону о облигационим односима и Закону о извршном поступку. У том раду се подвлачи да сва набројана права акционара су Уставом гарантована као неотуђиво прво слободног располагања сопственом приватном имовином. Процедуре за пренос власништва над акцијама регулисане су само у једном случају Законом о тржишту хартија од вредности, док су сви други облици промене власништва регулисани Законом о привредним друштвима, Законом о преузимању акционарских друштава, Законом о облигационим односима и Законом о извршном поступку, па самим тим међу тим законима не постоји законодавна колизија.

Међутим, без обзира на околност да је предметни реферат објављен у Билтену Врховног суда Србије број 1/2007, Врховни суд Србије је у предмету Прев. 205/07 од 29. новембра 2007. године јасно исказао своје правно становиште када је у питању утврђење ништавости регистрације оснивања привредног друштва из разлога ближе наведеног у одредби члана 11. став 2. тачка 2. Закона о привредним друштвима.

Врховни суд је посебно истакао у наведеној пресуди да ако се кроз закључење уговора о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу, путем уношења неновачног улога у виду акција у другим друштвима, у смислу члана 14. став 1. Закона о привредним друштвима, жели постићи циљ супротан јавном поретку и принудним прописима, тада је та-

као уговор ништав а самим тим ништава је и регистрација оснивања на темељу овог уговора. На основу тог уговора и на основу непосредно након тога сачињеног уговора о преносу удела између оснивача долази до трговине акцијама, противно принудним прописима из Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. Злоупотребљено је једно право установљено Законом о привредним друштвима ради изигравања принудних прописа из Закона о хартијама од вредности и других финансијских инструмената. Злоупотебом права на оснивање привредног друштва ради изигравања принудних прописа испуњен је законски основ из члана 11. став 2. тачка 2. Закона о привредним друштвима за утврђење ништавости регистрације оснивања друштва са ограниченом одговорношћу, које је основано између осталог и неновчаним улозима у акцијама другог друштва.

Наиме, првостепеном пресудом Трговинског суда у Новом Саду П. број 589/06 од 12. октобра 2006. године одбијен је тужбени захтев тужиоца којим тражи да се утврди да је ништав уговор о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу, закључен дана 13.3.2006. године, оверен под бр. Ов. 501/06 пред Општинским судом у Н.С. и да се утврди ништавост регистрације оснивања привредног субјекта као "П." д.о. Н.С., извршен решењем Агенције за привредне регистре број 111737 од 20.3.2006. године. Другостепеном пресудом Вишег трговинског суда у Београду IV Пж. број 10476/2006 од 24. јануара 2007. године преиначена је пресуда Трговинског суда у Н.С. П. број 589/06 од 12. октобра 2006. године тако што је утврђено да је ништав уговор о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу и утврђено је да је ништава регистрација оснивања тог истог друштва са ограниченом одговорношћу, извршена решењем Агенције за привредне регистре. Против другостепене пресуде тужени од II до XXXII реда изјавили су ревизију, коју је Врховни суд Србије пресудом Прев. 205/07 од 29. новембра 2007. године одбио као неосновану.

Пред првостепеним судом је утврђено да је дана 11.3.2006. године тужилац поднео тужбу против тужених јер је као власник 210 комада акција номиналне вредности 1.000,00 динара по акцији, упутио емитенту дана 13.3.2006. године писмо о намерама куповине неограниченог броја акција А.Д. "П" Н.С., све у складу са чланом 52. ст. 1. и 3. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских ин-

струмената. Међутим, дана 13.3.2006. године туженици су између себе закључили Уговор о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу д.о.о. "П" Н.С. Као оснивачки улог првотужени "С.Ц." из Н.С. уплатио је 1.487,62 ЕУР у динарској противвредности. Остали оснивачи су унели неновчани улог у виду акција одређене емисије и тржишну вредност емитента А.Д. "П" из Н.С. Дана 20.3.2006. године код Агенције за привредне регистре регистровано је оснивање д.о.о. "П" Н.С. Дана 30.3.2006. године закључен је Уговор о преносу удела између оснивача д.о.о. "П" Н.С., којим је извршен пренос оснивачких удела, тако што су оснивачи, овде тужени од од II до XXXI реда пренели у потпуности свој улог, сва права и обавезе на оснивача "С.Ц." из Н.С., овде туженог I реда, уз накнаду. Оснивачи, овде тужени од II до XXXI реда су иступили као оснивачи из д.о.о. "П" Н.С. – туженог XXXII реда, тако да је једини оснивач истог остао тужени I реда "С.- Ц." Н. С. Оснивачи који су иступили из д.о.о. "П" Н.С., добили су накнаду у висини од 2.100,00 динара по акцији. Дана 30.3.2006. године тужени од I до XXXI реда закључили су Уговор о изменама и допунама Уговора о оснивању д.о.о. "П" Н.С. Њиме је констатовано иступање из друштва тужених од II до XXXI реда, након чега је преостао као једини оснивач "С.- Ц." Н. С., са уписаним новчаним улогом од 1.472,62 ЕУР и неновчаним улогом у виду уписаних и унетих 147.274,92 ЕУР у акцијама А.Д. "П" Н.С. емисије 1 – П, односно 12.822 комада акција.

Код овако утврђеног чињеничног стања првостепени суд доноси пресуду којом је одбио тужбени захтев тужиоца за утврђење ништавости Уговора о оснивању д.о.о. и за утврђење ништавости регистрације оснивања д.о.о. изршене на основу истог тог уговора. Првостепени суд је стао на правно становиште да је Уговор о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу, путем уношења акција другог акционарског друштва, као неновчаног улога, правни посао дозвољен одредбама чл. 13, 14. и 125. Закона о привредним друштвима, тако да исти не може бити ништав у смислу члана 103. Закона о облигационим односима. Самим тим и регистрација оснивања истог друштва са ограниченом одговорношћу није ништава, јер је регистрација извршена на темељу пуноважног Уговора о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу. Код истог чињеничног стања, другостепени суд усваја жалбу тужиоца и преиначава првостепену пресуду тако што утврђује да су ништави и Уговор о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу и регистра-

ција оснивања истог друштва на темељу истог Уговора о оснивању. Другостепени суд стаје на правно становиште да кауза Уговора о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу, није представљала оснивање друштва ради обављања привредне делатности у циљу стицања добити, већ купопродаја акција емитента А.Д. "П" из Н.С. Следи да је према члану 52. Закона о облигационим односима, Уговор о оснивању ништав јер има недопуштен основ, који је противан одредби члана 52. ст. 2. и 3. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, којом је прописано да се трговина хартијама од вредности обавља искључиво на организованом тржишту у републици, која обухвата берзанско и ванберзанско тржиште и то искључиво на основу одредаба овог закона. Ради се о принудном пропису. То значи да је кауза предметног уговора у супротности са наведеним принудним прописима.

Да се у конкретном случају ради о недозвољеној трговини акцијама, ван организованог тржишта путем претходног закључења уговора о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу, произилази из околности да је предметни Уговор о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу закључен дана 13.3.2006. године, те је истога дана на основу њега извршена регистрација друштва и да је 17 дана касније, 30.3.2006. године дошло до продаје удела и иступања оснивача из друштва, оних који су унели као оснивачки улог акције А.Д. "П" за накнаду у висини од 2.100,00 динара по акцији (иако им је тужилац понудио 2.500,00 за једну акцију). Удели су продати туженом I реда "С.- Ц." из Н. С., који је сада посредно (преко удела) постао и власник акција А.Д. "П" из Н.С., које су унете у д.о.о. "П" Н.С. Ове околности очигледно упућују на закључак да је кауза због које је било основано друштво са ограниченом одговорношћу остварена продајом удела оснивача туженом I реда, који удели су стечени на основу унетих акција у друштво. Промет акција је извршен ван организованог тржишта, што је очигледно у супротности са чланом 7, чланом 32. ст. 2. и 3. и чланом 68. Закона о хартијама од вредности и другим финансијским инструментима.

Ово су били разлози због којих је Врховни суд Србије одбио ревизију тужилаца као неосновану. Врховни суд Србије је у поменутој одлуци посебно истакао и то да сам по себи, правни посао закључења Уговора о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу, као оснивачког акта, јесте дозвољен и утемељен на одредби члана 7. став 1. Зако-

на о привредним друштвима. У друштво се могу унети и неновчани улози у виду акција у другим друштвима у смислу члана 14. став 1. Закона о привредним друштвима. Удео члана у друштву се може слободно преносити, у смислу члана 125. Закона о привредним друштвима. Није спорно да је предметни Уговор о оснивању друштва са ограниченом одговорношћу закључен у складу са одредбама чл. 7, 13, 14. и 125. Закона о привредним друштвима и да је као такав, сам по себи пуноважан. Међутим, ако се кроз закључење таквог уговора жели постићи циљ супротан јавном поретку и принудним прописима, тада је такав уговор ништав. На основу тог уговора и Уговора о преносу удела између оснивача дошло је у суштини до трговине акцијама, противно принудним прописима из Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. Злоупотребљено је једно право установљено Законом о привредним друштвима ради изигравања принудних прописа из Закона о хартијама од вредности и других финансијских инструмената.

Врховни суд Србије стоји на становишту да је одредбом члана 69. Закона о регистрацији привредних субјеката прописано да се тужбом за утврђење може тражити да се утврди да је регистрација података о привредним субјектима, укључујући и регистрацију његовог оснивања ништава и ако постоје други законом предиђени разлози. Одредбом члана 11 став 2. тачка 2. Закона о привредним друштвима прописано је да је регистрација оснивања привредног друштва ништава ако је делатност друштва незаконита или супротна јавном интересу. Управо је делатност друштва, која је вешто прикривена и дисимулована, трговина акцијама кроз цену удела, супротна јавном интересу исказаном кроз напред наведене одредбе Закона о хартијама од вредности и других финансијских инструмената. У области финансијског тржишта јавни интерес штити Комисија за хартије од вредности. У списима предмета Врховни суд Србије је ценио и један посебан акт Комисије за хартије од вредности од 14.2.2006. године који је потписан од председника Комисије Милка Штимца. У њему се између осталог истиче да је оснивање друштава са ограниченом одговорношћу са основном сврхом да се стекне власништво над акцијама и акционарским друштвом директно заобилажење институције финансијског тржишта, односно берзе или понуде за преузимање, који су једини законити и транспарентни начин трговања акцијама.

И аутор овог реферата стоји на правном становишту које је исказано у наведеној одлуци Врховног суда Србије. То не значи да ће свака регистрација оснивања привредног друштва на поменути начин бити у сваком случају ништава. За ништавост регистрације оснивања битно је утврдити каузу због које је основано једно такво друштво са ограниченом одговорношћу. Ако се у поступку утврди, као што је то било у конкретном случају, да је друштво са ограниченом одговорношћу основано ради изигравања принудних прописа из Закона о тржишту хартија од вредности, и да је кроз оснивање друштва са ограниченом одговорношћу путем уношења акција у виду неновчаних улога извршена трговина акција, супротно Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, тада ће суд утврдити ништавост регистрације оснивања друштва са ограниченом одговорношћу. У сваком другом случају, када се утврди да није било оснивања друштва са ограниченом одговорношћу ради изигравања принудних прописа у виду недозвољеног прометовања акцијама, супротно Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, тада ће суд одбити тужбени захтев за утврђивање ништавости регистрације оснивања таквог друштва са ограниченом одговорношћу. Стога се не може* a priori *изводити закључак, који је извео аутор цитираног реферата, објављеног у Билтену Врховног суда Србије 1/2007 да судије немају знање из ове области и да греше у примени материјалног права. Ова материја је изузетно суптилна. Потребна је занатска жица да би се у сваком конкретном случају разлучила злоупотреба права на оснивање друштва са ограниченом одговорношћу у циљу изигравања принудних прописа. Ту жицу свакако нема доктор економских наука. Али, занатску жицу имају судије трговинских судова, које по оцени аутора овог тематског рада, поседују знање из области компанијског права и права хартија од вредности. Ни један судија трговинских судова у својој одлуци није исказао став да се друштво са ограниченом одговорношћу у чији се капитал уносе и акције као неновчани улог оснивају по одредбама Закона о тржишту хартија од вредности и да се свака промена власништва над акцијама мора обављати преко берзе. Ни један судија трговинских судова није стао на правно становиште да би суд у тој ситуацији морао да суспендује одредбе Закона о привредним друштвима, Закона о преузимању акционарских друштава, Закона о облигационим односима и Закона о извршном по-

ступку, којима је регулисан и промет акција мимо берзе и мимо јурисдикције Закона о тржишту хартија од вредности и да у овај закон уведе одредбе о оснивању предузећа у чији се капитал уносе акције као неновачни облик улагања. Судије трговинских судова су правилно примениле закон и спречиле злоупотребу права оснивања друштава са ограниченом одговорношћу ради изигравања принудних прописа. То је обавеза сваког судије, који је дужан да спречи злоупотербу процесних овлашћења и да по службеној дужности пази на ништавост у сваком судском спору. Прављена је разлика између оснивања привредног друштва – друштва са ограниченом одговорношћу ради стицања добити и оснивања друштва са ограниченом одговорношћу ради изигравања принудних прописа. У судској пракси тешко је направити разлику, односно тешко је утврдити ништавост регистрације оснивања привредног друштва само из овог разлога који је предвиђен одредбом члана 11. став 2. тачка 2. Закона о привредним друштвима. У већем броју случајева тужбени захтеви за утврђење ништавости регистрације оснивања по овом правном основу биће одбијени као неосновани. Међутим, у мањем броју случајева, уколико суд утврди да је до оснивања друштва са ограниченом одговорношћу дошло ради изигравања принудних прописа из Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, тада ће усвојити тужбени захтев и утврдити ништавост регистрације оснивања таквог друштва са ограниченом одговорношћу.

Ништавост регистрације нема правно дејство на правне послове тог друштва са савесним трећим лицима. То значи да ништавост регистрације оснивања нема правно дејство уназад, већ само убудуће. Због тога је и законодавац прописао одредбу да ништавост регистрације нема правно дејство на правне послове тог друштва са савесним трећим лицима. То даље значи да су правни послови које су трећа лица закључила са привредним друштвом за период од дана регистрације оснивања па до дана утврђења ништавости регистрације оснивања пуноважни. Међутим, ово под условом да се ради о савесним трећим лицима, која нису знала или која нису могла знати да је регистрација оснивања њиховог сауговорника предметног правног друштва – субјекта регистрације, ништава. Одредбом члана 345. став 1. тачка 3. Закона о привредним друштвима прописано је да правноснажном одлуком надлежног суда којим се утврђује да је регистрација

друштва била ништава и одређује брисање друштва по службеној дужности, акционарско друштво престаје. Сличну одредбу садржи и Закон о привредним друштвима када је у питању престанак друштва са ограниченом одговорношћу, као и када су у питању ортачко друштво и командитно друштво. Из ове одредбе произилази закључак да се у ситуацији када се правноснажном одлуком надлежног суда којом се утврђује да је регистрација друштва била ништава, не спроводи поступак стечаја нити ликвидације тог привредног друштва већ се одмах одређује брисање друштва по службеној дужности, без спровођења ових поступака. Да је овакав закључак валидан, евентуално потврђује и одредба члана 11. став 5. Закона о привредним друштвима којом је предвиђено да утврђењем ништавости регистрације привредног друштва, чланови и акционари постају солидарно одговорни за намирење потраживања поверилаца друштва.

Међутим, писац овог тематског рада сматра да се у сваком случају кад суд правноснажном пресудом утврди ништавост регистрације оснивања привредног друштва мора спровести поступак ликвидације, односно поступак стечаја, а све зависно од тога да ли се ради о инсолвентном или солвентном привредном друштву. Тек када се закључи поступак стечаја на основу правноснажног решења стечајног већа или када се оконча поступак ликвидације, привредно друштво може бити брисано из судског регистра. До тада проводи се поступак ликвидације односно поступак стечаја и повериоци ништав основ привредног друштва се намирују из ликвидационе односно стечајне масе. Одредба члана 11. став 5. Закона о привредним друштвима установљена је да би се заштитили повериоци тог привредног друштва који своја потраживања према приведном друштву нису успели да намире у току стечајног поступка. Тек када се поступак стечаја закључи и ако остану ненамирена потраживања повериоца привредног друштва стечајног дужника у стечајном поступку, повериоци стичу право да се намире од чланова и акционара предметног привредног друштва. До тада се повериоци намирују искључиво из стечајне масе. Када је у питању ликвидација подразумева се да ће се повериоци привредног друштва у целости намирити из ликвидационе масе, тако да се питање солидарне одговорности чланова и акционара привредног друштва уопште не поставља.

Могуће је и треће тумачење правних последица правноснажности пресуде суда којом се утврђује ништавост регистрације оснивања привредног друштва, а то је да повериоцима тог привредног друштва његови чланови, оснивачи и акционари одговарају солидарно, без обзира да ли се покреће поступак ликвидације или стечаја. То даље значи да би се повериоци таквог привредног друштва могли намирити било из ликвидационе односно стечајне масе било из имовине његових оснивача, чланова или акционара. Но, ово становиште трпи аргументовану критику у том смислу што се мора спровести судски поступак намирења потраживања поверилаца тог привредног друштва било кроз поступак ликвидације било кроз поступак стечаја. Солидарна одговорност оснивача, чланова и акционара привредног друштва активира се тек у ситуацији уколико у поступку стечаја повериоци тог приведног друштва не могу бити намирени.

З А К Љ У Ч Ц И

1. Тужба за утврђивање ништавости регистрације оснивања и регистрације других података од значаја за правни промет субјекта регистрације подноси се по два правна основа. По основу одредбе члана 69. Закона о регистрацији привредних субјеката и по основу одредаба члана 111. Закона о привредним друштвима.

2. Поступак по тужби за утврђење ништавости регистрације оснивања спроводи парнични суд, а не Врховни суд Србије као управни суд у управном спору.

3. Када се подноси тужба за утврђење ништавости регистрације оснивања по основу члана 69. Закона о регистрацији привредних субјеката, тада је стварно и месно надлежан трговински суд према месту регистрације туженог привредног друштва. Када је у питању тужба из члана 11. Закона о привредним друштвима тада је стварно и месно надлежан трговински суд на чијем подручју се налази седиште субјекта регистрације – туженог привредног друштва.

4. У сваком конкретном случају се морају утврђивати услови из члана 11. став 2. тачка 2. Закона о привредним друштвима који представљају основ за утврђење ништавости регистрације оснивања привредног друштва, када је у питању оснивање друштва са ограниченом

одговорношћу путем уношења неновчаног улога у виду акција циљаног акционарског друштва, са циљем изигравања принудних прописа из Закона о тржишту хартија од вредности које се огледају у трговини акцијама циљаног акционарског друштва ван берзе и организованог финансијског тржишта. У принципу Законом о привредним друштвима је дозвољено оснивање друштва са ограниченом одговорношћу путем уношења као неновчаног улога акција другог акционарског друштва, ако је то друштво основано ради обављања делатности у циљу стицања добити.

5. Правне последице правноснажне пресуде суда којом се утврђује ништавост регистрације оснивања наступају за убудуће.

6. Након правноснажности пресуде суда којом се утврђује ништавост регистрације оснивања привредног друштва спроводи се поступак ликвидације односно стечаја, да би се брисање привредног друштва из привредног регистра извршило тек на основу правноснажног решења о закључењу поступка ликвидације односно стечаја.

7. Повериоци ништаво основаног привредног друштва одговарају солидарно за обавезе привредног друштва према повериоцима, у случају да нису уопште били у целости намирени из стечајне масе.

Јасмина Стаменковић,
судија Вишег трговинског суда

ОСТВАРЕЊЕ ЗАШТИТЕ ЖИГА У ПАРНИЧНОМ И ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ ПРЕД ТРГОВИНСКИМ СУДОМ

I УВОД

а) Опште напомене

Субјекти права из грађанскоправних односа могу остваривати њихову заштиту и решавати спорне односе у оквиру институција или изван њих (споразумно, посредовањем трећих лица која су саме странке сагласно изабрале или је на једнострано извршен избор друга страна пристала).

У оквиру институција, заштита се може остваривати у систему судске заштите или изван тог система (Центар за медијацију, арбитраже – сталне или* ad hoc*).

Судска заштита права се може остваривати по правилима различитих поступака: парничног, ванпарничног, извршног, стечајног, прекршајног, па и кривичног поступка (одштетни захтев у кривичном поступку).

Према правилима парничног поступка решавају се спорови из личних, породичних, радних, привредних, имовинскоправних и других грађанскоправних односа, осим ако посебним законом није предвиђена заштита по правилима неког другог поступка.

Садржина заштите зависи од врсте права, а права се могу поделити у две основне групе: апсолутна и релативна права. У групу апсолутних права, за која важе правила да делују према свима, да се стичу и престају по закону, да не застаревају и слично, спадају и права интелектуалне својине, а у оквиру њих и жиг као право којим се штити знак који у промету служи за разликовање робе, односно услуга једног

физичког или правног лица од исте или сличне робе, односно услуга другог физичког или правног лица.

Жиг је право чија се заштита остварује у управном поступку, у прекршајном поступку и у судском поступку.

Управно-правна заштита се остварује у поступку пред Заводом за заштиту интелектуалне својине, пред царинским органима и органима управе по одредбама Закона о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуалне својине.

Имајући у виду да још увек нису ступиле на снагу одредбе Закона о уређењу судова, према којима ће и прекршајни судови бити део судског система, то остварење заштите у прекршајном поступку представља посебан вид заштите.

Судска заштита се остварује у грађанским поступцима (парничном, извршном) и привредно-казненом поступку.

Носилац жига може бити физичко или правно лице. У пракси се много чешће као носиоци овог права јављају правна лица. Према одредбама о надлежности судова садржаним у Закону о судовима, односно у Закону о уређењу судова, трговински судови су надлежни за решавање спорова из области интелектуалне својине када се као странке јављају привредни субјекти (правна лица – привредна друштва и физичка лица која у виду регистрованог занимања обављају привредну делатност – предузетници), као и за извршење тих одлука.

То је разлог да су се нека спорна питања у вези са остварењем заштите жига јавила управо у пракси трговинских судова.

б) Основне напомене о жигу

Појам:

Жиг је право ***којим се штити знак који у промету служи за разликовање робе, односно услуга једног физичког или правног лица од исте или сличне робе, односно услуга другог физичког или правног лица.***

(С обзиром на законску дефиницију жига, погрешна је употреба термина право на жиг, јер би то у ствари значило "право на право").

Предмет заштите:

Жигом се штити знак ***који служи за разликовање робе, односно услуга у промету, који се може*** *графички представити.* ***Знак се може састојати од речи, слогана, слова, бројева, слика, цртежа, распореда боја, тродимензионалних облика, комбинација тих знакова, као и од музичких фраза приказаних нотним писмом.***

Садржина права:

Носилац жига има *искључиво право* ***да знак заштићен жигом користи за обележавање робе, односно услуга на који се тај знак односи и да*** *другим лицима забрани* ***да исти или сличан знак неовлашћено користе за обележавање исте или сличне робе, односно услуга, ако тај знак може да изазове забуну у промету. Суштина овог права је у његовој ексклузивности (искључивости) и његовом монополском карактеру.***

Право обухвата:

1) стављање заштићеног знака на робу или њено паковање;

2) нуђење робе, њено стављање у промет или њено складиштење у те сврхе, или обављање услуга под заштићеним знаком;

3) увоз или извоз робе под заштићеним знаком;

4) коришћење заштићеног знака у пословној документацији или у реклами.

Ова права има и подносилац пријаве од датума подношења пријаве, као и власник знака који је познат у Србији и Црној Гори у смислу члана 6 bis Париске конвенције о заштити индустријске својине.

Стицање:

Жиг се стиче *уписом* ***у Регистар жигова, а важи од датума подношења пријаве.***

Публицитет:

Признато право се** објављује **у службеном гласилу надлежног органа (Завода за заштиту интелектуалне својине).

Обавеза коришћења:

Носилац жига је** дужан да жиг користи **(члан 42. Закона о жиговима).

Трајање:

Жиг траје** 10 година**, рачунајући од датума подношења пријаве, с тим што се његово важење, уз плаћање одговарајуће таксе, може** продужавати неограничен **број пута.

Подобност за пренос:

Жиг је право које је** у промету **и може бити предмет уговора о преносу права, уговора о лиценци, залози, франшизи и слично.

Престанак:

Жиг престаје** истеком рока **од 10 година за који је плаћена такса, ако се његово важење не продужи, као и у другим законом предвиђеним случајевима (некоришћење…).

Ове основне напомене указују на разлике жига у односу на друга апсолутна права (нпр. право својине није временски ограничено, власник ствари није обавезан да ствар користи и друго).

II ЗАШТИТА ЖИГА У ГРАЂАНСКОМ ПОСТУПКУ

Врсте тужби

У правној теорији тужбе се деле на** кондемнаторне **(тужбе са захтевом на осуду за чинидбу), на** утврђујуће **(са захтевом за утврђење) и** преображајне **тужбе (са захтевом за изрицање одређене промене у правним односима странака у спору).

Оваквој подели тужби кореспондира и подела пресуда на исте те врсте. Основна разлика између ових пресуда је у томе што су за принудно извршење подобне само кондемнаторне пресуде, док утврђу-

јуће и преображајне пресуде производе правно дејство наступањем њихове правоснажности.

Када се ради о заштити жига заступљене су све ове врсте тужби, с тим да је једна од њих по својој природи преображајна тужба, а друга је у односу на поједине захтеве утврђујућа, у односу на друге - осуђујућа.

Заштита жига у судском поступку који се одвија према правилима парничног поступка остварује се:

1) тужбама због повреде жига и

2) тужбама за оспоравање жига.

Тужбе за оспоравање жига регулишу чл. 66. и 67. Закона о жиговима.

Лице чији је правни интерес повређен подношењем пријаве противно начелу савесности и поштења или регистровањем знака на основу такве пријаве, односно на основу пријаве којом је повређена законска или уговорна обавеза, може тужбом тражити *да га суд огласи за подносиоца пријаве, односно носиоца права.*

По својој природи то је преображајна тужба. У овом случају, пресудом се мења стање права, односно мења се титулар, носилац права.

Правно дејство пресуде се састоји у томе да се на основу ње врши промена лица, носиоца права у Регистру жигова који се води код Завода за интелектуалну својину. Суд по службеној дужности доставља пресуду Заводу и тиме се иста спроводи, уписом промене коју врши Завод.

Други случај је предвиђен чл. 67. овог закона и односи се на коришћење општепознатог знака у смислу чл. 6 bis Париске конвенције о заштити индустријске својине. И у том случају тужбени захтев је истоветан и садржи захтев тужиоца да га суд огласи за подносиоца пријаве, односно за носиоца права, а дејство пресуде је да се на основу ње врши упис промене носиоца права из пријаве, односно носиоца жига.

У оба случаја, даном уписа престаје право трећег лица које је оно прибавило од ранијег подносиоца пријаве, односно ранијег носиоца жига, на основу чл. 69. Закона о жиговима.

Пред трговинским судовима, ових тужби није било у већем броју до сада. Знатно су бројније парнице по тужбама због повреде жига.

III ТУЖБЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЖИГА

а) Сврха заштите

Право на тужбу због повреде жига произлази из садржине овог права и његовог монополског карактера који подразумева да носилац права има искључиво право да заштићени знак користи и њиме располаже (уз ограничења предвиђена законом).

Оно је условљено и дужношћу носиоца права да заштићени знак користи у смислу чл. 42. Закона о жиговима. Некоришћење жига, с једне стране, може имати за последицу доношење одлуке надлежног органа о престанку права, према чл. 53. истог закона. С друге стране, има за последицу и ускраћивање судске заштите за време трајања права.

То је и разумљиво. Иако се ради о приватном праву, јавни интерес налаже да се у промету обезбеди слободна тржишна утакмица и спречавање радњи и аката који имају карактер нелојалне конкуренције, монополистичког понашања. Јавни интерес захтева и да су у промету доступне ознаке које су регистроване, али се не користе. Пошто је услов постојања повреде жига, постојање могућности забуне у промету између знака који је заштићен и знака који је њему истоветан или битно сличан, јасно је да нема могућности забуне у промету код просечног потрошача односне врсте робе или услуга, ако се заштићени знак у промету уопште не користи од стране носиоца права или лица која је он овластио.

Суштина, циљ заштите по тужбама због повреде жига произлази из својстава, односно функција ознаке која се штити жигом. Њене основне функције су: функција разликовања, функција указивања на порекло робе или услуге, гарантна функција (указивање на квалитет) и рекламна функција. Све то треба да буду стандарди слободне тржи-

шне конкуренције. Само јасно разликовање истих или сличних производа или услуга, различитих произвођача за које се потрошач опредељује свесно, на основу тачне представе одакле они потичу, каква су њихова својства која се односе на квалитет или на неке друге карактеристике, представљају услове поштене (фер) тржишне утакмице, услове легитимне борбе за потрошаче, за већу продају, а тиме и за већи профит на основу сопственог знања, технологије, рекламе и уложених материјалних средстава у исте.

Супротно томе, неовлашћено коришћење туђег знака, његово подражавање, а тиме и довођење у забуну потрошача, представљају акте нелојалног понашања, коришћења туђег рада, знања, па и експлоатацију туђих финансијских улагања у рекламне сврхе као савременом средству борбе за пословни углед и освајање тржишта одређеног субјекта.

Зато ако дође до повреде права, носилац жига има интерес, не само да успе у парници и добије правоснажну судску пресуду о постављеним тужбеним захтевима, већ и да се на основу такве пресуде промени стање у промету, да се елиминишу радње повреде, постигну имовински ефекти, и то како у имовини лица које је извршило повреду права (негативни), тако и у имовини носиоца права (позитивни), надокнадом претрпљене штете.

Интерес је титулара права да осим странака у поступку и други субјекти сазнају за учињену повреду, како би то превентивно деловало на њих. Зато је сврха заштите остварена тек онда када се на основу правоснажне пресуде спроведе њено извршење, добровољно или принудно, када се правно и фактичко стање усагласе.

Могућност извршења пре свега зависи од јасности, прецизности и подобности судске одлуке за принудно извршење. У вези са тим значајна је улога странака, али и улога суда.

Суд је у обавези да одмах по пријему тужбе, у фази претходног испитивања, предузме мере ради отклањања недостатака тужбе, па и оних који се тичу јасноће, прецизности и дозвољености постављених тужбених захтева. На тај начин обезбеђује се доношење судске одлуке која представља адекватан коректив за насталу повреду права, коректив за будуће понашање туженог као странке у том поступку, али и

трећих лица, учесника у промету. Таква судска одлука има својство и да служи као коректив у односу на поступање тужиоца као носиоца права. Она треба да му омогући управо онај обим заштите који је законом предвиђен, али не и више од тога.

У суштини пресуда не сме бити нити "мртво слово на папиру" (а то је пресуда која је неизвршива), нити средство злоупотребе било које странке у том правном односу, па ни средство носиоца права за елиминацију конкуренције на тржишту.

б) Странке по тужби због повреде права

По тужбама због повреде жига активно су легитимисани носилац жига, подносилац пријаве, стицалац искључиве лиценце, корисник колективног жига (уз сагласност носиоца колективног жига) и корисник жига гаранције (уз сагласност носиоца жига гаранције).

Пасивно легитимисана лица у овом спору су лица која повреде жиг или право из пријаве, а према чл. 58. Закона о жиговима то може бити било који учесник у промету.

в) Рокови за подношење тужбе

Тужба због повреде жига се може поднети само у роковима предвиђеним законом.

Чланом 60. Закона о жиговима, предвиђен је субјективни рок од 3 године од дана сазнања за повреду и учиниоца и објективни рок од 5 година од дана када је повреда први пут учињена.

У пракси се као спорно питање јавило да ли се ради о материјалној или формално-правној преклузији, те да ли подношење тужбе по истеку ових рокова има за последицу одбачај тужбе, као неблаговремено поднете, или има за последицу одбијање тужбеног захтева као неоснованог.

Материјална преклузија води губитку права.

То произлази из анализе одредби материјалног права којима је предвиђено да истеком законом предвиђених рокова престаје право. Тако Закон о облигационим односима у одредбама које се односе на по-

ништај уговора због рушљивости, у чл. 117, предвиђа да** право **захтевати поништење рушљивог уговора** престаје **истеком рока од једне године од сазнања за разлог рушљивости, односно од престанка принуде, те да то право престаје у сваком случају истеком рока од три године од дана закључења уговора.

Губитак права наручиоца који је посленика на време обавестио о недостацима извршеног посла, предвиђен је чл. 616. истог закона, код уговора о делу, а по истеку године дана од учињеног обавештења.

Престанак права због протека рокова има за последицу да је захтев неоснован, што резултира доношењем пресуде којом се одбија тужбени захтев. Правоснажност пресуде којом је тужбени захтев одбијен, представља сметњу за вођење новог поступка између истих странака о истом захтеву. Покретање поступка ће имати за последицу одбачај тужбе, због основаности приговора пресуђене ствари, а о томе суд води рачуна не само по приговору туженог, већ и по службеној дужности.

Формална преклузија подразумева одбачај тужбе као неблаговремене. Ако је протекао рок у коме се тужба може поднети, у парници се не расправља о основаности тужбеног захтева. Утврђују се само чињенице које су релевантне за оцену благовремености тужбе, а она се врши у фази претходног испитивања тужбе. Међутим, нема сметњи, уколико се у тој фази поступка о овом питању не може одлучити, да суд исто разреши у даљем току поступка.

На закључак да рок из чл. 60. Закона о жиговима представља рок за подношење тужбе, односно да се ради о формално-правној преклузији, упућује језичко тумачење ове одредбе која гласи:

"**Тужба **због повреде жига, односно повреде права из пријаве** може се поднети у року **од 3 године од дана када је тужилац сазнао за повреду и учиниоца, а најдоцније у року од 5 година од дана када је повреда први пут учињена".

Циљним тумачењем извео би се исти закључак. Наиме, зато што се право на судску заштиту подношењем тужбе због повреде права не врши, не губи се само право (жиг), јер оно престаје на законом предвиђени начин, већ је заштита, сопственим пропустима, онемогу-

ћена и то само у односу на оно лице у односу на које је носилац права пропустио да тужбу поднесе у законском року.

Природа жига као апсолутног права је да делује према свима, да важи у законом одређеном периоду за који су плаћене таксе, те да тужба због повреде представља реализацију тог права у односу на појединачно, одређено лице. Пропуштање носиоца права да у односу на оно лице које је извршило повреду поднесе тужбу у року од три године од сазнања за повреду и учиниоца, односно у року од 5 година од учињене повреде, не значи престанак жига, престанак права, јер оно, упркос томе, важи по чл. 47. наведеног закона.

Протеком рокова носилац само не може остварити заштиту тог права према конкретном лицу, јер је није тражио благовремено. У том случају суд не одлучује да ли је било повреде. О постојању повреде права не пресуђује, што би значило да се и против истог лица може поднети нова тужба, мада је јасно да ће доцније поднета тужба утолико пре бити неблаговремена, ако је то била тужба која је раније поднета.

г) Садржина захтева

Вођење судског поступка ради заштите субјективног права није само по себи циљ, већ је циљ стицање судске одлуке на основу које тужилац остварује неки свој правни интерес.

Код тужби са захтевом за изрицање осуде на чинидбу (укључујући и захтев за изрицање обавезе нечињења или трпљења), правни интерес се према одредбама процесног закона не доказује, јер се претпоставља.

По таквим тужбама правни интерес тужиоца се састоји у томе да стекне извршну исправу на основу које ће покренути поступак принудног извршења у коме ће фактичко стање бити доведено у склад са правним стањем изреченим одлуком.

Код тужби са захтевом за утврђење, закон не само да предвиђа шта се тужбом може тражити (садржина захтева), већ и под којим условима. Чланом 188. Закона о парничном поступку предвиђено је да се тужбом за утврђење може тражити:

1) утврђење постојања (непостојања) неког права или правног односа, или

2) утврђење истинитости (неистинитости) неке исправе.

Оваква тужба се може подићи:

1) када је то посебним прописом предвиђено;

2) када тужилац има правни интерес за утврђење постојања или непостојања неког спорног права или правног односа *пре доспелости* ***захтева за чинидбу из истог односа, или***

3) када тужилац има неки други правни интерес.

Услови морају бити кумулативно испуњени; суд о томе води рачуна по службеној дужности; о томе одлучује у фази претходног испитивања тужбе, али нема сметњи да одлучи и доцније ако нема довољно основа за доношење одлуке.

Недопуштена (недозвољена) је тужба која садржи захтев који не гласи на утврђење онога што је предвиђено чл. 188. ст. 1. ЗПП , као и ако је захтев постављен у складу са истим, али тужилац не доказује свој правни интерес.

Из предњег следи да тужба са захтевом за утврђење чињеница по правилу није дозвољена, али посебним законом могу бити предвиђени изузеци. Такав је случај са тужбама због сметања државине по Закону о основама својинскоправних односа, па и са тужбама из области интелектуалне својине.

У сваком случају, независно од тога да ли се ради о захтеву за чинидбу (захтев за осуду), о захтеву за утврђење или о захтеву за изрицање преображајне пресуде којом се мења одређен правни однос (поништај уговора, раскид уговора када је то дозвољено одредбама материјалног права), у смислу чл. 187. Закона о парничном поступку, *тужба мора садржати одређени захтев* ***у погледу главне ствари и споредних давања.***

Закон даље не одређује шта се сматра одређеним захтевом, али у поступању странака и судова треба се руководити одредбама Закона о извршном поступку и правилним тумачењем правног интереса за доношење утврђујуће пресуде, у чему се исти огледа кроз правно дејство те пресуде.

Зато и када се ради о тужбеним захтевима по одредбама Закона о жиговима, релевантне су одредбе Закона о извршном поступку које се пре свега односе на питање подобности извршне исправе за извршење.

Према одредби чл. 34. Закона о извршном поступку, извршна исправа је подобна за извршење ако су у њој назначени извршни поверилац и извршни дужник, предмет, врста, обим и време испуњења обавезе. Из ове одредбе произлази да од јасности, одређености, прецизности, "квалитета" судске одлуке, као извршне исправе, зависи и могућност како добровољног тако и принудног извршења исте, зависи ефикасност извршног поступка, и то не само са становишта извршног повериоца, него и са становишта извршног дужника.

Сврха овог рада и јесте да се размотре поједини захтеви по овим тужбама у односу на одредбе процесног закона које регулишу питање уредности тужбе и овлашћења суда у односу на отклањање недостатака и одредбе закона који регулише принудно извршење, а које треба да представља делотворно средство остваривања заштите у овој области.

IV ТУЖБЕНИ ЗАХТЕВИ ПО ТУЖБИ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЖИГА

(дозвољеност, уредност, подобност за извршење)

Према чл. 57. Закона о жиговима, тужилац може тужбом да захтева:

1. утврђење повреде права,

2. престанак повреде права,

3. уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права,

4. уништење или преиначење алата и опреме уз помоћ којих су произведени предмети којима је извршена повреда права, ако је то неопходно за заштиту права,

5. накнаду имовинске штете и оправданих трошкова поступка,

6. објављивање пресуде о трошку туженог,

7. давање података о трећим лицима која су учествовала у повреди права,

8. накнаду до троструког износа уобичајене лиценцне накнаде коју би примио тужилац за коришћење жига, уместо накнаде имовинске штете.

Тужилац тужбом може истаћи све ове захтеве или само неке од њих, а у пракси се најчешће подносе тужбе којима се истичу сви захтеви изузев под тач. 7, односно истиче се алтернативно или захтев под тач. 5. или под тач. 8.

Очигледно је да су неки од ових тужбених захтева имовинске природе, а неки нису. Јасно се уочава да захтев за утврђење повреде, захтев за престанак повреде, за давање података о учесницима повреде, нису захтеви имовинске природе, као што се лако може закључити да су захтев за накнаду имовинске штете, оправданих трошкова или исплату накнаде у висини лиценцне накнаде, захтеви имовинске природе.

Остаје спорно питање каква је природа захтева за уништење или преиначење (промену) предмета којима је повреда извршена или алата и опреме којима су ти предмети произведени. Ако се под имовинским захтевом сматра само онај захтев који има за последицу промену стања имовине тужиоца, онда би се могло тумачити да ови захтеви нису имовински, јер њиховим извршењем не долази до промене у имовини носиоца права (она се не увећава). Извршење би имало последицу само на имовину онога који је извршио повреду, дужника те обавезе, јер би се уништењем тих ствари, његова имовина умањила за њихову вредност. У пракси трговинских судова, поводом питања надлежности домаћег суда, заузет је став да и ови захтеви имају природу имовинских захтева у ширем смислу, јер је за такву њихову природу довољна чињеница да се одражавају на имовину туженог. Томе се, као аргумент, може додати и да се у перспективи уништење или промена тих предмета рефлектује и на имовину носиоца права. Елиминација предмета којима се врши повреда (алата и опреме за њихову производњу) у крајњем, утиче у будућности и на имовину носиоца права, јер се на тај начин са тржишта уклања роба која представља нелојалну конкуренцију, чиме се стварају услови за остварење добити носиоца

права већом продајом сопствених производа обележених заштићеним знаком.

Природа имовинских и неимовинских захтева је релевантна због права странака на улагање ванредног правног лека, ревизије. Наиме, према чл. 394. ст. 4. тач. 4. Закона о парничном поступку, ревизија је увек дозвољена у споровима због повреде жигова, као и у споровима нелојалне утакмице и монополистичких понашања, када се не односе на имовинскоправни захтев. То даље значи да, без обзира на означену вредност спора, уколико је тужбом због повреде жига постављен само захтев неимовинске природе, ревизија је увек дозвољена. Уколико је постављен само захтев имовинскоправне природе, тада се оцена дозвољености ревизије врши према општим одредбама, а у привредним споровима применом чл. 486. ст. 1. Закона о парничном поступку, који предвиђа да је ревизија дозвољена ако вредност предмета спора побијаног дела правоснажне пресуде прелази 2.500.000,00 динара.

Спорно питање дозвољености ревизије може се јавити у оним ситуацијама у којима су постављени и захтеви имовинске и неимовинске природе, при чему захтев имовинске природе не прелази износ од 2.500.000,00 динара. Одредбу би требало тумачити тако да је и у том случају ревизија увек дозвољена, јер је одлука о имовинском захтеву условљена одлуком о неимовинском захтеву за утврђење постојања повреде права, за изрицање престанка повреде и осталих захтева такве природе.

1. Утврђење повреде права

Као што је раније наведено, за кондемнаторне тужбе, правни интерес се не доказује, већ се претпоставља. Претпоставка је да је правни интерес тужиоца да по тужби са захтевом за осуду на чинидбу стекне правоснажну и извршну судску одлуку на основу које ће, ако дужник добровољно не изврши обавезу, моћи тражити принудно извршење и довођење у склад фактичког стања са правним.

Како су утврђујуће пресуде донете на основу тужби за утврђење, неподобне за извршење, јер недостају услови предвиђени чл. 32. Закона о извршном поступку (а они се односе на правоснажност судске од-

луке којом је** наложено испуњење **потраживања и протек рока за добровољно испуњење те обавезе), то се по тужбама за утврђење правни интерес увек претходно утврђује. То произлази из чл. 188. Закона о парничном поступку.

У конкретном случају тужба за утврђење повреде жига предвиђена је посебним прописом.

Код тужбеног захтева за утврђење повреде, једно од релевантних питања је и питање процесне легитимације (активне и пасивне). У суштини то је питање правног интереса за вођење парнице. За оцену постојања процесне легитимације није потребно да тужилац већ уз тужбу приложи доказе, већ да према наводима тужбе претендује да је активно легитимисан по одредбама материјалног права.

Практично то значи да тужилац који ни у тужби не наводи да је носилац жига, подносилац пријаве или друго лице из чл. 59. Закона о жиговима, не би био процесно легитимисан. Његова тужба не би била дозвољена, јер он нема правни интерес за подношење ове тужбе.

Правни интерес за подношење тужбе може имати само лице које већ у тужби наводи да спада у круг лица из чл. 59. ст. 1. Закона о жиговима, а од тога да ли је у парници доказао своју тврдњу, уз остале услове, зависиће одлука о основаности тужбеног захтева.

Захтев за утврђење повреде права по својој садржини представља утврђење чињенице. Допуштеност тужбе са таквим захтевом произлази из одредби материјалног права, а правни интерес произлази из чињенице да се одлука о основаности осталих тужбених захтева, управо заснива на претходном утврђењу постојања повреде и да од тог утврђења зависи.

Према чл. 187. Закона о парничном поступку тужба мора, између осталог, да садржи и одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења. У односу на тужбени захтев за утврђење повреде права због његове неподобности за извршење, наведена одредба је мањег значаја него у односу на остале тужбене захтеве по тужби због повреде жига. Ипак, за утврђење повреде права битне су следеће чињенице:

1) да је тужилац лице из чл. 59. ст. 1. Закона о жиговима, односно да је активно легитимисан;

2) да постоји повреда, односно да је дошло до неовлашћеног коришћења у смислу чл. 33. Закона, чиме је могла бити изазвана забуна у промету или до подражавања и других радњи које се сматрају повредом у смислу чл. 58;

3) да је тужени лице које је извршило повреду;

4) да је тужба поднета благовремено;

5) да је жиг коришћен под условима из чл. 53. (озбиљно коришћење носиоца жига или лица које је он овластио, постојање оправданог разлога за некоришћење, континуирано коришћење у периоду од 5 година);

6) да се ради и истој или сличној роби, односно услузи, односно да ово може изазвати забуну у промету.

Обзиром на ове битне чињенице за одлучивање о основаности захтева, исти треба да садржи ознаку права и ознаку носиоца права, односно активно легитимисаног тужиоца, лица које врши повреду и начина на који је повреда извршена. То произлази из прописа на основу којих се доносе одлуке у сличним правним ситуацијама и које се могу аналогно применити (одлуке којима се утврђује да је противно законској забрани извршено дело одређених битних елемената које закон предвиђа: кривична дела, прекршаји, привредни преступи, а у области грађанског права сметање државине).

Сагласно томе, решење донето у парници због сметања државине садржи утврђење ко је и када извршио сметање (које се може састојати у узнемиравању у мирном поседу или у одузимању државине), у чему се оно састоји, у сметању или одузимању, којим радњама је исто извршено. Одлука садржи све ове чињенице, јер су оне битне за одлучивање о захтеву за изрицање забране предузимања таквих радњи у будућности, истих или сличних радњи сметања, односно одузимања државине.

Код прекршаја, привредних преступа и кривичних дела увек се изреком одлуке описује ко је, када и како извршио одређену радњу која представља прекршај, привредни преступ, кривично дело прописано законом.

Примењено у овом поступку, радње повреде могу бити радње увоза, рекламирања, стављања у промет, стављања ознака на исту или сличну робу и слично, а могу се састојати и у навођењу општих одредница као што су "неовлашћено коришћење" "подражавање", "употреба" и сл.

У пракси најчешће тужбени захтев, па и пресуде донете по истима, садрже општу формулацију. И тако опредељен тужбени захтев за утврђење повреде је довољно одређен у смислу чл. 187. Закона о парничном поступку, а ово је важно због примене одредби истог закона о одбачају тужбе која је непотпуна (неуредна), без враћања на исправку или допуну, ако је подносилац адвокат.

2. *Престанак повреде права*

У вези са овим тужбеним захтевом у пракси се најчешће поставља захтев за изрицање *забране вршења радњи којима се повреда врши.*

Разлог за то је, вероватно, одредба Закона о жиговима из 1995. године, која је у чл. 49. ст. 1. предвиђала да лице које повреди жиг или право из пријаве одговара за штету по општим правилима о накнади штете, а ако је иста проузрокована намерно да се може тражити накнада штете до троструког износа стварне штете и измакле користи, док је ставом 3. било предвиђено да лице чије је право повређено, поред накнаде штете, може тражити да се лицу које је повредило његово право забрани даље вршење радње којом се чини повреда и да се пресуда којом се утврђује повреда објави о трошку туженог.

Овде, међутим, може бити спорно питање:

1. одређености таквог захтева;

2. подобности за извршење пресуде којом је захтев усвојен.

Ова питања се морају разматрати јединствено. За правилно тумачење морају се имати у виду две ствари:

1. начин принудног извршења обавезе која гласи на нечињење или трпљење, и

2. потреба ефикасне заштите носиоца апсолутног права које делује према свима, које је од значаја не само за носиоца права него и за јавни поредак, за промет роба и услуга, за развој тржишта и уопште за привредни развој једне државе.

Одредбе Закона о извршном поступку предвиђају да се обавеза која гласи на нечињење и трпљење спроводи на исти начин као и обавеза која гласи на извршење радње коју може извршити само извршни дужник (а не и треће лице). Средство утицаја на извршног дужника таквих обавеза је *изрицање новчаних казни* ***у судском извршном поступку.***

Решењем о извршењу одређује се извршном дужнику рок за испуњење обавезе (у овом случају за престанак радњи супротних забрани) и истовремено се изриче новчана казна из чл. 45. тог закона. Наведеном одредбом за физичка лица су предвиђене новчане казне у распону од 3.000,00 до 150.000,00 динара, а за правна лица од 30.000,00 динара до 1.500.000,00 динара.

Ако остављени рок безуспешно протекне, новчана казна се принудно спроводи по службеној дужности према чл. 217. овог закона, одређује се нови рок и нова казна у већем износу од претходне.

Остављање новог рока и изрицање нове новчане казне се понавља све док казна не достигне десетоструки износ прве изречене казне. Процедура се понавља све дотле док извршни дужник обавезу не испуни. Може се закључити да се ради о веома високим казнама, да оне могу достићи десетоструки износ, да се неограничено могу понављати, па следи да у овој процедури извршни дужник може бити изложен великом финансијском оптерећењу које као крајњу последицу може имати и покретање поступка стечаја и брисање дужника као привредног субјекта.

Друго важно питање везано за извршење је *питање доказивања* ***од стране извршног дужника да је поступио у складу са обавезом. Наиме, према чл. 217. Закона о извршном поступку, извршни дужник је дужан да достави несумњив доказ да је обавезу испунио.*** *Несумњивим доказом* ***се сматрају само оверена писмена*** *изјава извршног повериоца* ***о томе да је радња обављена (у овом случају да није поступљено против-***

но обавези нечињења радњи којима се врши повреда), *записник судског извршитеља* ***и*** *налаз и мишљење вештака.*

Сложеност положаја извршног дужника у вези са изреченом забраном вршења радњи којима се врши повреда права, произлази не само у вези са тешкоћама у прибављању квалитетног, несумњивог доказа о томе да не поступа противно забрани, (нарочито уколико поверилац не жели да да такву изјаву), већ и у томе што је на њему *терет доказивања негативне чињенице* ***– чињенице да не поступа супротно забрани, односно да не предузима радње повреде.***

На основу тога произлази да се ова одредба и принудно извршење могу злоупотребити и изврнути свом циљу. То су разлози који налажу *да радње које су забрањене дужнику буду јасно и прецизно одређене.*

С друге стране потреба заштите захтева да се носилац жига или друго овлашћено лице не излажу трошковима вођења парнице за сваку поједину повреду и сваку поједину предузету радњу повреде. У противном, ако се изрекне само забрана извоза, тужилац би морао водити нову парницу, ако је до нове повреде дошло радњом стављања производа у промет или радњом рекламирања и слично.

У односу на овај тужбени захтев, решење би било избегавање опште формулације типа "забрањује се вршење радњи којима се повреда врши", јер је иста заиста недовољно одређена, тако што би се вршило набрајање конкретних радњи, уз додатак опште одреднице: "других истих или сличних радњи". Тако би се у извршном поступку у коме је расправно начело сведено на минимум, тумачење спорног питања постојања услова за извршење, односно постојања разлога који спречава извршење (добровољно испуњење од стране извршног дужника), свело на разумну меру и на расправљање да ли се ради о таксативно набројаним радњама и да ли су друге радње у односу на побројане такве природе да се могу квалификовати као исте или радње њима сличне.

Тиме се избегава злоупотреба и од стране повериоца и од стране дужника у поступку извршења.

Друго питање било би везано за *рок за принудно извршење* ***обавезе утврђене правоснажном и извршном судском пресудом којом је усво-***

јен захтев тако што је туженоме забрањено вршење тако одређених радњи повреда уз формулацију "и других истих или сличних радњи".

Када се ради о потраживањима која су утврђена судском одлуком или поравнањем закљученим преде судом, према чл. 379. Закона о облигационим односима, предвиђен је десетогодишњи рок застарелости, без обзира на рокове застарелости који се односе на потраживање из материјално-правног односа о коме је том судском одлуком одлучено или о коме су се странке поравнањем споразумеле.

Суштина института застарелости је у очувању правне сигурности. Ко не врши право у законом одређеном времену, не може га судским путем ни остварити.

За неке ситуације закон предвиђа и рок за принудно извршење под претњом губитка права. Тако је чл. 451. Закона о парничном поступку предвиђено да у парницама због сметања државине, тужилац губи право да у извршном поступку захтева извршење решења којим се туженом налаже извршење одређене радње, ако није захтевао извршење у року од 30 дана по протеку рока који је решењем одређен за извршење те радње. Наведено је кориговано чл. 220. Закона о извршном поступку за случај када је тужени односно дужник добровољно испунио обавезу из решења донетог у парници због сметања државине или је она принудно спроведена, те је након тога поново учињено сметање. У тој ситуацији поверилац може на основу исте извршне исправе, поднети нови предлог за извршење у року од 30 дана од сазнања за поновно сметање државине, а најдоцније у року од 1 године по поновљеном сметању.

И овде би било целисходно предвидети такво законско решење. Разлози су следећи:

Жиг је право које је временски ограниченог трајања, а може престати и пре истека времена за које је регистровано и за које су плаћене таксе, у случајевима који су законом предвиђени, као што је оглашавање ништавим решења о признању жига или изрицањем престанка због некоришћења.

Чланом 15. Закона о извршном поступку, као један од разлога који спречава извршење, предвиђен је и престанак потраживања на основу чињенице која је наступила после извршности одлуке или пре тога, али у

време када то извршни дужник у поступку из којег исправа потиче, није могао истаћи.

Међутим, и поред ове одредбе, разумно би било ограничити могућност повериоца по тужби због повреде жига чији је захтев за изрицање забране вршења радњи повреде усвојен правноснажном судском одлуком, да извршење тражи у истом *оном року у коме је дужан да поднесе тужбу,* ***а који тече од сазнања за повреду, односно у објективном року од дана извршене повреде. Требало би на исти начин "санкционисати" носиоца права који зна за повреду и учиниоца и који не реагује благовременим подношењем тужбе (одбачај тужбе као одбијање суда да по истој поступа) и повериоца по извршној исправи којом је изречена забрана повреде права, у ситуацији у којој дужник крши забрану одређено време, а поверилац у том смислу ништа не предузима (одбијање предлога за извршење).***

Ако поверилац по извршној исправи зна за повреду, а не подноси предлог за принудно извршење, то значи да га заштита сопственог права не интересује, па би начело правне сигурности, због којег је предвиђен и рок за подношење тужбе, налагало да се ограничи време у коме се извршење ове забране може тражити принудним путем на субјективни рок од 3, односно објективни рок од 5 година.

У том случају поверилац по исправи би губио право да у извршном поступку тражи принудно извршење забране.

3. Уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права, и

4. Уништење или преиначење алата и опреме уз помоћ којих су произведени предмети којима је извршена повреда права, ако је то неопходно за заштиту права

У вези са овим тужбеним захтевима потребно је вратити се на појам подобности извршне исправе на извршење према одредбама Закона о извршном поступку. Да би извршна исправа, па и судска одлука као извршна исправа, била подобна за извршење, морају бити назначени извршни поверилац и извршни дужник, дакле странке, а затим предмет, врста, обим и време за испуњење обавезе.

Ако изрека гласи у неодређеном лицу као:

"Одређује се уништење или преиначење предмета (алата и опреме) којима је извршена повреда права или којима су произведени предмети којима је извршена повреда права", онда се не зна ко је дужан да изврши ово уништење, односно преиначење, нити ко је овлашћен да то тражи и од кога. Ако се не зна ко је дужник обавезе, онда се не зна ко је пропустио да је изврши и у ком року, па се онда ни извршење не може принудно спровести.

По својој природи оваква врста обавезе очигледно представља радњу коју може извршити не само извршни дужник, већ и треће лице у смислу чл. 216. Закона о извршном поступку. Зато би било целисходно да тужбени захтев, па и пресуда о таквом захтеву гласи:

"Обавезује се тужени да уништи или преиначи производе (алате и опрему) којима је извршена повреда права или којима су произведени предмети којима је извршена повреда права",

с тим да производи, алати и опрема треба да буду одређени или одредиви уз помоћ одређених параметара, како би се обавеза могла принудно спровести. На тај начин, обавеза би се могла спровести према правилима Закона о извршном поступку, одредбама које се односе на извршење радње коју може извршити и друго лице, што је једино могуће према позитивним прописима.

Наиме, према одредбама посебног закона, Закона о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуалне својине, не може се спроводити судско извршење, а за примену одредби о административном извршењу не постоји уставни нити законски основ у одредбама о надлежности када се ради о грађанско-правној заштити права.

Одредбе тог закона којима је регулисано административно, а не судско извршење, у ствари се односе на мере уништења изречене као заштитне мере у другој врсти поступка, у привредно-казненом поступку у коме трговински суд суди за привредне преступе.

На предњи начин би се све недоумице у односу на врсту поступка у коме се спроводи извршење, судско или административно, начин њиховог спровођења, избегле на адекватан начин.

5. Обавеза накнаде штете и оправданих трошкова поступка

У вези са накнадом штете важе општа правила и нема дилема у вези принудног извршења оног дела судске одлуке који се односи на обавезу накнаде штете у новчаном износу.

Одредба о накнади оправданих трошкова поступка, очигледно је преузета из упоредног права, из оних система где се трошкови парничног, односно одговарајућег судског поступка у коме се остварује заштита због повреде жига, другачије регулишу.

Међутим, под одредницом "оправдани трошкови поступка" могли би се сматрати не само трошкови парничног поступка, него и оног поступка који му је претходио, или који се води паралелно, у току трајања парничног поступка, пред другим органима, царинским и управним.

У том случају тужилац би морао доказати да су ови трошкови настали, да су били оправдани, а они се могу односити на узимање узорака, фотографисање, лабаораторијске анализе, одвожење, паковање, бележење и слично. Свакако се ради о имовинском захтеву и о новчаном потраживању које се принудно извршава на устаљени начин.

6. Објављивање пресуде о трошку туженог

Најчешће се у пракси у тужбама управо овако поставља тужбени захтев, дословним преношењем законске одредбе, па и пресуде којима се захтев усваја гласе:

"Ова пресуда ће се објавити у дневном листу _____ о трошку туженог."

или

"По правоснажности пресуде, изрека ће се објавити у дневном листу ___ издање за Србију, на трошак туженог."

Према одредбама Закона о извршном поступку, оваква одлука није подобна за извршење.

У изреци пресуде није означен дужник обавезе објављивања (на то је без утицаја што је означен назив туженог у уводу пресуде, па и у

самој изреци тако што уз термин "о трошку туженог" стоји његов назив).

Није означена ни садржина обавезе, као ни рок за испуњење. Недостатак у односу на рок за испуњење је отклоњив према одредби чл. 34. ст. 2. Закона о извршном поступку, али и даље остаје недостатак у односу на одређење ко је дужан да добровољно испуни обавезуж, у чему се она састоји и ко је овлашћен да тражи њено принудно извршење.

Тужбени захтев у том делу, односно изрека пресуде којом се о том захтеву одлучује, правилно би требало да гласи:

*"Обавезује се тужени да објави изреку ове пресуде у дневном листу (назив дневног листа) издање (за Београд или за територију Републике Србије), у року од (у привредним споровима је 8 дана) од дана правоснажности пресуде"***,**

јер се може објављивати само правоснажна пресуда, иако то посебно Законом о жиговима није одређено.

Циљ је ове одредбе и овог тужбеног захтева да се делује не само на туженог, који је већ извршио повреду жига, већ и на све друге учеснике у промету, и то превентивно, да не би чинили повреду. Да би се тај циљ остварио, важно је да се може принудно спровести, а може се принудно спровести извршење применом према чл. 216. Закона о извршном поступку (јер се ради о радњи коју може извршити и друго лице, а не само дужник) ако одлука садржи све оно што је потребно да би била подобна за извршење у смислу чл. 34. истог закона.

Применом одредби ЗИП-а, суд ће се дати налог дужнику да положи износ потребан за подмирење трошкова објављивања и то суштински значи законску клаузулу "објављивање пресуде о трошку туженог", која је у досадашњој пракси дословно, али неизвршиво преношена у тужбе и пресуде.

7. Давање података о трећим лицима која су учествовала у повреди права

Ово је свакако тужбени захтев који може изазвати највише спорних питања, па је то, највероватније, разлог да се у пракси врло ретко поставља.

Захтев тужиоца за достављање података о лицима која су поред туженог, који му је познат и према коме је усмерио тужбу, учествовала у повреди његовог права, логично претпоставља да тужилац не зна ко су та лица. Зато их тужбом ближе ни не може одредити.

(Ако би тужилац знао ко су та трећа лица, онда не би ни имао правни интерес да тражи да се тужени обавеже на давање таквих података, већ би и према тим лицима поднео тужбу због повреде).

Пошто тужилац не зна ко су та лица, онда је немогуће утврдити и да ли тужени има одређена сазнања о томе, јер то једноставно није проверљиво.

Нити тужилац може доказати да тужени који не доставља податке исте не доставља зато што их зна, али неће да изврши обавезу, нити тужени који не зна податке и зато их не доставља, те негативне чињенице може доказати.

Ни тужени који даје податке о неким лицима, не може доказати да су то сви они подаци који су му познати (да неке није задржао за себе), нити тужилац у истој ситуацији може доказати да постоје још неки недостављени подаци, познати туженом.

Ова обавеза се не може извршити на начин предвиђен ЗИП-ом који се односи на извршење обавезе на давање изјаве воље у смислу чл. 240, као ни на начин предвиђен за извршење радње коју може извршити само извршни дужник.

Ако је одлука неизвршива, доводи се у питање правни интерес тужиоца за стицање судске одлуке која гласи на извршење такве обавезе.

Из тих разлога би било целисходније законско решење као оно које је предвиђено Законом о ауторском и сродним правима, кроз одговорност за штету причињену кршењем обавезе на давање таквих података.

Члан 185. Закона о ауторском и сродним правима предвиђа следеће решење:

"Суд може наложити туженоме да дâ обавештења о трећим лицима која су повезана са повредом или да преда документа која су у вези са повредом.

Лице које не изврши обавезу из става 1. овог члана одговара за штету која из тога произађе".

8. Накнада до троструког износа уобичајене лиценцне накнаде

Оно што је карактеристично за овај тужбени захтев је следеће:

1) да се ради о *имовинско-правном захтеву,*

2) да се ради о *новчаном* ***потраживању,***

3) да је законом предвиђен *максимални износ обавезе,*

4) да има *казнени карактер* ***и да представља санкцију за оног ко је повреду права учинио намерно,***

5) да се иста досуђује *уместо накнаде штете.*

У вези са намерном повредом потребно је имати у виду релевантне одредбе кривичног права које се односе на свест о повреди и вољи да се повреда изврши, с тим да се код намере свакако ради у умишљају, а не о нехату.

Особеност ове накнаде је да се иста досуђује уместо накнаде штете. Циљ законске норме је био да се олакша положај тужиоца због тешкоћа у доказивању штете и узрочно последичне везе између настале штете и радњи повреде извршених од стране туженог. На тај начин олакшан је положај тужиоца у парничном поступку који не мора доказивати да је за њега штета настала, већ је довољно да докаже да је у време учињене повреде од законитог корисника његовог права, наплаћивао уговором о лиценци одређену накнаду.

У вези са тим, међутим, тужиоци у парницама одбијају да доставе доказе, закључене уговоре о лиценци и доказе о исплатама, образлажући да се ради о подацима који представљају пословну тајну. Проблем пословне тајне се може решити кроз институт искључења јавности из чл. 308 Закона о парничном поступку. Иако се искључење јавности не односи на странке у смислу чл. 309. истог закона, заштитну

одредбу представља одредба по којој сви који присуствују расправи, укључујући и странке, подлежу последицама кршења обавезе чувања тајне, како је то предвиђено у ставу 4. истог члана.

Кршење обавезе чувања тајне може, сем кривично-правне последице, имати и грађанско-правну последицу у виду одговорности за штету која је услед тога причињена.

Уколико тужилац упркос наведеном, не достави доказе о накнади, треба применити правило о терету доказивања, што ће резултирати доношењем одлуке о одбијању тужбеног захтева као недоказаног.

Међутим, и у случају да је повреда учињена намерно и да тужилац достави доказе о лиценцној накнади коју наплаћује од трећих лица, не значи да се обавезно мора досудити накнада у висини тростручког износа лиценцне накнаде. Овај износ само представља највиши износ накнаде.

Приликом одмеравања висине накнаде, суд треба да узме у обзир све оне околности које кривични суд узима приликом одмеравања новчане казне за учињено кривично дело, јер се ради о захтеву сличне природе. Овај захтев није типичан за грађанско правне односе, у којима, по правилу, циљ судског поступка није кажњавање странке.

То су следеће околности: имовинско стање и економске прилике физичког, односно правног лица, олакшавајуће и отежавајуће околности, држање учиниоца након извршеног дела, врста умишљаја и слично.

V ЗАКЉУЧЦИ:

1. Жиг је право чија се заштита остварује у управном, прекршајном и судском поступку. У судском поступку заштита се остварује у грађанским поступцима (парничном, извршном) и привредно-казненом поступку.

2. У парничном поступку, заштита жига се остварује тужбама за оспоравање жига и тужбама због повреде жига.

3. Трговински судови су надлежни за решавање ових спорова ако су странке привредни субјекти, као и за извршење својих одлука.

4. Тужилац по тужби због повреде жига има правни интерес да у парници стекне извршну исправу на основу које ће ефикасно спровести принудно извршење, а тиме у промету отклонити све негативне последице (ефекте) повреде. Он има интерес да се објављивањем пресуде и трећа лица, учесници у промету упознају са учињеном повредом, а у циљу превентивног деловања.

5. По тужби због повреде жига, активно су легитимисани носилац жига, подносилац пријаве, стицалац искључиве лиценце, корисник колективног жига (уз сагласност носиоца колективног жига) и корисник жига гаранције (уз сагласност носиоца жига гаранције), а пасивно је легитимисан било који учесник у промету који је извршио повреду.

6. Подношење тужбе после протека законом одређених рокова (субјективног и објективног) је разлог за њен одбачај (као неблаговремено поднете), о чему суд води рачуна по службеној дужности.

7. Ефикасност извршног поступка зависи од јасности, прецизности, "квалитета" судске пресуде донете у парници по тужби због повреде.

8. У том циљу, улога парничног суда је у креативном приступу тумачењу одредби Закона о жиговима (одредбе о дозвољеним тужбеним захтевима), одредби Закона о парничном поступку (одредбе о непотпуности тужбе када се недостаци односе на одређеност тужбеног захтева, отклањање недостатака, последице у виду одбацивања непотпуне тужбе) и одредби Закона о извршном поступку (подобност извршне исправе-извршне судске одлуке за извршење). Суд нема овлашћење да тужбу одбаци, без обзира ко је подносилац, ако су тужбени захтеви постављени у складу са одредбама материјалног права, па и када су дословно пренети из закона, али има овлашћење да допринесе отклањању оних недостатака који могу изазвати недоумице и тешкоће у поступку извршења, на штету било које од странака.

9. Одлука суда којом се утврђује да је извршена повреда права није подобна за извршење, али је њена прецизност и одређеност битна за одлучивање о осталим захтевима.

10. Одлука о захтеву за изрицање забране вршења повреде права треба да буде одлука којом се успоставља равнотежа између потребе

тужиоца да у једној парници стекне извршну исправу као основ свеобухватне заштите и потребе да се спречи злоупотреба такве исправе као средства елиминације конкуренције на тржишту, финансијским оптерећењем дужника у извршном поступку високим новчаним казнама које се понављају уз немогућност или отежано доказивање негативне чињенице да не поступа противно забрани.

11. Пресуда о захтеву за уништење или преиначење производа којима је извршена повреда, алата и опреме којима су створени ти производи, је подобна за извршење само ако садржи означење лица које је дужник те обавезе, означење лица према коме има обавезу, у чему се обавеза састоји и у ком року је дужник дужан да је изврши.

12. Обавеза накнаде оправданих трошкова поступка се може односити и на трошкове настале у поступку пред царинским органима и органима управе. Тужилац је дужан да докаже да су исти настали и да су били оправдани.

13. Одлука о објављивању пресуде о трошку туженог треба да садржи обавезу туженог да у одређеном (дневном) листу изврши објаву изреке пресуде по њеној правоснажности. Тако одређена обавеза се може принудно спровести у извршном поступку налогом дужнику да у депозит суда положи износ потребан да поверилац изврши ову радњу по овлашћењу суда.

14. Обавеза давања података о трећим лицима која су у повреди права учествовала није подобна за принудно извршење, па тужилац нема правни интерес за изрицање неизвршиве обавезе. Након сазнања ових података на други начин, уз доказивање да је тужени за исте знао, тужилац може покренути парницу за накнаду тако настале штете.

15. Накнада до троструког износа лиценцне накнаде је захтев имовинске природе, захтев за испуњење новчаног потраживања, чије изрицање није обавезно, већ се у сваком конкретном случају има ценити који ће се износ, до законом максимално одређеног износа, досудити за случај да је повреда учињена намерно. Намера да се изврши повреда претпоставља да је лице свесно да одређене радње представљају радње повреде и вољу истог лица да се иста учини или да пристаје на наступање такве последице.

VI Позитивни прописи:

1. ***Закон о судовима***
2. ***Закон о уређењу судова***
3. ***Закон о жиговима***
4. ***Закон о парничном поступку***
5. ***Закон о извршном поступку***
6. ***Закон о ауторском и сродним правима***
7. ***Закон о основама својинско-правних односа***
8. ***Закон о облигационим односима***
9. ***Закон о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуалне својине***
10. ***Париска конвенција о заштити права индустријске својине***

Слободан Дражић,
судија Врховног суда Србије

ВИШАК ЗАПОСЛЕНИХ У ДРЖАВНИМ ОРГАНИМА

Увод

Престанком потребе за радом у заснованом радном односу, настаје вишак запослених. Појава ни стара ни нова, али несумњиво веома значајна будући да утиче на социјалне проблеме у Републици Србији, што укључује адекватно регулисање заштите запослених у смислу очувања запослености, односно смањења последица вишка запослених.

Проблем је сложен, и наравно захтева анализу законских прописа и законских ограничења у трагању околности које (не) оправдавају вишак запослених и престанак радног односа по том основу. Међутим, шира анализа тог проблема ипак превазилази сврху овог рада, јер је његов основни циљ да се изнађе решење актуелног спорног правног питања које се појавило у споровима о вишку запослених у појединим државним органима[1].

Наиме, у судској пракси Врховног суда Србије се поставило као спорно питање, да ли је код оцене законитости престанка радног односа запосленом који је постао технолошки вишак код Управе царина Министарства финансија тужене Републике Србије, релевантно постојање реорганизационих промена јединице Управе царина у којој запослени ради, или укупно смањење броја запослених Управе царина, односно државног органа Министарства финансија чији је саставни део Управа царина.

[1] Вишак запослених код Управе царина и Пореске управе Министарсва финансија Републике Србије и Министарства одбране – Сектор за људске ресурсе - Управа за одбрану Републике Србије

Спорно питање у таквој врсти спорова расправљано је на седницама Грађанског одељења[2], али одлука о утврђеном правном схватању није донета.

С обзиром на значај спорног питања о примени прописа на дати случај, будући да је у одлукама судова изражено неслагање о томе, указује се потреба за разматрањем овог проблема. Ово тим пре, што су у међувремену, евидентирани ревизијски предмети у споровима престанка радног односа вишку запослених код пореске управе и Министарства одбране. Сем тога, у будућности ће се овакви предмети понављати.

У том погледу, чини се да је нужно да се најпре осврнемо на прописе који регулишу ову материју.

Релевантни прописи

Закон о раду[3], као матични закон у области радних односа, садржи опште прописе о радним односима, и интегрално се примењује кад у одређеној области не постоји посебан пропис. Према члану 2. став 2. Закона о раду, одредбе овог закона примењују се и на запослене у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, ако законом није друкчије одређено. Посебни закони, у већој или мањој мери, уређују радне односе у појединим областима. Кад постоји посебан закон, он се примарно примењује, а Закон о раду се примењује као супсидијарни.

Законом о радним односима у државним органима[4], установљен је посебан режим радних односа у државним органима, који је као

[2] Седница од 15. новембра 2007. године на којој није донета одлука, и седница од 18. марта 2008. године на којој је усвојен одређени закључак о поступању са разматраним предметима, а из чије садржине би произилазило да су незаконита решења у утврђивању статуса нераспоређених и о престанку радног односа запослених у Управи царина, која нису донета применом Посебног царинског закона (члан 306) већ применом општег прописа за запослене у државним органима из члана 65. и члана 64. став 2. тачка 6. Закона о радним односима у државним органима

[3] "Службени гласник РС", бр. 24/05 и 61/05, ступио на снагу 23.03.2005. године

[4] "Службени гласник РС", бр. 48/91, 66/91, 44/98, 34/01, 39/02, 49/05, 79/05

такав, на све државне органе, примењиван до краја јуна 2006. године, ако у појединим областима није предвиђено да се примењују одредбе закона којима је та област уређена[5]. Када је реч, о утврђивању вишка запослених, овим законом у члану 64-а) став 2. тачка 6. и став 3, прописано је да се запосленом, односно постављеном лицу отказује радни однос када услед промене у огранизацији и методу рада или смањења обима и укидања послова стекне статус нераспоређеног, а не може да му се обезбеди радно место у истом или другом државном органу.

Према члану 65. став 1. истог закона, ако је у државном органу дошло до смањења броја запослених, односно постављених лица, услед промена у организацији и методу рада, односно услед смањења обима и укидања послова, запослени и постављена лица распоређују се на радна места у истом или другом државном органу која одговарају њиховој стручној спреми. Уколико се запослени, односно постављено лице, не може распоредити, функционер, односно надлежни орган доноси решење којим се утврђује да је запослени, односно постављено лице, остао нераспоређен.

Одредбом члана 66. став 1. истог закона, прописано је да запослени у државним органима, односно постављена лица, који су остали нераспоређени на начин утврђен у члану 65. овог закона, имају иста права и обавезе као и запослени за чијим је радом престала потреба у предузећима, утврђена законом.

У том контексту, права и обавезе по основу вишка запослених остварују се сходном применом одредаба Закона о раду (члан 153-160).

Међутим, функционер државног органа, који је утврдио да је за радом одређеног броја запослених, односно постављених лица престала потреба услед промене организације и метода рада или укидања и смањења броја извршилаца на појединим радним местима, не би био обавезан да донесе програм решавања вишка запослених у смислу члана 153. Закона о раду. Примена члана 66. став 1. Закона о радним односима у државним органима, захтева да функционер државног органа, за-

[5] Доношењем Закона о државним службеницима ("Службени гласник РС", бр. 79/05, 81/05 и 83/05, ступио на снагу 01.07.2006. године), на радне односе у државним органима престаје да се примењује Закон о радним односима у државним органима (члан 190. став 1. Закона о државним службеницима).

посленима којима није могао да обезбеди распоређивање у истом или другом државном органу, пре отказа радног одоса у смислу члана 64-а) став 1. тачка 6. истог закона, исплати отпремнину, сагласно члану 158. Закона о раду.

Посебни закон којим се уређује престанак рада и реорганизација организационих јединица Управе царина је Царински закон[6]. Одредбама члана 255, 266. и 258. Царинског закона, предвиђено је да Управом царина руководи директор, на чији предлог министар финансија и економије уређује унутрашњу организацију и систематизацију радних места, као и услове који се односе на одговарајућа радна места и структуру радних места. Према члану 264. Закона, директор распоређује царинске службенике у складу са актом о организацији и систематизацији радних места и одлучује о њиховим правима и обавезама из радног односа.

Престанак рада и реорганизацију организационих јединица Управе царине регулише члан 306. који гласи:

"1) Ако организационе јединице Управе царина престају са радом у складу са одредбом члана 254. овог закона или се реорганизују или се у њима поједина радна места укидају, директор распоређује царинске службенике, који су нераспоређени, на друго слободно радно место исте групе, ако је то могуће у најближу организациону јединицу, ако то није могуће у другу организациону јединицу Управе царина.

2) Ако царинског службеника није могуће распоредити у смислу одредбе става 1. овог члана, царинском службенику се може понудити радно место ниже групе.

3) Царинском службенику који није распоређен у складу са одредбама ст. 1. и 2. овог члана, до распоређивања на друго радно место исплаћује се плата најдуже шест месеци. Ако царински службеник одбије радно место које му је понуђено, престаје му радни однос."

Према упућујућој норми садржаној у члану 298. Царинског закона, на запослене у Управи царина примењују се прописи о државној управи, прописи о радним односима и платама у државним органима, као и прописи из области здравственог и пензијско-инвалидског осигу-

[6] "Службени гласник РС", бр. 73/03, 61/05, 85/05, 62/05

рања и образовања, ако овим законом није друкчије прописано. Дакле, на запослене у таквом случају примењују се одредбе Закона о радним односима у државним органима.

Међутим, супсидијарна примена Закона о радним односима у државним органима, ограничена је само на одредбе члана 66. став 1. по коме запослени у државним органима који су остали нераспоређени на начин утврђен у члану 65. тог закона, имају права и обавезе као запослени за чијим радом је престала потреба у предузећима, утврђена законом. Та права садржана су у члану 158. и 160. Закона о раду, а то су право на исплату отпремнине, право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту у складу са прописима о запошљавању[7]. Но, о томе ће бити речи током даљег излагања.

У погледу примене прописа у режиму радних односа запослених у пореској управи, реч је о посебном Закону о пореском поступку и пореској администацији[8], који у члану 169. став 1. садржи упућујућу норму, по којој на запослене у пореској управи примењују се прописи у државној управи, прописи о радним односима и платама у државним органима, као и прописи из области здравственог и пензијско-инвалидског осигурања и образовања, ако овим законом није друкчије прописано. Будући да овим законом, као посебним, утврђивање вишка запослених није уређено, на запослене у таквом случају примењују се одредбе члана 64-а) став 2. тачка 6, чл. 65. и 66. Закона о радним односима у државним органима.

Када је реч о вишку запослених у Министарству одбране – Сектор за људске ресурсе – Управа за одбрану Републике Србије, примењује се Закон о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе[9]. Према одредбама члана 393. ст. 1, 2. и 3. овог закона, ако су општим актима о организацији и раду и о си-

---

[7] Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености "Службени гласник РС", бр. 71/03 и 84/04

[8] "Службени гласник РС", бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07

[9] "Службени лист СФРЈ", бр. 23/78, 58/79, 21/82, 18/85, 37/88, 18/89, 42/90, 74/90, 35/91 и "Службени лист СРЈ", бр. 31/93 и 50/93

стематизацији задатака и послова у савезним органима управе, односно савезним организацијама укинути поједини задаци и послови због смањења њиховог обима, радници који су радили на односним задацима и пословима распоредиће се на друге задатке и послове који одговарају њиховој стручној спреми и радном искуству, а ако се не могу распоредити, они остају нераспоређени. У том случају, они своја права из радног односа остварују на начин и под условима који су прописани за раднике укинутих савезних органа управе, односно савезних организација, што, према члану 394. став 3. закона, подразумева да ће им престати радни однос у складу са одредбама овог закона.

Одредбом члана 398. наведеног закона, прописано је да своја права, обавезе и одговорности из радног односа који нису утврђени овим законом радници у радним заједницама савезних органа управе и савезних организација остварују сходно републичком, односно покрајинском Закону о радним односима који се примењује на територији на којој се налази седиште савезног органа управе, савезне организације, подручног органа, односно подручне организационе јединице у којој ти радници раде.

Из реченог несумњиво произилази да се ради о ограниченој супсидијарној примени Закона о радним односима у државним органима и то одредбе члана 66. став 1. у вези члана 65. тог закона, а ради се о правима садржаним у чл. 158. и 160. Закона о раду.

У даљим излагањима задржаћемо се на постављању и разматрању проблема, ради отклањања дилеме о примени прописа на дати случај.

Постављање проблема

Тужиоци су као царински службеници у Управи царина, распоређени на одговарајуће послове са одређеним звањем (референт, виши референт, царински инспектор...) у царинарницама или царинским испоставама, а на основу Правилника о унутрашњој организацији и систематизацији радних места од 18. октобра 2004. године.

На основу Уредбе о измени и допуни Уредбе о начелима за унутрашњу организацију и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама Владе Републике Србиј-

је[10], донет је Правилник о унутрашњој организацији и систематизацији радних места у Министарству финансија – Управа царина, који је ступио на снагу од 24. јуна 2005. године. Овим правилником су извршене организационе промене и укинути поједини послови у Управи царина, због чега је дошло до смањења броја запослених у односу на претходни Правилник о унутрашњој организацији и систематизацији радних места од 18. октобра 2004. године. Број радних места смањен је 273, а број извршилаца за 760 (са средњом стручном спремом смањен је за 321).

Оспореним решењима тужиоци су остали нераспоређени применом члана 65. Закона о радним односима у државним органима, јер наводно нису могли бити распоређени на неко друго радно место у други државни орган, па је тужиоцима престао радни однос с правом на отпремнину.

Позивајући се на исте чињенице у складу са наведеном Уредбом Владе, Министарство финансија је донело Правилник о унутрашњој организацији, делокругу унутрашњих јединица и систематизацији радних места у Министарству финансија – Пореска управа[11], по коме је остало нераспоређено 206 запослених.

У том контексту, истим поводом смањења броја извршилаца Савет министара је на седници од 25. априла 2005. године дао сагласност на Правилник о унутрашњој организацији и систематизацији радних места Министарства одбране – Управе за одбрану Републике Србије, којим је утврђено 503 извршилаца. У спровођењу одлуке и наредбе министра одбране, Управа за одбрану била је дужна да донесе решење о престанку радног односа за раднике управе, који су вишак због престанка потребе за њиховим радом. Код одлучивања који ће запослени бити распоређени у оквиру броја утврђеног систематизацијама, а који су прекобројни одлучујућа чињеница је потреба службе.

У радно-правном спору ради оцене законитости престанка радног односа, судови различито суде.

---

[10] "Службени гласник РС", бр. 38 од 06.05.2005. године, ступила на снагу 07.05.2005. године

[11] Правилник је донет 14.06.2005. године

Разматрање проблема

У анализи овог проблема на основу евидентираних предмета у судској пракси, разликујемо две ситуације у погледу примене прописа.

1 – ***Ситуација када постоји посебан пропис којим је та област уређена (Управа царина)[12]. И у таквој ситуацији изражена су два супротна правна схватања.***

а) ***Према становишту у неким судским одлукама, релевантне су одредбе члана 306. Царинског закона, с посебним освртом на одредбу става 2. по којој, ако царинског службеника није могуће распоредити у смислу одредбе става 1. овог члана, царинском службенику се може понудити радно место ниже групе.***

Позивајући се на повреду овог прописа, у наведеним предметима је усвојен тужбени захтев за поништај оспорених решења.

Овакво објашњење би се могло прихватити, ако је реч о постојању реорганизационих промена јединица Управе царина и укидању појединих радних места у њима (члан 306. став 1. Царинског закона). С тим у вези, уочава се, да су новим Правилником извршене организационе промене и укинута поједина радна места и послови и да је вишак запослених утврђиван по организационим јединицама према радним местима. У таквим околностима, када постоји посебан пропис, примарно се примењује тај пропис. Реч је о Царинском закону као посебном пропису у односу на Закон о радним односима у државним органима, општем пропису који се у том случају примењује као супсидијарни (члан 1. став 2. Закона о радним односима у државним органима). Међутим, супсидијарна примена овог закона ограничава се само на одредбе из члана 66. став 1. у вези члана 65. тог закона и односи се на права нераспоређених, која су садржана у чл. 158. и 160. Закона о раду. Ово због тога што је Царинским законом (члан 306) у потпуности регулисан статус нераспоређених царинских службеника и престанак радног односа по том основу.

У примени члана 306. Царинског закона пажњу привлачи својом садржином одредба става 2. у делу исказа *"царинском службенику*

[12] Царински закон

се може понудити радно место ниже групе". ***Очигледно је исказ дат у хипотетичкој форми, јер указује на могућност да запослени који је остао нераспоређен, ако пристане на радно место ниже групе које му је понуђено, остане у радном односу[13].***

Међутим, ова могућност понуде радног места ниже групе, подразумева постојање слободног радног места у датој оранизационој јединици Управе царине у складу са новим актом о организацији и систематизацији радних места. Дакле, постојање овог услова је у домену који фактичка ситуација налаже.

Када је реч о томе, примећује се да у разматраним предметима оспорене одлуке о престанку радног односа не садрже разлоге у погледу примене члана 306. Царинског закона, посебно одредбе о могућности понуде радног места ниже групе. Искључиво из тог разлога нижестепени судови се опредељују за поништај оспореног решења као незаконитог. Међутим, занемарује се чињеница да се поступак отказа окончава даном доношења акта о отказу, а у покренутом спору пред надлежним парничним судом испитује се истинитост свих чињеница релевантних за формирање наведеног отказног разлога. При томе парнични суд није везан означењем прописа у оспореном решењу, чију контролу и законитост цени, већ ће, тек онда кад утврди чињенице на дати чињенични образац применити одговарајући материјални пропис (закон, правилник...). С обзиром на све то, околности случаја захтевају да се на поуздан начин утврди да ли је било или не могућности да тужилац буде распоређен на начин прописан одредбама члана 306. ст. 1. и 2. Царинског закона[14].

б) ***Према становишту израженом у једном броју одлука нижестепених судова, на дати случај се примењује Закон о радним односима у државним органима. Не понављајући све аргументе који су изнети у овим пресудама којима је одбијен тужбени захтев за поништај оспорених решења, потребно је указати да је узето у обзир укупно сма-***

[13] Исто законско решење предвиђа и Закон о државним службеницима у одредби члана 133. по којој, ако одговарајуће радно место не постоји, прекобројни државни службеник може, уз своју сагласност, бити премештен на ниже радно место које одговара његовој стручној спреми

[14] Подвукао аутор

њење броја запослених Управе царина, односно државног органа Министарства финансија, чији је саставни део Управа царина. Шта више, уочљиво је, да такво схватање заступа тужени у својим поднесцима[15].

Чини се да изражено правно становиште у погледу примене прописа упориште налази у правном схватању израженом у једном броју пресуђених ревизијских предмета из ове области који се односе на питање преузимања решавања статуса нераспоређених радника из Савезне управе царина на територији Републике Србије[16].

Разлози у погледу примене прописа, онако како су изнети у образложењу ревизијских одлука у наведеним предметима, би се могли резимирати на следећи начин.

Према одредби члана 13. Закона за спровођење Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора[17], даном ступања на снагу Уставне повеље, Савезна управа царина је постала орган Републике Србије као државе чланице и наставила са радом у складу са Савезним царинским законом[18] и Савезним законом о царинској служби[19], који су се примењивали до доношења Царинског закона[20]. Општи режим решавања статуса запослених у савезним органима уређен је одредбом члана 19. Закона за спровођење Уставне повеље, којим је у ставу 1. предвиђено да новоформиране институције државне заједнице СЦГ, односно републички органи државе чланице, заједно са пословима који су прешли у њихов делокруг преузимају и одређени број запослених, који су непосредно радили на тим пословима. Према одредби става 2. истог члана, запослени који нису преузети у новоформиране институције државне заједнице ни у државне органе републике чланице, оства-

---

[15] "Примат у примени законске регулативе има Уредба Владе Републике Србије, Закона о радним односима у државним органима..., ради поступања у спровођењу Уредбе, сви државни органи Управе су били у позицији да у оквиру својих органа изврше рационализацију броја запослених, па из тога разлога су биле применљиве заједничке одребе закона који се односе на државне органе..."

[16] Рев. II 478/06, Рев. II 1262/05...

[17] "Службени лист СЦГ", бр. 1/03 од 4.2.2003. године

[18] "Службени лист СРЈ", бр. 45/92, 16/93, 29/97, 59/98, 23/01, 36/02 и 7/03

[19] "Службени лист СФРЈ" бр. 56/80 и 49/87

[20] "Службени гласник РС", бр. 73/03

ривали су право из радног односа најдуже годину дана од дана престанка потребе за њиховим радом.

Управа царина је ушла у састав и делокруг Министарства финансија и економије, у складу са одредбама члана 4. став 2. и члана 31. став 1. тачка 2. Закона о министарствима[21]. Одредбом члана 34. став 1. тачка 1. овог закона прописано је да даном његовог ступања на снагу престаје са радом Савезна управа царина. Одредбом члана 35. истог закона прописано је да министарства у складу са делокругом из овог закона преузимају и потребан број запослених и постављених лица која су обављала преузете послове. На статус запослених у бившој Савезној управи царина, према одредби члана 298. Царинског закона од 25. јула 2003. године, примењују се одредбе Закона о радним односима у државним органима. Стицањем статуса нераспоређени радници су у одређеном периоду времена остваривали права из радног односа у Генералном секретаријату Савета министара као новоформираном савезном органу државне заједнице СЦГ. Законом о радним односима у државним органима у члану 64-а) став 2. тачка 5. и став 3. прописано је да се запосленом, односно постављеном лицу отказује радни однос када услед промене у организацији, методу рада или смањења обима и укидања послова стекне статус нераспоређеног, а не може му се обезбедити радно место у истом или другом државном органу. С обзиром да нераспоређени радници нису могли бити распоређени на послове који одговарају његовој стручној спреми и радној способности у истом органу нити у другим органима државне управе, престао им је радни однос у смислу члана 64-а) став 2. тачка 6, у вези члана 65. и 66. Закона о радним односима у државним органима и члана 19. став 2. Закона за спровођење Уставне повеље државне заједнице СЦГ.

Из реченог произилази да се у том случају ради о специфичкој ситуацији престанка са радом савезног органа (Савезне управе царина) и преузимању потребног броја запослених и постављених лица која су обављали преузете послове од стране републичког органа (Министарства финансија и економије – Управе царина)[22].

---

[21] "Службени гласник РС", бр. 35/03, ступио на снагу 03.04.2003. године

[22] Закон о радним односима у државним органима, одредбом члана 68-а) прописује "У случају преузимања послова из надлежности савезног органа, државни орган у чији делокруг прелазе ти послови преузеће, у складу са потребама орга-

За разлику од наведеног, морамо имати на уму, да се у случају нашег предмета разматрања ради о решавању статуса запослених који се не могу распоредити на друго радно место, због промене унутрашње организације и систематизације радних места у Министарству финансија – Управи царина. Ово питање је потпуно уређено посебним Царинским законом. Због тога сматрам да није било исправно нити да је применљиво тумачење у оним разматраним судским одлукама, да се наводно као меродавни пропис примењује општи пропис – Закон о радним односима у државним органима.

Ситуација када постоји посебан пропис којим је та област уређена, односи се и на статус запослених који су остали нераспоређени у Министарству одбране – Сектор за људске ресурсе, Управа за одбрану у Републици Србији.

На основу евидентираних предмета уочава се да је као меродаван пропис примењен Закон о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе (члан 393). Мислим да је изражено правно становиште у погледу примене релевантног прописа правилно. Наиме, Савет министара је био институција државне заједнице Србије и Црне Горе чија је надлежност била одређена чланом 33. Уставне повеље. Савет министара и Министарство одбране преузели су формирањем државне заједнице, запослене у Савезном министарству одбране заједно са преузетим пословима у складу са чланом 19. став 1. Закона за спровођење Уставне повеље државне заједнице.

Имајући у виду да је одређени број запослених остао нераспоређен због престанка потребе за њиховим радом услед нове организације и систематизације радних места подручног органа Министарства одбране, на коју је сагласност дао Савет министара државне заједнице Србије и Црне Горе, питање њиховог статуса се решава применом наведеног савезног закона који је посебан пропис у односу на Закон о радним односима у државним органима као општи пропис.

на, и потребан број запослених и постављених лица за обављање преузетих послова". Из цитиране норме се види да садржај обавезе у конкретизацији услова преузимања одређују потребе органа. Дакле, није експлицитно утврђена обавеза да се тражи могућност распоређивања запослених у другом државном органу.

Примећује се да се у тим предметима поставило питање надлежности суда за оцену законитости аката о престанку радног односа.

Одговарајући на то питање, морамо имати на уму да се овде не ради о захтеву за оцену законитости коначних управних аката тужене државне заједнице Србија и Црна Гора, о коме није надлежан да одлучује суд по правилима парничног поступка у смислу члана 1. Закона о парничном поступку. Овде се ради, о правима запослених у институцијама државне заједнице са којима је заснован радни однос и о тим правима се не одлучује коначним управним актима, већ коначним актима којима се одлучује о појединачним правима из радног односа, па и о престанку радног односа, а о оцени тих аката одлучује се у парничној процедури у смислу члана 1. ЗПП у вези члана 397. став 5. и члана 398. Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе, без обзира на упутство о правном леку наведеном у оспореном коначном решењу којим је одлучено о престанку радног односа.[23]

2 – ***Ситуација када не постоји посебан пропис којим је та област уређена (Пореска управа).***

Као што је речено, Законом о пореском поступку и пореској администрацији није регулисано утврђивање вишка запослених, с тим што је у члану 169. став 1. садржана упућујућа норма, по којој на запослене у пореској управи се примењују прописи о државној управни, прописи о радним односима и платама у државним органима, као и прописи из области здравственог и пензијско-инвалидског осигурања и образовања, ако овим законом није друкчије прописано. Ако је неспорно, да овим законом није регулисано питање вишка запослених, онда се у посматраном случају примењује Закон о радним односима у државним органима као општи пропис (члан 1. став 2. Закона).

Не превиђамо ризик пропуста да се осврнемо и на нека практична питања у решавању ових спорова

Прегледом једног броја предмета, запажа се да нижестепени судови налазе да су оспорена решења незаконита, јер је тужиоцу одре-

[23] Рев. II 1026/06 од 03.08.2006. године

ћен статус нераспоређеног пре добијања писменог изјашњења других државних органа о томе да тужилац не може да се распореди на радно место у другом државном органу које одговара његовој стручној спреми.

Уколико је писмено изјашњење других државних органа приспело накнадно, и из њега произилази да у време када је тужиоцу утврђен статус нераспоређеног није постојала могућност распоређивања, а што се може утврдити у парници, онда околност што је оспорено решење донето пре прибављања изјашњења не би могло да утиче на законитост решења. У прилог томе је чињеница постојања материјално-правног услова према околностима које фактичка ситуација подразумева, у време доношења решења о нераспоређивању[24].

У појединим предметима се поставило питање да ли је од утицаја привремено распоређивање у другу организациону јединицу пореске управе на незаконитост решења о нераспоређивању. На то питање је одговорено у једној ревизијској одлуци[25] у којој је изражено правно схватање да привремено ангажовање у филијали у одређеном периоду као нераспоређеном раднику, није од утицаја на законитост решења о нераспоређивању.

Међутим, у пракси су могуће злоупотребе од стране туженог.

У судској пракси су евидентирани случајеви отказа запосленог као вишка, а у организационој јединици где је тужилац радио, није дошло до укидања радног места на које је био распоређен, нити је смањен број извршилаца на том радном месту. Напротив број извршилаца је повећан[26].

На примеру једне ревизијске одлуке[27], може се видети да је тужени непосредно пре ступања на снагу новог Правилника (23. јун 2005. године) којим је предвиђено смањење броја извршилаца, огласио слободна радна места за већи број извршилаца различитог степена школске спреме, као и за одређена радна места за извршиоце у филијали у

[24] Подвукао аутор
[25] Рев. II 1818/06 од 17.01.2007. године
[26] Рев. II 1737/07 од 04.03.2008. године
[27] Рев. II 380/07 од 09.05.2007. године

којој је тужилац радио. По том огласу су изабрани нови кандидати – извршиоци.

За случај спора на ту тему судови су дужни да испитају све околности које фактичка ситуација подразумева и да санкционишу овакве злоупотребе поништајем оспорених решења.

Коначно, по неком логичном редоследу излагања, не може остати по страни и оно што би припадало резултату анализе предмета разматрања, а то је следећи

З а к љ у ч а к

1 – ***Код оцене законитости престанка радног односа запосленом који је остао нераспоређен код Управе царина, Министарство финансија тужене Републике Србије, релевантно је постојање реорганизационих промена јединице Управе царина у којој запослени ради, а не укупно смањење броја запослених Управе царина, односно државног органа Министарства финансија, чији је саставни део Управа царина.***

У погледу решавања статуса царинских службеника који су нераспоређени, примарно се примењује члан 306. Царинског закона као посебан пропис. Супсидијарна примена Закона о радним односима у државним органима је ограничена само на одредбе члана 66. став 1. у вези члана 65. тог закона, на права нераспоређених која су садржана у члану 158. и 160. Закона о раду, а то су право на исплату отпремнине, право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту у складу са прописима о запошљавању.

2 – ***Вишак запослених у Министарству одбране – Сектор за људске ресурсе – Управа за одбрану у Републици Србији, решава се применом Закона о основама система државне управе и о Савезном извршном већу и савезним органима управе (члан 393). Супсидијарна примена Закона о радним односима у државним органима је ограничена и то само на одредбе члана 66. став 1. у вези члана 65. тог закона, на права нераспоређених, која су садржана у чл. 158. и 160. Закона о раду.***

3 – ***Код оцене законитости престанка радног односа запосленом који је остао нераспоређен код Пореске управе Министарства финансија тужене Републике Србије, примењују се одредбе Закона о рад-***

ним односима у државним органима које уређују ово питање, према упућујућој норми из члана 169. став 1. Закона о пореском поступку и пореској администатацији. У погледу права на исплату отпремнине, права на новчану накнаду и права на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту, примењују се одредбе чл. 158. и 160. Закона о раду.

Владимир Тамаш,
судија Врховног суда Србије

ПРИКАЗ СПОРНИХ ПИТАЊА У СУДСКОЈ ПРАКСИ ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

Уводна разматрања

Прихваћена је пракса да се учесници саветовања упознају са разматраним спорним правним питањима на седницама Грађанског одељења Врховног суда Србије и са усвојеним правним схватањима и правним закључцима. Ово је потребно без обзира што се усвојена правна схватања, сагласно одредбама члана 179. Закона о парничном поступку, објављују у Билтену Врховног суда Србије, јер се код њихове презентације и анализа дају и додатна објашњења, а и због разлога што Билтени често нису доступни свим судијама. Бољем информисању судија, странака и стручне јавности доприноси и објављивање актуелних и репрезентативних одлука на WEB сајту Врховног суда Србије, а са настојањем да у догледно време све одлуке буду доступне.

Одлучено је да се прикажу и анализирају значајна разматрана спорна питања, а не само она која су након разматрања резултирала усвајањем правног схватања. Ово из разлога што изнети аргументи у реферату судије известиоца и дискусије могу бити корисни у даљем току поступка, без обзира што је одбијен захтев за покретање поступка за решавање спорног правног питања због оцене да за то нису испуњени услови прописани одредбама Закона о парничном поступку. У наведеном смислу анализа разматраних спорних правних питања може користити и осталим судовима.

Због обавезе да се реферати за саветовање предају до 15. јула предмет реферата су само спорна правна питања разматрана до тог датума и поводом чијег разматрања су сачињени и верификовани за-

писници са седница одељења. Усвојена правна схватања и закључци након наведеног датума биће приказани на годишњем саветовању.

Без посебне анализе биће приказана спорна правна питања која су због свог значаја предмет посебних реферата.

Опет ће се указати на значај и обавезност усвојених правних схватања. Ово из разлога што се појављују предмети у којима нижестепени судови сматрају да их не обавезују усвојена правна схватања Врховног суда Србије.

Правна схватања усвојена у поступку решавања спорног правног питања

Као што је наведено предмет реферата су правна схватања која су усвојена и верификована до сачињена реферата. Из тог разлога предмет разматрања биће и правна схватања која су усвојена и верификована након писања реферата за саветовање судија у 2007. години.

На седници Грађанског одељења од 30. октобра 2007. године усвојено је правно схватање да се након истека рокова прописаних одредбама члана 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији може наставити прекинути поступак извршења и одредити друга извршења према субјекту приватизације, а да повериоци који нису отпустили дуг према субјекту приватизације своја потраживања и након прихватања програма реструктурирања субјекта приватизације могу намирити од субјекта приватизације као извршног дужника, с тим да се о условима и начину намирења могу споразумети са купцем капитала.

Ово правно схватање је са образложењем, а у складу са одредбом члана 179. став 2. Закона о парничном поступку, објављено у Билтену Врховног суда Србије бр. 4/2007.

У захтеву општинског суда за покретање поступка за решавање спорног правног питања је између осталог указано на спорно правно питање карактера и дејства усвојеног програма реструктурирања субјекта приватизације, а посебно у односу на права извршних поверилаца који нису отпустили дуг према субјекту приватизације као извршном дужнику.

Спорна правна питања Врховни суд Србије је разматрао у смислу одредби Закона о приватизацији ("Службени гласник РС", бр. 38/01, 18/03 и 45/05), Закона о агенцији за приватизацују ("Службени гласник РС", бр. 38/1 и 135/04) и Закона о аукцијском фонду ("Службени гласник РС", бр. 38/01 и 45/05), а од подзаконских аката применом Уредбе о поступку и начину реструктурирања субјекта приватизације ("Службени гласник РС", бр. 55/05) и Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјеката приватизације повериоцима ("Службени гласник РС", бр. 45/2006).

Врховни суд Србије је прихватио одредбе члана 20. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији којима је прописана обавеза државних поверилаца да отпусте дуг према субјекту приватизације у целини и своје потраживање намире из средстава остварених од продаје капитала субјекта приватизације, а осталим повериоцима је дата могућност отпуста дуга намирења потраживања на исти начин. У ставу 4. наведеног члана је предвиђено да остали повериоци, који нису отпустили дуг према субјекту приватизације, услове и начин намирења свог потраживања одређују у споразуму са купцем капитала субјекта приватизације.

Код решавања спорног правног питања Врховни суд није прихватио решења прописана одредбама члана 3. Уредбе о начину и условима измиривања обавеза субјекта приватизације према повериоцима.

Становиште је Врховног суда Србије да код постојања супротности између одредби Закона и Уредбе, применом начела хијерархије општих правних аката треба применити одредбе Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, који у погледу дејства прихваћеног програма реструктурирања субјекта приватизације прави разлику између поверилаца који су отпустили дуг према субјекту приватизације и поверилаца који то нису учинили. Не постоји законски основ да се делимично анулирају потраживања поверилаца који нису били обавезни да отпусте дуг према субјекту приватизације, нити су то добровољно учинили. Прихватању оваквог правног схватања претходила је аргументована дискусија у којој је указано на то да се подзаконским актима не може ограничавати дејство правноснажних судских одлука о обавезама субјекта приватизације након реструктурирања. Ово посебно из разлога што се ради о потраживањима радника субјекта

приватизације који кроз извршне исправе треба да остваре минималне или гарантоване зараде. Може се констатовати да су прописи о приватизацији нејасни, непотпуни и често контрадикторни. Закон о изменама и допунама Закона о приватизацији ("Службени гласник РС", бр. 123/2007) је покушај отклањања претходних недостатака, а без могућности ретроактивног дејства.

На седници Грађанског одељења од 30. октобра 2007. године усвојен је правни став да се на тужбе у наследном праву не примењују застарни рокови, ни правила која важе за застарелост потраживања, већ се примењују преклузивни рокови. Спорно правно питање се појавило у предмету Врховног суда Србије број Рев. 970/06, а одлучено је да се сачини образложење за усвајање наведеног правног става.

Осим усвајања правних схватања на седницама одељења у поступку решавања спорног правног питања, Врховни суд Србије изражава правна схватања и кроз конкретне одлуке, посебно када законска решења нису довољно јасна, а што је био случај код решавања у предметима поводом захтева за рехабилитацију.

Усвојени правни закључци
на седницама Грађанског одељења

На седници Грађанског одељења од 3. априла 2007. године, а поводом указивања Евиденције судске праксе о различитом поступању, усвојен је правни закључак да је у смислу члана 412. став 4. новог Закона о парничном поступку ревизија увек дозвољена ако је о предлогу за понављање поступка одлучено након ступања на снагу новог Закона о парничном поступку.

У поступку решавања спорног правног питања у предметима Спп. 6/07 и број Спп. 8/07, а поводом захтева Општинског суда у Прокупљу и Општинског суда у Куршумлији за исплату дуга или накнаде штете због неисплаћених дневница војних обвезника, одлучено је да се одбију захтеви за заузимање правног става о спорном правном питању.

Међутим, у овим предметима се појавило значајно спорно правно питање о могућности доношења пресуде због изостанка у споровима мале вредности када тужени није приступио на рочиште али је поднеском оспорио тужбени захтев истицањем процесно-правних

или материјално-правних приговора. Поводом овог спорног правног питања сачињен је посебан реферат који је разматран на седници одељења 26. априла 2007. године и усвојен је правни закључак да се образложено оспоравање тужбеног захтева истицањем процесно-правних или материјално-правних приговора мора узети у обзир приликом доношења пресуде због изостанка.

Наведени правни закључак у пракси није прихваћен од свих нижестепених судова, што је отворило и питање значаја и обавезности усвојених правних схватања и закључака Врховног суда Србије.

На седници одељења од 25. септембра 2007. године одбијен је захтев Општинског суда у Неготину у предмету број Спп. 16/07 за заузимање правног схватања о овлашћењу адвоката у извршном поступку коме је издато пуномоћје за заступање у парници сагласно одредбама члана 89. Закона о парничном поступку, јер нису били испуњени услови прописани одредбама члана 176. Закона о парничном поступку.

Међутим, због значаја спорног правног питања за поступање свих извршних судова, одлучено је да се напише посебан реферат и након тога је на седници одељења од 30. октобра 2007. године усвојен правни закључак да адвокат као пуномоћник који је заступао извршног повериоца у парничном поступку из кога потиче извршна исправа и у том својству означен у извршној исправи није дужан да уз предлог за извршење поднесе посебно, ново, пуномоћје за заступање извршног повериоца у поступку извршења.

У образложењу усвојеног закључка је, између осталог, наведено да је Закон о извршном поступку у члану 7. прописао једно од основних начела извршног поступка – начело формалног легалитета, по којем је извршни суд везан правним актом који представља извршну исправу. Уз предлог за извршење извршни поверилац је увек дужан да приложи извршну исправу у оригиналу или овереној копији и друге исправе када је то овим законом предвиђено (члан 49. став 2. и члан 50. став 1. Закона о извршном поступку). У оваквој ситуацији извршни суд је у могућности да утврди да ли поднети предлог за извршење одговара у свему садржини извршне исправе, да ли је адвокат који је поднео предлог за извршење заступао извршног повериоца у парничном поступку из кога потиче извршна исправа и у случају да утврди да се ради о истом адвокату, да прихвати да је предлог за извршење поднет од стране овлашћеног пуномоћника,

иако уз предлог за извршење није приложено посебно пуномоћје за заступање извршног повериоца у поступку извршења. Овлашћење адвоката из члана 89. став 1. тачка 2. Закона о парничном поступку односи се само на заступање извршног повериоца у поступку извршења, а за заступање извршног дужника адвокату је увек потребно посебно пуномоћје, па и у ситуацији када је извршног дужника заступао у поступку из којег потиче извршна исправа.

На седници одељења од 22. јануара 2008. године усвојен је правни закључак да суд не може одредити извршење на новчаним средствима привредних друштава, чији је оснивач извршни дужник, уколико извршна исправа гласи само на друштво оснивача (матично друштво) а не и на његова зависна друштва.

Наведени закључак је предмет посебног реферата, па се неће образлагати.

На седници одељења од 22. априла 2008. године усвојен је правни закључак да после истека рока из члана 284. став 2. Закона о раду, услов за остваривање права државних службеника и намештеника на накнаду трошкова за исхрану у току рада (топли оброк) и за регрес за коришћење годишњег одмора је постојање Посебног колективног уговора као општег акта којим се уређује питање права, висине и начина исплате ових накнада. Овај правни закључак је као непотпун објављен у Билтену Врховног суда Србије број 1/2008 са образложењем.

Значај и обавезност усвојених правних схватања

Већ је у реферату за саветовање 2007. године обрађено ово питање, али није сувишно да се то понови, посебно након појаве предмета у којима нижестепени судови одлучују супротно усвојеним правним схватањима Врховног суда Србије. То се посебно односи на предмете који су због своје бројности добили на значају и који се у првостепеним судовима различито пресуђују, а због вредности предмета спора не могу бити предмет оцене Врховног суда Србије. Настала је ситуација да се различито поступа у истоврсним предметима, а без могућности уједначавања судске праксе.

Према члану 178. став 4. Закона о парничном поступку, Врховни суд одлучује о захтеву за решавање спорног правног питања по правилима поступка за усвајање правних ставова, а према члану 179. став

2. и члану 189. истог закона, правно схватање се доставља суду који је покренуо поступак и објављује у Билтену Врховног суда Србије, а ако је Врховни суд Србије заузео правно схватање по спорном правном питању, странке у поступку у коме се поставља исто претходно питање немају право да поново траже његово решавање у парници која је у току. Према члану 28. став 1. и члану 40. став 2. Закона о уређењу судова, Врховни суд утврђује начелне правне ставове ради јединствене судске примене права, а правно схватање усвојено на седници одељења обавезује сва већа у саставу одељења. Поступак за заузимање правног схватања по правним питањима од интереса за рад судског већа у одељењу прописан је чланом 18. Пословника о уређењу и раду Врховног суда Србије.

Није сувишно указати на Одлуку Уставног суда Републике Србије, објављену у "Службеном гласнику РС", бр. 106/2006 од 24. новембра 2006. године, којом је одбијен предлог и нису прихваћене иницијативе за уврђивање неуставности одредаба члана 176. до члана 180. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", бр. 125/2004).

По оцени Уставног суда, решавајући спорно правно питање Врховни суд Србије не одлучује о предмету спора, већ се одредбама о решавању спорног правног питања даје могућност Врховном суду да заузме правни став по правном питању које се појави као спорно у поступку пред првостепеним судом и то под условом да се одређено правно питање појавило као спорно у већем броју предмета и да је то од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима. Првостепени суд у захтеву за решавање спорног правног питања може да изнесе и сопствено тумачење спорног правног става, што значи да се не ради о успостављању прецедента. Будући да у правном схватању које заузима, став Врховног суда Србије нема карактер одлуке о конкретној правној ствари на коју се може уложити правни лек, већ се као деперсонализовано правно схватање објављује у Билтену Врховног суда Србије. Уставни суд је оценио да оспорени правни институт представља механизам којим се кроз заузимање правних схватања Врховног суда Србије обезбеђује правна сигурност и једнакост у поступцима пред нижестепеним судовима, као и суђење у разумном року. Имајући у виду да се оспореним институтом решавања спорног правног питања од стране Врховног суда Србији-

је не искључује могућност улагања правних лекова на појединачне одлуке првостепених судова, што значи да се оспореним одредбама не нарушава ни начело независности суда и двостепеног одлучивања, нити се уводи суђење на основу правних схватања Врховног суда Србије.

Оправдано се поставља питање обавезности примене усвојених правних схватања, а посебно какве су последице када првостепени суд не прихвати правно схватање или то правно схватање не прихвати другостепени суд у поступку одлучивања по жалби, а странке немају право на изјављивање ревизије, док су могућности захтева за заштиту законитости ограничене. Правило је да се усвојена правна схватања прихватају и да делују ауторитетом доносиоца и снагом аргумената, али, изгледа, не постоји процесни механизам да се обезбеди обавезност примене правног схватања усвојеног у поступку решавања спорног правног питања. То се односи и на остала правна схватања усвојена на седницама Грађанског одељења Врховног суда Србије. Указује се на појаву да се од стране нижестепених судова не прихватају усвојена правна схватања Врховног суда Србије, а без претензије нуђења решења за настали проблем.

Закључна разматрања

Покушано је да се прикажу репрезентативна спорна правна питања кроз критичку анализу усвојених правних схватања и правних закључака, а по потреби и кроз приказ поступака њиховог усвајања.

Може се констатовати да је разматран знатан број захтева за покретање поступка за решавање спорног правног питања, али су ти захтеви, по правилу одбијани или одбацивани.

И даље је актуелан став Грађанског одељења од 17. маја 2005. године да је достављање захтева за решавање спорног правног питања у једном или малом броју предмета својеврсна злоупотреба института из члана 176. Закона о парничном поступку и покушај решавања појединачних предмета. Оцена да ли се ради о већем броју предмета у којима постоји потреба да се заузме став о спорном правном питању уско је повезана са оценом да ли се ради о спорном правном питању које је од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима.

Пошто је према одредби става 1. члана 176. Закона о парничном поступку само првостепени суд, по службеној дужности или на предлог странака, овлашћен да покреће поступак за решавање спорног правног питања, у знатном броју предмета захтеви поднети од неовлашћених лица (странака или њихових пуномоћника) су одбацивани.

Правни ставови Врховног суда Србије изражавају се и кроз појединачне одлуке, као и преко сентенци које се објављују у Билтену Врховног суда Србије. Њиховим објављивањем се доприноси јавности рада суда, а дата образложења имају и едукативни карактер.

Један број спорних правних питања због свог значаја ће бити предмет посебних реферата или разматран на округлим столовима.

Информација о накнадно донетим и верификованим правним схватањима и закључцима биће дата на саветовању.

УПРАВНА СЕКЦИЈА

Љубодраг Пљакић,
судија Врховног суда Србије

ЗНАЧАЈ УПРАВНО-СУДСКЕ ПРАКСЕ ЗА ИЗМЕНУ (УСАГЛАШАВАЊЕ) ЗАКОНА

Однос две власти

Важећи уставни принцип поделе власти на законодавну, судску и извршну, у нашим условима, често се погрешно разуме. Када је у питању судска власт, онда се не може говорити о апсолутној независности судова, отуђених од друге две власти. Чињеница је да законодавна власт, поред те своје основне функције, преко посланика у парламенту, врши избор судија. Обавеза је највиших тела судске власти да према утврђеним критеријумима предлажу најквалитетније кандидате за носиоце правосудних функција. Пред оваквом обавезом, стоји одговорност законодавне власти да преко скупштине и њених радних тела, не подлеже неким другим критеријумима при избору судија, већ да поштовањем струке уважи разлоге судске власти при избору судија. Непоштовање тих критеријума вређа судску власт и не води остваривању функције законодавног тела у овој иначе, осетљивој материји избора носиоца правосудних функција.

Независност и самосталност судске гране власти се огледа у самом чину пресуђења. У том узвишеном чину, судија мора да се руководи искључиво принципом стручности и личног поштења и ту не сме да буде било каквог утицаја друге две гране власти. Одлуке судова морају да се поштују, а нестручност у вршењу судијске функције или неки други разлози које искључују носиоца да ту функцију обавља, предвиђени су као разлог за разрешење.

Са друге стране, постоји одређена мера утицаја судске на законодавну власт при чему се не дира у независност ове друге. Ради се о пожељном утицају преко кога и једна и друга власт добијају на свом квалитету у раду па тиме и на већем степену ауторитативности.

Живот је наиме, далеко сложенији од ума законодавца. Стога је обавеза законодавца да, и код закона који су ступили на снагу, прати њихову примену у пракси будући да њихово доношење није само себи циљ, већ да уреди одређене спорне животне ситуације. Ту своју функцију законодавац ће најбоље остварити уколико кроз судску праксу прати применљивост закона на конкретне животне догађаје. Тек тада, у извршавању најузвишенијег чина судовања – пресуђења, законодавац може да провери ваљаност својих законских решења.

Прихватањем тумачења закона у пракси и могућности њихове стварне примене, законодавцу се не одузима ништа од његовог места у систему поделе власти, већ напротив та грана власти се ојачава и употпуњује своју уставну позицују. И то је тај позитивни и жељени утицај судске на законодавну власт.

Реферат и има за циљ да укаже на корисне утицаје судских одлука у управном спору на измену закона и на оне утицаје који нису остварени.

А) ИЗМЕНЕ ЗАКОНА НА ОСНОВУ УПРАВНО-СУДСКЕ ПРАКСЕ

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената[1]

Увођењем Србије у период транзиције настала је обавеза да се преко приватизације као правно-економске мере уреде услови и поступак промене власништва друштвеног, односно државног капитала. Тај процес је требао да обезбеди сет закона о приватизацији. Мањкавост ових закона је у њиховим процесно-правним одредбама јер ти закони нису предвиђали јасне одредбе у коме поступку ће се приватизација извршити и у коме поступку је предвиђена судска заштита против донетих аката. Недостатак процесних одредби увек спречава и правилну примену материјално-правних одредби, ма колико оне биле квалитетне.

Недореченост закона се највише испољавала у примени Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената и то у односу на одредбе које се тичу Централног регистра хар-

[1] "Службени лист СРЈ", бр. 65/02, "Службени гласник РС", бр. 57/03, 55/04

тија од вредности. Спорно је наиме, било да ли су његови акти по својој правној природи управни акти или се њихова законитост испитује у поступку код трговинског суда. О томе је већ детаљно писано[2], а и Управно одељење Врховног суда Србије је заузело правно схватање да, иако би акти Централног регистра требали да имају карактер управних аката (јер је Централни регистар један од три субјекта који спроводи поступак приватизације), према стилизацији Закона они то нису па је за оцену њихове законитости надлежан трговински суд.

Тек после заузимања правног схватања Управног одељења Врховног суда Србије и излагања проблема на конгресима и саветовањима правника, донет је нови Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената[3] који у одредби члана 187. ст. 3. и 4. предвиђа да "Централни регистар у управним стварима сходно примењује одредбе закона којима се уређује управни поступак" и да су та решења коначна, те да се против њих може покретнути управни спор. На тај начин је законодавац отклонио озбиљне пропусте приликом доношења ранијег закона.

Закон о порезу на доходак грађана[4]

Дуго је у Закону о порезу на доходак грађана постојала једна неподношљиво неправична одредба када су у питању неправилно или више плаћени порез и камата. Тај закон је у одредби члана 163. признавао повраћај више или погрешно уплаћеног пореза као и камату. Камата се међутим, признавала само ако порески орган није повратио порез у року од 8 дана од дана подношења захтева за повраћај. Уколико погрешно или више уплаћени порез није повраћен, камата је следовала од дана подношења захтева, а потраживање камате за период од дана уплате се сматрало имовинскоправним захтевом који је странка морала да остварује у парници. Овакво решење из Закона је стварало вишеструке штетне последице по странку најпре, због тога што захтев за каматом није остварен код органа који је без основа држао новчана

[2] Љ. Пљакић – Разграничење надлежности управних и трговинских судова у поступку приватизације – XIV Конгрес правника у привреди 2005. године

[3] "Службени гласник РС", бр. 47/06

[4] "Службени гласник РС", бр. 24/01

средства и посебно вођењем парнице, па су странке од тог поступка најчешће одустајале уколико се није радило о већим износима.

Странка дакле, није имала право на камату уколико је порески орган новчана средства повратио у року од 8 дана од дана подношења захтева.

Управно одељење Врховног суда Србије је кроз своје пресуде имало обавезу да примењује наведену законску одредбу, али је на стручним састанцима и саветовањима указивало на њихову неодрживост.

Измене су уследиле тек доношењем Закона о пореском поступку и пореској администрацији[5]. Закон је у члану 24. став 1. тачка 9. повраћај више или погрешно плаћеног пореза подигао на ниво права пореских обвезника у Глави V Закона. Разрада овог права је нашла своје место у одредби члана 75. Закона којом је предвиђен обрачун камате код поништеног, измењеног или укинутог решења или другог акта о задужењу, од дана уплате пореза.

Одлагање плаћања пореског дуга

Закон о пореском поступку....је у свом основном тексту садржавао одредбе чл. 73. и 74. којима је предвиђао услове за одлагање пореског дуга. У члану 74. став 2. Закона су предвиђена средства обезбеђења наплате и то хипотека на непокретности пореског обвезника, залога на покретним стварима пореског обвезника, неопозива банкарска гаранција, јемство другог лица које је власник имовине чија вредност не може бити мања од 150% висине пореског дуга, чија се наплата обезбеђује и трасирана меница, акцептирана од стране два жиранта, из чијих се зарада, на којима се установљава административна забрана, порески дуг може наплатити.

У вези примене наведене одредбе код оцене законитости донетих аката од стране Пореске управе, поставило се питање да ли су наведена средства обезбеђења само набројана, са могућношћу коришћења било којег и да ли Пореска управа може условљавати одлагање плаћања пореског дуга коришћењем одређеног средства обезбеђења.

[5] "Службени гласник РС", бр. 80/02...61/05

Став Управног одељења Врховног суда Србије, у примени ове одредбе, разликовао се од става Пореске управе. Није било спорно да је Пореска управа приликом одлучивања имала дискреционо овлашћење, али је морала да наведе разлоге због којих не прихвата одређено средство обезбеђења *и није била овлашћена да захтева од пореског дужника одређено средство обезбеђења*[6]. ***Тек Законом о изменама и допунама Закона о пореском поступку...***[7] ***наведене одредбе су усклађене са изложеним правним схватањем уношењем става 3. у члан 74. после става 2. према коме "У поступку одлучивања о одлагању плаћања пореског дуга из члана 73. став 3. овог закона, Пореска управа одлучује из којих од предложених средстава обезбеђења ће се најефикасније наплатити порески дуг." Ова нова одредба у Закону је усаглашена са дискреционим овлашћењем које Пореска управа има приликом одлучивања о захтеву странке за одлагање плаћања пореског дуга.***

Порез на пренос апсолутних права код уговора о закупу

У примени члана 82. став 1. тачка 1. Закона о планирању и изградњи[8] ***постојала је пракса пореских органа према којој закључењем уговора о давању осталог неизграђеног грађевинског земљишта у закуп, настаје обавеза плаћања пореза на промет апсолутних права. Другостепени орган је потврђивао првостепена решења налазећи да је такав пренос опорезив према члану 23. тачка 5. Закона о порезима на имовину.***

Управно одељење Врховног суда Србије није прихватало овакав став. У пресуди суда којом је уважена тужба пореског обвезника[9] ***речено је и следеће:***

"Уговором о закупу се не врши пренос апсолутних права, односно пренос права коришћења осталог грађевинског земљишта, како то погрешно закључује тужени орган, будући да је закуп институт уговорног, а не стварног права. Стога не постоји ни основ за утврђивање

[6] Љ. Пљакић – Одлагање плаћања пореског дуга – повластица или терет за пореског дужника

[7] "Службени гласник РС", бр. 61/07

[8] "Службени гласник РС", бр. 47/03 и 34/06

[9] Пресуда ВСС У. 2054/06 од 30. 08. 2006. године

обавезе тужиоцу на име пореза на пренос апсолутних права. Чињеница да је уговор о закупу закључен на период од 99 година (дугорочни закуп), није од утицаја на решење ове управне ствари, обзиром да дужина периода на који је закуп уговорен не утиче на правну природу овог уговора." (У теорији има и другачијих мишљења; прим. аутора)

На основу установљене судске праксе Врховног суда Србије, Законом о изменама и допунама Закона о порезима на имовину[10] у члану 23. став 2. је предвиђена измена Закона која гласи: "Порез на пренос апсолутних права плаћа се и код давања грађевинског земљишта у државној својини у закуп, на период дужи од једне године или на неодређено време, осим јавног грађевинског земљишта." Став је аутора да остаје да се код надлежног суда оцени законитост једне овакве одредбе.

Б) НЕОСТВАРЕНИ УТИЦАЈ СУДСКЕ ПРАКСЕ

Грађевинско земљиште

Све до доношења Закона о планирању и изградњи, режим грађевинског земљишта је био уређен посебним законима. Овим законом су на једном месту обједињене три међусобно повезане области (уређење простора, грађевинско земљиште и изградња објеката) и такав приступ је за похвалу. Сматрам међутим, да је требало много више да се уради на унутрашњој кохезији ових целина.[11] Посебно лоше је обрађена Глава IV о грађевинском земљишту са недореченим решењима, институтима без објашњења њиховог значења, тако да су многа решења у пракси захтевала додатна објашњења. Управни органи и на нивоу Града Београда и на нивоу Републике, као другостепени органи, тражили су мишљења од Управног одељења Врховног суда Србије како да примене појединy нејасну одредбу Закона.

Пажњу у овој Глави Закона привлачи једно, најблаже речено, зачуђујуће решење. Тиче се одредбе члана 86. став 10. о искључењу управног спора код одлучивања управних органа у примени става 1, 2,

[10] "Службени гласник РС", бр. 61/07

[11] Љ. Пљакић – Режим грађевинског земљишта у новом Закону – Правни живот 10/04-Копаоничка школа природног права

3. и 5. истог члана. Искључење управног спора посебним законима, ван случајева предвиђених у Закону о управним споровима, је непопуларна мера, јер представља страх законодавца од оцене законитости аката извршне власти од стране судске власти.

Најрадикалнији приступ у том правцу је непостојање контроле аката извршне власти од стране судске власти у бившој источној Немачкој (где се евентуална контрола сматрала задирањем у ингеренције извршне власти) све до уједињења две Немачке.

Управни спор се, у принципу искључује тамо где је судска заштита обезбеђена на други начин. Најчешће навођени пример је у одредби члана 105. Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретности[12] где је искључено вођење управног спора уз могућност вођења брисовне парнице код суда.

У цитираној одредби члана 86. став 10. Закона о планирању.... не постоји ни један правни разлог за искључење управног спора. Ради се о доношењу решења код којих се укидају и мењају стечена права физичких и правних лица, под одређеним условима, у вези коришћења грађевинског земљишта у државној својини, па сама могућност престанка тих права нужно отвара поступак контроле законитости донетог акта у управном спору. Посебно са разлога што друга правна заштита није предвиђена.

На овај пропуст (да ли само пропуст: прим. аутора) законодавца је указивано на неколико саветовања али без успеха, законско решење је и даље на снази.

Закон о оружју и муницији[13]

Постоји још један пример незаконитог искључења управног спора на који Управно одељење Врховног суда Србије указује већ више од 10 година и на стручним саветовањима и у писаној речи. Закон о оружју и муницији, у одредби члана 8. говори о ситуацијама када се неће издати одобрење за набављање ватреног оружја, а у одредби члана 10. искључује могућност вођења управног спора против решења

[12] "Службени гласник РС", бр. 83/92...25/02
[13] "Службени гласник РС", бр. 9/92...101/05

о одбијању захтева за издавање одобрења. Такође, управни спор се искључује и у одредби члана 24. став 4. истог закона, када се доноси решење о одузимању одобрења за држање оружја услед настанка неког од услова из члана 8. ст. 1. и 2. истог закона. И у примени овог закона, код искључења управног спора, није обезбеђена друга судска заштита, а у пракси су могуће велике злоупотребе нарочито код доношења решења о одузимању дозволе за држање оружја.

Закон о заштити конкуренције[14]

Најновији пример закона који због своје неконзистентности ствара проблеме у практичној примени је Закон о заштити конкуренције*[15]*. Посебно је отежана његова примена у односу на одредбе које се тичу концентрације учесника на тржишту и разграничења надлежности Комисије за заштиту конкуренције и њеног органа – Савета.

***"У уводу оспореног решења наведено је да Комисија за заштиту конкуренције доноси решење, али није означен орган који је у складу са чланом 33. став 1. Закона о заштити конкуренције и чланом 11. став 2. Статута Комисије ("Службени гласник РС" 47/06), надлежан за доношење одлука из надлежности Комисије – Савет Комисије, па је на овај начин оспорено решење донето уз повреду члана 196. ЗУП-а, којим је прописано да у уводу решења, између осталог, мора бити означен и назив органа који доноси решење. Из оспореног решења се дакле, види да је као доносилац решења означено правно лице у уводу, а у потпису је председник Савета, па се не може са сигурношћу утврдити ко је доносилац решења у управном поступку."*[16]

У примени овог овог Закона од стране суда најављене су измене, али је прилика да се каже да оне морају да буду озбиљне и врло јасне. Уочљиво је неучешће процесуалисте за управни поступак у свим законима у којима органи доносе акте са карактером управних аката, а такође и неадекватна примена процесних одредаба приликом доношења управних аката.

[14] "Службени гласник РС", бр. 79/05

[15] Љ. Пљакић: Концентрација учесника на тржишту као облик повреде конкуренције – Конгрес правника у привреди мај 2008.

[16] Пресуда ВСС У. 801/07 од 05.03.2008.године

У реферату је указано само на неке позитивне примере утицаја управно-судске праксе и на оне друге примере, на законодавну власт. Идући од посебног ка општијем могло би се

З а к љ у ч и т и

1. Пожељан је већи утицај управно-судске праксе изражен коз ставове из пресуда и правна схватња Управног одељења Врховног суда Србије на измену закона, ради доприноса бољем квалитету законских решења и у крајњој линији, потпунијој заштити грађана и правних лица у поступцима код органа власти;

2. Због одсуства или неправилне примене процесних одредби у законима у којима се примењује Закон о општем управном поступку, нужно је код доношења и измена закона укључити процесуалисту из ове материје;

3. Свести на најмању могућу меру искључење вођења управног спора посебним законима против управних аката, ван случајева предвиђених Законом о упрвним споровима и у случају непостојања друге судске заштите.

Јелена Ивановић,
судија Врховног суда Србије

ПОРЕСКИ ИЗВРШНИ ПОСТУПАК – НЕКА СПОРНА ПИТАЊА

Доношење Закона о пореском поступку и пореској администрацији (у даљем тексту: ЗППА)[1], представља значајан корак у унапређењу система процесног законодавства, јер уређује врсту посебног управног поступка веома битног како за државу, тако и за пореске обвезнике.

Као посебан закон у односу на Закон о општем управном поступку (у даљем тексту: ЗУП)[2] он мора у смислу члана 3. ЗУП-а да буде у складу са његовим основним начелима чак и у неопходним одступањима која настају због специфичне природе пореско-управних односа, а то потврђује и садржина члана 3. ЗППА-а која одређује однос тог закона према другим законима.

Предмет ЗППА је поред осталог, уређење, не само поступка утврђивања и контроле јавних прихода које наплаћује Пореска управа (порези) већ и њихове наплате, која у смислу члана 64. ЗППА може бити: а) редовна и врши се по члану 67. ЗППА, по правилу, плаћањем новчаног износа о доспелости пореза, на прописане уплатне рачуне јавних прихода, у роковима прописаним законом, затим преко пореске благајне - куповином вредносног папира у случајевима прописаним законом, а изузетно се може намирити и путем компензације и конверзијом потраживања по основу пореза у трајни улог Републике у капиталу пореског обвезника, али на начин и под условима које пропише Влада; и б) принудна, регулисана члановима 77. до 113. ЗППА која у ствари, представља посебан поступак принудног извршења који не сме да буде у супротности како са основним начелима ЗУП-а тако ни са његовим од-

[1] "Службени гласник РС", бр. 80/2002... 61/2007
[2] "Службени лист СРЈ", бр. 33/97 и 31/01

редбама које се односе на извршење, а садржи позивање и на институте Закона о извршном поступку[3] (предмети принудне наплате који се изузимају од извршења – члан 82. ЗИП-а).

Пракса Врховног суда Србије у пореској материји је обимна и разноврсна, али повод за писање овог реферата је предмет Врховног суда Србије који заслужује да се на њега обрати посебна пажња, јер садржи две спорне процесне ситуације, при чему је по мишљењу аутора порески орган у једној од њих начинио грешку, али је на обе ваљало указати због потребе даљег законитог поступања. Прва се тиче могућности и дозвољености спајања ствари у један поступак, а друга месне надлежности организационе јединице Пореске управе која спроводи принудну наплату продајом непокретности.

Могућност и дозвољеност спајања

Оспореним решењем у наведеном предмету Врховног суда Србије у поступку принудне наплате пореза која се, по правноснажности решења о принудној наплати, спроводи на непокретности пореског обвезника, продајом два апартмана, одлучено је о жалбама два различита лица, на две различите првостепене одлуке. Једно је жалба учесника у јавном надметању на решење којим је одбијен приговор овог учесника на спроведени поступак усменог јавног надметања у поступку принудне наплате пореског дуга, а друго је жалба пореског обвезника на решење којим су, после окончане продаје непокретности усменим јавним надметањем, у поступку принудне наплате, најповољнијим понуђачима, сада тужиоцима, појединачно продати апартмани. Поред одлуке о наведеним жалбама тужени је, највероватније руковођен начелом економичности поступка, оспореним решењем, применом члана 153. став 2. ЗППА, по службеној дужности по праву надзора поништио: решење којим је утврђена почетна вредност непокретности, закључак о одређивању продаје непокретности путем усменог јавног надметања и прво рочиште за продају спорне непокретности као и оглас о продаји. Разлог за овакву одлуку је то што тужилац сматра да су, и ожалбена решења и акти које поништава по праву надзора, донета од стране месно ненадлежног органа. И тужбом и

[3] "Службени гласник РС", бр. 125/04

жалбама, тужиоци споре само разлоге туженог органа везане за месну ненадлежност првостепеног органа.

Међутим, по оцени аутора овог реферата приликом доношења оспореног решења учињена је повреда правила поступања из члана 199. став 2, а у вези члана 117. ЗУП-а, јер оспорено решење не садржи разлоге о томе да ли су испуњени услови за спајање ствари у један поступак пред другостепеним органом, како по жалбама два различита учесника у поступку на два различита решења првостепеног органа, тако и на спајање у један поступак одлучивања по жалбама као редовном правном средству и одлучивања по праву надзора које представља ванредно правно средство.

Одредбом члана 117. ЗУП-а прописано је да ако се права или обавезе странака заснивају на истом или сличном чињеничном стању и на истом правном основу и ако је орган који води поступак у погледу свих предмета стварно надлежан, може се покренути и водити један поступак и онда када се ради о правима и обавезама више странака. Под истим условима једна странка или више странака могу у једном поступку остваривати и више различитих захтева. О вођењу једног поступка у случајевима из става 1. и 2. овог члана орган ће донети посебан закључак. Против тог закључка може се изјавити жалба осим ако је закључак донео другостепени орган.

Овај члан упућује на то да могућност спајања ствари у један поступак, постоји и у другостепеном поступку и то независно од тога да ли су услови за то били испуњени већ у првостепеном поступку или не, или су се они стекли тек у поступку по жалби, али је неопходно да за спајање ствари буду испуњени услови, што потврђује и став Савезног врховног суда изражен у пресуди:

"Ако се странка истовремено жали против два или више првостепених решења, другостепени орган може донети решење по свим жалбеним захтевима, уколико има места спајању ствари у један поступак у смислу члана 127. ЗУП-а".[4]

Став 3. члана 117. такође упућује на то да се о спајању доноси посебан закључак на који постоји право жалбе уколико је донето од

[4] Пресуда Савезног врховног суда Уж. 9592/59 од 09.1.1960. године.

стране првостепеног органа, а искључена је жалба, уколико је закључак донео другостепени орган, што би упућивало на то да се тај закључак другостепеног органа може побијати само тужбом на одлуку којом се решава управна ствар, уколико управни спор није искључен, јер закључак о спајању ствари у један поступак није управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима [5] , већ је акт управљања поступком, против кога није обезбеђена заштита у управном спору.

У конкретном случају, тужени орган није донео посебан закључак о спајању поступака па је био у обавези да приликом доношења оспореног решења наведе разлоге због којих сматра да су испуњени услови за спајање у један поступак одлучивања по жалби два различита лица на две различите првостепене одлуке.

Такође, ЗУП ниједном својом одредбом не даје овлашћење другостепеном органу да споји у један поступак одлучивање по жалби, као редовном, и одлучивање по неком, од ванредних правних средстава. Због тога, по мишљењу аутора овог реферата, то није могао у поменутом предмету Врховног суда Србије, да учини ни тужени орган, чак ни из разлога економичности поступка, ако је то у супротности са оним што ЗППА и ЗУП прописују.

Месна (не)надлежност организационе јединице Пореске управе за принудну наплату продајом непокретности

Друга спорна процесна ситуација, у предмету Врховног суда Србије која је повод за писање овог реферата, јесте месна (не)надлежност организационе јединице Пореске управе (у даљем тексту: филијале) када је предмет извршења непокретност пореског обвезника.

У наведеном предмету Врховног суда Србије, порески обвезник је правно лице, а Пореска управа Филијала Ч. на чијој територији, порески обавезник има седиште, донела је правноснажно решење о принудној наплати из непокретности (два апартмана) која се налази на територији Пореске управе Филијале В.Б. Обе су при истом Регионалном центру. Филијала седишта је поред решења о принудној наплати у коме је одредила предмет извршења (непокретност), донела и реше-

[5] "Службени лист СРЈ", бр. 46/96

ње којим је одредила почетну вредност непокретности, закључак о продаји непокретности путем усменог јавног надметања са одређивањем првог рочишта за продају, одржала рочиште за усмено јавно надметање и након тога донела решење о продаји два апартмана на територији Филијале В.Б., двојици тужилаца.

У оспореном решењу тужени је изразио став да за вођење поступка и доношење аката, након доношења решења о принудној наплати на непокретности са територије друге филијале, филијала седишта пореског обвезника није надлежна, па је све акте донете након доношења решења о принудној наплати по праву надзора у смислу чл. 153. ст. 2. ЗППА поништила, јер се ради о актима ненадлежног органа.

Аутор овог реферата се у потпуности слаже са ставом израженим у оспореном решењу у погледу надлежности органа који је поступао у поступку након доношења решења о принудној наплати, али се као спорно у овој анализи отвара још једно питање, а то је: да ли је филијала седишта, која је донела решење о принудној наплати, уопште могла њиме да одређује и предмет извршења - непокретност на територији друге филијале.

У разрешењу ове дилеме треба истаћи следеће:

- Одредба члана 1. став 2. ЗППА прописује да се тим законом образује Пореска управа као орган у саставу Министарства финансија и уређују њена надлежност и организација, а чланом 168. истог закона прописано је да се за обављање послова из њене надлежности образују организационе јединице чији се начин образовања, број, структура, мрежа и делокруг уређују актом министра на предлог директора Пореске управе, с тим да се одређени послови Пореске управе могу вршити изван седишта организационе јединице о чему одлучује директор Пореске управе. Одредбом члана 160. ЗППА прописана је надлежност Пореске управе, а чланом 11. истог закона дефинисан је делокруг у пореском поступку.

Све наведене одредбе о устројству Пореске управе не садрже регулативу о месној надлежности њених организационих јединица. Та-

које то не регулише ни Закон о државној управи[6] сем што чланом 16. став 2. прописује да министарства и посебне организације не могу прописом одређивати своје или туђе надлежности нити физичким и правним лицима установљавати права и обавезе које нису већ установљене законом.

Одредба члана 21. у ставу 1. тач. 1, 2. и 4. ЗУП-а, прописује да се у управним стварима које се односе на непокретност месна надлежност одређује према месту у коме се она налази, у управним стварима које се односе на делатност предузећа или другог правног лица, према седишту предузећа или другог правног лица, а у осталим управним стварима према пребивалишту односно боравишту странке. Одредбом чл. 20. ЗУП-а прописано је да стварна и месна надлежност не могу да се мењају договором странака, договором органа и странака, нити договором органа, ако законом није друкчије одређено.

ЗППА, само једном одредбом у поглављу "Принудна наплата" и то чланом 109. став 1. прописује да се продаја непокретности врши у седишту организационе јединице Пореске управе која ту продају спроводи. Ова одредба посебног закона, по мишљењу аутора, морало је да буде другачије формулисана, јер језичким тумачењем, може да се закључи, да је битно место где ће се продаја непокретности спровести (седиште филијале или место које то није), а не оно што једино мора да значи, а то је да продају непокретности увек мора да врши филијала Пореске управе на чијој се територији непокретност налази. Ипак се из наведене одредбе као и чл. 77, 84, 92. и 105. ЗППА, може закључити да законодавац прави разлику између надлежности филијала Пореске управе, и то оне која покреће поступак принудне наплате и оне која спроводи продају непокретности која је предмет ове наплате. По својој суштини, анализирана одредба је у складу са одредбама чл. 20. до 24. ЗУП-а, о месној надлежности које се у недостатку ближе регулативе по ЗППА, примењују као одредбе општег закона.

Све напред наведено значи да је поступање Пореске управе у погледу месне надлежности њених филијала регулисано чланом 109. ст. 1. ЗППА и чланова 20-24. ЗУП-а и да, уколико се управна ствар односи на непокретност, месна надлежност организационе јединице Пореске

[6] "Службени гласник РС", бр. 79/05

управе мора да буде заснована само према територији на којој се непокретност налази.

У тужби којом се покреће поменути управни спор се наводи да је оспорено решење незаконито, јер је применом члана 22. ЗУП-а дозвољено поступање филијале седишта због тога што је, од два истовремено месно надлежна органа, филијала седишта прва покренула поступак. Међутим, овде нема два истовремено надлежна органа, тако да се овакви наводи не би могли прихватити.

Чињеница да је оглас о продаји непокретности објављен и на огласној табли филијале Пореске управе на чијој се територији налази предмет принудне наплате као и чињеница да је филијала седишта, наводно, обавестила филијалу на којој се налази непокретност о вођењу поступка, тражећи процену вредности од стране њене Комисије, не може да доведе до тога, да се сматра, да су акти, донети у поступку принудне наплате продаје непокретности са територије друге филијале, законити и да их није требало поништити у смислу члана 153. став 2. ЗППА. Оваква конструкција није могућа, будући да су процесне одредбе свих закона врло јасног и стриктног карактера.

Међутим, када је седиште пореског обвезника на територији једне филијале, а предмет извршења на територији друге, поставља се питање: у којој фази поступка, филијала седишта мора да достави списе филијали на којој је непокретност, да би се принудна наплата спровела?

Пореска управа заснива месну надлежност приликом утврђења пореза према седишту пореског обвезника уколико је правно лице, односно пребивалишту, односно боравишту ако је порески обвезник физичко лице, а све у смислу члана 21. став 1. тач. 2. и 4. ЗУП-а и нема сметњи да и решење о принудној наплати, којим се одређује непокретност као предмет извршења, донесе филијала седишта, пребивалишта односно боравишта пореског обвезника ако се непокретност налази на њеној територији у смислу члана 109. став 1. ЗППА и члана 21. став 1. тачка 1. ЗУП-а и да настави даље поступање.

Принудна наплата је врста посебног извршног поступка која се од извршења по ЗУП-у, а и судског, по ЗИП-у, разликује пре свега по томе што се може покренути само по службеној дужности и почиње

доношењем решења о принудној наплати под законом прописаним условима. Одредбом члана 84. ЗППА прописани су предмети извршења као и то да се они одређују решењем, а чланом 92. истог закона прописана су средства извршења (радње којима се врши наплата), а што би за непокретност као предмет извршења било: заплена, утврђивање почетне вредности и продаја. Ставом 2. члана 92. ЗППА прописано је да Пореска управа може на основу решења, по било којем редоследу, примењивати једно или више средстава принудне наплате из става 1. овог члана као и то да се ово решење доставља пореском обвезнику и његовим дужницима односно организацији надлежној за принудну наплату односно банци. Одредбом члана 105. ЗППА прописано је да се непокретност пописује, одређује њена почетна вредност и продаје од стране пореског извршитеља у поступку принудне наплате, на основу решења о принудној наплати из члана 92. став 2. тог Закона.

Из оваквих одредби у Закону произилази да се посебним решењем одређује принудна наплата, посебним, предмет извршења и посебним решењем средство извршења. Да је тако, произилази из чињенице да члан 77. став 2. ЗППА изричито наводи шта решење о принудној наплати мора да садржи и ту нема предмета и средства, а за њихово одређивање посебним члановима прописује доношење посебних решења.

Међутим, садржина члана 105. истог закона указује да је решење о одређивању средства извршења из члана 92. став 2, решење о принудној наплати, што би упућивало на то да се средство, па самим тим и предмет извршења, ипак одређују решењем о принудној наплати што је, ако је предмет извршења, непокретност на територији друге филијале Пореске управе, у супротности са чланом 21. став 1. ЗУП-а. Ова недореченост и противуречност одредби ЗППА може да створи проблем у пракси, за који аутор реферата сматра да га треба разрешити тако што филијала седишта, пребивалишта односно боравишта пореског обвезника може при доношењу решења о принудној наплати да одлучи о предмету и средству извршења уколико се ради о непокретности са њене територије, али не и о непокретности која се налази на територији друге филијале. Ако се то деси, филијала седишта мора да донесе решење о принудној наплати са обавезним елементима из члана 77. став 2. ЗППА, али без одређења предмета извршења и да одмах по коначности решења о при-

нудној наплати достави списе надлежној филијали која ће донети решење о предмету извршења и спровести даљи поступак принудне наплате из непокретности која се налази на њеној територији.

У прилог наведеном иде и чл. 24. ЗУП-а по коме, орган у току целог поступка, пази на своју стварну и месну надлежност и садржина члана 153. ст. 2. ЗППА којим је прописана могућност вршења по праву надзора елиминације из правног промета аката које је донео ненадлежни орган и прописана је обавеза другостепеног пореског органа да уколико утврди да је првостепени порески управни акт донео ненадлежни орган, да тај акт по службеној дужности поништи и достави предмет надлежном органу за решавање. Утолико пре, орган који донесе решење о принудној наплати, ако као предмет извршења треба да буде одређена непокретност која се не налази на његовој територији, може по коначности решења о принудној наплати, без интервенције другостепеног органа, да достави целокупне списе надлежној филијали, која ће поступак спровести.

Све напред наведено упућује на то да су одредбе ЗУП-а и ЗППА о надлежности императивне и да о њима нема споразумевања, већ се стриктно морају поштовати.

Надлежност за решавање у поступку принудне наплате накнаде за одводњавање

Уз анализу спорне правне ситуације везане за месну надлежност, треба споменути, иначе за праксу управних органа, битан став, о разграничењу управне и судске надлежности у поступку принудне наплате накнаде за одводњавање.

Приликом решавања у овим предметима, Пореска управа је сматрала да је накнада за одводњавање, приход водопривредне организације – предузећа а не јавни приход, те да није стварно надлежна за спровођење ове принудне наплате. Образложење за овакав став садржавало је и разлоге да се принудна наплата осталих накнада које су приход водопривредног предузећа, а нису јавни приход, врши у судском поступку по члану 266. став 2. ЗУП-а. Међутим, Врховни суд Србије је

нашао да је одредбом члана 107. Закона о водама[7] прописано да се у поступку принудне наплате накнада, када су у питању обвезници предузећа, примењују прописи о порезу на добит предузећа, а за остале обвезнике плаћања накнада, прописи о плаћању пореза на доходак грађана. Како је дужник у поступку имао својство предузећа, то се применом одредбе цитираног закона, принудна наплата новчане накнаде за одводњавање, врши према прописима о порезу на добит предузећа за које је применом чл. 77. до 113. ЗППА, прописано административно извршење у поступку код Пореске управе тако да је кроз своју пресуду изразио став:

"Принудна наплата накнаде за одводњавање врши се у управном, а не судском поступку"[8].

Услов за доношење решења о принудној наплати

Прописивањем обавезе Пореске управе, чланом 71. ЗППА, да, пореском обвезнику који, у целости или делимично није о доспелости платио порез односно споредно пореско давање, сем у случају члана 74. став 6. тачка 1. пошаље опомену о врсти и износу пореза односно споредног пореског давања доспелих за наплату, којом му се налаже да доспели износ плати одмах, а најкасније у року од пет дана од дана пријема опомене, са обрачунатом каматом од дана издавања опомене до дана уплате доспелог пореза односно споредних пореских давања, обезбеђена је могућност да се за случај неиспуњења пореске обавезе брже дође до поступка принудне наплате, а самим тим и до фактичког измирења пореске обавезе. Ова опомена мора да садржи и поуку пореском обвезнику да у року од пет дана може са Пореском управом да расправи спорна питања у вези врсте и износа пореза односно споредних пореских давања доспелих за наплату, чиме се пореском обвезнику омогућава да за случај било каквог неслагања у својој и евиденцији органа, расправи спорна питања.

[7] "Службени гласник РС", бр. 46/96... 54/96

[8] Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 4862/06 од 04.10.2007. године

Чланом 77. ЗППА прописано је да поступак принудне наплате пореза односно споредних пореских давања почиње доношењем решења о принудној наплати пореза ако порески обвезник није платио порез односно споредно пореско давање у року из члана 71. став 1. тог закона.

Ово значи да је услов за доношење решења о принудној наплати, неиспуњење обавезе пореског обвезника у року који му је остављен опоменом. Скраћењем рока са 10 на 5 дана у коме је порески обвезник дужан да плати неизмирене пореске обавезе убрзан је поступак наплате, а истовремено обавезом Пореске управе из члана 71. став 2. ЗППА да опомена мора да садржи поуку да обвезник може у року од пет дана да расправи сва спорна питања везана за своја дуговања, омогућено је учешће пореском обвезнику и његово изјашњење. О овоме се изјаснио и Врховни суд Србије у својој пресуди:

"Услов за доношење решења о принудној наплати је да порески дужник није измирио обавезу у року од 10 (сада 5) дана од пријема опомене".[9]

Имајући све напред наведено у виду, произилази:

З а к љ у ч а к

1. ***Месна надлежност организационих једница Пореске управе за спровођење поступка принудне наплате из непокретности, одређена је законом и то чланом 21. став 1. тачка 1. ЗУП-а и чл. 109. ст. 1. ЗПП-а и она се не може мењати.***

2. ***Принудна наплата накнаде за одводњавање врши се у управном, а не судском поступку.***

3. ***Не могу се спајати у један поступак предмети одлучивања по редовном и ванредном правном средству.***

4. ***Услов за доношење решења о принудној наплати је да порески дужник није измирио обавезу у року од 10 (сада 5) дана од пријема опомене.***

[9] Пресуда Врховног суда Србије У. 7063/05 од 07.06.2006. године

Рајка Милијаш,
саветник Врховног суда Србије

УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА ОСУЂЕНИХ ЛИЦА

Увод

Закон о извршењу кривичних санкција Републике Србије[1] - (у даљем тексту: Закон) донет је 29.9.2005. године, а на снагу је ступио 1.1.2006. године. Ратификацијом Европске конвенције о људским правима и основним слободама, након приступања Савету Европе, Република Србија је преузела обавезу да у домаћем законодавству обезбеди заштиту права зајемчених Конвенцијом од стране надлежних органа власти укључујући и судове. Закон представља само корак у реформисању националног законодавства са захтевима Конвенције и њених протокола, при чему је вођено рачуна о препорукама Комитета Министара држава чланица Савета Европе[2], тако да је његовим доношењем унапређен положај осуђеног лица током извршења казне затвора сагласно преузетим обавезама из међународних уговора, као и важећим европским правним стандардима којима је прописан положај и заштита основних права и слобода. Истовремено је овај закон део корпуса новог материјалног и извршног кривичног законодавства Републике Србије. Закон не садржи одредбе које се односе на извршење кривичних санкција према малолетницима пошто је ова материја уређена Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица[3], а у погледу нивоа законодавне регулативе највише пажње се посвећује положају осуђеног лица (чланови

[1] "Службени гласник РС", бр. 85/05.
[2] Препоруке Комитета министара чланица СЕ.
-Р (84) 15,
-Р (2003) 16
-Р (80) 2
-Р (77) 31
[3] "Службени гласник РС", бр. 85/2005.

37-171). Непосредно нормирање ове области извршено је у циљу очувања

основне идеје и циља закона – реформисаног приступа извршењу кривичног закона.

У основним, уводним одредбама закона (члан 1. став 2) прописан је примат примене међународног ратификованог уговора у односу на унутрашње право, као и принцип* ultima ratio *који се односи на положај лица према коме се санкција примењује, а којим је предвиђено да лице према коме се извршава санкција може бити ограничено у основним правима "само у мери неопходној за извршење санкције и у поступку прописаном овим законом". (члан 8). Санкција се извршава на начин којим се јамчи поштовање достојанства лица према коме се она извршава. Забрањени су и кажњиви поступци којима се лице према коме се извршава санкција подвргава било каквом облику мучења, злостављања, понижавања или експериментисања" (члан 6). Закон садржи посебно поглавље о правима осуђеника које гарантује право на човечно поступање, према коме свако мора поштовати достојанство осуђеног лица и нико не сме угрозити његово физичко или душевно здравље. У наставку овог поглавља, закон садржи и друге одредбе које гарантују различита права осуђених лица, али напред наведена основна начела указују да су при доношењу закона испоштовани високи европски стандарди заштите основних људских права и слобода осуђених лица, због чега је и циљ овог реферата сагледавање њихове практичне примене кроз досадашњу судску праксу.

Правни основ и предмет судске заштите

У односу на раније важећи Закон о извршењу кривичних санкција[4], новим законом је дозвољена судска заштита у циљу ефикаснијег остваривања основних права и слобода осуђених лица у току извршења казне затвора. Чланом 9. Закона је прописано да је против појединачних аката којима се решава о правима и обавезама лица према коме се извршава санкција дозвољена судска заштита, у складу са овим зако-

[4] "Службени гласник РС", бр. 16/97 и 34/01.

ном, а сагласно одредбама члана 22. Устава Републике Србије[5], према којима свако има право на судску заштиту ако му је повређено неко људско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале. Грађани имају право да се обрате међународним институцијама ради заштите слобода и права зајемчених Уставом. У случају повреде људских права заштита се може тражити у грађанском или кривичном судском поступку као и у управном спору. Заштита људских права и слобода која се остварују у неком од ових поступака се може означити као неспецифична, јер се не разликује од правне заштите која се пружа за нека друга права која не потпадају под појам људских права. Једино специфично правно средство за заштиту људских права зајемчених Уставом, у Србији је уставна жалба која је прописана чланом 170. Устава РС и чланом 82. Закона о Уставном суду[6], чиме се и осуђеним лицима омогућава још један вид заштите основних права и слобода.

У циљу ефикасније заштите права и слобода која се пружа у управном спору требало би законом предвидети могућност преиспитивања и измене одлука домаћег суда у правним стварима где је Европски суд за људска права утврдио повреде права загарантованих Конвенцијом, као што је у смислу члана 422. тачка 10. Закона о парничном поступку омогућено у заштити права која се пружа у парничном поступку.[7]

Правни основ управно-судске заштите која се остварује у управном спору је члан 165. Закона према коме против коначне одлуке којом је осуђеном током извршења казне затвора ограничено или повређено неко право утврђено овим законом осуђени има право на судску заштиту, која се остварује у управном спору.

Право на судску заштиту у управном спору, на основу одредбе члана 165. став 1. Закона, има осуђено лице коме је правоснажном пресудом суда изречена казна затвора за кривично дело за које је оглашен кривим као и кажњени који издржава казну затвора изречену за прекршај, од почетка извршења казне – дана када се осуђени јавио у завод на

[5] "Службени гласник РС", бр. 98/06.
[6] "Службени гласник РС", бр. 109/07.
[7] "Службени гласник РС", бр. 125/04.

издржавање казне (члан 45. став 2. Закона), односно дана када је осуђени лишен слободе (члан 46. Закона) до отпуштања осуђеног из завода (члан 147. - члан 173. Закона). Управно-судска заштита у смислу одредбе члана 165. Закона се односи на сва права која су прописана овим законом, дакле на она означена термином – права осуђеног, као и на права у ширем смислу која могу бити повређена при одлучивању применом прописаног начина извршења санкција, односно поступка.

Остваривање права осуђеног на управно-судску заштиту према судској пракси

Врховни суд Србије је надлежан да одлучује о тужбама за судску заштиту поднетим у смислу одредбе члана 165. Закона, на основу одредбе члана 17. став 1. под ђ) Закона о судовима[8] који се примењује на основу одредбе члана 84. Закона о уређењу судова[9], јер је доносилац коначног управног акта директор Управе за извршење кривичних санкција, која је у саставу Министарства правде Републике Србије, односно министар правде Републике Србије, дакле републички орган. Поступак остваривања и заштите права осуђених током извршења казне затвора је регулисан законом као и подзаконским актима и то Уредбом Владе Републике Србије о оснивању Завода за извршење заводских санкција у Републици Србији[10]; Правилником о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима[11], Правилником о начину спровођења програма заштите и учесника у кривичном поступку у заводима за извршење заводских санкција.

Против коначне одлуке којом је осуђеном током извршења казне затвора ограничено или повређено неко право утврђено овим законом осуђени може, према члану 166. Закона, у року од три дана од дана пријема одлуке, да покрене управни спор тужбом пред Врховним судом Србије, о којој је Врховни суд Србије дужан да одлучи у року од 15 дана од дана подношења тужбе.

Коначна одлука којом је осуђеном током извршења казне затвора ограничено или повређено неко право утврђено овим законом је

[8] "Службени гласник РС", бр. 46/91 и 71/92.
[9] "Службени гласник РС", бр. 63/2001...29/2004
[10] "Службени гласник РС", бр. 20/06.
[11] "Службени гласник РС", бр. 85/05.

управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима[12] због чега је суд при оцени законитости ових аката оцењивао и законитост примене правила општег управног поступка за она питања која нису прописана законом. Врховни суд Србије је по поднетим тужбама испоштовао законом прописани рок за одлучивање у циљу пружања благовремене и делотворне судске заштите, иако овако одређен кратак рок отежава примену процесних одредаба Закона о управним споровима по којима суд поступа у управном спору.

Према досадашњој судској пракси управно-судска заштита је најчешће покретана због повреде права из члана 37. (упућивање осуђених у заводе), члана 116. (премештај осуђеног из једног завода у други), члана 40. (накнадно распоређивање у заводу) и члана 140. (усамљење).

Чињеница да је поднета само једна тужба због ћутања администрације, у смислу члана 24. Закона о управним споровима, указује да су надлежни органи у поступку који је претходио доношењу коначне одлуке поступали благовремено по притужбама и жалбама осуђених лица што је позитиван корак, иако не и гаранција остваривања и заштите законом прописаних права. Тужени орган је по поднетим тужбама углавном достављао комплетне списе због чега је мали број уважених тужби због недостављања списа[13], јер суд због недостатка списа није у могућности да са сигурношћу испита правилност и законитост оспореног решења.

Из поднетих тужби се види да су органи управе приликом одлучивања о жалбама и притужбама осуђених лица поступали благовремено, с тим што је у једном случају Врховни суд Србије пресудом[14] уважио тужбу, због погрешне оцене туженог органа благовремености поднете жалбе. Врховни суд Србије је нашао да ако последњи дан за изјављивање жалбе против решења пада у дан када орган не ради, рок за жалбу истиче наредног радног дана, у смислу члана 91. Закона о општем управном поступку, по коме се под органом подразумева само орган пред којим треба предузети радње, а не и пошта која ради суботом, због чега је без утицаја на доношење другачије одлуке, позивање туже-

[12] "Службени лист СРЈ", бр. 33/97.
[13] Пресуда ВСС У.бр. 9479/07, У.бр. 9524/07.
[14] Пресуда ВСС У.бр. 9635/07.

ног на одредбу члана 79. наведеног закона, којом је прописан начин достављања писмена странкама.

Највећи број уважавајућих пресуда[15] Врховни суд Србије је донео због процесних недостатака оспореног решења, и то битних повреда правила поступка прописаних чл. 199. став 2. и чл. 235. став 2. Закона о општем управном поступку.[16] Према наведеним одредбама закона образложење решења садржи утврђено чињенично стање, доказе на основу којих је чињенично стање утврђено и разлоге донете одлуке, с тим да у образложењу другостепеног решења морају бити оцењени и наводи жалбе, а уколико је првостепени орган правилно оценио наводе који се у жалби износе, другостепени орган се може позвати на разлоге првостепеног решења. У наведеним пресудама суд је указао туженом органу на учињене битне повреде правила поступка и дао примедбе за њихово отклањање у поновном поступку.

У управном спору покренутом ради заштите права из члана 63. Закона који се односи на разврставање осуђеног у одговарајућу васпитну групу и утврђивање програма извршења казне као и на накнадно разврставање (рекласификацију) Врховни суд Србије је у пресуди[17] заузео правно схватање према коме је накнадно разврставање (рекласификација) осуђеног у другу васпитну групу могуће током издржавања казне затвора, зависно од потреба остваривања сврхе извршења казне као и измене програма извршења казне, сагласно одредби члана 63. став 5. Закона. Суд је такође указао да је тужени орган правилно нашао да су неосновани наводи жалбе да је тужилац као осуђеник могао бити разврстан у другу категорију само дисциплинском мером изреченом у проведеном дисциплинском поступку. У овом предмету, суд је ипак тужбу уважио јер је тужени орган у образложењу оспореног решења закључио да је поступак измене програма поступања према осуђеном правилно проведен, али при томе није дао оцену навода жалбе, којима се указује на повреде овог поступка, нити је навео доказе на основу којих је утврдио да је поступак којим је осуђени разврстан из Б у В категорију, проведен у складу са одредбама чл. 15-18. Правилника о кућном

[15] Пресуда ВСС У.бр. 1165/06, У.бр. 1334/06, У.бр. 6338/07, У.бр. 8670/07.
[16] "Службени лист СРЈ", бр. 33/97.
[17] У.бр. 739/07.

реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима, а такви докази за наведени закључак туженог органа се не налазе ни у списима достављеним суду.

У погледу остваривања права на управно-судску заштиту осуђених лица на издржавању казне затвора у случају изрицања дисциплинске мере пред Одељењем за управне спорове Врховног суда Србије се поставило као спорно питање да ли ово право имају осуђена лица и у случају изрицања дисциплинске мере из члана 146. Закона. Врховни суд Србије је, на седници Одељења од 1.10.2007. године, поводом одлуке у предмету[18] заузео правно схватање према коме против коначне одлуке донете у дисциплинском поступку осуђени има право на судску заштиту у управном спору пред Врховним судом Србије.

Према одредби члана 61. Закона о управним споровима доносилац коначне одлуке у случају да је његов акт поништен у управном спору, је обавезан да у року од 30 дана од дана достављања пресуде донесе нову одлуку, с тим што је у поновном поступку везан правним схватањем, као и примедбама суда из пресуде у погледу поступка. Непоступање доносиоца акта по пресуди суда донетој у управном спору пружа могућност странки да, у смислу члана 63. Закона о управним споровима захтева да суд уместо надлежног органа донесе управни акт. У досадашњој пракси суду није поднет ниједан захтев осуђеног лица за доношење акта у извршењу пресуде Врховног суда Србије у смислу цитираног члана, из чега произлази да су надлежни органи који пружају примарну заштиту права осуђених у установама за извршење кривичних санкција поступали у свему по пресудама Врховног суда Србије.

На основу изложене праксе Управног одељења Врховног суда Србије логично произлази

Закључак

Управно-судска заштита установљена Законом о извршењу кривичних санкција, против коначне одлуке којом је осуђеном током извршења казне затвора ограничено или повређено неко право, представља израз хармонизације домаћег законодавства са одредбама

[18] У.бр. 4386/07.

Европске конвенције о људским правима и европским стандардима законодавства у области извршења кривичних санкција, а досадашња судска пракса је значајан допринос у остваривању заштите основних права и слобода лица према коме се извршава ова санкција.

Милена Петровић,
саветник Врховног суда Србије

РАЗГРАНИЧЕЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ СУДОВА КОД ЗАШТИТЕ ПРАВА ИЗ ЗДРАВСТВЕНОГ ОСИГУРАЊА

Уставом Републике Србије[1] у члану 143. тачка 2. прописано је да се организација, надлежност, уређење и састав суда уређује законом. Законом о уређењу судова[2] одредбом члана 4. став 1. прописано је да се судска надлежност одређује Уставом и законом. Из ових одредби јасно произлази да се судска надлежност одређује само Уставом и законом, и она је најчешће јасно и прецизно одређена, а у неким случајевима то је учињено нејасно и непрецизно што доводи до различитих тумачења.

Колико је важно да свака одлука суда буде донета правилном применом материјалног прописа, не мање важно је и да ту одлуку донесе надлежан суд, односно суд који је законом одређен да поступа и одлучује по поднетој тужби. Само таква одлука суда је законита, па је стога сваки суд дужан да по службеној дужности током целог поступка води рачуна о својој надлежности, и поступа по тужби само ако је стварно и месно надлежан. Ако нађе да је надлежан неки други суд дужан је да се огласи ненадлежним и предмет уступи надлежном суду.

Надлежност судова по претходно важећем закону

Законом о здравственом осигурању[3] који је био у примени до 10.12.2005. године чланом 68. став 1. било је прописано да се против

[1] "Сл.гласник РС", бр. 98/06
[2] "Сл.гласник РС", бр. 63/01 ... 175/06
[3] "Сл.гласник РС", бр. 18/92 ... 101/2005

коначног акта филијале Завода, односно организације, којим је одлучено о праву из здравственог осигурања, не може водити управни спор, док је ставом 2. истог члана прописано да се против одлуке из става 1. може тражити заштита тог права пред надлежним судом. Овако формулисана одредба, иако делује прецизно и одређено, изазивала је дилеме око надлежности, па је пред Врховним судом Србије у спорним ситуацијама изазиван сукоб надлежности између окружних и општинских судова. Општински судови су се, закључујући да се ради о управном акту, за тужбе које су предате њима, оглашавали ненадлежним и уступали их на надлежност Окружном суду са њиховог подручја, а окружни судови су у таквим ситуацијама сматрајући да су ненадлежни подносили захтев Врховном суду Србије за решавање сукоба надлежности.

По мишљењу аутора, овакво закључивање општинских судова је произашло из тумачења одредбе члана 67. наведеног закона којим је, ставом 1, регулисано да се у поступку остваривања права утврђених овим законом примењују одредбе Закона о општем управном поступку, ако овим законом није друкчије одређено. Из овако формулисане одредбе следио је закључак да акти донети по том закону представљају управне акте, о чијој законитости одлучује Окружни суд обзиром на надлежност прописану у члану 14. став 1. тачка 8. Закона о судовима.

Међутим, то не произлази из већ цитиране одредбе члана 68. Закона којом је искључено вођење управног спора, па је Врховни суд Србије одлучујући по захтевима за решавање сукоба надлежности на основу члана 17. став 1. тачка 2. под в) Закона о судовима[4], а у вези члана 84. Закона о уређењу судова, и чл. 6. и 12. Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије одлучивао да је за поступање и одлучивање по тужбама против коначних аката Филијала завода, односно Завода надлежан Општински суд по месту пребивалишта тужиоца, а све у смислу одредбе члана 12. став 1. тачка 2. под а) Закона о судовима.

Надлежност судова по сада важећем закону

[4] "Сл.гласник РС", бр. 46/91 ... 71/92

Одредбом члана 175. став 1. Закона о здравственом осигурању[5], који је ступио на снагу 10.12.2005. године и којим је престала важност цитираног закона, прописано је да против коначног акта Републичког завода којим је одлучено о праву из здравственог осигурања, може се покренути управни спор, док је ставом 2. истог члана прописано да, изузетно од става 1. против коначног акта Републичког завода за остваривање права на здравствену заштиту из члана 34. до члана 46. овог закона, не може се покренути управни спор, а да се против тих одлука може тражити заштита тог права у парничном поступку пред надлежним судом. На овај начин утврђена је надлежност судова у управном спору, а и у парници, у зависности на шта се донета акта односе односно о ком праву је њима одлучено. *Тако се у управном спору оцењује законитост одлука донетих о праву из здравственог осигурања, а у парници законитост одлука донетих о праву на здравствену заштиту.*

У пракси су се појавила различита тумачења ове одредбе, како код управних органа приликом давања поуке о правном леку, тако и код судова који се иако надлежни оглашавају ненадлежним и предмет уступају другом суду за који сматрају да је надлежан за поступање по поднетој тужби.

Надлежност суда у управном спору је одређена у односу на то ко је доносилац коначног управног акта. Како је одредбом члана 174. став 3. Закона прописано да у другом степену решава Републички завод односно Покрајински завод за подручје аутономне покрајине, то је за оцену законитости коначних управних аката Републичког завода за здравствено осигурање надлежан да одлучује Врховни суд Србије у смислу одредбе члана 17. став 1. тачка 1. под з) Закона о судовима, а за оцену законитости коначних управних аката Покрајинског завода за здравствено осигурање надлежан је Окружни суд у Новом Саду у смислу одредбе члана 14. став 1. тачка 8. Закона о судовима. Било је случајева да се у коначним решењима које је донео Републички завод за здравствено осигурање у поуци о правном средству наведе да се тужба подноси Окружном суду на чијем подручју тужилац има пребивалиште, што је погрешно, а по мишљењу аутора до овакве грешке је дола-

[5] "Сл.гласник РС", бр. 107/2005 и 109/2005

зило због аналогије са надлежношћу прописаном за оцену законитости коначних управних аката Републичке заједнице пензијско-инвалидског осигурања, која је на тај начин одређена у члану 17. став 1. тачка 8. Закона о судовима. Та одредба се не може применити на коначне одлуке донете по Закону о здравственом осигурању, нити се надлежност може одређивати таквом аналогијом. Код овако погрешно дате поуке о правном леку тужба је по правној поуци подношена ненадлежном суду, а Окружни суд се правилно оглашавао ненадлежним и предмет достављао на надлежност Врховном суду Србије као надлежном. Овакав став заузет је и у пресуди Врховног суда Србије[6]:

"За оцену законитости коначних управних аката којима је одлучено о праву на здравствено осигурање је надлежан Врховни суд Србије, осим аката Завода који се доносе на основу члана 34-46. Закона о здравственом осигурању за које се судска заштита обезбеђује у парничном поступку пред надлежним судом".

За разлику од одлука против којих се може покренути управни спор, против коначног акта Републичког завода за остваривање права на здравствену заштиту из члана 34. до члана 46. Закона, заштита се остварује у парничном поступку пред надлежним општинским судом.

Карактер аката који се доносе по Закону о здравственом осигурању

Одредбом члана 173. став 2. Закона прописано је да се у поступку остваривања права утврђених овим законом примењују одредбе Закона којим се уређује општи управни поступак ако овим законом није друкчије одређено. Међутим, без обзира што се све одлуке доносе применом Закона о општем управном поступку, оне немају све карактер управног акта па тако одлуке којима је одлучено о праву из здравственог осигурања представљају управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима[7], док одлуке о остваривању права на здравствену заштиту то нису, већ представљају у најчешћем броју случајева имовинско-правне захтеве због чега се заштита тог права и остварује у парници.

[6] У. 6577/06 од 30.5.2007. године
[7] "Сл. лист СРЈ", бр. 46/96

Надлежност за започете поступке по претходно важећем закону

У прелазним и завршним одредбама новог закона у члану 253. предвиђено је да ће се жалбе поднете против решења донетих до ступања на снагу овог закона решавати према прописима који су важили до дана ступања на снагу овог закона, док по питању судске заштите иако је била различито регулисана у односу на садашње решење ништа није предвиђено. Према пракси Врховног суда Србије против решења донетих применом претходно важећег Закона о здравственом осигурању судска заштита се остварује на начин прописан тим законом, без обзира што је коначно решење донето у време важења новог закона, јер су се та решења могла оспоравати само у парници, а не и у управном спору. Став да се приликом одређивања надлежности примењује закон који је важио у време подношења захтева по коме је коначно одлучено оспореним решењем, изнет је и у решењу Врховног суда Србије[8]:

"Стоји чињеница да је новим Законом о здравственом осигурању, који је ступио на снагу 10.12.2005. године у члану 175. став 1. прописано да се против коначног акта Републичког завода, којим је одлучено о праву из здравственог осигурања може покренути управни спор, али у конкретном случају примењује се закон који је важио у време подношења захтева."

На основу изложеног може се извести

З А К Љ У Ч А К

1. За оцену законитости коначних аката којима је одлучено о праву на здравствено осигурање по Закону о здравственом осигурању који је ступио на снагу 10.12.2005. године, надлежан је Врховни суд Србије и Окружни суд у Новом Саду, зависно од тога да ли је доносилац коначног акта Републички или Покрајински завод.

2. Против аката Завода који се доносе на основу члана 34. до 46. Закона и односе се на остваривање права на здравствену заштиту,

[8] Ус. 1/07 од 30.3.2007. године

судска заштита се обезбеђује у парничном поступку пред надлежним општинским судом.

3. Надлежност суда за поступање у предметима одређује се на основу закона који је био у примени у време подношења захтева за остваривање права из здравственог осигурања па је Општински суд надлежан да одлучује по одлукама донетим по Закону о здравственом осигурању који је био у примени до 10.12.2005. године.

Проф. др Бранко А. Лубарда,
Правни факултет Универзитета у Београду

МОБИНГ/БУЛИНГ НА РАДУ

Злостављање/застрашивање на раду - правни аспекти, уз осврт на медицинске, психо-социјалне и економске аспекте -

ТЕРМИН И ПОЈАМ МОБИНГ (MOBBING/BULLYING)

Мобинг је начин понашања на местима рада, којим једно (ређе) или више (група) лица (по правилу више од четири лица) – других запослених, надређених /ређе подређених/ систематски психички злоставља или застрашује друго лице, у релативно дужем периоду (готово свакодневно или периодично више месеци), са намером оспоравања професионалног угледа и моралног интегритета запосленог – професионалног и људског достојанства (својеврсна стигматизација, "агресивна манипулација"), у /релативно/ дужем периоду, са циљем стварања неподношљивих услова рада (непријатељског и неетичког окружења, комуникације), при чему се жртва мобинга налази у готово беспомоћном положају, како би сам запослени отказао радни однос, чиме се избегава исплата накнаде због отпуштања од стране послодавца /из економских разлога/, као и могућност вођења радног спора.[1]

Појам мобинга укључује три основна обележја /битна елемента/: а) злостављање или застрашивање од стране једног или (чешће)

[1] Сличну дефиницију даје индустријски психолог и медицински научник у области психијатрије, који је истраживао мобинг још у 80-им годинама XX века у Шведској: H. Leymann, The Mobbing Encyclopedia, Psyhological terrorization – the problem of terminology, file 11130e, 12100e, 12220e. Такође:: K. Westhues, Workplace Mobbing in Academe, Department of Sociology, University of Waterloo, 2007, стр. 1, Е. Коић, П. Филаковић, Л. Мужинић, М. Матек, С. Вондрачек, Мобинг, *Рад сигур.,* 7/2003, стр. 1.

више лица на систематски начин; б) злостављање се одвија у дужем временском периоду на учестали начин (по неким ауторима најмање шест месеци, једном недељно); ц) циљ злостављања јесте да се запослени нађе у ситуацији продуженог стреса услед неподношљивог радног окружења, како би сам отказао радни однос. Премда мобинг може довести до злостављања /сексуалног/ и насиља на раду (*vis apsoluta*), мобинг се разликује од ових и сличних појава и појмова.[2] Наиме,* genus proximum *мобинга, сексуалног узнемиравања и дискриминације јесте повреда достојанства на раду (повреда права личности), а* differentia specifica *мобинга у односу на дискриминацију и сексуално узнемиравање јесте психичко злостављање /застрашивање/, за разлику од сексуалног злостављања које је повреда достојанства у сфери полног живота, и дискриминације која је повреда достојанства због урођених или стечених особина које нису од значаја за обављање послова - која има бројне основе (урођене – нпр. раса, боја коже, полна припадност или стечене – нпр. политичко опредељење).[3]

Термин мобинг – злостављање, долази из енглеског језика, од речи* mob *– олош, светина, руља, односно* mobbish *– простачки, вулгаран, груб. Из ове две речи произашла је реч* mobbing *– застрашити методом олоша, психички дотући; друштвено деградирати, уништити лично достојанство и искључити из социјалне средине.[4] Сама енглеска реч моббинг, пак, има своје далеке корене у латинском језику:* mobile vulgus *– svetina (ološ) и pokretu.[5] Забележено је да су у политичким обрачунима старог Рима, опоненти каткад користили (подмитљиву) градску светину (*vulgus*) да се усмери против опонената и да извикују увредљиве пароле или на други начин психички злостављ.

Термин* bullying *се у литератури јавља често као синоним за мобинг, али и у нешто другачијем значењу – изведен од енглеске речи* bully*: злостављати, кињити, односно "досадно злостављање, кињење неког лица без посебног мотива", односно као својеврсни психо-терор.

---

[2] (Europeen) Accord-cadre sur le stress au travail (2004), p. 1.

[3] Ближе о терминолошком и појмовном разграничењу: Ch. Rayner, H. Hoel, A Summary Review of Literature Relating to Workplace Bullying, *Journal of Community and Applied Social psychology,* Vol. 7/1997, стр. 189.

[4] K. Westhues, op. cit., стр. 1;E. Koić et al, op. cit., стр. 2.

[5] Илустровани енглески речник Оксфорд, Нови Сад, 2002, стр. 523.

Каткад се прави разлика између злостављања на раду – мобинг и злостављања у школи – булинг.[6] Други термини за мобинг су "психички терор" или "психо-агресија", "емоционално насиље", "трауме на радном месту", "непријатељско окружење".[7] На тај начин, прави се разлика између мобинга као психичког насиља на радним местима (местима рада), док појам булинг (у школи) укључује и психичко насиље (кињење), али и физички вид насиља који група ученика врши над другим учеником школе.[8]

УЗРОЦИ МОБИНГА НА РАДУ

Мобинг за своје узроке има (личне) конфликте на раду[9], који су повезани са неодговарајућом организацијом и процесом рада (распоред радног времена, несразмерна тежина посла, одсуство одређеног степена аутономије и прилагођености рада способностима запосленог), условима у радном окружењу (изложеност опасним супстанцама, буци, вибрацијама, температури), неодговарајућим методима менаџмен-

[6] Ch. Rayner, H. Hoel, A Summary Review of Literature Relating to Workplace Bullying, *Journal of Community and Applied Social psychology,* Vol. 7/1997, стр. 181-183.

[7] N. Zanolli Davenport, R. Distler Schwartz, G. Pursell Elliott, Mobbing-U.S.A. – Emotional Abuse in the American Workplace, BookMasters, Inc, 2005, стр. 20.

[8] H. Leymann, op. cit., file 11130e.

[9] K. Westhues, op. cit., стр. 2. Аутор наводи пример из праксе у здравственој установи, кад је током порођаја медицинска сестра, завршавајући смену /истек радног времена/, у жељи да оде по децу у вртићу /самохрана мајка/, не обавештавајући лекара, напустила салу за порођај (колективни уговор, иначе, забрањује да се од особља захтева прековремени рад без најаве у одређеном року), што је потом, наредног дана, довело до реакције лекара који јој је запретио отказом ако се понови поступак, што је имало за последицу емоционални стрес /трауму/ запослене, о чему је обавестила овлашћеног запосленог за превенцију конфликата /мобинга/ на раду у установи. Због поступка лекара, пошто закључени колективни уговор забрањује претећи и злоупотребљавајући речник у комуникацији а делом и због ранијих конфликата између лекара и директора здравствене установе, директор је суспендовао лекара за пар недеља, што је отворило питање евентуалног вертикалног мобинга према лекару такође, будући да се дисциплинска одговорност заснива на начелу прогресивног кажњавања – од формалног извињења ка тежим дисциплинским мерама.

та – одсуство комуникације, неизвесност у погледу перспектива на раду, честе измене услова рада, често расопоређивање на друге послове, одсуство подршке неодговарајућег радног окружења.[10] Узрок мобинга може бити и указивање на незаконитост пословања/рада послодавца, односно указивање на корупцију, односно обраћање запосленог надлежном /државном/ органу, што изазива реакцију послодавца у виду мобинга.

Мобинг се јавља по правилу као последица поремећених међуљудских односа код послодавца, односно произилази из нерешеног конфликта међу запосленима, неодговарајуће организације рада, као и услед колективног радног спора /између запослених и њихових организација и послодавца /менаџмента/.

Нерешни (дуготрајнији, изразитији) лични конфликти[11] могу бити у равни социјалне конкуренције, кад се у такмичењу за стицање професионалне афирмације код послодавца прибегава хоризонталном мобингу /зарад нечасног елиминисања конкурента, праћеног слабостима попут зависти и сл./, или кад дође до конфликта између запосленог и послодавца. Тако, истраживања показују да су жртве /хоризонталног/ мобинга "по правилу изузетне личности које испољавају интелигенцију, компетентност, креативност, интегритет, резултате и посвећеност позиву".[12] То посебно долази до изражаја у неетичној радној средини, кад се мобинг спроводи према запосленом који не жели да жртвује свој морални и професионални интегритет и достојанство да би се "уклопио" у неетичну /корумпирану/ радну средину. Иначе, спроведена истраживања не налазе да је /могући/ узрок мобинга у личности запосленог жртве-мобинга.[13]

Узроци мобинга налазе се и у неодговарајућој организацији рада и методима менаџмента /људским ресурсима/ – ауторитарни менаџмент – који има ниску толеранцију за грешке на раду, који генерише послушност, за разлику од менаџмента који подстиче самоиницијa-

[10] (Europeen) Accord-cadre sur le stress au travail, p. 2.
[11] H. Leymann, op. cit., file 11320e.
[12] N. Zanolli Davenport, R. Distler Schwartz, G. Pursell Elliott, Mobbing-U.S.A. – Emotional Abuse in the American Workplace, BookMasters, Inc, 2005, стр. 21.
[13] Е. Коић et al., op. cit., стр. 14.

тивност и креативност запослених /консесуални менаџмент/.[14] У случају да послодавац – менаџмент, због недостатка потребног броја запослених, повећава степен оптерећења (изнад стандарда и норматива рада) запослених и замор, то води /вертикалном/ мобингу, посебно кад је праћен претњама и отказом уколико запослени изражавају своје незадовољство.[15] Исто тако, до мобинга долази ако менаџмент није у стању да успешно решава проблеме (спорове) који се јављају у току рада или негира постојање конфликта и сам приступа застрашивању ради очувања радне дисциплине, што, потом, погоршава положај запослених (жртава мобинга).[16]

Посебно озбиљне и интензивне облике /вертикалног/ мобинга може да изазове указивање запосленог на озбиљне пропусте или незаконитости у раду послодавца, или указивање на корупцију код послодавца ("вислблоуери" – дувачи у пиштаљку).

На одређени начин раст појаве мобинга условљен је и процесима глобализације и либерализације, односно угрожавања вредности европског социјалног модела, чији је саставни део концепт социјалне тржишне привреде и концепт социјално одговорног менаџмента. Глобализација и либерализација праћене су склоности /посебно малих послодаваца/ ка ауторитарном менаџменту, у коме се ефикасности одлучивања жртвује партиципација /представника/ запослених у одлучивању, а социјални дијалог антисиндикалној стратегији. Посебно се у условима транзиције у државама бившег социјалистичког система стварају неповољне претпоставке за ширење мобинга, као каткад сурове, нехумане, социјално неодговорне менаџерске политике како би се сами запослени навели да откажу уговор о раду, чиме послодавац избегава законске обавезе у поступку колективног отпуштања и исплату отпремнина. /Истраживање – упитник, анкете и др. које би се спровело и у Србији треба да покаже да ли је овај тзв. транзициони мо-

[14] K. Westhues, op. cit., стр. 5 – 6; E. Koić et al., op. cit., стр. 14.

Као што је тиранско владање ослобођено закона (G. Faso, Историја филозофије права, ЦИД, 2007, стр. 208), тако је и ауторитарни менаџмент - владање над запосленима ослобођено поштовања социјалних права на раду, којим се гази професионално и људско достојанство.

[15] H. Leymann, op. cit., file 12310e.

[16] H. Leymann, op. cit., file 12310e.

бинг раширен, и у којим видовима се јављао у пракси, какве је прихичке и здравствене последице проузроковао/. Наиме, упоредна истраживања су показала да се мобинг чешће јавља у приватном него у јавном сектору.

ОБЛИЦИ МОБИНГА НА РАДУ

Мобинг се јавља у два основна облика - хоризонтали и вертикални мобинг, са мноштвом варијетета.

Хоризонтални мобинг долази од стране запосленог/запослених усмерен против другог запосленог на истом или сличним радним местима, при чему између мобера и жртве мобинга нема односа субординације. Не ретко се јавља као последица нефер социјалне /професионалне/ конкуренције, коју прати завист, љубомора и сличне људске слабости. Истраживања су показала да су жене чешће жртве мобинга од стране других жена запослених, као и да запослени мушкарци чешће прибегавају мобингу према другим запосленим мушкарцима него према запосленим женама.[17] Хоризонтални мобинг се испољава у блажим видовима – сталне шале, подсмех на рачун говора, држања, хода, одевања, приватног живота итд., или тежим облицима – ширење клевета у погледу професионалног и приватног живота (нпр. измишљање сексуалних сплетки), стално прекидање у говору, искључење из друштвеног живота, односно избегавање дружења у паузама рада, непозивање на забаве и сл. испољавање "професионалног остракизма".[18]

Вертикални мобинг иницира послодавац, односно долази од стране /непосредно/ претпостављеног (нижег или вишег менаџмента, ређе од самог извршног директора или главног извршног директора – генералног директора), при чему се у реализацији мобинга укључује више запослених којима се ставља од стране менаџмента у изглед одређена погодност (напредовање на раду, стручно усавршавање итд). Вертикални мобинг, отуда, може да се јави као прикривени вертикални мобинг, кад се иза, на први поглед, хоризонталног мобинга, крије вертикални мобинг. Вертикални мобинг се испољава на мноштво начина.

[17] E. Koić et al., op. cit., стр. 10.
[18] H. Leymann, op. cit., file 12220e, 12310e.

На пример у виду "празног стола" – кад се запосленом ускраћује обављање послова радног места, или се додељују тривијални послови испод стручног нивоа запосленог како би се повредило његово/њено професионално достојанство, или, пак, у виду "пуног стола" – кад се запосленом лицу даје превише посла, који не може успешно да заврши у току радног времена (тако да остаје да ради прековремено а да се не плаћа прековремени рад), што води претераном замору на раду.[19] Вертикални мобинг се јавља у виду појачане контроле присуства запосленог на раду, у извршавању радних задатака, излагању сталној критици претпостављених[20] због /наводних/ пропуста, уз омаловажавање професионалних способности, до честог распоређивања на друге послове /без оправданог разлога/, у прекидању у говору или при покушају да се дају објашњења или оспоре упућене критике[21], до професионалног "остракизма", избегавања односно изоловања запосленог. Мобинг се јавља и у виду провокација реакције жртве мобинга, како би сама жртва мобинга повредила обавезу понашања према другим запосленима или послодавцу, односно како би се против запосленог покренуо дисциплински поступак због увреде, или пак испровоцирала свађа, евентуални изгреди или прибегавање насиљу на раду. Мобинг се јавља и у низу других варијетета, при чему су технике мобинга по правилу мање суптилне према запосленима са нижим квалификацијама, а знају бити суптилније /теже докучиве – "терор је суптилнији што је посао бољи"[22]/ према запосленим са високим/експертским квалификацијама. Мобинг иде толико далеко у пракси да укључује и то да сам послодавац /посредством својих сарадника, потчињених/ организује да се на радном столу /у канцеларији/ запосленог жртве мобинга нађе /подметне/ компромитујући материјал који треба да представи запосленог као непрофесионалну или неморалну личност.

---

[19] Претерани замор на раду је повећани ризик по здравље запослених, што може имати и фаталне последице – смрт на раду услед инфаркта или можданог удара. У јапанским индустријским односима је ова појава добила свој особен назив, који је ушао у међународни речник појмова.

[20] H. Leymann, op. cit., file 12220e; Е. Коић et al., op. cit., стр. 13.

[21] H. Leymann, op. cit., file 12220e.

[22] Е. Коић et al., op. cit., стр. 14.

Посебно озбиљни видови вертикалног мобинга усмеравају се према запосленом /службенику/ који је непожељан потенцијални сведок злоупотреба или незаконитог рада послодавца, посебно у случају корупције. Наиме, код запосленог се јавља морална дилема у случају незаконитости рада послодавца – лојалност послодавцу /зарад заштите његовог приватног интереса/ или лојалност јавном интересу, као морално супериорнијем односу на приватни интерес послодавца. Уколико запослено лице обавести /поднесе пријаву/ надлежан државни орган, након што је претходно безуспешно указивао свом послодавцу на незаконитости у раду /пословању/, честа реакција према овом запосленом јесте вертикални мобинг – на систематски начин се негирају професионалне способности и морални интегритет запосленог, који се представља као "денунцијант" послодавца или "потказивач колега", "самореклamер", прибегава се својеврсном остракизму жртве мобинга, све до злостављања и застрашивања претњама /"у четири ока" – попут мафијашких метода застрашивања/ за личну сигурност запосленом и/или према члановима породице. У циљу заштите од мобинга, у упоредном праву се признаје право запосленом на упозорење, алармирање надлежног државног органа, уз заштиту запосленог /вислблоуера/ од мобинга. Тако, у америчком праву сет закона[23] донетих у последњих неколико деценија XX века (с тим да је у САД основан и Национални центар вислблоуера) се признаје право запосленог на алармирање (*right to whistelblow*), односно подношење пријаве надлежним државним органима, односно управним агенцијама, чиме се морална дилема запосленог – лојалност приватном интересу послодавца или лојалност јавном интересу /вишег ранга/ разрешава у корист заштите јавног интереса, при чему се пружа посебна заштита "вислблоуера" од мобинга на раду, која укључује учешће управне агенције у поступку заштите запосленог-вислблоуера, с тим да судска заштита укључује и могућност досуђивања високих казнених накнада против послодавца, односно у

[23] У питању су, поред осталих, Закон о заштити здравља и безбедности на раду. Федерални закон о контроли загађивања воде, Закон о здравој води за пиће, Закон о контроли токсичних супстанци, Закон о нуклеарној регулаторној комисији; D. Q. Mills, Labor-Managment Relations, New York,1989, стр. 461 – 462;

корист жртве мобинга.[24] Заштиту од мобинга у случају указивања на незаконотост рада државне управе, односно корупцију функционера– државних службеника на положају/ предвиђа у САД посебан федерални закон, који штити федералне службенике од /вертикалног/ мобинга или других мера које погоршавају правни положај службеника.[25] Заштиту запослених који указују на незаконитост-корупцију код послодавца, укључујући и заштиту од мобинга, предвиђа и Грађанскоправна конвенција о корупцији Савета Европе из 1999. године, која, такође, предвиђа накнаду штете жртви корупције, као и заштиту запослених који известе о корупцији.[26] Од посебног значаја је и Кривичноправна конвенција о корупцији, коју је Савет Европе донео 1998. године.[27]

Особен облик мобинга је тзв. обрнути мобинг, који се знатно ређе јавља у пракси, кад се као жртва мобинга јавља сам менаџер, а не субординирани запослени, што може бити последица некомпетентности менаџера или незадовољства запослених одлуком претпостављеног /нпр. руководиоца, старешине државног органа/одлуком о оцени рада запослених /нпр. државних службеника/.

ПОСЛЕДИЦЕ МОБИНГА НА РАДУ

Мобинг има нарочито штетне последице на психичко стање и здравље жртве мобинга, изазива економско-социјалне /породичне/ последице, као и правне последице.[28]

---

[24] Тако, надлежан суд је у САД досудио казнену накнаду у износу од 1,6 милиона долара корист запосленог / Џејмса Маркезеа/ продавца лекова у фармацеутској фирми /Sel therapeutic/, који је био изложен мобингу пошто је пријавио свог послодавца за утају пореза и продају неиспитаног препарата за борбу против рака; према М. Пантелић, Победио и компанију и државу – Залагање за јачу заштиту службеника који пријаве злоупотребе у америчком државном апарату, "Политика", 30. децембар 2007, стр. 4.

[25] D.W. C. Frederick, J. E. Post, K. Davis, Business and Society, New York, 1992, стр. 330 – 331.

[26] Dž. Poup, Антикорупцијски приручник, Супротстављање корупцији кроз систем друштвеног интегритета, OSCE, Transparency International, 2004, стр. 280 – 281.

[27] Ibidem, стр. 280.

[28] H. Leymann, op. cit., file 12220e; B. Rupprecht-Stroell, Mobbing: No, Grazie!, Milan, 2005.

Последице по појединца – жртву мобинга, породицу

Последице мобинга, односно продуженог стреса услед мобинга (екстензиван и опасан вид социјалног стреса[29]) по појединца, запосленог-жртву могу бити психичке, здравствене - психосоматске, економске, социјалне и правне. Негативне последице мобинга на раду испољавају се, потом, на односе према партнерима и деци /енг. **ripple effect/,** ***односно на односе у породици уопште. Мобинг води нарушавању социјалног положаја, угледа ("социјалној беди"[30]) има и посредне шире штетне друштвене последице, пошто води нарушавању система вредности и етичких стандарда /етике рада – Макс Вебер/ у друштвеним односима, а угрожава и /породичну и/ социјалну кохезију. Уз то, (плаћено) одсуство са рада услед болести изазваних условљених мобингом има своје финансијске последице на систем здравственог и пензијског и инвалидског осигурања.***

С друге стране, истраживања су показала, са становишта злостављача, да се мобинг каткад јавља као врста "издувног вентила", којим се прикрива немоћ у некој другој сфери живота послодавца/претпостављеног, који, тако, ствара око себе групу /"клан"/ у којој демонстрира своју моћ и важност на рачун запосленог-жртве мобинга.

а) Психичке и медицинске последице мобинга - осврт

Психичке реакције на мобинг

Истраживања у оквиру социјалне психологије идентификовала су психичке реакције на мобинг, као и саме биолошке рекације (повећање адреналина у телу). Мобинг има за последицу осећај фрустрираности[31], немогућности решавања проблема на послу /месту рада/, односно немогућност изналажења одговора ради отклањања мобинга, што не ретко изазива и осећај беспомоћности или мање вредности, а посебно због тога што је последица мобинга одређени губитак професионалног угледа и осећај дубоке повређености личног интегритета и до-

[29] H. Leymann, op. cit., file 11310e.
[30] H. Leymann, op. cit., file 12100e.
[31] H. Leymann, op. cit., file 11310e.

стојанства. Дешава се да жртва мобинга неоправдано сумњичи или приговора другима запосленима (који нису укључени у мобинг), чиме и сама изазива стрес код других запослених[32]. Каткад жртва мобинга настоји да методима додворавања послодавцу, као својеврсном одбрамбеном механизму, отклони мобинг, чиме и сама доприноси губитку самопоштовања /достојанства/[33]. Због мобинга комуникација у радном окружењу постаје непријатељска и неетична.[34] Мобинг постепено води слабљењу мотивације, замору /"пуни сто"/, односно исцрпљености (*burn-out *sindrom)[35], што се неминовно одражава на продуктивност на раду, апсентизам.

Психосоматске и друге здравствене последице мобинга - указивање

Спроведена истраживања у низу земаља у протекле две деценије су показала да дуготрајнија и интензивнија изложеност мобингу може да води нарушавању прихичког и физичког здравља, односно да има за последицу "реактивна депресивна стања, реактивна психотична стања параноидног типа, хронични посттрауматски стресни синдром"[36], да постоји повезаност психосоматских болести[37] попут астме, мултипле

[32] Ibidem.

[33] R. J. Deluga, M. Masson, Relationship of resident assistant consiousness, extraversion, and positive affect with rated performace, *Journal of Research in Personality*, 2000, 34:225-235; према Е. Коић et al., op. cit., str. 14 – 15.

[34] Е. Коић et al., стр. 9.

[35] Е. Коић et al., op. cit., стр. 11.

[36] Истраживања су показала да постоји одређени ризик за запосленог жртву мобинга који се обрати психологу или психијатру, ако се занемари истраживање социјалне ситуације на местима рада, да се утврди некоректна дијагноза, попут "параноје", "манично-депресеивна болест", "поремећај прилагодљивости", "поремећај личности"; H. Leymann, op. cit., file 12220e.

[37] У психосоматски поремећаји (или психофизиолошки поремећаји) – од *psyche* – душа, *soma* – тело, су обољења различитих органа и система код којих психички фактори (стрес) имају узрочну улогу у настанку, а које се манифестују на телесним променама: психофизиолошки поремећаји коже, психофизиолошки поремећаји респираторног система, кардиоваскуларног система, гастроинтестиналног система, генитоуринарног система; Ј. Марић, М. Лукић, Правна медицина, Београд, 2002, стр. 83 – 85.

кожне преосетљивости на хемикалије, са изложеношћу мобингу[38], а у најтежим случајевима мобинг доприноси или води до самоубиства (истраживања су показала да у око 10-20% самоубистава долази услед посттрауматског стресног поремећаја).[39] Истиче се да клиничка слика психичког поремећаја изазваног мобингом често одговара трајној промени личности, што укључује, односно има за последицу "непријатељство и неповјерљивост према околини, стални осјећај напетости, исцрпљеност, деморализираност због сталног понижавања, омаловажавања, исмијавања и одбачености".[40] Поред тога, "депресивност укључује осјећај празнине и безнађа…, губљење енергије, иницијативе, уз стални ризик овисности о психофармацима."[41]

Због нарушавања здравља, запослени се обраћа за психолошку и медицинску помоћ, односно остваривање права на здравствену заштиту (лечење и медицинску и професионалну рехабилитацију[42]), као и остваривање права на одсуство са рада услед привремене спречености за рад (тзв. боловање). Одређена истраживања показују да у појединим земљама узроци боловања у око 10-15% случајева јесу последица мобинга на раду, што, разуме се, има своје значајне последице не само по здравље запослених већ и по фондове задравственог осигурања (трошкове лечења и рехабилитације).[43] Истраживања показују да запослени са нижом стручном спремом чешће користе /плаћено/ одсуство са рада услед привремене спречености за рад – тзв. боловање него запослени-жртве мобинга са високом стручном спремом.[44]

---

[38] V. Mahler, A. Schmidt, M. Fartasch, T.H. Loew, T. L. Diepgen, Value of psychotherapy in expert assessment of skin diseases. Recommendations and indications for additional psychotherapy evaluation in expert assessment from the viewpoint of dermatology, Huatarz 1998, 49; 626-33; према Е. Коић et al., стр. 19.

[39] H. Leymann, A. Gustavsson,: How ill does one become of victimization at work? – U:ZAPF D., H. Leymann (ur): Mobbing and Victimization at Work. – A Special issue of the European journal of Work and Organizational Psychology, 1996; према Е. Коић et al, op. cit., стр. 11.

[40] Е. Коић et al. op. cit., стр. 12.

[41] Ibidem.

[42] H. Leymann, op. cit., file 12220e.

[43] H. Leymann, A. Gustavsson, National of Occupational Safety and health in Stockholm, Sweden, NBOSH, 1984; према Е. Коић et al., op. cit., стр. 19.

[44] Е. Коић et al., op. cit., стр. 12 – 13.

б) Економске и последице мобинга на одрживост система социјалног осигурања

Економске последице мобинга се испољавају у /имовинској/ штети коју послодавац /предузеће/ трпи услед трошкова исплате накнаде зараде за време привремене спречености за рад – боловања (по правилу у почетном периоду боловања – првих 30 дана, накнаду зараде исплаћује послодавац, а потом пада на терет фонда задравственог осигурања – домаће право). Посредно, послодавац трпи штету и услед смањене продуктивности рада запосленог услед мобинга, смањења мотивације на раду, губитка иноваторске мотивације или других иницијатива жртве мобинга.

Последице мобинга, у случају дуготрајнијег мобинга огледају се у све већим трошковима фондова здравственог осигурања за лечење и рехабилитацију, као и за исплату накнада зарада за време боловања. Поред тога, одређени проценат случајева превременог пензионисања изазван је мобингом, што води одређеним трошковима фондова пензијског и инвалидског осигурања (истраживања спроведена у скандинавским државама).

ц) Правне последице и други правни аспекти мобинга

Мобинг представља повреду више социјалних права, као и повреду права приватности и уопште достојанства на раду[45]. Мобинг је најпре повреда права на заштиту здравља и безбедности на раду, пошто је нужна последица мобинга продужени стрес, који изазива психичке и потенцијалне озбиљније здравствене проблеме, што, опет, отвара питање одговорности послодавца за заштиту задравља и безбедности на раду. Штавише, у стручној литератури се истиче да су "у друштвима високоиндустријализованог света Запада, места рада остала једина "попришта борбе" ("Battlefield") где се људи могу међусобно "убијати" без ризика да због тога буду изведени пред суд". Про-

[45] H. Leymann, op. cit., file 12220e.

цењује се да у Шведској око 10-20% годишњих самоубистава јесу резултат мобинга на раду".[46]

Значај правног регулисања материје мобинга утицао је да се посебним законима уреди превенција и правна заштита жртава мобинга на раду. Тако, у Француској је донет анти-мобинг закон 2002. године, у Канади (Квебеку) 2006. године такође.[47]

На послодавцу је обавеза организовања ефикасног надзора у циљу контроле остваривања права запослених на заштиту здравља и безбедности на раду. Мобинг (одређени његови облици) је често повезан са повредом права на приватност на раду /изношење "прљавог веша" из приватног живота жртве мобинга/. Заједничка свим облицима мобинга јесте повреда достојанства на раду.

Имајући у виду да се /слично дискриминацији и сексуалном узнемиравању/ јављају озбиљне тешкоће у доказивању мобинга /нарочито кад се мобинг организује на суптилан начин као психо-терор/, у упоредном радном процесном праву се одступа од класичних начела доказивања у парничном поступку /подељени терет доказивања/ у корист начела да је терет доказивања (*onus probandi*) на послодавцу. Наиме, жртва мобинга има тешкоће да се позове на сведоке међу запосленима, пошто запослени имају оправдану бојазан да би послодавац према њима могао предузети неповољне мере уколико сведоче у корист жртве мобинга, као што би, вероватно, запослени који сами учествују у хоризонталном мобингу, негирали наводе жртве да су намерно спроводили кињење или злостављање запосленог на раду.

Од посебног је значаја заштитна одредба упоредног радног законодавства да се запосленом признаје право на алармирање /whistelblowing/, упозорење надлежног органа јавне власти о незаконисти у раду послодавца /корупцији/, или пак корупцији јавних функционера. Корупција функционера /државних службеника/ јавља се као својеврсни модерни облик дужничког ропства (*pehit-*а), чије дугове, међутим, враћају грађани, а чија непосредна жртва мобинга може бити државни службеник који је указао на корупцију. Зашти-

[46] H. Leymann, op. cit., file 12220e.

[47] N. Zanolli Davenport, R. Distler Schwartz, G. Pursell Elliott, Mobbing-U.S.A. – Emotional Abuse in the American Workplace, BookMasters, Inc, 2005, стр. 20.

ту жртви мобинга, запосленом лицу које је пријавило корупцију, односно незаконитост у раду послодавца којом се угрожава јавни интерес, пружају у упоредном праву специјализоване управне агенције и судови, уз могућност досуђивања високог износа накнаде неимовинске штете, која нема само за циљ сатисфакцију жртви мобинга због претрпљеног душевног бола већ и функцију приватне казне са снажним одвраћајућим дејством (енг.* punitive damage*).[48] У начелу, запослени (јавни, државни службеник) би био обавезан да претходно покрене питање пред послодавцем, осим ако постоји оправдана бојазан да би могао бити (дисциплински) кажњен од послодавца (уколико и сам послодавац /менаџмент/ учествује у корупцији), а коруптивно понашање заташкано, тако да запослени обелодањује корупцију надлежном државном органу.[49] Заштиту службеника који известе о корупцији, под наведеним условима – заштиту "вислблоуера" отуда предвиђа, како је наведено, и Грађанско-правна конвенција о корупцији из 1999. године.[50]

У упоредном праву се посебно у последње две деценије све већа пажња посвећује заштити запослених који указују, обелодањују корупцију. Тако, у Аустралији је још 1994. године донет Закон о заштити "дувача у пиштаљку", којим се јачају поступци за обелодањивање у јавном интересу, односно обелодањивање коруптивног понашања, као и другог незаконитог понашања у јавном сектору, као и обелодањивање понашања које изазива опасност за јавно здравље или безбедност и опасност за животну средину. Законом се пружа заштита "дувача у пиштаљку" који би због обелодањивања могли да трпе штетне последице услед мобинга.[51] Слична решења садржи Закон о обелодањивању у јавном интересу Велике Британије из 1998. године, којим се допуњује Закон о правима запослених из 1996, у циљу охрабривања запослених да обелодане коруптивно (несавесно) поступање на радним местима – указивање на почињена кри-

[48] Ближе о казненој накнади у нашем истоименом раду, *Анали Правног факултета,* 4-6/1998, стр. 382 – 409.

[49] Ц. Поуп, Антикорупцијски приручник – Супротстављање корупцији кроз систем друштвеног интегритета, Transparency International, Београд, 2004, стр. 224.

[50] Ц.. Поуп, op. cit., стр. 280-281.

[51] Ibidem, стр. 293.

вична дела, деликте у грађанском праву, као и опасности по јавно здравље, безбедност и животну средину. Закон пружа заштиту од дисциплинског кажњавања или отпуштања запослених који у оквиру послодавца покрену (bona fide) питање неправилности (корупције), уколико је њихова сумња заснована на разумним разлозима, као и заштиту кад запослени обелодани корупцију надлежним државним органима (управним агенцијама), уколико запослени има за то доказе.[52] Или, у САД, Закон о подршци "дувачима у пиштаљку" дистрикта Колумбија, пружа заштиту од мобинга службеницима који обелодане (известе) о корупцији и другим кршењима закона којима се угрожава јавно здравље и безбедност.[53]

ПРЕВЕНЦИЈЕ, СМАЊЕЊЕ И ЕЛИМИНИСАЊЕ МОБИНГА НА РАДУ

Премда на послодавцу лежи обавеза да обезбеди здраве и безбедне услове рада, укључујући и заштиту од стреса – мобинга на раду, који су озбиљан ризик по здравље запослених /жртве мобинга/, ефикасне мере превенције, смањења или елиминисања /узрока/ мобинга на раду послодавац треба да предузима уз учешће запослених и њихових представника.[54] Приликом процене ризика на раду, стрес услед потенцијалног мобинга се узима у обзир, односно потребна је анти-стрес и анти-мобинг политика послодавца предузимањем превентивних мера индивидуалног и/или колективног карактера. У ред таквих мера спадају мере кадровског руковођења/менаџмента и развоја комуникације у циљу бољег разумевања развојних /пословних/ циљева послодавца, давања подршке запосленима у реализацији радних налога, подршке и /аутономним/ радним групама, успостављање што адекватније контроле извршавања рада /водећи рачуна да су одређени облици електронске

[52] Ibid., стр. 223-224, 293-294.
[53] Ibid., стр. 294.
[54] Europeen Accord-cadre sur le stress au travail /2004/, p. 2.

контроле супротни достојанству или приватности на раду/, али и покретање дисциплинске одговорности /имовинске одговорности и др/. Поред тога, потребно је предузети мере у циљу образовања и обуке менаџера за разумевања проблема стреса и мобинга на раду, њиховог спречавања. Исто тако, значајно је развити социјални дијалог у форми обавештавања, консултовања, закључења колективних уговора о раду којима би се уредила и материја превенције стреса на раду, као и мобинга на раду.[55]

Превенција, у циљу откривања првих знакова /хоризонталног/ мобинга и интервенције у циљу спречавања развоја мобинга на раду, постиже се, такође, одређивањем код послодавца квалификованог лица – запосленог /нпр. психолога, социјалног радника и сл./ коме би се запослени, који сматра да је изложен мобингу, могао обратити за помоћ.[56] ***Начелно је могуће једно такво овлашћење дати и одбору за здравље и безбедност на раду (превентивном телу код послодавца одређене величине, односно броја запослених, како то предвиђа општа оквирна директива ЕУ 89/391 о заштити здравља и безбедности на раду, чије решење је преузело и домаће радно законодавство), који би претходно прошао оспособљавање за ову врсту превенције стреса на раду, односно превентивне заштите здравља на раду /које угрожава мобинг/.***

Превенцији мобинга на најуопштенији начин доприноси подстицању културе људских права и достојанства, културе толеранције **– Cum licet fugere non quaere litem – Desiderius Erasmus***). Наиме, премда су индивидуални и колективни конфликти неизбежни пратилац (индивидудалних и колективних) радних односа, превенција мобинга се огледа у избегавању развоја конфликта у мобинг ситуацију.*[57] ***Отуда, социјални дијалог, колективни уговори о раду - пример Оквирног европског колективног уговора о стресу на раду из 2004. то јасно потврђује, имају посебан значај у овом погледу. Другим речима, социјални дијалог се показује као услов хуманизације услова рада, достојанствених услова рада, као што и партиципација /представника/ запослених у одлучивању има важну улогу у превенцији и сузбијању мобинга/булинга, сек-***

[55] European Accord-cadre sur le stress au travail, p. 3.
[56] Е. Коић et al., op. cit., стр. 14.
[57] H. Leymann, Mobbing – its course over time, file 12220e.

суалног узнемиравања, дискриминације на раду, којима је заједничка последица - повреда достојанства човека.

Менаџерска политика /послодавца/ заснована на "достојанству на раду", која нуди одговарајућу заштиту за све запослене, заснива се на уверењу /признању/ да запослени постижу своје најбоље резултате у позитивном радном окружењу, **vice versa.** ***Оваква менаџерска политика укључује превентивно деловање и путем обавештавања - постера, леафлета на огласним таблама послодавца, као и дистрибуције других популарних публикација ради подизања обавештености и свести о култури достојанствених услова рада, о заштити жртава мобинга.***[58]

[58] Е. Коић et al., op. cit., str. 4 – 5.

Мр Јадранка Ињац,
судија Врховног суда Србије

ЗАКОНСКЕ МОГУЋНОСТИ ОСТВАРИВАЊА ОДРЕЂЕНИХ ПРАВА НА ГРАЂЕВИНСКОМ ЗЕМЉИШТУ

-Увод-

Устав Републике Србије[1] дефинише да је коришћење и располагање пољопривредним земљиштем, шумским земљиштем и градским грађевинским земљиштем у приватној својини слободно, а законом се могу ограничити облици коришћења и располагања, односно прописати услови за коришћење и располагање да би се отклонила опасност од наношења штете животној средини или да би се спречила повреда права и на закону заснованих интереса других лица.

Наведена уставна решења нису доследно нормативно реализована, јер после доношења Устава није донет један или више закона који регулишу материју режима земљишта. Уместо тога, целокупни режим земљишта, па и режим грађевинског земљишта, што је предмет овог реферата, регулише Закон о планирању и изградњи из 2003. године.

Закон о планирању и изградњи[2] - у даљем тексту: Закон, Народна Скупштина Републике Србије је донела 22.04.2003. године, а ступио је на снагу 13.05.2003. године. Овим законом се уређују услови и начин планирања и уређења простора, уређивања и коришћења грађевинског земљишта и изградње објекта; оснива се Републичка агенција за просторно планирање; уређује вршење надзора над применом одредаба овог закона; уређују и друга питања од значаја за планирање и уређење простора, коришћење грађевинског земљишта и изградњу објеката.

[1] Члан 88. Устава Републике Србије
[2] "Службени гласник РС", бр. 47/03

Значајно је истаћи да су даном ступања на снагу овог закона престали да важе: Закон о изградњи објеката [3]; Закон о планирању и уређењу простора и насеља[4], Закон о грађевинском земљишту[5]; Закон о посебним условима за издавање грађевинске, односно употребне дозволе за одређене објекте [6]; и одредба члана 11. став 2. Закона о министарствима [7].

До доношења подзаконских аката на основу овлашћења из овог закона примењиваће се подзаконски акти донети на основу закона који престају да важе даном ступања на снагу овог закона ако са њим нису у супротности.

За примену закона у делу који се односи на грађевинско земљиште, од посебног значаја је било доношење одговарајућих подзаконских аката, на основу овлашћења из закона, којима је требало ближе уредити низ питања и на тај начин омогућити примену новог режима земљишта у односу на ранији.

Грађевинско земљиште

Закон дефинише грађевинско земљиште као земљиште на којем су изграђени објекти и земљиште које служи за редовну употребу тих објеката и земљиште које је одговарајућим планом донетим у складу за законом, предвиђено за изградњу и редовно коришћење објекта. Грађевинско земљиште користи се према његовој намени и на начин којим се обезбеђује његово рационално коришћење у складу за законом.

Закон прави разлику и познаје две врсте земљишта, јавно грађевинско земљиште и остало грађевинско земљиште.

-Јавно грађевинско земљиште-

[3] "Службени гласник РС", бр.44/95,24/96,16/97 и 40/01
[4] "Службени гласник РС", бр. 44/95, 23/96, 16/97 и 46/98
[5] "Службени гласник РС", бр. 44/95 и 16/97
[6] "Службени гласник РС", бр. 16/97
[7] "Службени гласник РС", бр. 35/2003

Грађевинско земљиште на којем су, до дана ступања на снагу овог закона, изграђени јавни објекти од општег интереса и јавне површине и које је у државној својини, сматра се јавним грађевинским земљиштем.

Као јавно грађевинско земљиште сматра се и земљиште које је, планом донетим у складу са овим законом, намењено за изградњу јавних објеката од општег интереса и за јавне површине и које је у државној својини.

Из одредаба Закона[8] које се односе и које ближе дефинишу појам јавног грађевинског земљишта произилази да ово земљиште одређује, уређује и стара се о његовом коришћењу општина према намени која је предвиђена планом и општим актом општине. Тај акт о одређивању јавног грађевинског земљишта нарочито садржи опис граница земљишта које се одређују за јавно грађевинско земљиште, назив катастарске општине и списак бројева катастарских парцела. При том, при одређивању јавног грађевинског земљишта[9] општина је обавезна да донесе акте о изузимању земљишта из поседа корисника тог земљишта, а накнада се исплаћује по одредбама закона којима се уређује експропријација. Општина има и обавезу да одреди јавно грађевинско земљиште у року од две године од дана ступања на снагу овог закона. У случају да општина не одреди јавно грађевинско земљиште у овом року, Влада Републике Србије има обавезу да одреди границе јавног грађевинског земљишта. Ово земљиште општина одређује за јавно грађевинско земљиште после прибављања у државну својину у складу са законом.

Јавно грађевинско земљиште што се тиче његовог уређивања може бити уређено и неуређено, изграђено и неизграђено.

Изграђено грађевинско земљиште је оно на коме су изграђени објекти у складу са Законом и намењени за трајну употребу, затим јавне површине у државној својини (паркови, тргови, паркинзи), као и земљиште које је на основу донетог урбанистичког плана намењено за изградњу јавних објеката и уређења јавних површина.

[8] Чл. 69.-73. Закона о планирању и изградњи

[9] Чл. 69. ст. 1. Закона о планирању и изградњи

Под неизграђеним грађевинским земљиштем подразумева се земљиште на којем нису изграђени објекти, на којем су изграђени објекти супротно закону и оно на којем су изграђени привремени објекти.

Јавно грађевинско земљиште се не може отуђивати из државне својине, али се може дати у закуп на одређено време до привођења планираној намени. Право коришћења на овом земљишту постоји само на основу права својине или права коришћења грађевинског објекта, односно његових посебних делова, као што су станови, локали итд.

Одредбе Закона нису прецизне и јасне у одређивању када земљиште стиче статус јавног грађевинског земљишта због тога што га Закон дефинише везујући се при томе и за плански акт и за објекте који се на њему граде или ће бити изграђени или су већ сазграђени, као и за доношење одлуке од стране општине која одређује земљиште за јавно грађевинско земљиште. Закон грађевинско земљиште опредељује и планом тако да план генералне регулације и план детаљне регулације одређује, односно ближе разрађује поделу грађевинског реона на јавно и остало земљиште.

Иако закон даје различите аспекте разраде појма јавног грађевинског земљишта према закону јавно грађевинско земљиште стиче тај статус тек када га одреди општина својим актом - одлуком.

Треба истаћи да је рок за доношење одлука којим општина ово земљиште проглашава за јавно грађевинско земљиште био две године тј. 13. мај 2005. године, а да је Законом о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи[10] општинама остављен рок од још годину дана од дана ступања на снагу Закона, а и тај рок до 26. априла 2007. године, је истекао, а да законом предвиђена одлука у великом броју општина није донета.

Неспорно је да услови и критеријуми којих су дужни да се држе општине приликом проглашења и дефинисања јавног грађевинског земљишта нису у закону до краја јасни. Уз остало и то је сигурано имало утицаја на наведену околност да не само у закону прописаном, па и продуженом року, него и до сада, пет година после доношења закона, знатан број општина није донео или створио услове за доношења пла-

[10] "Службени гласник РС", бр. 34/2006

на, односно општег акта којим се дефинише јавно грађевинско земљиште.

За неизграђено јавно грађевниско земљиште није законом одређен било какав рок када се исто може одредити тако да се таква одлука увек може донети.

-Остало грађевинско земљиште-

Земљиште, изграђено или неизграђено, које није одређено као јавно грађевинско земљиште, представља остало грађевинско земљиште.

Овакво дефинисање категорије остало грађевинско земљиште, посебно при чињеници да јавно грђевинског земљиште није конкретно и прецизно законски уређено, као и његово уређење у самом закону отварају низ питања, дилема и недоумица у примени и решавању конкретних случаја значајних права великог броја грађана. Наиме, ово земљиште може бити у свим облицима својине и може бити у промету. Остало земљиште које је у државној својини, односно земљиште које није приведено намени и не чини урбанистичку и функционалну целину са јавним грађевинским земљиштем, па није и неће бити јавно грађевинско земљиште, може омогућити успостављање режима својине који је био пре ступања на снагу одлуке о одређивању тог земљишта као градског грађевинског, на захтев ранијег сопственика или његовог правног следбеника, односно законског наследника, са правом уписа у јавне књиге. Дакле, на осталом грађевинском земљишту у државној својини ранији сопственик, односно његов законски наследник, или лице на које је то право пренето, могу да стекну право коришћења које може бити у промету. Остало грађевинско земљиште које није предато у посед ранијем власнику или правном следбенику, општина може дати у трајни закуп ради изградње објеката заинтересованим лицима на законом прописан начин.

У ранијем систему режима земљишта, општине и град Београд су биле овлашћене да својим одлукама уређују зоне и површине у градовима и насељима градског карактера које су представљале тзв. градско грађевинско земљиште, које је било изузето из промета одно-

сно из својине раних власника и постало државна својина. Како су општине и Град врло широко користиле ова овлашћења, то део тог земљишта није и неће бити проглашен за јавно грађевинско земљиште. То грађевинско земљиште у другим облицима својине, осим државне чини остало грађевинско земљиште.

***У погледу права ранијег сопственика осталог грађевинског земљишта које је у државној својини закон је изричит: он не даје могућност него директно успоставља то право ранијег сопственика по принсципу,* ex lege.**

Право на повраћај својине, или право на стицање права коришћења којим се замењује раније право својине постоји само на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини.[11] Повраћају не подлеже ни земљиште које је раније, као градско грађевинско било у државној својини. Његов режим се може изменити само посебним законом.

Власници, чији су објекти до дана ступања на снагу овог закона, изграђени у складу са законом на изграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини имају право коришћења постојеће грађевинске парцеле док тај објекат постоји.

Круг лица која на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини имају право коришћења су ранији сопственик, законски наследник, као и лица на која је раније сопственик пренео право коришћења у складу са законом. Ранијим сопственником на неизграђеном осталом земљишту Закон сматра и лице које је по важећим прописима било његов сопственик на дан супања на снагу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта[12]; Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера [13] [14], који се прво примењивао као савезни, а касније као републички пропис са истим називом.

---

[11] Члан 84. ст. 1. Закона о планирању и изградњи

[12] "Службени лист ФНРЈ ", бр. 52/58, 3/59, 24/59 и 24/61

[13] "Службени лист СРЈ", бр. 5/68

[14] "Службени гласник РС", бр. 32/68, 17/69, 29/69, 19/71, 16/72, 24/73, 39/73

Право ранијих власника остварује се по одређеном поступку. Закон није прописао посебан поступак, стога се у остваривању права ранијих сопственика готово у целости, имају применити одредбе Закона о општем управном поступку.

Следствено томе, основаним се чини став да овај поступак започиње подношењем захтева за утврђивање* права коришћења на неизграђеном осталом земљишту*, а што, у основи, значи враћање грађевинског земљишта, који се подноси надлежној општинској управи која одлучујући о захтеву доноси решење.

За само подношење захтева морају бити испуњени одређени услови, и то као први, да лице које подноси захтев има својство ранијег власника, његовог законског наследника или лица на које је ранији сопственик, на законит начин пренео право коришћења; други, да је земљиште по основу закона постало државна својина и трећи да то земљиште има карактер осталог грађевинског земљишта.

Надлежни орган општинске управе, најчешће за имовинскоправне и стамбене послове, утврђује активну легитимацију лица за подношење захтева за утврђивање права коришћења на неизграђеном осталом грађевинском земљишту, који могу бити само из круга лица таксативно набројаних у Закону. Даље, орган утврђује да ли се земљиште за које се тражи утврђивање овог права налази у државној својини, у власништву Републике Србије, на којем су као корисници, један или више њих уписани подносиоци захтева. Подаци о земљишту утврђују се на основу листа непокретности (изводом из земљишних књига) за одређене катастарске општине у којима су садржани подаци у погледу броја, положаја и површине катастарских парцела.

При одлучивању о статусу земљишта - парцеле за које је поднет захтев од значаја је постојање планског акта, регулационог плана за одређене просторне целине. Планом може бити нпр. предвиђена на одређеним парцелама изградња објекта за јавне намене (нпр. здравство, школство и сл.), али да при томе те парцеле нису и општим актом одређене као јавно грађевинско земљиште. Због тога је за утврђивање да ли парцела има статус јавног или осталог земљишта потребно кумулативно испуњење два услова: да је планским актом конкретно земљиште намењено за јавне намене и да је општим актом, односно одлуком општине или Града одређено као јавно грађевинско зе-

мљиште. Додатни услов је да није поднет захтев ранијег власника о изузимању земљишта из поседа корисника предметног земљишта.

Могуће је да ранији сопственик стекне право на повраћај, односно да му се утврди право коришћења на земљишту и у случају да су парцела или њен део неизграђено грађевинско земљиште, мада се налазе у површинама које су планским актом намењене за изградњу објеката за јавне намене. Наиме, уколико предметно земљиште (парцела или њен део) није јавно градско грађевинско земљиште, него је планским актом остало неизграђено грађевинско земљиште, планирано за изградњу, и поред тога што се налази у реону за изградњу објеката за јавне намене, испуњени су услови из члана 84. Закона, да се то земљиште врати ранијем сопственику, односно да му се на том земљишту призна право коришћења.

Речено је већ да, нажалост, и после више година од доношења Закона, локална управа, али ни држава ни њени органи, мада им је то била обавеза нису још увек донели план, општи акт или одлуку (рекло би се да се ради о истој ствари) којима се одређује јавно грађевинско земљиште. Овакво одсуство тог значајног дела система регулисања режима земљишта има за директну последицу тешкоће у примени закона у целини, а посебно у делу права грађана на остало грађевинско земљиште. Ово и стога што је за то земљиште дата негативна дефиниција у закону (оно што није јавно грађевинско земљиште јесте остало грађевинско земљиште).

Суочен са конкретним случајевима примене закона у пракси, у оцени законитости рада надлежних државних органа, односно њихових одлука, којима су одлучивали о испуњености законских услова за остваривање права на коришћење осталог грађевинског земљишта, Врховни суд Србије, је у својим одлукама[15] изразио став да се ранијим сопственицима може признати право коришћења на осталим грађевиском земљишту без постојања одлуке општине о одређивању јавног грађевинског земљишта.

[15] У. бр. 6317/04 од 07.06.2006. године;
У. бр. 4518/07 од 31.01.2008. године;
У. бр. 5626/07 од 31.01.2008. године;

И ако не постоји одлука о одређивању земљишта за јавно грађевинско земљиште, чињеница да постоји плански акт (а то је најчешћи случај) омогућава и олакшава признавање овог права, и то у случајевима кад су кат. парцеле, односно земљиште планским актом, у целини, обухваћене, као остало неизграђено земљиште. У случају да нема јасног разграничења, па су поједине кат. парацеле у целини или делом предвиђене као јавно грађевинско земљиште, а делимично као остало грађевинско земљиште, потребно је да се покрене поступак парцелације, под условима и на начин како то прописује закон, да би се на тај начин јасно разграничило јавно и остало грађевинско земљиште, и на овај начин омогућило признање права коришћења на кат. парцели која је формирана као остало грађевинско земљиште.

Посебан значај у примени прописа о, пре свега, осталом грађевинском земљишту представља поступање органа општине, али и праксе Врховног суда Србије у решавању питања поништаја правоснажних решења о изузимању градског грађевинског земљишта.

На захтев ранијег сопственика, односно његовог законског наследника, поништиће се правноснажна решења о изузимању градског грађевинског земљишта из његовог поседа, ако корисник градског грађевинског земљишта исто не приведе намени за коју је земљиште изузето, у року од годину дана од дана ступања на снагу Закона[16].

Захтев се подноси надлежном органу општинске управе, која утврђује испуњеност законских услова за поништај решења о изузимању градског грађевинског земљишта, односно утврђује да ли је у питању остало грађевинско земљиште унутар грађевинског реона, за које је према плану детаљне регулације предвиђена изградња одређених објеката, да ли је то земљиште приведено намени за коју је изузето и да ли је то учињено у року од годину дана од дана ступања на снагу Закона, односно до 13.05.2003. године. На овај начин, ако се утврди да су испуњени кумулативно сви услови, утврђује се да предметно земљиште може бити враћено ранијем сопственику, односно његовом законском наследнику.

Да ли је земљиште приведено намени или не утврђује се на основу налаза и мишљења вештака грађевинске струке, да од дана до-

[16] Члан 86. ст. 7. Закона о планирању и изградњи

ношења решења којима се одузима посед на њима, до дана подношења захтева за поништај овог решења нису изведени радови нити су изграђени објекти у циљу привођења истог намени за коју је изузето.

Врховни суд Србије је својим одлукама[17] углавном потврђивао донета решења надлежних државних органа када су на овакав начин, утврђујући испуњеност свих законских услова, одлучивала о захтеву за поништај правноснажног решења о изузимању градског грађевинског земљишта. Врховни суд Србије је изразио и став[18] да у случају постојања више законских наследника, који траже поништај правноснажног решења о изимању градског грађевинског земљишта довољно је да само један од њих поднесе такав захтев.

Посебно питање је судбина захтева којима се тражи делимичан поништај правноснажног решења о изузимању градског грађевинског земљишта, јер постављање оваквог захтева није Законом регулисано. Врховни суд Србије оправдано у својим одлукама [19] [20], налази да је правно могуће поништити правноснажно решење о изузимању и само у односу на један део (односно само у односу на неке од више изузетих парцела) грађевинског земљишта, уколико је тај део засебно јасно одређен и уколико тај део са осталим изузетим земљиштем не представља комплекс земљишта који је као целина изузет ради привођења одређеној намени.

На основу свега изнетог, могу се дати следеће:

ЗАКЉУЧНЕ ОЦЕНЕ

Режим земљишта, посебно јавног грађевинског земљишта, а нарочито осталог грађевинског земљишта није до краја и у потпуности регулисан. Постојање Закона који није усаглашен са Уставом само потврђује ову оцену.

[17] У.бр. 2655/05 од 07.09.2006. године;
[18] У.бр. 2419/05 од 02.02.2006. године;
[19] У. бр. 3226/05 од 22.12.2005. године.
[20] У. бр. 7191/07 од 21.05.2008. године.

У ствари режим земљишта, посебно грађевинског, уређен је Законом о планирању и изградњи. Ради се о Закону који чак и примарно регулише друга питања, а земљиште чини мањи и не најважнији део.

Закон није доследно до краја разрешио нека, па и основна питања. Једно од таквих је акт којим се утврђује јавно грађевинско земљиште. У члану 69. став 2. Закона говори се о плану; у члану 70. о акту о одређивању јавног грађевинског земљишта, а у члану 79. став 5. о одлуци о одређивању грађевинског земљишта за јавно грађевинско земљиште.

Посебно питање је карактер права које се признаје ранијим власницима на неизграђеном земљишту. У ст. 4. и 5. члана 79. Закона на захтев ранијег сопственика ***успоставља се*** режим својине ***који је постајао пре проглашења тог земљишта за градско грађевинско. Истовремено у члану 84. Закона ранијем*** сопственику ***се признаје*** право коришћења ***на враћеном земљишту***. ***При томе право коришћења има све атрибуте својине, јер је у промету и уписује се у јавне књиге. На овај начин Закон уводи*** sui generis ***и непостојећи својински облик када омогућава да се један облик својине – државне, трансформише у право коришћења. Ово питање треба посебно сагледавати у условима важења новог Устава, који је изрчито уредио облике својине, међу којима није и право коришћења.***

Потпуније регулисање грађевинског земљишта предтпостављало је ближе уређење ових питања доношењем подзаконских аката, којима би се ближе уредила ова област и омогућила примена закона. Један од таквих је и акт о одређивању јавног грађевнског земљишта, чиме се дефинише и остало грађевинско земљиште, који нису донети, не само у року утврђеним законом него су пропуштени и накнадни за доношење ових аката. Изостала је и законом прописана обавеза Владе Републике Србије или надлежних државних органа да те акте сами донесу ако то не учине општине. Последице су да и сада, после пет година од доношења закона, у знатном броју општина не постоје одлуке које су битан услов за регулисање ове области и остваривања права грађана.

У одсуству овакве потпуне регулативе, а будући да се ради о изузетно значајним питањима која се директно тичу великог броја грађана, и остваривању њихових права, одлукама Врховног суда Србије

унеколико је превазиђено одсуство потребне законске и друге нормативе и омогућено решавање и остваривање права грађана и других заинтересованих учесника у поступцима везаним, посебно, за остало грађевинско земљиште.

Вера Пешић,
судија Врховног суда Србије

УГОВОР О ЗАКУПУ ЗЕМЉИШТА КАО ПРАВНИ ОСНОВ ЗА ДОБИЈАЊЕ ОДОБРЕЊА ЗА ИЗГРАДЊУ

Законом о планирању и изградњи[1] се уређују услови и начин планирања и уређења простора, уређивања и коришћења грађевинског земљишта и изградње објеката; оснива се Републичка агенција за просторно планирање; уређује вршење надзора над применом одредаба овог закона; уређују и друга питања од значаја за планирање и уређење простора, коришћење грађевинског земљишта и изградњу објеката.

Изградња објеката се, у смислу одредбе члана 88. Закона, врши на основу одобрења за изградњу, које надлежни орган издаје у форми решења на основу Законом прописаних услова.

Одредбом члана 91. Закона је прописано да се уз захтев за издавање одобрења за изградњу подноси:

- Извод из урбанистичког плана или акт о урбанистичким условима, који није старији од годину дана;

- Идејни пројекат потврђен од стране надлежног органа да је урађен у складу са изводом, односно актом из тачке 1. овог става;

- Доказ о праву својине, односно закупа на грађевинском земљишту, односно праву својине на објекту, односно праву коришћења на неизграђеном грађевинском земљишту и решење из члана 84. овог закона;

- Други докази одређени урбанистичким планом, односно актом о урбанистичким условима;

[1] у даљем тексту: Закон - "Сл. гласник РС" бр. 47/03, 34/06, 44/06 и 16/97

Законом је, међутим, прописана и могућност власника објекта изграђеног или реконструисаног без одобрења за изградњу пре ступања на снагу Закона, да пријави такву изградњу надлежној општинској, односно градској управи ради легализације објекта. Уз пријаву власник објекта, у смислу одредбе чл. 160. Закона, подноси доказ о праву својине, односно закупа на грађевинском земљишту, односно праву својине на објекту, односно праву коришћења на неизграђеном грађевинском земљишту и решење из члана 84. овог закона, затим геодетски снимак са скицом парцеле, објектима и површином објеката. Овакво законско решење представља намеру законодавца да спречи рушење бројних бесправно изграђених или реконструисаних објеката до доношења одобрења за изградњу, са могућношћу власника објекта да закључи и уговор о закупу земљишта у складу са законом.

Уговор о закупу земљишта представља новину у одређивању правног основа за добијање одобрења за изградњу прописану одредбом члана 91. Закона. Наиме, до ступања на снагу Закона правни основ за добијање одобрења за изградњу је био доказ о праву својине, односно о праву коришћења грађевинског земљишта ради изградње, односно доказ о праву својине, односно праву коришћења објекта ради реконструкције објекта (члан 27. ст. 1. тач. 2. Закона о изградњи). Међутим, вероватно због ограничених могућности промета градским грађевинским земљиштем, које су, самим тим, биле препрека за добијање одобрења за изградњу, те због постојања бројних поступака за легализацију бесправно подигнутих објеката, у којима је често споран правни основ коришћења земљишта, Законом је прописана могућност подношења захтева за издавање одобрења за изградњу на основу уговора о закупу земљишта. Овај уговор се, по правилу, односи на остало неизграђено земљиште у државној својини, имајући у виду да се право својине, као и право коришћења признато ранијем власнику у смислу одредбе члана 84. Закона, може пренети слободном вољом уговарача на основу стварноправних уговора, као правног основа за добијање одобрења за изградњу.

Грађевинско земљиште

Грађевинско земљиште јесте земљиште на којем су изграђени објекти и земљиште које служи редовној употреби тих објеката, као

и земљиште које је, у складу са законом, одговарајућим планом предвиђено за изградњу и редовно коришћење. Према одредби члана 68. Закона, градско грађевинско земљиште може бити јавно грађевинско земљиште и остало грађевинско земљиште.

- Јавно грађевинско земљиште, у смислу одредаба Закона о планирању и изградњи, јесте земљиште на којем су до дана ступања на снагу Закона изграђени јавни објекти од општег интереса и јавне површине и које је у државној својини, као и земљиште које је планом донетим у складу са наведеним законом, намењено за изградњу јавних објеката.

- Остало грађевинско земљиште, у смислу одредбе члана 79. ст. 1. и 2. Закона, јесте изграђено земљиште, као и земљиште намењено за изградњу објеката у складу са законом, а које није одређено као јавно грађевинско земљиште, и може бити у свим облицима својине. Остало грађевинско земљиште које је, до дана ступања на снагу овог закона, на основу закона одређено као градско грађевинско земљиште у државној својини, остаје у државној својини, ако посебним законом није другачије одређено. Међутим, за део земљишта које је као градско грађевинско земљиште одређено одлуком скупштине општине, односно града Београда које, до дана ступања на снагу овог закона, није приведено намени у целини или већим делом, а не чини урбанистичку и функционалну целину са јавним грађевинским земљиштем, се на захтев ранијег сопственика, односно његовог законског наследника, у смислу исте законске одредбе успоставља режим својине који је био пре ступања на снагу одлуке о одређивању тог земљишта као градског грађевинског земљишта, под условима и у поступку утврђеним овим Законом, и правноснажно решење којим је усвојен такав захтев, представља извршни наслов за упис промене у јавним књигама.

Начин закључења и форма уговора о закупу земљишта

Неизграђено јавно грађевинско земљиште општина, у смислу одредбе члана 76. ст. 1. Закона, може дати у закуп на одређено време до привођења планираној намени, јавним надметањем или прикупљањем понуда.

- Остало неизграђено земљиште у државној својини може се, у смислу одредбе члана 81. Закона, дати у закуп, ради изградње, јавним надметањем или прикупљањем понуда јавним огласом, и то лицу које понуди најповољније услове, односно највећи износ закупнине за то земљиште. Ово земљиште се може дати у закуп и непосредном погодбом у случају:

- изградње објеката за потребе обављања послова из надлежности државних органа и организација, органа и организација јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе и организација које обављају јавну службу које послују средствима у државној својини, као и других објеката у државној својини;

- давања у закуп земљишта власнику постојећег објекта изграђеног без грађевинске дозволе, ради прибављања одобрења за изградњу, ако је изградња тог објекта у складу са условима предвиђеним урбанистичким планом;

- исправке граница суседних катастарских, односно грађевинских парцела.

У овом случају се о давању у закуп осталог неизграђеног грађевинског земљишта у државној својини, сходно одредби члана 82. ст. 1. Закона, закључује уговор између општине, односно предузећа или друге организације из члана 72. ст. 3. Закона и лица коме се земљиште даје у закуп, а то је домаће правно или физичко лице, или, пак, страно правно или физичко лице под Законом прописаним условима.

Давањем у закуп осталог неизграђеног земљишта у државној својини се омогућава ефикасно добијање законом прописаног правног основа за добијање одобрења за изградњу или легализацију бесправно изграђеног објекта и исправку граница суседних катастарских, односно грађевинских парцела, док се јавним надметањем, односно прикупљањем понуда јавним огласом, обезбеђује вредновање грађевинског земљишта по тржишним условима.

Уговор о закупу земљишта се закључује у писменој форми, а потписи уговарача оверавају од стране суда, јер само тако закључен уговор представља пуноважан правни основ за укњижбу овог права у јавне књиге, а укњижено право закупа је предуслов за подношење захтева за издавање одобрења за изградњу. При томе, овај уговор мора би-

ти обезбеђен пореском клаузулом, будући да се у смислу одредбе члана 23. ст. 2. Закона о порезима на имовину, порез на пренос апсолутних права плаћа и код давања грађевинског земљишта у државној својини у закуп, на период дужи од једне године или на неодређено време, осим јавног грађевинског земљишта. Уговором о закупу земљишта се уговарају битни елементи уговора и садржи нарочито податке о грађевинској парцели, намени и величини објекта, висини закупнине, року трајања закупа, року и начину плаћања накнаде за уређивање земљишта, року у коме лице коме се земљиште даје у закуп треба да приведе земљиште намени, као и права и обавезе у случају неизвршења обавезе.

Ако је, међутим, остало неизграђено земљиште у државној својини дато у закуп супротно одредбама Закона, учесник јавног надметања, односно прикупљања понуда, који сматра да му је на тај начин повређено право, може да поднесе тужбу за поништај уговора надлежном суду у року од осам дана од дана сазнања за закључење уговора, а најкасније од 60 дана од закључења уговора. Рок за подношење овакве тужбе од осам, односно 60 дана је прописан управо због могућих правних последица у случају евентуалног поништаја уговора о закупу земљишта. Стога се законитим спровођењем поступка закључивања уговора о закупу земљишта обезбеђује, не само један од услова за подношење захтева за добијање одобрења за изградњу прописаних чл. 91. Закона, већ се, пре свега, инвеститору гарантује правна сигурност у изградњи и стицању права својине на изграђеном објекту.

Правни статус земљишта и изграђеног објекта

Закупац земљишта стиче право својине на изграђеном објекту, са правом закупа на земљишту до истека уговореног рока. Међутим, и истеком рока из уговора о закупу земљишта, власник изграђеног објекта има право да и даље користи земљиште под објектом и земљиште које служи његовој редовној употреби. Наиме, уговор о закупу земљишта је по својој правној природи облигационог карактера, јер закуподавац задржава право својине, а закупац стиче право на употребу земљишта са обавезом плаћања закупнине на уговорени начин. Али овај уговор има и стварноправне елементе, јер се на основу судски овереног уговора прибавља одобрење за изградњу, на основу кога инвеститор стиче стварно право својине на изграђеном објекту. Како је одредбом

члана 568. Закона о облигационим односима прописано да се одредбе овог закона којима је уређен уговор о закупу, неће примењивати на закупе уређене посебним прописима, то се правна природа уговора о закупу земљишта има ценити са аспекта одредаба Закона о основама својинскоправних односа, којима је регулисан начин стицања права својине изградњом објекта на основу закона и Закона о промету непокретности, којим је прописана форма уговора о промету непокретности. На овај начин се закупцу земљишта и власнику изграђеног објекта јемчи мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу Закона, признатих Уставом Републике Србије, Законом о основама својинскоправих односа и Европском конвенцијом о људским правима.

Предности и ризик закључења уговора о закупу земљишта као правног основа за добијање одобрења за изградњу

Идеја законодавца да пропише могућност добијања одобрења за изградњу на основу уговора о закупу земљишта има предности у односу на ранију законску регулативу, јер се инвеститору пружа могућност ефикасног прибављања пуноважног доказа о праву коришћења земљишта и добијања одобрења за изградњу објекта, односно одобрења којим се накнадно одобравају изведени радови (легализација објекта), и ради исправке граница суседних катастарских, односно грађевинских парцела.

На другој страни могућност добијања одобрења за изградњу на основу уговора о закупу земљишта, представља и ризик за инвеститора, због неусклађености одредаба Закона о планирању и изградњи са другим законима, којима се регулише питање својине на објекту изграђеном у складу са законом, и права коришћења земљишта под објектом и земљишта које служи за његову редовну употребу. Отуда постоји потреба за међусобним усаглашавањем законских прописа којима се регулише правни статус земљишта и право својине изградњом објеката, а затим и њихово усаглашавање са Уставом Републике Србије и међународним стандардима, ради пружања заштите домаћим и страним правним и физичким лицима, као инвеститорима, и избегавања могућих штетних последица.

Управно одељење Врховног суда Србије није имало спорних предмета у вези одобрења за изградњу издатог на основу уговора о закупу земљишта, међутим, идеја аутора реферата је да укаже на неусаглашеност позитивних законских прописа који се односе на поступак добијања одобрења за изградњу на основу уговора о закупу земљишта и права стечених изградњом објекта.

Томислав Медвед,
судија Врховног суда Србије

ПРЕСТАНАК ПРОФЕСИОНАЛНЕ ВОЈНЕ СЛУЖБЕ

Војска уопште, па тако и Војска Србије, због своје релативне затворености и специфичности побуђује сталну пажњу и знатижељу јавности. Делатност коју обавља и обавезе које се пред Војску постављају условиле су да се односи који владају у њој (између њених припадника) уређују на другачији начин него што је то случај са одговарајућим односима који владају у осталом делу друштва. У те односе спадају, пре свега целокупна област радних односа – службе у Војсци почев од пријема у службу, кретања у служби, личних доходака - плата, радног времена, одмора и одсуства, дисциплинске одговорности па до престанка службе, здравствене заштите, те пензијског и инвалидског осигурања. Овом приликом наше интересовање је управљено на једну од две крајње тачке службе сваког професионалног војног лица, односно на престанак професионалне војне службе. При томе, покушаћемо да дамо радну дефиницију војне службе уз навођење неких њених специфичности, а након тога ћемо – пошавши од упоредног прегледа у армијама неких земаља и историјског развоја код нас – обрадити питање разлога, односно основа по којима та служба престаје сагласно важећим законским решењима. Сматрамо да је, у овом тренутку појачаног интересовања за процес трансформације Војске детаљније осветљавање овог питања на речени начин интересантно и у одређеној мери корисно.

I ВОЈНА СЛУЖБА

"Служба у оружаним снагама", "служба у Војсци", "војна служба" само су неки од појмова са којима се често срећемо што у пракси што у теоријским разматрањима, а који нису поближе дефинисани и међусобно разграничени, или се пак неадекватно употребљавају. Основно што се запажа код наведених појмова је то да у себи садрже

реч служба. Служба је управноправни појам. Њу сачињавају одређени послови који су обухваћени функцијом одбране – као јединствене гране управе. Те послове обављају одређене организације чије се деловање у функцији одбране исцрпљује у обављању тих послова или друге организације и органи где ти послови чине само део у активности у раду тих организација које примарно не делују у функцији одбране. Стога би било оправдано да се појмови "служба у оружаним снагама" и "служба у Војсци" употребљавају када се жели прецизирати у којој организацији се служба врши. При томе "службом у Војсци" се сматра вршење војних и других дужности у сталном и резервном саставу Војске али и вршење тих дужности у Министарству одбране, другом државном органу, предузећу или другој организацији које обављају професионални припадници Војске распоређени актом надлежног старешине. Са становишта теоретких разматрања Тома Живановић сматра да је војна служба делатност војних лица или резервиста управљена на остварењу војних циљева, по руским теоријама војна служба је специфичан облик државне службе који се састоји у непосредном извршавању уставне војне обавезе грађана у саставу оружаних снага, по италијанским теоријама војна служба подразумева укупност конкретних и личних дужности и обавеза које су тесно повезане са својством војног лица и међусобно усклађене и подређене остварењу јединог циља, који јесте одбрана земље, или војна служба представља прави однос између државе и физичког лица које врши активност која је усмерена на одбрану државе.[1] Нас, међутим, занима не вршење војне службе у целини и сва лица која ту службу врше, већ крајња тачка вршења професионалне војне службе – престанак професионалне војне службе.

II ПРЕСТАНАК ПРОФЕСИОНАЛНЕ ВОЈНЕ СЛУЖБЕ

1. у неким иностраним армијама

Питању престанка професионалне (активне) војне службе све земље у свету придају не мању пажњу него када је у питању попуна оружаних снага. Ова два питања се међусобно прожимају и неодвојива су једно од другог будући да су у обрнуто пропорционалном односу. На-

[1] Миомир др Лутовац, Наређење и кривична одговорност војних лица, Београд 1984. стр. 74

име, уколико се у једној земљи због разних разлога оружане снаге теже попуњавају активним војним лицима нормално је очекивати да се престанак активне војне службе рестриктивније регулише, уз настојање да се активна војна лица што је могуће дуже задрже у служби. Насупрот таквим земљама, налазе се земље које немају већих проблема са пријемом у активну војну службу, па су у ситуацији да по већем броју основа и либералније приступе престанку активне војне службе. Заједничко обележје свих основа престанка службе у иностраним армијама, чији подаци су нам били доступни, је да најчешће служба престаје због у посебном поступку утврђене неспособности за вршење службе, због навршених година живота или стажа и одласка у старосну пензију, а да су и остали разлози престанка веома слични.

а) Сједињене Америчке Државе

Официр који је у активну војну службу ступио са 20 година старости може очекивати да ће му та служба – ако све иде нормално током – престати после 30 година проведених у служби, односно најдаље кад наврши 60 година живота. Већини официра активна војна служба престаје по сили закона кад наврше 50 година живота. С друге стране, активни официр после 20 година проведених у служби може поднети молбу за престанак службе. Надаље, обавезни престанак активне војне службе за собом повлаче утврђена физичка неспособност официра, слаба оцена, недостаци у његовом карактеру, губитак чина, те ако два пута падне при избору за унапређење (не буде изабран за унапређење у виши чин).

б) Велика Британија

Активна војна служба официру може престати након што је у служби провео најмање 3 до највише 35 година, што све зависи од врсте и степена школске спреме коју има, те од чина и дужности коју врши. Официри који прођу скраћено школовање ступају у службу и потписују обавезу да ће у служби остати најмање 3 године уз могућност да тај рок касније продуже. У редовном току ствари официр може отићи у пензију, односно активна војна служба му може престати по том основу, након најмање 16 година службе и 37 година старо-

сти. Осим тога активна војна служба престаје због губитка чина, изласка из службе по захтеву, здравствене неспособности и сл.

в) Француска

Доминантан разлог, односно основ престанка активне војне службе је због навршених година старости и одласка у пензију. Услов за овакав престанак службе су навршене године живота од 52 до 61, у зависности од чина, и 30 година стажа. Остали основи за престанак службе су због смањења активног састава, по захтеву, а престанак службе због губитка чина или осуда на безусловну казну затвора се због саме природе војне организације подразумевају сами по себи.

г) Италија

Активна војна служба војном лицу престаје због навршених година живота – при чему се старосна граница одређује према чину, роду и служби и креће се код нижих официра и подофицира од 48 до 52 године до код дивизијских генерала од 60 до 65 године – због здравствене неспособности, неспособности за вршење службе одређеног чина, по молби, по решењу војних власти, те због губитка чина.

д) Русија

Достизањем старосне границе од 40 година за потпоручнике, поручнике, капетане и капетане I класе, односно од 60 година за генерал-пуковника, генерала армије и маршала најчешће престаје активна војна служба. Од овог правила постоји изузетак, па појединци могу и даље остати у активној војној служби ако постоје потребе службе и такву одлуку донесе Савет министара. Поред овог, активна војна служба престаје војном лицу уколико се на основу налаза војнолекарске комисије утврди да је здравствено неспособно за службу, у случају смањења формацијских места и немогућности да се постави на друго одговарајуће место, због неодговарајуће способности за службу, ако учини преступ који га чини неподобним за официра и за тај преступ га осуди суд, те ако по решењу Владе буде преведен на рад у неку установу у грађанству без задржавања у активној војној служби.

ђ) Бугарска

У суштини се разлози који доводе до престанка активне војне службе у бугарској армији не разликују од разлога због којих престаје служба у руској армији. Активна војна служба може престати војном лицу због навршених година старости, односно стажа и одласка у пензију, болести, осуде на казну затвора, по потреби службе, као и ради распореда на други посао ван армије.

е) Мађарска

Активна војна служба престаје војном лицу када наврши 60 година живота – генерал – односно 55 – остали официри и подофицири – с тим да Министарство народне одбране може задржати у служби официра и након што наврши наведене године живота, док за подофицире такву одлуку доноси начелник Генералштаба. Надаље, из војне службе се отпуштају војна лица која су лишена чина, осуђена на губитак службе од суда части, осуђена на казну лишења слободе преко 3 месеца, постала неспособна за службу у армији из здравствених разлога или слабих службених оцена, која су услед реорганизације армије постала вишак а немају 10 година активне војне службе, те која су поднела молбу за престанак службе или се одрекла свога чина (дала оставку), а Министарство одбране је то прихватило.

ж) Румунија

У зависности од чина који има официр може остати у активној војној служби до 30 година старости – потпоручник односно 60 година – генерал-потпуковник при чему старосна граница у наведеном смислу не постоји када је у питању активно војно лице чина генерал-пуковника, адмирала, генерала армије и маршала. Међутим, без обзира на чин до 60 година старости у активној војној служби могу остати официри медицинске, фармацеутске и правне службе. Поред овога активна војна служба може престати по захтеву, због изречене дисциплинске мере – казне, неспособности било здравствене или уопште за одређену дужност и сл.

2. у Југословенској народној армији

а) Регулисање престанка активне војне службе у периоду 1945. до 1985. године

Један од најважнијих елемената, гледано са аспекта војне службе, који заједно са пријемом у активну војну службу омеђује службу, је престанак активне војне службе, односно основи који до њега доводе. Основи за престанак активне војне службе прописани су законским одредбама које су зависиле и у свему изражавале стање у земљи у датом тренутку, односно стање у армијској организацији. Ово стога што су се све промене у друштву, а и у Армији рефлектовале на целокупан активни састав, односе унутар армије до питања везаних за активну војну службу, посебно на престанак те службе. Историјски гледано, потреба преласка ратне армије на мирнодопску организацију и изградњу друштва довела је до доношења Закона о демобилизацији старијих годишта обвезника, жена и хранилаца из Југословенске армије и морнарице и Закона о демобилизацији најмлађих годишта и друге партије старијих годишта обвезника, хранилаца и жена из Југословенске армије и морнарице непосредно по окончању рата. Циљ ових закона је био да се из Југословенске армије постепено отпусте подофицири старијих годишта, најмлађи подофицири и официри који су пре ступања у Народноослободилачку војску били учесници средњих школа и других подофицира и официра који су желели превод у резерву. Тако су оба наведена закона у датом тренутку представљала правне документе који су имали да регулишу питање престанка службе за одређене категорије лица. Нешто касније, Закон о служби у Југословенској армији уређујући по први пут активну војну службу у слободној земљи, прописује основе за престанак активне војне службе. Основно за начин на који је регулисано ово питање је да се као преовлађујући разлог који доводи до престанка службе наводе потребе службе или други разлози који се своде на те потребе. Руководећи се захтевима у погледу смањивања броја старешинског кадра, старосне и образовне структуре старешинског кадра овлашћени старешина је имао у основи широка дискрециона права да слободно цени целисходност престанка активне војне службе за свако војно лице са становишта потреба службе. Овај процес, започет Законом о демобилизацији, уз релативну неравномерност због ситуације у којој се нашла земља у периоду од 1948. до 1953. године, потрајао је до 1955. године и доношења Закона о Југословенској

народној армији. Општи напредак у развоју земље, као и виши степен развоја и изградње Југословенске народне армије довели су до промена положаја лица у активној војној служби. Прецизније регулисање права и обавеза активних војних лица имало је за последицу да су у неколико шире постављени и основи за престанак њихове активне војне службе, иако и даље превагу имају потребе службе. Можемо, међутим, рећи да се практично почев од тог закона у сваком наредном све више пажње поклања заштити интереса активног војног лица уопште, па и у погледу престанка службе. Следећи, Закон о Југословенској народној армији донет 1964. године у периоду након уставних промена 1963. године и у време општег привредног полета друштва учинио је корак даље, јер су њиме – поред осталих – прописане и одређеније одредбе о процедури за престанак службе које се тичу утврђивања разлога за престанак службе, рокова за доношење одређених аката, разрешења од службе и др. Законом о служби у оружаним снагама донетим 1974. године задржан је овакав курс, прописивањем већег броја основа за престанак активне војне службе уз и даље задржавање могућности да служба престане ако потребе службе то захтевају.

б) Престанак активне војне службе према одредбама Закона о служби у оружаним снагама

Законом о служби у оружаним снагама донетим 1985. године питање престанка активне војне службе било је регулисано на начин који се битније не разликује од начина на који је то питање било уређено претходним законом. Том питању је посвећена XIV глава Закона од чл. 392. до 415. при чему су ближе прописани разлози за престанак активне војне службе, поступак за престанак те службе, посебно права по престанку службе, те престанак активне војне службе у ратном стању. По тим одредбама активна војна служба престаје, односно може престати из следећих разлога:

- ***по здравственом основу***
- ***због две узастопне неповољне службене оцене***
- ***по захтеву***
- ***због изречене дисциплинске казне губитка службе активног војног лица***

- ***због губитка чина, односно класе***
- ***по сили закона***
- ***по потреби службе***
- ***због преласка на рад ван Југословенске народне армије уз пристанак активног војног лица***
- ***због избора или именовања на функцију***
- ***по одлуци Председништва СФРЈ***

Тим законом први пут је уведена активна војна служба војних лица примљених у службу по уговору на одређено време и њима у редовном току ствари и најчешће служба престаје истеком уговореног рока, односно може најдуже да траје до девет година.[2] Међутим, активна војна служба таквим лицима може престати и пре истека уговореног рока и то само под условима и у случајевима прописаним законом: по споразуму; ако се на основу оцене и мишљења надлежног органа здравствене службе утврди да је трајно неспособно за активну војну службу или неспособно за дужност коју обавља, а не прихвати другу одговарајућу дужност; ако је два пута узастопно оцењено неповољном службеном оценом; ако је правноснажно осуђено на безусловну казну затвора у трајању дужем од шест месеци; те ако му је правноснажном пресудом војног дисциплинског суда изречена дисциплинска казна губитка службе активног војног лица или ако изгуби чин.[3]

в) Престанак професионалне војне службе према одредбама Закона о Војсци Југославије

Овај закон, који је ступио на снагу 6. новембра 1993. године и који у време писања ових редова више није на снази, донет је након формирања СРЈ и у јеку оружаних сукоба на територији бивше СФРЈ. У вишеструко мању новоформирану државу, поред осталог, предислоциран је велики број активних војних лица. Зато је ваљало према безбедоносним изазовима, величини територије и економској моћи земље одредити војно-евиденциону и старосну структуру и величину Војске нове државе. На те елементе могло се утицати осим при-

[2] Члан 36. став 1. Закона
[3] Члан 36. став 2. Закона

јемом у професионалну војну службу довољно ефикасно прописивањем разлога за престанак службе. Будући да је овај закон био на снази и у време раздруживања СРЈ и осамостаљивања Републике Србије, да је по његовим одредбама великом броју професионалних војника престала служба у Војсци, што је резултирало великим бројем управних спорова пред Врховним судом Србије, детаљније ћемо се задржати на глави X и одредбама које регулишу питање престанка професионалне војне службе.

Професионалном официру, односно професионалном подофициру служба престаје:

ако се на основу оцене и мишљења надлежног органа здравствене службе утврди да је трајно неспособан за службу у Војсци

Професионална војна служба по својој природи због обавеза које собом носи захтева потпуно психички и физички способна лица. Због тога је и један од основа за престанак службе да је професионално војно лице оглашено трајно неспособним за војну службу.[4] Оцену здравствене способности у том смислу дају – према одредбама Правилника о војнолекарским комисијама – војнолекарска комисија, више и Главна као стручна тела МО, војних јединица и војних установа Војске. Оне дају налаз, оцену и мишљење о здравственој способности војног лица основом савремених достигнућа медицинске науке, а на захтев активног војног лица или његовог претпостављеног старешине на положају команданта пука (самосталног батаљона), њему равног и вишег старешине. На овај начин дата је могућност да се – поред редовних специјалистичких прегледа професионалних војних лица – правовремено реагује у случају да се појави сумња у здравствену способност професионалног војног лица за службу. Исти старешина је дужан да упути на оцену способности за професионалну војну службу и војно лице које се непрекидно налази на лечењу, односно боловању 12 месеци или са прекидима 16 месеци за последње две године. Поступак оцене здравствене способности војног лица за службу је двостепен, при чему је то лице у могућности да изјави приговор против налаза, оцене и мишљења првостепене војнолекарске комисије, док против коначног налаза, оцене и мишљења надлежне војнолекарске комисије активно војно лице не мо-

[4] Члан 107. став 1. тачка 1. Закона о Војсци Југославије

же водити управни спор.[5] Старешина војне јединице, односно војне установе на положају команданта пука (самосталног батаљона), њему равном и вишем положају дужан је да, по добијању коначног налаза, оцене и мишљења о трајној неспособности професионалног војног лица, у року од осам дана од дана настанка разлога за престанак службе достави предлог за престанак службе тог лица надлежном старешини. У овом случају акт о престанку активне војне службе војног лица мора бити донет у року од 30 дана од дана коначности наведеног налаза, оцене и мишљења.

ако неоправдано изостане са службе пет дана непрекидно или седам дана са прекидом у току 12 месеци

Разумљив разлог за престанак професионалне војне службе који има за циљ да спречи самовољно и неодговорно понашање војних лица а у исто време заштити непрекидност обављања војне службе.[6] Недоследност Закона[7] који наводи као разлог за престанак службе неоправдано одсуство пет дана непрекидно односно седам дана са прекидом у 12 месеци исправљена је судском одлуком у управном спору када је суд прецизирао да се ради о неоправданом одсуству у радне дане.[8] Старешина војне јединице, односно војне установе на положају команданта пука (самосталног батаљона), њему равном и вишем положају дужан је да, у року од осам дана од дана настанка разлога за престанак службе достави предлог за престанак службе тог лица надлежном старешини за доношење акта о престанку службе. У овом случају акт о престанку активне војне службе војног лица мора бити донет у року од 30 дана од дана пријема предлога, а таквом професионалном војнику служба престаје првог дана неоправданог одсуства.

ако је два пута узастопно неповољно оцењен

У току активне војне службе војна лица се редовно оцењују ради праћења њиховог успеха у раду, подстицања на стручно усавршавање и

[5] Пресуда ВВС, Уп. број 445/66 од 18. јула 1966. године, објављена у Билтену Правне службе ЈНА број 1/67

[6] Члан 107. став 1. тачка 2. Закона о Војсци Југославије

[7] Види члан 108. став 2. тачка 2. и члан 143. тачка 7. Закона о Војсци Југославије

[8] Пресуда ВВС, Уп. Број 796/94 од 15. јуна 1994. године

веће залагање у служби, одлучивања о напредовању и других односа у служби. За период оцењивања активна војна лица се оцењују повољном или неповољном службеном оценом. Војно лице се оцењује редовно први пут после једне године проведене у служби, а затим на сваке три године до навршених десет година активне војне службе, а након тога на сваке четири године. Изузетно редовно оцењивање активног војног лица које се налази на приправничком стажу врши се први пут након завршетка тог стажа. Ванредно оцењивање активних војних лица се врши кад треба да се донесе одлука у вези са односима у служби, ако је од давања последње оцене прошло више од једне године у законом одређеним случајевима и изузетно од реченог ако се стекну услови за доношење неповољне службене оцене активном војном лицу оцењеном повољно без обзира на време које је протекло од оцењивања повољном оценом. Оцењивање војног лица врши његов претпостављени старешина на положају команданта батаљона или на вишем положају. Против те оцене оцењено лице има право жалбе у року од 15 дана о којој одлучује комисија коју образује непосредно више старешина од старешине који је донео првостепену оцену. Против службене оцене дате по жалби нема даљег правног средства, односно не може се водити управни спор.[9] За лице оцењено два пута узастопно неповољном службеном оценом старешина војне јединице или војне установе доставља предлог за престанак професионалне војне службе надлежном старешини када је друга неповољна службена оцена постала коначна. Другим речима, разлог за престанак активне војне службе настао је онда када су обе неповољне службене оцене дате у складу са законом.[10] Након тога у року од три месеца од тог дана мора бити донет акт о престанку службе.

<u>ако му је изречена дисциплинска казна губитка службе у Војсци</u>

Професионално војно лице врши војну дужност на начин прописан законом, правилима службе и другим прописима, наређењима и другим актима надлежних старешина, тако да свако противно поступање представља повреду војне дисциплине о којој се расправља у дисциплинском поступку. Једна од дисциплинских казни која се може изрећи за учињени дисциплински преступ, а по свом дејству једна од казни са

[9] Решење ВВС, Уп. број 1285/99 од 23. марта 2000. године
[10] Члан 107. став 1. тачка 3. Закона о Војсци Југославије

најтежим последицама, је дисциплинска казна губитка службе у Војсци.[11] Изрицању ове казне претходи поступак пред војним дисциплинским судом у коме је утврђено да околности под којима је учињен дисциплински преступ, или лична својства учиниоца при извршењу дисциплинског преступа указују да је задржавање учиниоца у професионалној војној служби штетно, односно да је учинилац недостојан да и даље остане у професионалној војној служби. Након окончања дисциплинског поступка, који је двостепен, надлежни старешина доноси наредбу за извршење дисциплинске казне, тако да разлог за престанак професионалне војне службе настаје кад надлежни старешина надлежан да донесе такав акт прими наредбу да се пресуда изврши. Законодавац је имао у виду и могућност да се дисциплински поступак понови и оконча другачијим исходом, па је прописао да ће се – ако у поновљеном поступку по захтеву за заштиту законитости поступак буде обустављен или војно лице буде ослобођено од оптужбе, или оптужба буде одбијена, али не због ненадлежности суда, или буде изречена казна блажа од казне губитка службе – сматрати да служба није ни престала.[12]

ако изгуби чин

Професионална војна служба престаје и ако професионално војно лице изгуби чин.[13] Професионално војно лице може изгубити чин, по три основа: ако је у дисциплинском поступку осуђено на казну губитка чина или ако је у кривичном поступку осуђено на казну затвора у трајању дужем од две године. Разлог за престанак активне војне службе војног лица осуђеног од војног дисциплинског суда на казну губитка чина када надлежни старешина донесе наредбу за извршење правноснажне пресуде војног дисциплинског суда, а за војна лица осуђена у кривичном поступку на казну затвора у трајању дужем од две године када пресуда кривичног суда постане правноснажна. Професионално војно лице чин губи и ако му престане југословенско држављанство. [14] Старешина војне јединице, односно војне установе на положају команданта пука (самосталног батаљона), њему равном и вишем положају дужан је да, по

[11] Члан 107. став 1. тачка 4. Закона о Војсци Југославије
[12] Члан 110. став 1. Закона о Војсци Југославије
[13] Члан 107. став 1. тачка 5. и члан 207. став 1. тачка 3. Закона о Војсци Југославије
[14] Члан 207. став 1. тачка 1. Закона о Војсци Југославије

добијању коначне пресуде дисциплинског или кривичног суда у року од осам дана од дана настанка разлога за престанак службе достави предлог за престанак службе тог лица надлежном старешини. И за овај основ престанка активне војне службе предвиђена је могућност да у поновљеном поступку или по захтеву за заштиту законитости поступак буде обустављен, или буде донета ослобађајућа пресуда, оптужба буде одбијена – али не због ненадлежности суда – или буде изречена блажа казна од казне губитка чина у дициплинском поступку или више од две године затвора у кривичном поступку чија је последица да ће се сматрати да чин није ни био изгубљен.[15]

на његов захтев

Професионална војна служба може престати и по захтеву војног лица.[16] ***Захтев за престанак службе његов подносилац не мора образлагати. Приликом разматрања поднетог захтева потребно је утврдити, мада од тог утврђивања не зависи одлука, да ли се ради о професионалном војном лицу које захтев подноси због испуњења услова за пензију или о војном лицу које је испунило, односно није испунило обавезу останка у Војсци по основу школовања, стипендирања или специјализације. Акт о престанку службе на захтев професионалног војника мора бити донесен у року од два месеца од дана подношења захтева.***

Професионалном официру, односно професионалном подофициру служба престаје кад наврши најмање 30 година стажа осигурања, ако то захтевају потребе службе[17]

Разлог за престанак службе убедљиво најчешће коришћен (Суд и време ће показати да ли правилно и оправдано) који у себи садржи два кумулативна услова и то да професионални војник има најмање 30 година стажа осигурања и да потребе службе захтевају да му престане службе. И док је први услов лако утврдити, јер надлежни старешина о дужини стажа осигурања сваког лица води евиденцију по службеној дужности, други услов је компликованије утврдити. Потребе слу-

[15] Члан 110. и члан 209. Закона о Војсци Југославије
[16] Члан 107. став 1. тачка 6. Закона о Војсци Југославије
[17] Члан 107. став 2. Закона о Војсци Југославије

жбе се свакако цене према потребама за старешинама одговарајуће евиденционе специјалности, школске спреме и сл. Војске као целине, па је у пракси Министар одбране у току године у више наврата доносио критеријуме по којима се цене потребе службе (једном би то било војно-стручно усавршавање, други пут школска спрема, затим ограничена способност за војну службу, године живота и сл.). Сами за себе ти критеријуми су, могло би се рећи, објективни, али највећи проблем је настајао код доношења акта о престанку службе којима недостаје битан део а то је утврђена потреба службе да конкретном лицу престане служба. До тада је све махом у реду: са професионалним војником је обављен службени разговор, упознат је да ће бити достављен предлог да му престане служба, предлог буде достављен у Законом прописаном поступку и роковима, али онда уследи акт о престанку службе из кога се не може утврдити постојање потреба службе да том лицу престане служба по том основу. Логична последица таквог недостатка акта о престанку службе је да суд у управном спору тај акт поништи.[18]

По потреби службе[19]

По овом основу професионална војна служба може престати и професионалном војном лицу кад на располагању проведе шест месеци ако је испунио услове за старосну пензију (члан 242) или ако му се обезбеди једно од следећих права: 1) право на докуп стажа ако му недостаје до пет година пензијског стажа за остваривање права на старосну пензију; 2) право на једнократну новчану накнаду у висини 24 месечне плате коју је остварио у последњем месецу пре престанка службе. Значи овде се потреба службе која доводи до престанка професионалне војне службе своди на то да се професионални војник дуже од шест месеци налази у стању у служби на располагању. Професионална војна служба му у том случају обавезно престаје само је у питању да ли ће остварити право на старосну пензију, докуп стажа или новчану накнаду.

По сили закона

[18] Пресуда ВСС, У-СЦГ број 1143/06 од 13. марта 2008. године
[19] Члан 107. став 3. Закона о Војсци Југославије

Професионалном официру, односно професионалном подофициру који има 40 година стажа осигурања престаје служба по сили закона када, почевши од официра до официра у чину генерала армије, навршии од 52 до 60 година живота (што зависи од чина).[20] Постојање разлога за престанак професионалне војне службе по овом основу цени се према годинама стажа осигурања и годинама живота које ће војно лице навршити до 31. децембра текуће године. Изузетно, професионални официр, ако пристане, може бити задржан у служби и након испуњења услова за престанак службе по овом основу до навршених 65 година живота. Услов за задржавање у служби је да се не налази на руководећој функцији и да у свом раду постиже резултате од изузетног значаја за одбрану земље. Одлуку о задржавању у професионалној војној служби за официре чина генерала доноси председник Републике а остале професионалне официре начелник Генералштаба, односно министар одбране.

Професионалном официру, односно професионалном подофициру који није навршио 40 година стажа осигурања престаје служба по сили закона кад наврши 65 година живота.

Престанак професионалне војне службе лица примљених у службу по уговору на одређено време

Активна војна служба војних лица примљених у службу по уговору на одређено време у редовном току ствари и најчешће престаје истеком уговореног рока, односно може најдуже да траје до девет година - три уговорена рока од по три године).[21] Међутим, професионална војна служба таквим лицима може престати и пре истека уговореног рока и то: ако је на основу оцене и мишљења надлежног органа здравствене службе утврђено да је трајно неспособно за службу у Војсци или неспособно за дужност за коју је примљено у службу по уговору, ако неоправдано изостане са службе пет радних дана непрекидно или седам радних дана са прекидима у току 12 месеци; ако је два пута узастопно неповољно оцењено; ако је правноснажно осуђено на безусловну казну затвора у трајању дужем од шест месеци; ако му је изре-

[20] Члан 107. став 4. Закона о Војсци Југославије
[21] Члан 108. став 1. Закона о Војсци Југославије

чена дисциплинска казна губитка службе у Војсци; ако изгуби чин; у случају организацијских промена или укидања јединице – установе у којој је на служби по уговору, а стање у служби не може решити на други начин[22] или по споразуму[23].

г) Престанак професионалне војне службе према одредбама Закона о Војсци Србије

Важећим Законом о Војсци Србије, који је у примени од почетка 2008. године, прописано је да[24] официру односно подофициру престаје служба у Војсци Србије:

- ***ако му престане држављанство Републике Србије;***
- ***ако се на основу коначне оцене и мишљења надлежног органа здравствене службе утврди да је трајно неспособан за службу у Војсци Србије;***
- ***ако неоправдано изостане са службе пет радних дана непрекидно или седам радних дана са прекидима у току 12 месеци;***
- ***ако је два пута узастопно неповољно оцењен;***
- ***ако изгуби чин;***
- ***на његов захтев;***
- ***ако се утврди да је приликом пријема у службу дао неистините податке који су од значаја за пријем:***
- ***ако се после лечења од болести зависности поново утврди употреба психоактивних супстанци;***
- ***по сили закона, ради стицања права на пензију;***
- ***његовом смрћу;***
- ***изузетно од претходно побројаних разлога ако буде примљен у службу у својству цивилног лица на служби у Војсци Србије, односно државног службеника или намештеника;[25]***

[22] Члан 108. став 2. Закона о Војсци Југославије
[23] Члан 108. став 3. Закона о Војсци Југославије
[24] Члан 110. став 1. Закона о Војсци Србије
[25] Члан 110. став 2. Закона о Војсци Србије

- ***по потреби службе кад на располагању проведе шест месеци ако је испунио услове за пензију или му се обезбеди запослење на неодређено време у својству цивилног лица на служби у Војсци - Србије, односно државног службеника или намештеника;***[26]
- ***по потреби службе кад на располагању проведе шест месеци и ако није испунио услове за пензију, ако му се обезбеди право на једнократну новчану накнаду у висини од 24 месечне брутоплате коју би остварио у последњем месецу пре престанка службе;***[27]
- ***ако до истека приправничког стажа на који је упућен не положи приправнички испит.***[28]

Официру у радном односу на одређено време, подофициру у радном односу на одређено време и професионалном војнику служба у војсци престаје:

- ***истеком уговореног рока;***[29] ***односно и пре истека уговореног рока***
- ***ако је на основу коначне оцене и мишљења надлежног органа здравствене службе утврђено да је трајно неспособан за службу у Војсци Србије или да је неспособан за дужност за коју је примљен у службу на одређено време;***[30]
- ***ако неоправдано изостане са службе пет радних дана непрекидно или седам радних дана са прекидима у току 12 месеци;***
- ***ако је два пута узастопно неповољно оцењен;***
- ***ако се утврди да је приликом пријема у службу дао неистините податке који су од значаја за пријем;***
- ***ако изгуби чин;***

[26] Члан 110. став 3. Закона о Војсци Србије
[27] Члан 110. став 4. Закона о Војсци Србије
[28] Члан 110. став 6. Закона о Војсци Србије
[29] Члан 112. став 1. Закона о Војсци Србије
[30] Члан 112. став 2. Закона о Војсци Србије

- ***у случају организационих промена или укидања команде, јединице или установе Војске Србије у којој је на служби на одређено време;***
- ***ако се после лечења од болести зависности поново утврди употреба психоактивних супстанци;***
- ***по сили закона, ради стицања права на пензију;***
- ***његовом смрћу;***
- ***у другим случајевима предвиђеним уговором о пријему;***
- ***по споразуму.***[31]

Овом приликом задржали смо се на телеграфском приказу разлога за престанак професионалне војне службе и нисмо се детаљније бавили важећим законским решењима будући да се у пракси до сада у управном спору нису појавили предмети у којима би ваљало одлучивати о законитости аката којима је решавано о престанку професионалне војне службе по одредбама наведеног закона.

На крају овог покушаја да се упознамо са битним обележјима престанка професионалне службе – посебно са решењима у Закону о Војсци Југославије - сматрамо да је важећим законским решењима престанак професионалне војне службе у целини регулисан на задовољавајући начин, односно прописани су разлози који по свом броју и разноврсности у свему задовољавају постављени циљ. Насупрот задовољавајућој законској регулативи стоји лошија примена тих одредаба у пракси где се због пропуста војних управних органа доносе акти о престанку професионалне војне службе који нису у складу са законом. Стога је Врховни суд Србије, вршећи судску контролу управних аката војних органа, у прилици да тим органима кроз своје одлуке укаже на уочене недостатке и допринесе већој правној сигурности професионалних војника.

Коришћена литература и други извори

А. Литература

[31] Члан 112. став 3. Закона о Војсци Србије

1. *Бошковић Стеван: Основи престанка активне војне службе, Билтен Правне службе ЈНА број 1-2/72*
2. *Бошковић Стеван: Основна обележја правног положаја војних лица у Предлогу Закона о служби у оружаним снагама, Билтен Правне службе ЈНА број 3-4/73*
3. *Брајић Вељко: Радно право, Београд, 1980. год.*
4. *Гоззе Гучетић Вуко: Специфичности статуса активног војног лица као грађанина и као лица у радном односу, Билтен Правне службе ЈНА број 1/68*
5. *Котник Стане: Престанак службе и исплата принадлежности осуђеним и дисциплински кажњеним војним лицима, Билтен Правне службе ЈНА бр. 5/62*
6. *Лутовац Миомир: Наређење и кривична одговорност војних лица, Београд 1984. година*
7. *Поповић Славољуб: Управно право – општи део, Београд, 1980. година*
8. *Поповић Теофило: Радно право, Београд, 1980. година*
9. *Станковић Миодраг: Управно право, Београд, 1983. година*
10. *Стјепановић Никола: Управно право, општи део, Београд, 1978. година*
11. *Стјепановић Никола: Управно право, општи део – допунски материјал уз уџбеник, Београд, 1968. година*
12. *Стојковић Маринко: Радни односи ЈНА и специфичне потребе војних позива, Билтен Правне службе ЈНА број 6/68*
13. *Шушњар Војислав: Правно дејство управних аката војних управних органа, са посебним освртом на акте о престанку службе и акте о разрешењу од службе, Билтен Правне службе ЈНА број 1/77*
14. *Војна енциклопедија, том. V, VI и VIII, Београд 1972. година*
15. *Војни лексикон, Београд, 1981. година*
16. *А.Г. Гарни и Н.Ф. Чистјаков: Основи правних сазнања, издаје Министарство одбране СССР*
17. *А.Г. Гарни: Основи совјетског војног законодавства, издаје Министарство одбране Русије*

18. Blue Collor Coldiers – Alan Ned Satrosky Unionization and the U.S. Military

19. The quard and reserve in the total force of the assistant secretary of defence

20. The Military Balance 1987. - 1988, 1996. - 1997, 2004. - 2005.

Б. Извори права

1. Устав СРЈ и Устав Републике Србије

2. Закон о служби у Југословенској армији ("Службени лист ФНРЈ", број 60/46)

3. Закон о Југословенској народној армији ("Службени лист ФНРЈ", број 29/55)

4. Закон о Југословенској народној армији ("Службени лист СФРЈ", број 52/64, 57/65 и 67/72)

5. Закон о служби у оружаним снагама ("Службени лист СФРЈ", број 22/74 и 5/78)

6. Закон о служби у оружаним снагама ("Службени лист СФРЈ", број 7/85, 20/89 и 40/89, 26/90 и "Службени лист СРЈ" број 31/93 и 50/93)

7. Закон о Војсци Југославије ("Службени лист СРЈ", број 67/93, 43/94, 28/96, 44/99, 74/99, 3/02 и 37/2 и ("Сужбени лист СЦГ", број 7/05 и 44/05)

8. Закон о Војсци Србије ("Службени гласник РС", број 116/07)

В. Судска пракса

1. Пресуде Врховног војног суда евидентиране у судској пракси тог суда

2. Збирка судских одлука Врховног војног суда, књига II, Београд 1985. година

3. Пресуде Врховног војног суда објављене у Билтену Правне службе ЈНА

4. Пресуде Врховног суда Србије евидентиране у судској пракси тог суда

Радојка Маринковић,
саветник Врховног суда Србије

УПРАВНИ АКТИ И АКТИ КОМАНДОВАЊА

Војни управни органи

У извршавању послова опредељених законским прописима, војни управни органи немају своју самосталну организацију већ су уједињени у војну организацију. За разлику од других управних органа, војни управни органи су у организационом погледу чврсто вертикално хијерархијски повезани. Иако су организовани првенствено ради обављања војне делатности, они управну делатност обављају као једну од својих сталних и редовних делатности. Тако су у овој организацији функционисања исти органи и органи за командовање и војни управни органи, а кроз усвојени облик организовања војних органа са концентрисаним овлашћењима, односно облик у коме старешина одговарајуће војне јединице, односно војне установе истовремено има и овлашћења за командовање и руковођење и овлашћења старешине војног управног органа.

Код овако постављене двојне надлежности исти војни органи доносе две врсте аката: као војни управни органи - управне акте, а као органи за командовање - акте командовања. Приликом доношења управних аката војни управни органи су дужни да се придржавају правила поступка прописаних Законом о општем управном поступку. Насупрот томе, садржина аката командовања нема свој правни основ у правним прописима, као што је то случај код управних аката, већ у војним правилима и упутствима донетим на основу истраживања, искустава и сазнања у области ратне вештине као науке. Међутим, начело законитости као основно начело државно-правног уређења налаже да сваки акт или радња било ког учесника у вршењу државних послова без изузетка буде засновано на Уставу и законима, односно на важећим прописима, те ни акати командовања нису ванправни акти. Ови акти засновани су на посебном - командном односу у коме претпо-

стављени има искључиво право да доноси одлуке и да у том погледу издаје наређења, а потчињени има обавезу да те одлуке и наредбе извршава, сагласно основним принципима функционисања војне организације – једностарешинству и субординацији.[1]

Командни однос и правна природа акта командовања

Командни однос као посебан однос постоји само у војној организацији и на њему се заснива руковођење и командовање односно извршавање војне делатности. Садржину командног односа на релацији претпостављени – потчињени чини командовање, засновано на једностарешинству, начелу субординације и одговорности и дисциплини свих учесника у војној организацији. Њиме су, с једне стране претпостављени овлашћени да издају наређења која се тичу војне делатности, док с друге стране, обавезује потчињене да та наређења извршавају, осим ако је очигледно да би извршење наређења представљало кривично дело.[2] ***Сажето гледано, командни однос је такав друштвени однос у коме претпостављени има искључиво право да доноси одлуке о употреби снаге и средстава јединице којом командује и у том погледу издаје наређења, а потчињени су обавезни да те одлуке и наређења извршавају. Комуницирање на овој релацији врши се путем посебних аката – аката командовања. На овај начин ближе је опредељено место и улога аката командовања у свеукупној војној делатности, па се они могу дефинисати као акти који се доносе у вези са остваривањем задатака војне делатности, које условљава и њихову садржину, поступак доношења и њихово извршење.***

Управни акти и акти командовања

[1] Чл. 12. ст. 3. Закона о Војсци Србије – унутрашњи односи у Војсци Србије се заснивају на начелима субординације и једностарешинства.

[2] Чл. 13. ст. 1. тач. 3. Закон о Војсци Србије и тач. 33. Правила службе ВЈ – лица на служби у Војсци су дужна да извршавају наређења претпостављених која се тичу службе, осим у случају када би извршење наређења представљало кривично дело.

Управни акт, у смислу члана 1. Закона о општем управном поступку[3] и члана 6. Закона о управним споровима[4] је: 1. правни акт који државни орган доноси, као ауторитативан акт односно акт власти, 2. конкретан акт и 3. акт донет у каквој управној ствари. Да би одређени акт био управни акт мора да садржи све наведене карактеристике, а недостатак било које од њих одузима одређеном акту карактер управног акта.

Следствено наведеном, управни акт војних управних органа је акт којим војни управни органи у вршењу својих овлашћења органа државне управе у управним стварима одлучују о правима, обавезама или правним интересима конкретно одређених лица, појединаца или правних лица, односно то су правни акти војних управних органа којима се на ауторитативан начин решава једна конкретна управна ствар.

Основна обележја аката командовања које војни управни органи доносе у вршењу војне делатности по облику и садржини врло су слични па у много чему и подударни управним актима, али ипак нису управни акти. Разликовање управних аката и аката командовања суштински је битно ради одређивања правног режима појединог од тих аката, нарочито ради опредељења дозвољености правних средстава и могућности вођења управног спора, као и начина њиховог извршења. Полазећи од наведених, законом опредељених карактеристика управног акта, и њиховог одсуства код аката командовања, уочавају се разлози изнетог става да акти командовања нису управни акти.

1. Управни акт ***је акт донет у каквој управној ствари. Дефиниција појма управна ствар прилично је неодређена како у правној теорији тако и у управној и у управно-судској пракси. Према већем броју правних тумачења и мишљења могло би се рећи да се под управном ствари подразумева појединачан случај решавања о праву, обавези или правном интересу одређеног правног субјекта у одређеној управној материји за чије је решавање надлежан орган управе, односно организација или заједница са јавним овлашћењима, а не суд у вршењу редовне судске функције.***

[3] "Сл. лист СРЈ", бр. 33/97 и 03/02.
[4] "Сл. лист СРЈ", бр. 46/96.

Акт командовања, ***међутим, не доноси се у каквој управној ствари. То је акт којим претпостављене војне старешине у вршењу војне делатности на ауторитативан начин одређују задатке које су потчињени дужни да извршавају. На тај начин се путем акта командовања као правног инструмента обезбеђује функционисање и извршавање саме војне делатности.***

2. Ауторитативност управног акта ***је обележје које значи да доносилац тог акта наступа са позиције власти, односно са позиције носиоца јавних овлашћења којом обезбеђује доминантан положај у односу на субјекат о чијем праву, обавези или правном интересу одлучује. Он се не споразумева са субјектом него о његовом праву или обавези одлучује некада и против воље тог субјекта у оквиру дате му надлежности и применом важећег материјално правног прописа. Странка подношењем захтева може дати иницијативу за доношење управног акта, може сарађивати са доносиоцем акта у поступку који претходи доношењу акта али сам управни акт као ауторитативну одлуку о праву или обавези доноси доносилац без учешћа субјекта на којег се акт односи и без могућности тог субјекта да утиче на то да одлука буде другачија него што треба да буде према важећим прописима.***

Ауторитативност акта командовања ***није спорна. Ове акте доносе само овлашћене војне старешине, војни органи за командовање и при томе наступају са позиције власти и посебних командних овлашћења и не споразумевају се са онима на које се акт командовања односи. По овом обележју дакле акти командовања се не разликују од управних аката.***

3. Конкретност управног акта ***подразумева да се тај акт односи на одређено лице или на одређена лица, односно на једног или више правних субјеката. По овој карактеристици управни акт се разликује и од нормативног акта који се односи на неодређени број лица, односно субјеката.***

*Конкретност акта командовања****, међутим, не подудара се са конкретношћу управног акта. Код акта командовања не ради се о примени општег прописа, правне норме на појединачан случај, већ о примени правила војне струке и ратне вештине у конкретној ситуацији која не мора бити индивидуална. Осим тога конкретност управног акта значи да се он односи на одређено лице или на одређена лица, а ако***

се односи на већи број лица она тим актом морају бити јасно одређена. Таква конкретност код аката командовања постоји у неким случајевима, нпр. када се одређеном лицу нареди да одређено време врши стражарску службу код одређеног војног објекта, али актима командовања се наређује извршење и таквих задатака у чијем извршењу ће учествовати већи број лица која тим актом нису одређена нити се унапред може знати која су то лица. Наређење за извршавање одређеног задатка упућено јединици односи се на јединицу којој је упућено али се не зна на које конкретно субјекте се односи. При таквој неодређености на кога се акт командовања односи тешко је говорити о конкретности која би се подударала са садржином конкретности управног акта. Неодређеност је још већа када се актом командовања већој јединици наређује извршење одређене операције, јер се тада тим актом не одређују појединци на које се акт односи, а у моменту његовог издавања чак се не зна тачно ни које ће све војне јединице учествовати у извршењу дате операције, већ то зависи од каснијих одлука старешина нижих од старешине који је издао наређење на вишем рангу. Штавише, извршење задатака одређених таквим актом командовања вишег старешине изискује доношење низа других аката командовања у нижем степену. Управо из разлога што готово сви акти командовања нису до те мере конкретни да би се поуздано могло знати на које субјекте се односе не може се узети да је конкретност једно од обележја аката командовања са онаквом садржином какву у том смислу има управни акт.

4. Суштинска садржина карактеристике управног акта да је то правни акт ***јесте у томе да тај акт производи правни ефекат у виду утврђивања, стварања, мењања или укидања управно-правних односа, чија садржина јесу одређена субјективна права или обавезе.***[5]

[5] У пракси је заузет став да се управним актом сматра и онај акт којим није одлучивано о неком материјалном праву или обавези, већ о процесном праву, односно процесном праву странке, а што је оправдано, имајући у виду уставне и законске обавезе да се свакој странци да право и могућност да штити своја права и правне интересе засноване на закону, те да против донетог акта изјави жалбу или употреби неко друго законом предвиђено правно средство. Насупрот томе, акти који немају непосредно правно дејство, односно материјални акти као што су: потврде, уверења, налази, мишљења, којима се само утврђују одређене, нај-

Садржина аката командовања ***представља веома значајно место за њихово разликовање од других аката са становишта правне природе, а посебно за разликовање од управних аката. Садржина управних аката извире из неког правног прописа, док садржина аката командовања, као што је напред речено извире из војних правила и упутстава која се никако не могу сматрати правним прописима, јер она садрже начела за припремање и вођење војних акција сабрана и одређена резултатима искустава и истраживања у области ратне вештине као науке, дате кроз практична упутства у извршавању војне делатности. У војној делатности она представљају стручна правила обављања војне струке и не могу се прописивати правним прописима као што се ни у другим делатностима стручна правила обављања струке не прописују правним прописима већ представљају техничка правила.*** *Конститутивност* ***акта командовања, требало би да одговара обележју управног акта да је то правни акт, односно акт којим се стварају, утврђују, мењају или укидају права, обавезе или правни интереси. Актима командовања претежно се одређују обавезе лицима на која се односе. Међутим, ово је тачно само за оне акте командовања који су конкретни у смислу да се поуздано може знати на кога се конкретно односе. Али, како је напред речено, већина аката командовања нема обележје конкретности као управни акт, па ни обавезе које они садрже немају карактер субјективне обавезе која сачињава садржину управно-правног односа. Штавише ни обавезе из конкретних аката командовања нису обавезе које би се могле сматрати садржином каквог управно-правног односа, јер акт командовања нити извире из каквог управно-правног односа, нити се њиме производе правна дејства у виду утврђивања стварања, мењања или укидања управно-правних односа, чија су садржина одређена субјективна права или обавезе. Обавеза која за појединца настаје из акта командовања могла би се пре упоредити са обавезом непосредног извршиоца одређеног посла у било ком процесу рада, у коме његовим доношењем за извршиоца несумњиво настаје обавеза да тачно и потпуно поступи по датом упутству, налогу или наређењу, али та обавеза не чини садржину каквог управно-правног односа јер такав однос у конкретном и не постоји.***

чешће веома значајне пресудне правне чињенице, али се о праву или обавези одлучује посебним управним актом, немају карактер управног акта.

5. Управни акт је акт који доноси државни орган. ***Управне акте могу доносити само овлашћени државни органи или организације у вршењу јавних овлашћења. Доносиоци управних аката војних органа јесу надлежни војни управни органи као органи државне управе.***[6]

Акте командовања ***може доносити само оно лице које је овлашћено да доноси одлуке о употреби снага и средстава јединице којом командује, који у командном односу има улогу претпостављеног. Стога, акте командовања не може да доноси сваки војни старешина без обзира на његов лични чин, већ само онај старешина који има положај претпостављеног, а његова надлежност за доношење тих аката произлази из закона и овлашћења која на њега пренесе главнокомандујући чија изворна овлашћења проистичу из закона.***[7]

Поступак доношења ***аката командовања битно се разликује од поступка доношења управних аката. Општи управни поступак не примењује се приликом доношења аката командовања. Може се рећи да то само по себи не значи да акти командовања по својој правној природи нису управни акти, с обзиром да у појединим управним областима постоје посебни поступци који актима донетим по посебном поступку не одузимају својство управног акта. Међутим, за све познате посебне поступке карактеристично је да прописују само извесна одступања од општег управног поступка, док се акти командовања доносе у поступку у коме се Закон о општем управном поступку уопште не примењује. У правној литератури се могу срести мишљења да су акти командовања управни акти који се доносе на основу већег обима дискреционих овлашћења. Међутим, доносилац управног акта садржину акта, па и оног донетог по слободној оцени црпи из неког правног прописа, док доносилац акта командовања обим свог овлашћења за оцену садржине акта који доноси, црпи из правила војне струке или ратне вештине, а обим овлашћења и надлежности доносиоца аката командовања зависи од стратегијски прихваћеног модела војне***

[6] Одредбом члана 156. и 157. Закона о Војсци Југославије, односно члана 141. и 142. сада важећег Закона о Војсци Србије, прописана је стварна и месна надлежност војних управних органа у поступку доношењеа управних аката.

[7] На пр. Решење о преношењу овлашћења за решавање о односима у служби у Министарству одбране и Војсци Србије и Црне Горе ("Сл. војни лист", бр. 10/05).

организације (бригадни, дивизијски, армијски и сл.) из кога надаље проистиче и конкретност командног односа у извршавању послова и задатака тако организованог извршавања војне делатности.

И на крају поставља се и питање *правне заштите* ***у односу на донети акт командовања. Према нашем позитивно-правном законодавству управни спор може се покренути начелно против свих управних аката изузев када је законом изричито искључена могућност вођења управног спора.***[8] ***Што се тиче аката командовања, ниједним законским или другим прописом није изричито искључена могућност вођења управног спора против тих аката, што се може тумачити на два начина. Уколико се акти командовања сматрају управним актима, значи да се против аката командовања може водити управни спор. Међутим, у пракси је ова теорија тешко прихватљива, јер чак и под претпоставком да је могуће вођење управног спора против аката командовања с обзиром на њихову садржину и карактер, то би у суштини био спор ради спора, а не спор ради заштите законитости, да и не спомињемо да би преиспитивање таквих аката у управном спору представљало директно задирање у извршавање војне делатности. Са ових разлога чињеница што законским прописом није изричито искључена могућност вођења управног спора против аката командовања, указује да законодавац акте командовања није сматрао управним актима, па стога није било потребе да изричито искључи могућност вођења управног спора против тих аката, будући да се управни спор не може водити против аката који нису управни акти. Следствено наведеном, намеће се као логичан закључак да законодавац, имајући у виду циљ и сврху њиховог доношења, акте командовања није сматрао управ-***

[8] Тако Закон о служби у оружаним снагама и Закон о Војсци Југославије, акта о постављењу и премештају професионалних војних лица сматра управним актима, али с обзиром да је њихово доношење добрим делом израз функције руковођења и командовања, изричито искључује могућност вођења управног спора против ових аката. Међутим, Закон о Војсци Србије, имајући у виду ову ранију законодавну регулативу, изричито је одредбом чл. 139. Закона прописао да се против аката о постављењу и премештају професионалних војних лица и аката о ванредном унапређењу може водити управни спор.

ним актима, јер би у противном законом изричито искључио могућност вођења управног спора против тих аката[9].

Посебне карактеристике акта командовања

- Поступак доношења и извршавања акта командовања -

И остале битне карактеристике аката командовања нужно је посматрати у оквиру функције ради које се доносе. Њихово доношење, као и посебан начин извршења, захтева одсуство формалности, брзину и ефикасност[10]. Актима командовања претежно се одређују обавезе, што је такође логична последица циља и сврхе тих аката.

Највећи број правила поступка доношења аката командовања и њиховог извршавања садржан је у Правилу службе Војске Југославије, које се сматра основним правилом које обухвата и регулише најважнија и заједничка питања из области општих дужности и узајамних односа војних лица и друга питања која се тичу реда и рада у војним јединицама и установама. Поједини видови и родови, специфичности војне делатности регулишу посебним правилима која обухватају оне облике функционисања који нису обухваћени општим правилима, али су сагласни њима. То су нпр. Правило бродске службе, граничне службе, војне полиције као и војна правила која се односе на друге видове и родове у Војсци. Надлежност за доношење аката командовања одређује се правним прописима, а с тим у вези постоји прилична слобода супституције која подразумева да приликом доношења аката командовања сваки виши старешина може уместо потчињеног старешине

[9] Врховни војни суд, чије је Одељење за управне спорове, као специјализовано судило управне спорове против управних аката војних управних органа, није, према доступној пракси, имало велики број ових случајева. Није занемарив разлог за то да су појединци (припадници Војске – познаваоци начина њеног функционисања, па самим тим и правила понашања у поступку доношења и извршавања аката командовања), ретко покретали управни спор против аката командовања. Међутим, у случајевима покретања управног спора против таквих аката, суд је био на становишту да управни спор није допуштен против аката који се тичу командовања, јер то нису управни акти.

[10] Према тачки 34. Правила службе, наређење мора бити потпуно, кратко и јасно и издаје се усмено и писмено.

донети акт командовања из његове надлежности уколико то захтевају интереси службе[11].

Поступак доношења акта командовања покреће се увек по службеној дужности. Не може се наравно искључити иницијатива потчињеног, али по правилу и иницијатива потиче од претпостављеног, каснијег доносиоца акта командовања, па се у том смислу о захтеву за доношење акта командовања углавном не може говорити. Осим тога, акти командовања доносе се на подлози процене ситуације, у чему је садржана значајна разлика између тих и управних аката. Наиме, пре доношења управног акта мора се спровести испитни поступак, скраћени или посебни, а сам управни акт се доноси на подлози поуздано утврђених релевантних чињеница и околности и њихове оцене. Пре доношења акта командовања такође се настоји да се утврди што више релевантних чињеница, али акт командовања ће се донети и када се не располаже потпуним подацима без обзира на њихов значај.

Најчешћи назив под којим се доносе акти командовања јесу наређења, али врло често се називају: заповести, директиве, смернице. Правна средства против аката командовања су притужбе и приговори, што није изричито прописано, али произлази из Правила службе, којима је предвиђено да се притужба може поднети у вези са свим питањима из живота и рада у војној јединици, при чему она не одлаже извршење наређења[12]. Њена специфичност је у томе што се може поднети и пре и после извршења наређења, а након њеног разматрања одговор може и не мора бити дат, што зависи од оцене претпостављеног старешине у конкретној ситуацији, што све указује да се не ради о правном средству у смислу правила управног поступка.

З А К Љ У Ч А К

Акте командовања као и управне акте доносе војни органи. Њихова надлежност за доношење тих аката одређује се правним прописима. Акти командовања су као и управни акти ауторитативни акти ко-

[11] Тач. 36. и 37. Правила службе ВЈ.

[12] Тачка 33. Правила службе ВЈ – Наређење се извршава без поговора, потпуно, тачно и на време.

је њихови доносиоци доносе са позиције власти не споразумевајући се са субјектима на које се ти акти односе. У погледу наведеног обележја акти командовања и управни акти се потпуно подударају. У другим обележјима, међутим, разликују се. Акти командовања некада се односе на конкретно одређене субјекте, а некада се у тренутку доношења не зна на која лица се такав акт односи, што значи да се ти акти по овом обележју разликују од управних аката који се увек односе на одређено лице или на одређена лица.

Актима командовања се претежно одређују обавезе лицима на које се односе, а то одређивање обавеза може се чинити и управним актима. Међутим, сличност је само привидна јер обавезе о којима се одлучује у управним актима чине садржину неког управно-правног односа, а обавезе које се одређују актима командовања извиру из командног односа, као посебног односа који постоји само у војној организацији. Акти командовања по својој садржини представљају техничке акте у извршавању специфичне војне делатности и њихова садржина произлази из војних правила и упутстава, док садржина управних аката увек извире из правних прописа. Доносилац аката командовања се приликом њиховог доношења ослања на војна правила и упутства, при чему је овлашћен да акте донесе у зависности од конкретних околности, што значи да има приличну слободу доношења конкретних аката командовања. Та слобода, по спољним обележјима и начину манифестовања, најближе је овлашћењу доносиоца управног акта по слободној оцени. Но, било би погрешно из тога извести закључак да се акти командовања доносе по слободној оцени. Слобода коју има доносилац акта командовања и овлашћења за решавање по слободној оцени приликом доношења управног акта разликују се по садржини, јер доносилац акта командовања садржину свог акта не црпи из неког правног прописа, а приликом његовог доношења руководи се мерилима потпуно различитим од оних којима се руководи доносилац управног акта по слободној оцени, у поступку и на начин предвиђен Законом о општем управном поступку и посебним управним поступцима. Осим тога, управни акти доносе се након поуздано утврђених чињеница и околности и њихове оцене (чл. 125. ЗУП-а), а акти командовања на подлози процене ситуације која у многим елементима не мора бити заснована на потпуно и поуздано утврђеним чињеницама, већ на претпоставка-

ма о некој чињеници[13]. Акти командовања се најчешће не образлажу, за разлику од управних аката који по правилу морају бити образложени.

Правна средства против једних и других разликују се и по називу и по начину коришћења. Улагањем редовног правног средства против управног акта по правилу се одлаже извршење тог акта, осим ако је законом изричито прописано да улагање правног средства не задржава од извршења акт против кога је уложено. Улагањем правног средства против аката командовања (притужбе), никада се не одлаже његово извршење. Против управних аката постоји читав низ ванредних правних средстава, док тога у погледу аката командовања нема. Постоји само једно овлашћење које је појмовно најближе надзорном овлашћењу вишег управног органа у односу на нижи орган, а то је овлашћење вишег претпостављеног старешине да мења или укида акте командовања које је донео њему потчињени старешина[14]. Он то може чинити по нахођењу и при томе нема никаквих ограничења каква су иначе Законом о општем управном поступку предвиђена у случају доношења управног акта по праву надзора. Извршавању аката командовања приступа се непосредно по правилу одмах, а од доношења и достављања управног акта до њиховог извршења готово у свим случајевима треба да протекне одређено време. Осим тога принудно извршење управних аката се врши посредством органа надлежног за спровођење извршења. Најзад, с обзиром на изузетан значај аката командовања за војну делатност, безусловно потпуно, тачно и благовремено извршавање тих аката обезбеђује се свим средствима укључујући дисциплинске мере[15] и кривичне санкције чега у погледу извршења управних аката нема.

Према томе, акти командовања су акти којима претпостављене војне старешине у вршењу војне делатности на ауторитативан начин одређују задатке које су потчињени дужни да извршавају. Они се по својој правној природи разликују од управних аката, па се не могу сматрати њиховом подврстом са извесним специфичностима. Акти

[13] Тачка 35. и 38. Правила службе ВЈ – Приликом издавања наређења претпостављени је дужан да води рачуна о његовој реалности и могућности извршења, у складу са ситуацијом која налаже предузимање одговарајућих мера.

[14] Тачка 36. Правила службе ВЈ.

[15] Тачка 36. Правила службе ВЈ.

командовања, дакле, нису управни акти и стога се против аката командовања не може водити управни спор.

Литература

1. ***Закон о општем управном поступку ("Сл.лист СРЈ", бр. 33/97 и 3/02)***
2. ***Закон о служби у оружаним снагама ("Сл.лист СФРЈ", 22/74...32/78)***
3. ***Закон о Војсци Југославије ("Сл. лист СРЈ", 43/94...37/02)***
4. ***Закон о Војсци Србије ("Сл. гласник РС", бр. 116/07)***
5. ***Правило службе Војске Југославије***
6. ***Зоран Р. Томић и Вера Бачић, Коментар Закона о општем управном поступку (Београд, 1997)***
7. ***Шушњар мр Војислав, Управни акти војних органа, (ССНО, Београд, 1979)***
8. ***Калођера Мирко, Војни управни органи и нека питања њихове надлежности (Анали Правног факултета у Београду, 1961)***
9. ***Раичевић Перо, Нешто о правној природи аката командовања у односу на војне управне акте (Билтен правне службе ЈНА, 1973)***
10. ***Крбек др Иво, Право јавне управе ФНРЈ, Организација и службеници, (књига 2) и Функционисање и управни спор, (књига 3) 1961. и 1962.***
11. ***Судска пракса Врховног војног суда***

Гордана Богдановић,
саветник Врховног суда Србије

ЖАЛБЕНА КОМИСИЈА ПРАВОСУЂА У СЛУЖБИ ЗАШТИТЕ ПРАВА ДРЖАВНИХ СЛУЖБЕНИКА

Закон о државним службеницима[1], (у даљем тексту: Закон), је у области одлучивања о правима и дужностима државних службеника увео значајну новину у погледу органа који решава у другостепеном поступку по жалбама државних службеника на решења којима се у управном поступку одлучује о њиховим правима и дужностима и о жалбама учесника интерног и јавног конкурса. То су жалбене комисије и то: Жалбена комисија правосуђа и Жалбена комисија Владе, које су дужне да одлуче о жалби у року од 30 дана од дана њеног пријема, ако овим законом није друкчије одређено, иначе се сматра да је жалба одбијена. Жалбене комисије су самосталне у свом раду и раде у већима од три члана, а у свом раду примењују закон којим се уређује општи управни поступак, у даљем тексту: ЗУП. Жалбена комисија правосуђа броји седам чланова, укључујући и председника комисије, који су именовани решењем председника Врховног суда Србије на Општој седници Врховног суда дана 6.9.2006. године.

Жалбена комисија правосуђа одлучује о жалбама државних службеника из судова и јавних тужилаштава. Области у којима су државни службеници најчешће тражили заштиту својих права односе се на: распоређивање, премештај, оцењивање, дисциплинску одговорност, попуњавање слободних радних места и разврставање државних службеника по платним група и разредима, па ће овим редом и бити разматране.

Распоређивање државних службеника

[1] "Службени гласник РС", бр. 79/05... 67/07

Закон је у одредби члана 182. став 1. прописао обавезу државних органа да ускладе своје правилнике о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места са овим законом и пратећим подзаконским актима и у складу с тим изврше распоређивање државних службеника. С тим у вези прописане су две могућности: измена Правилника и доношење новог Правилника[2]. У случају да Правилник буде тако измењен да нека радна места буду укинута или број државних службеника смањен, прекобројни службеници премештају се на друга одговарајућа радна места, а предност имају они са бољим оценама у последње три године, а ако такво радно место не постоји државни службеник може, уз своју сагласност, бити премештен на ниже радно место које одговара његовој стручној спреми, а ако ни такво радно место не постоји или се државни службеник не сагласи са премештајем постаје нераспоређен.

У случају доношења новог Правилника, сви државни службеници распоређују се на одговарајућа радна места, при чему руководилац води рачуна о томе на којим су пословима радили пре распоређивања. А, ако новим Правилником нека радна места буду укинута или број државних службеника буде смањен, на прекобројне државне службенике се примењују одредбе које важе за случај измене Правилника.

Имајући у виду чињеницу да је за усклађивање или доношење новог Правилника и распоређивање државних службеника Законом био прописан рок 15.7.2006. године, а да је Закон ступио на снагу 1.7.2006. године[3], дешавало се, можда због краткоће овог рока, да првостепени орган доносећи решење о распоређивању повреди закон на штету државног службеника, а та повреда се најчешће односила на повреду законом прописаног поступка. Тако, код укидања радних места или смањења броја извршилаца државни службеници су добијали статус нераспоређених радника, али образложења решења о распоређивању нису садржавала јасне чињеничне и правне разлоге за такво одлучивање. Одлучне чињенице нису биле потпуно утврђене, а то су критеријуми којима се првостепени орган руководио приликом распоређивања, недо-

[2] Чл. 133. и 134. Закона о државним службеницима

[3] Неке одредбе су ступиле на снагу осмог дана по објављивању у "Службеном гласнику РС", бр. 79/05 – 24.9.2005. године.

статак доказа да се водило рачуна о томе на којим су пословима запослени радили пре распоређивања и да ли су исцрпљене све могућности премештаја на друга радна места, нити је оцена државног службеника у последње три године била цењена, па су и наводима жалби државних службеника управо ови недостаци и повреде истицани. Као пример може се навести решење Жалбене комисије правосуђа, у коме је наведено следеће:

"У образложењу ожалбеног решења нема навода у вези са оцењивањем жалиље и осталих запослених у суду у последње три године. Постоји само навод да је на место референта пријема поште и овере распоређено лице које је дужи низ година, у односу на жалиљу, запослено у суду. Међутим, како из одредбе чл. 133. Закона о државним службеницима произлази да је оцена рада запослених од битног утицаја приликом њиховог распоређивања, а у образложењу ожалбеног решења тај критеријум уопште није вредновао, нити је довољно образложена одлука из диспозитива првостепеног решења, Жалбена комисија правосуђа налази да је тим решењем учињена и повреда правила поступка из чл. 199. ст. 2. Закона о општем управном поступку, јер образложење не садржи разлоге који с обзиром на утврђено чињенично стање упућују на решење какво је дато у диспозитиву.

Такође, у разлозима првостепеног решења нема довољно уверљивих доказа који би указивали да је првостепени орган доносећи ожалбено решење, сходно чл. 134. ст. 1. Закона о државним службеницима, водио рачуна о томе на којим су пословима запослени радили пре распоређивања и да ли су исцрпљене све могућности премештаја на друга радна места запослених, који у краћем року испуњавају услове за престанак радног односа по сили закона."[4]

Премештај државних службеника

Закон регулише две врсте премештаја: трајни и привремени. У оба случаја државни службеник се премешта на друго одговарајуће радно место, с тим што су разлози за премештај различити. Под појмом одговарајућег радног места подразумева се оно чији се послови ра-

[4] Решење А VI Су жкп бр. 5/06 од 25.10.2006. године.

де у истом звању као послови радног места са кога се државни службеник премешта и за које испуњава све услове. Трајни премештај може да се изврши само у истом државном органу ако то налажу организација или рационализација послова или рационализација послова или други оправдани разлози. Привремени премештај у истом државном органу може да се изврши због замене одсутног државног службеника или повећаног обима посла, при чему се задржавају сва права свог радног места. Привремени премештај траје најдуже једну годину, после чега државни службеник има право да се врати на своје раније радно место. Такође, државни службеник може због потребе рада или повећаног обима посла да буде привремено премештен у други државни орган, а сва права из радног односа остварује у државном органу из кога је премештен, о чему руководиоци државних органа закључују писмени споразум. Такав привремени премештај траје најдуже шест месеци, а изузетно може бити продужен за још шест месеци, после чега државни службеник има право да се врати на радно место на коме је радио пре премештаја. За премештај државног службеника због потребе рада није потребна његова сагласност.

Решења првостепених органа о премештају су жалбама оспоравана због повреде прописа у вези одговарајућег радног места, јер су државни службеници трајно премештани због потреба рада, на пример са радног места административно-техничког секретара са звањем референта на радно место записничара, које по Правилнику о уређењу и систематизацији радних места има звање млађег референта, што је и изостављано у диспозитиву решења, па је та ожалбена решења ваљало поништити и због изостављања звања у диспозитиву, што диспозитив чини нејасним и чиме је повређен члан 198. ЗУП-а и због повреде члана 91. Закона, који прописује шта се сматра одговарајућим радним местом. Најбољи пример за ту врсту повреде је решење Жалбене комисије правосуђа, у чијем образложењу се каже:

"Из диспозитива ожалбеног решења произлази да се државни службеник са звањем референта на радном месту административно-технички секретар због потребе рада премешта трајно на радно ме-

сто записничара, али није наведено у ком звању се премешта, што ожалбено решење чини незаконитим.''[5]

Законом су јасно прописани случајеви када може да се изврши премештај државног службеника и време трајања премештаја, па су свим првостепеним решењима у којима нису били опредељени ови елементи – основ и време трајања премештаја, била повређена права на штету државних службеника који се премештају.

''По налажењу ове комисије, првостепено решење је правилно у погледу утврђених чињеница – жалиља је премештена у Општински суд, због повећаног обима посла, и у вези премештаја нису повређена правила поступка – закључен је писмени споразум о привременом премештају и донето ожалбено решење. Комисија сматра да погрешно позивање на наведену законску одредбу – чл. 93. Закона о државним службеницима није разлог за поништај наведеног решења, јер је ова управна ствар мериторно правилно решена. С обзиром на јединство првостепеног и другостепеног поступка, Комисија је изменила ожалбено решење у ставу III диспозитива само у погледу времена на које се жалиља премешта.''[6]

Треба још напоменути да је било случајева да је првостепеним решењем, са позивом на члан 18. Закона, налагано државном службенику да поред послова на које је распоређен, обавља и послове који су у опису другог радног места и друге послове по налогу претпостављеног, а да у решењу није назначен разлог и трајање рада на тим пословима. Тај недостатак чини такво решење незаконитим јер није у сагласности са одредбом члана 20. Закона, којом је прописано да је државни службеник дужан да по писменом налогу претпостављеног ради и послове који нису у опису његовог радног места ако за њих испуњава услове, због привремено повећаног обима посла или замене одсутног државног службеника, и то најдуже 30 радних дана.

''Жалбена комисија правосуђа налази да је погрешан закључак првостепеног органа да је жалиља дужна да обавља по налогу старешине све послове који нису у опису њеног радног места, а који су из надлежности Органа. Члан 18. став 1. Закона о државним службени-

[5] Решење А VI Су жкп бр. 37/08 од 5.5.2008. године.
[6] Решење А VI Су жкп бр. 23/06 од 2.11.2006. године.

цима односи се на извршење усменог налога старешине, који је државни службеник дужан да извршава, а који су у опису његовог радног места предвиђени Правилником о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места. Међутим, у овом случају ради се о новим пословима који су дати жалиљи, а који нису по систематизацији предвиђени за обављање послова уписничара, него референта на извршним предметима. У таквој ситуацији старешина Органа би морао донети ново решење, у смислу члана 20. Закона, само под условима прописаним одредбом тог члана."[7]

Оцењивање државних службеника

Закон садржи уопштене одредбе о оцењивању државних службеника и у том погледу се не разликује од раније законске регулативе, изузев што поред четири постојеће оцене уводи и нову оцену "добар". Међутим, Уредбом о оцењивању државних службеника[8] ***су детаљно уређена мерила и поступак оцењивања у свим државним органима, који су знатно различити у односу на постојећа решења.***

Имајући у виду да од оцене рада државних службеника зависи његово напредовање, а да оцена "не задовољава" може довести до престанка радног односа, оправдано се намеће закључак да је оцењивање озбиљан и сложен процес који заслужује посебну пажњу.

Проблеми који су се јавили у примени цитиране уредбе и због којих су државни службеници подносили жалбе Жалбеној комисији правосуђа и тражили заштиту својих права се односе на повреду прописаног поступка оцењивања. Нису поштоване одредбе о утврђивању радних циљева, јер оцењивач није обављао разговор са државним службеником пре утврђивања радих циљева, нити су они унети у посебан акт који треба да потпишу оцењивач и државни службеник. Уредбом је прописан образац извештаја о оцењивању, али у многим случајевима оцењивач, иако дужан, није попунио све тражене податке и то оне који се тичу његових коментара који су потпора за предложену оцену, објективних околности који су отежавали рад државном службенику

[7] Решење А VI Су жкп бр. 16/08 од 7.3.2008. године
[8] "Службени гласник РС", бр. 11/06

у периоду за оцењивање, предлога за стручно оспособљавање и усавршавање или других коментара од значаја за одређивање оцене. Такође, ни у једном случају тражене заштите права није обављен разговор са државним службеником поводом извештаја о оцењивању, нити су разматрани коментари државног службеника унети у извештај о оцењивању и његово неслагање са датом оценом. С тим у вези изостало је и учешће контролора чија је улога да провери извештај, реши могуће несугласице између оцењивача и државног службеника и упише свој коментар на предложену оцену и извештај.

Уредбом је прописано да је оцењивање независно и непристрасно, али је прописан и поступак оцењивања који није испоштован, па су тиме и права државних службеника повређена, што је неминовно довело до поништавања решења о оцењивању и враћања првостепеном органу на поновни поступак уз отклањање наведених недостатака.

"Међутим, према налажењу Жалбене комисије правосуђа, основано се жалбом оспорава правилност ожалбеног решења и то са разлога што је одредбом члана 47. став 2. Уредбе о оцењивању државних службеника прописано да ће се до 15.12.2006. године утврдити за све државне службенике радни циљеви за период за оцењивање од 1.1. до 31.12.2007. године, а одредбом члана 7. став 2. исте уредбе је прописано да се утврђени радни циљеви уносе, према редоследу њиховог значаја, у посебан акт који потписује оцењивач и државни службеник. У списима предмета не постоји такав акт, а из дописа првостепеног органа произлази да радни циљеви државних службеника нису ни прецизирани, већ да они проистичу из Правилника о унутрашњој организацији и систематизацији, што није у складу са наведеним прописима.

Затим, одредбом члана 27. наведене уредбе је, између осталог, прописано да оцењивач у извештају о оцењивању уноси и коментаре који су потпора за предложену оцену, а чланом 28. став 2. да оцењивач и државни службеник обављају разговор у вези оцењивања. Из извештаја у списима на страни 2 назначено је да разговор није обављен, а у коментару државног службеника је истакнуто незадовољство датом оценом. Члан 31. наведене уредбе прописује да се извештај о оцењивању доставља контролору који га проверава и решава могуће несугласице између оцењивача и државног службеника и уписује у извештај своје коментаре на предложену оцену и извештај. У списима нема доказа

да је поступљено на начин прописан наведеним чланом Уредбе, па су с тим у вези повређени прописи на штету жалиље.''[9]

Дисциплинска одговорност

За лакше и теже повреде радне дужности из радног односа законом су прописане дисциплинске казне и начин вођења дисциплинског поступка. Најчешће теже повреде дужности из радног односа са којима се сусретала Жалбена комисија правосуђа у изјављеним жалбама су незаконито располагање средствима, неизвршавање или несавесно, неблаговремено или немарно извршавање послова или налога претпостављеног, незаконит рад или пропуштање радњи за је које државни службеник овлашћен ради спречавања незаконитости или штете, недолично, насилничко или увредљиво понашање према странкама или сарадницима. Дисциплинске казне које су изрицане за ове повреде су престанак радног односа и новчана казна. Повреда права државних службеника у овим случајевима, због које су поништавана решења дисциплинских комисија првостепеног органа се односе на повреду правила поступка прописану Законом и ЗУП-ом, на чију примену у вођењу дисциплинског поступка упућује одредба члана 114. став 4. Закона. Дисциплинске комисије нису поштовале одредбе које прописују да се пре доношења решења морају утврдити све одлучне чињенице и околности од значаја за доношење решења и странкама омогућити да остваре и заштите своја права и правне интересе[10]***, па услед тога образложења ожалбених решења нису садржавала разлоге који с обзиром на утврђено чињенично стање упућују на решење какво је дато у диспозитиву, нити разлоге због којих нису уважени захтеви странака у вези извођења доказа.***[11] ***Стога је било неопходно наложити да се употпуни доказни поступак извођењем доказа саслушавањем сведока, суочењем, увидом у исправе или извођењем неких других доказа ради утврђивања одлучних чињеница битних за квалификацију повреде дужности из радног односа, постојања и степена дисциплинске одговорности и**

[9] Решење А VI Су жкп бр. 28/08 од 21.4.2008. године
[10] Члан 125. ЗУП-а.
[11] Члан 199. став 2. ЗУП-а.

тачног времена извршења повреде, чије је опредељивање значајно за правилну оцену застарелости покретања и вођења дисциплинског поступка. Такође, при избору и одмеравању дисциплинске казне дисциплинска комисија је морала да води рачуна о степену одговорности државног службеника, тежини последица повреде дужности и субјективним и објективним околностима под којима је повреда извршена, као и о томе да ли је државни службеник већ био дисциплински кажњаван, а то је у неким случајевима изостало.

"Због свега наведеног, Жалбена комисија правосуђа налази да су основани наводи жалбе и да је ожалбеним решењем повређен закон на штету жалиоца, па је на основу одредбе члана 232. став 2. ЗУП-а поништила ожалбено решење и предмет вратила на поновни поступак налазећи да ће недостатке првостепеног поступка брже и економичније отклонити првостепени орган. У поновном поступку Дисциплинска комисија ће употпунити доказни поступак саслушавањем предложених сведока како би неспорно утврдила одлучне чињенице битне за квалификацију повреде дужности из радног односа, а при одмеравању казне оценити све околности од утицаја на њену висину."[12]

У вези са овом материјом занимљиво је још напоменути да је погрешним утврђивањем дана коначности решења дисциплинске комисије којим је изречена мера престанка радног односа, повређено материјално право на штету државног службеника, па је зато корисно поновити да је одредбом члана 239. ЗУП-а дефинисан појам коначног решења као решења против кога нема редовног правног средства у поступку, што значи да је достављањем странци другостепеног решења којим је решавано по жалби против првостепеног решења или истеком рока за жалбу, ако жалба није изјављена, то првостепено решење постало коначно. Ово је битно знати зато што закон прописује да државном службенику коме је изречена дисциплинска мера престанка радног односа престаје радни однос даном коначности тог решења.

Попуњавање слободних радних места

[12] Решење А VI Су жкп бр. 1053/07 од 5.11.2007. године

Начин попуњавања слободних радних места путем конкурса, јавног или интерног, начелно је регулисан Законом, а сам изборни поступак, састав конкурсне комисије, стручне оспособљености, знања и вештине које се оцењују у изборном поступку, начин њихове провере и мерила за избор регулисани су Уредбом о спровођењу интерног и јавног конкурса за попуњавање радних места у државним органима,[13] Правилником о попуњавању извршилачких радних места и положаја у судовима[14] и Правилником о попуњавању извршачких радних места и положају у јавним тужилаштвима[15].

Законом су прописани разлози због којих учесник јавног конкурса може да изјави жалбу и то су: ако није учествовао у изборном поступку а сматра да испуњава услове за запослење на радном месту или да изабрани кандидат не испуњава те услове или да су се у изборном поступку десиле такве неправилности које би могле утицати на објективност његовог исхода.

У овој материји Жалбена комисија правосуђа је решавала о великом броју жалби из којих се може закључити да су повреде права учесника јавног конкурса настајале најчешће у следећим случајевима:

- састав конкурсне комисије није био у складу са наведеним прописима, јер у решењу о именовању конкурсне комисије није било назначено на којим радним местима се налазе именовани чланови и који им је степен образовања, а то је од утицаја с обзиром да је прописано да један члан треба да буде непосредни руководилац организационог дела у коме се врши попуна односно пријем, док остали чланови комисије морају да имају најмање исти степен образовања, стручних способности, знања и вештина као и кандидат у изборном поступку[16];

- чланови конкурсне комисије су дужни да дају писмене изјаве о томе да ли они и с њима повезана лица имају интерес за спровођење конкурса, пошто прегледају пријаве на интерни односно јавни конкурс, а дешавало се да чланови конкурсне комисије дају своје изјаве истог дана када су и именовани;

---

[13] "Службени гласник РС", бр. 3/06, 38/07 и 41/07
[14] "Службени гласник РС", бр. 79/06
[15] "Службени гласник РС", бр. 104/06
[16] Члан 5. наведених правилника

- конкурсна комисија није поштовала прописани изборни поступак јер није неблаговремене, недопуштене, неразумљиве или непотпуне пријаве одбацила закључком, што може довести до извесних дилема, јер је Закон прописао у члану 55. ст. 3. да против таквог закључка није допуштена посебна жалба. Значи, доношењем закључка о одбацивању пријаве против кога нема жалбе, изборни поступак за таквог кандидата је завршен. Међутим, ако закључак није донет, питање које се намеће је да ли је и подносилац такве пријаве учесник јавног конкурса и има ли активну легитимацију за изјављивање жалбе против одлуке о избору кандидата? По мишљењу аутора, у ситуацији када је подносилац пријаве отклонио њене недостатке, у смислу допуне тражене документације или отклањања нејасноћа у пријави и то пре доношења одлуке о избору кандидата, а да конкурсна комисија није пре тога закључком одбацила тако неразумљиву или непотпуну пријаву, таквом кандидату треба признати право на жалбу;

- записник о раду конкурсне комисије не садржи питања која су постављана кандидатима, па самим тим ни оцене, као мерило вредновања тих одговора;

- често недостаје списак кандидата који испуњавају услове, као и листе кандидата за избор који су у спроведеном поступку са најбољим резултатима испунили мерила прописана за избор;

- одлуку о избору доноси руководилац државног органа, а дешавало се да одлуку донесе конкурсна комисија, у чијој то није надлежности.

Треба напоменути да пријем приправника у радни однос има извесних специфичности које се огледају у томе што се обавезно спроводи јавни конкурс, тест и писмени рад нису дозвољени као начин провере њихових знања и не може да се врши провера стручне оспособљености. Проблеми који се јављају код пријема приправника у радни однос се односе на ситуацију када сви кандидати испуњавају тражене услове. Који критеријум треба применити? Поред оцене, добијене на основу обављеног усменог разговора са кандидатом, Законом о уређењу судова[17] је прописано да код пријема судијског приправника, као и код

[17] "Службени гласник РС", бр. 63/01... 46/06 – Члан 61. став 3.

пријема тужилачког приправника (Закон о јавном тужилаштву)[18], првенство имају кандидати који су Правни факултет завршили са високом просечном оценом. Нигде у прописима није прецизирано шта се сматра високом просечном оценом, али по некој ранијој пракси то је оцена изнад 8,50, па би само кандидати са оценом изнад 8,50 могли да се позову на ову одредбу код заштите својих права.

Разврставање државних службеника
по платним групама и разредима

Доношење Закона о платама државних службеника и намештеника[19] и разврставање државних службеника по групама положаја и платним разредима довело је до великог незадовољства државних службеника, па самим тим и до великог броја жалби на решења о одређивању коефицијента. Код разврставања државних службеника према усклађеним или новодонетим Правилницима о унутрашњем уређењу или систематизацији радних места и сходно томе одређивању коефицијената, Жалбена комисија правосуђа је налазила да није било повреде права државних службеника, јер су првостепени органи одлучивали у складу са донетим прописима, што је и Врховни суд Србије потврдио у својим пресудама донетим у управним споровима по тужбама незадовољних државних службеника. Међутим, било је случајева да су државни службеници на руководећим радним местима сврставани у први платни разред, чиме је повређена одредба члана 53. став 1. тачка 3. Закона о платама државних службеника и намештеника, која прописује да се руководиоцима унутрашњих група коефицијенти одређују према трећем платном разреду или евентуално, сходно ставу 2. истог члана закона, петом платном разреду платне групе у којој се налази њихово радно место, па је такве неправилности било нужно исправити.

''Имајући у виду чињеницу да је у опису послова управитеља судске писарнице предвиђено руковођење радом једне унутрашње једи-

[18] "Службени гласник РС", бр. 63/01... 106/06 – Члан 87. став 3.
[19] "Службени гласник РС", бр. 62/06... 101/07

нице, Жалбена комисија налази да у конкретном случају није било места примени чл. 53. ст. 1. тач. 2. Закона о платама државних службеника и намештеника, на који се позвао првостепени орган."[20]

И још неке повреде

У свом скоро двогодишњем раду Жалбена комисија правосуђа се сусретала и са неправилностима које не могу да се сврстају у неку од наведених области, али су такве природе да заслужују да се истакну. То је непоштовање одредбе чл. 232. ст. 2. ЗУП-а у случајевима када првостепени орган у поновном поступку, иако дужан да поступи по примедбама другостепеног органа, не испоштује ту своју обавезу; затим непоштовање одредбе члана 201. став 1. ЗУП-а у случају када решење није потписало службено лице које га доноси, већ неко друго лице "за". Такође, код оглашавања решења ништавим изостављање разлога наведених у члану 257. ЗУП-а због којих је решење могуће огласити ништавим, чини то решење незаконитим. Тај пропуст првостепеног органа није отклоњен ни у поступку по жалби, па је у управном спору по тужби државних службеника Врховни суд Србије уважио његову тужбу и поништио решење Жалбене комисије правосуђа управо са ових процесних разлога.

"Имајући у виду да наведену незаконитост у доношењу ожалбеног решења није отклонио ни тужени орган, одлучујући по жалби изјављеној на првостепено решење, то је и тужбом оспорено решење обухваћено битном повредом из члана 199. став 2. ЗУП-а. Врховни суд Србије је имао у виду да је тужени орган у оспореном решењу ценио примену одредбе члана 258. став 1. ЗУП-а од стране првостепеног органа, али је нашао да ова оцена није правилна, при чему тужени орган није дао разлоге за примену правног средства оглашавања решења ништавим из члана 257. ЗУП-а од стране првостепеног органа, уколико је одлучујући по жалби нашао да је примена овог правног средства од стране првостепеног органа била оправдана."[21]

[20] Решење А VI Су жкп бр. 101/07 од 1.3.2007. године
[21] Пресуда У. 6547/06 од 5.6.2008. године.

З а к љ у ч а к

Као аутор овог реферата и као члан Жалбене комисије правосуђа, сматрам да је Закон у области заштите права државних службеника знатно побољшао њихов положај увођењем жалбених комисија као другостепеног органа који одлучује о њиховим жалбама. Само подсећања ради, треба нагласити да је Законом о радним односима у државним органима, који је био у примени пре ступања на снагу Закона[22] било прописано да против сваког решења или другог акта којим је одлучивано о правима и обавезама запослених у државном органу, запослени може да поднесе приговор функционеру који руководи државним органом и који одлучује о приговору у року од 15 дана од дана његовог подношења. Без икакве намере да умањим значај функционера, чији је делокруг рада знатно шири од одлучивања по приговорима, истичем да је Жалбена комисија колегијални орган, формиран само за решавање по жалбама државних службеника, па самим тим је и у могућности да се потпуно посвети заштити повређених права државних службеника и у том смислу мислим да је Жалбена комисија правосуђа значајно допринела отклањању незаконитости насталих у првостепеном поступку и то у законом прописаном року од 30 дана, а које незаконитости и неправилности су обрађене у овом реферату. А, да ли је за државне службенике право законско решење да се њихове жалбе сматрају одбијеним ако се о њима не одлучи у року од 30 дана – то је дилема за неку другу прилику.

[22] Неке одредбе овог закона су још увек у примени

Ружа Урошевић,
саветник Врховног суда Србије

ПРАВА И ОБАВЕЗЕ НЕЗАПОСЛЕНИХ У СЛУЧАЈУ СПОРАЗУМНОГ ПРЕСТАНКА РАДНОГ ОДНОСА

Закон о раду[1] у члану 175. тачка 3) прописује да радни однос престаје споразумом између запосленог и послодавца, док у члану 177. прописује писмену форму таквог споразума и обавезу послодавца да пре потписивања споразума, писменим путем обавести запосленог о последицама до којих долази у остваривању права за случај незапослености.

До скоро овај начин престанка радног односа није изазивао посебну пажњу ни запослених ни послодаваца. Са праксом исплате отпремнина, "стимулативних отпремнина' и условљавањем признавања права на новчану накнаду за случај незапослености одређеним начином престанка радног односа, тема је постала актуелна и то посебно са становишта утврђивања чињенице на чију је иницијативу споразум закључен.

Споразумом о престанку радног односа се сагласношћу воља уговорних страна регулишу права и обавезе запосленог и послодавца у вези престанка радног односа. На основу тог споразума, који се не може раскинути једностраном изјавом воље, запосленом престаје радни однос. Судска заштита у вези са закљученим споразумом обезбеђена је у случају мана воље приликом закључења споразума, ништавости појединих одредби споразума, неизвршења обавеза које из њега проистичу и сл. и то по правилима облигационог, а не радног права.

Споразум о престанку радног односа може бити закључен, као и сваки други споразум, на иницијативу било које од уговорних страна.

[1] "Службени гласник РС", број 24/2005 и 61/2005

Чињеница на чију је иницијативу дошло до закључења споразума не би била од значаја да за њу није везано остваривање права из осигурања за случај незапослености, односно права на новчану накнаду за случај незапослености. Због тога је неопходно, приликом утврђивања права на новчану накнаду у управном поступку, ову чињеницу поуздано утврдити, што понекад, судећи према пракси управних органа, представља озбиљан проблем.

Осигурање за случај незапослености

Осигурање за случај незапослености се у Републици Србији остварује као обавезно и добровољно и не разликује се од осталих видова осигурања, осим што има карактер социјалног осигурања. Претпоставка за остваривање права из овог осигурања је да је лице било осигурано, да су он и његов послодавац уплаћивали допринос за обавезно осигурање и да је наступио осигурани случај – незапосленост, без кривице осигураног лица. Обавезним осигурањем обезбеђују се следећа права за случај незапослености:

- ***новчана накнада;***
- ***здравствено осигурање и пензијско и инвалидско осигурање и***
- ***друга права у складу са Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености[2] и општим актом Националне службе за запошљавање.***

Спорови се најчешће јављају између Националне службе за запошљавање и незапослених лица поводом остваривања права на новчану накнаду и испуњености услова за признавање овог права прописаних Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

Остваривање права

Да би незапослени уопште могао да оствари право на новчану накнаду за случају незапослености, нужно је да се одмах по престанку радног односа пријави Националној служби за запошљавање, односно надлежној филијали ове службе и поднесе захтев за остављање пра-

[2] "Службени гласник РС", бр. 71/2003 и 84/2004

ва на новчану накнаду за случај незапослености. Уколико такав захтев незапослени поднесе Националној служби у року од 30 дана од дана престанка радног односа или престанка осигурања, новчана накнада за случај незапослености му припада од првог дана од дана престанка осигурања. Међутим, уколико незапослени поднесе захтев за остваривање овог права по истеку 30 дана од дана престанка радног односа или праестанка осигурања, новчана накнада му припада само за преостало време према утврђеној дужини трајања права на новчану накнаду. Следом наведеног, право на новчану накнаду не може да оствари незапослени који поднесе захтев по истеку времена за које му право на новчану накнаду припада.

Изнето становиште је прихватио и Врховни суд Србије[3] , дајући за своју одлуку следеће образложење:

"Наиме, тужиоцу је радни однос код послодавца престао споразумом закљученим на иницијативу послодавца дана 31.10.2004. године. Према стажу осигурања од 35 година, 9 месеци и 11 дана, тужиоцу би припадала новчана накнада у трајању од 24 месеца, да је захтев поднео у року од 30 дана од дана престанка осигурања. Како је тужилац поднео захтев за признавање права на новчану наканду 16.03.2007. године, односно по истеку времена за које му право на новчану накнаду припада, правилно су закључили управни органи да тужилац нема право на новчану накнаду, с обзиром да је одредбом члана 110. став 3. Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености ("Службени гласник РС", бр. 71/2003 и 84/2004), прописано да право на новчану накнаду нема незапослени који подноси захтев по истеку времена за које му право на новчану накнду припада, у складу са тим законом."

Услови за признавање права

Када је реч о испуњености услова за признавање права, одредбом члана 108. Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености прописан је, као први услов за остваривање права на новчану накнаду за случај незапослености – трајање осигурања. Према тој одредби обавезно осигурана лица имају право на новчану накнаду ако су била

[3] Пресуда Врховног суда Србије У.бр. 6702/07 од 17.04.2008.године.

осигурана најмање 12 месеци непрекидно или са прекидима у последњих 18 месеци, с тим што се под непрекидним осигурањем сматра и прекид осигурања краћи од 30 дана. Приликом прописивања овог услова за остваривање права законодавац није правио разлику према томе по ком основу је незапослено лице било обавезно осигурано, да ли је било осигурано код истог или код различитих послодаваца, као ни да ли је било у радном односу на одређено или неодређено време, односно да ли је обављало повремене и привремене послове. Дакле, битан је само период и континуитет осигурања, а право се остварује од првог дана од дана престанка осигурања. Стога је неприхватљиво становиште Националне службе за запошљавање да је за остваривање права на новчану накнаду битна дужина радног стажа остварена код последњег послодавца, с обзиром да је остваривање права везано за период осигурања и дан престанка осигурања, а не за дужину и престанак радног односа. Наведено произлази и из става Врховног суда Србије[4], према коме "за остваривање права на новчану накнаду за случај незапослености није од значаја дужина радног стажа остварена у радном односу на одређено време, већ период осигурања који не може бити краћи од 12 месеци непрекидно или 18 месеци са прекидима". У образложењу пресуде се наводи:

"Како је неспорно да је тужилац пре подношења захтева за остваривање права био у радном односу на одређено време, да му је радни однос престао у складу са законом, протеком рока на који је био заснован и да је био осигуран код различитих послодаваца дуже од 12 месеци непрекидно, то су по оцени Врховног суда Србије испуњени законом прописани услови за признавање права на новчану накнаду за случај незапослености".

Одредбом члана 109. став 1. тачка 1. и 5. истог закона таксативно су наведени случајеви у којима незапослени има право на новчану накнаду. У ставу 2. истог члана прописано је да право на новчану накнаду припада и незапосленом који је био у радном односу на одређено време, или је обављао привремене и повремене послове, осим ако се ради о редовном ученику, студенту, пензионисаном лицу и земљорад-

[4] Пресуда Врховног суда Србије У.бр. 6574/06 од 10.05.2007. године.

нику који обавља земљорадничку делатност и обавезно је осигуран по основу катастарског прихода.

Да би незапослени, који је био у радном односу на неодређено или одређено време, могао да оствари право на новчану накнаду неопходно је да наступи један од пет случајева у којима има право на новчану накнаду. Уз сваки од ових случајева је прописано да мора бити у складу са законом или посебним прописом. То значи да, уколико запосленом престане радни однос у неком од наведених случајева у члану 109. став 1, али на начин супротан закону, незапослени не би имао право на новчану накнаду.

Примера ради, радни однос на одређено време, заснива се на време чије је трајање унапред одређено када су у питању: сезонски послови, рад на одређеном пројекту, повећање обима посла који траје одређено време и сл. за време трајања тих потреба, а престаје истеком рока на који је заснован, према одредби члана 175. став 1. Закона о раду. У том случају би лицу које је било запослено на одређено време припадало право на новчану накнаду из члана 109. став 1. тачка 1. Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, јер је престала потреба за његовим радом у складу са законом. Међутим, у случају када је запосленом престао радни однос на одређено време из разлога предвиђених само за запослене на неодређено време, односно на начин супротан закону, то лице не би имало право на новчану накнаду за случај незапослености. Отуда и став Врховног суда Србије[5], према коме ''отказ уговора о раду, закљученог на одређено време, због престанка потребе за обављањем послова услед технолошких, економских и организационих промена, не води стицању права на новчану накнаду за случај незапослености'', с обзиром да се овај разлог за престанак радног односа односи само на запослене на неодређено време.

Отпремнина и новчана накнада

На почетку је речено да је један од основних услова за остваривање права из осигурања да је наступио осигурани случај (у овом случају престао радни однос) из разлога који се не могу приписати у кривицу за-

[5] Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 261/07 од 21.06.2007. године.

посленог. Стога су у ставу 3. члана 109. Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености таксативно наведени случајеви у којима незапослени нема право на новчану накнаду. Према тој одредби право на новчану накнаду за случај незапослености нема незапослено лице коме је радни однос престао на основу писменог споразума са послодавцем закљученог на иницијативу запосленог или отказа уговора о раду или уговора о привременим и повременим пословима од стране запосленог или отказом уговора о раду или уговора о привременим и повременим пословима од стране послодавца ако постоји оправдани разлог који се односи на понашање запосленог у складу са прописима о раду. Да се Национална служба за запошљавање доследно придржавала наведене одредбе Закона, свакако не би било проблема у пракси. Спорови су настали када је примена ове одредбе проширена и на случајеве у којима је радни однос престао на основу писменог споразума са послодавцем на иницијативу послодавца, када је утврђено да незапослени нема право на новчану накнаду, а чињеница на чију је иницијативу закључен споразум о престанку радног односа сматрана је правно ирелеватном. Имајући у виду да је одредбом члана 109. став 3. Закона прописано да незапослени нема право на новчану накнаду ако му је радни однос престао на основу споразума са послодавцем закљученог на иницијативу запосленог, приликом одлучивања о праву незапосленог на новчану накнаду неопходно је утврдити одлучну чињеницу на чију је иницијативу закључен споразум. То не представља тако озбиљан проблем с обзиром да споразум о престанку радног односа на иницијативу запосленог "мора бити сачињен у писаној форми у виду једног или два акта – писани предлог запосленог и писано прихватање тог предлога од стране послодавца и обавезно потписан, као воља две стране да до престанка радног односа дође[6]. У свим осталим случајевима, који су постали веома чести у поступку својинске трансформације, има се сматрати да је споразум закључен на иницијативу послодавца, без обзира на начин на који је запосленима упућена иницијатива послодавца. Стога ће се овај реферат и бавити правима и обавезама запослених у случајевима када је споразум о престанку радног односа закључен на иницијативу послодавца.

Генерално је могуће препознати две правне ситуације:

[6] Пресуда ВСС Рев. 638/06 од 18.10.2006. године.

а) Споразум о престанку радног односа закључен на иницијативу послодавца са запосленима који су "технолошки вишак"

У последње време послодавци све чешће закључују споразум о престанку радног односа са запосленима за чијим је радом престала потреба услед технолошких, економских и организационих промена или смањења обима посла (технолошки вишак). Ти споразуми су увек закључени на иницијативу послодавца, најчешће на основу јавног позива упућеног неодређеном броју запослених уз исплату отпремнине у висини утврђеној општим актом или уговором о раду.

У пракси се поставило питање да ли се у том случају заправо ради о прикривеном отказу уговора о раду или Закон о раду пружа могућност закључења споразума и у таквим случајевима.

Одредбом члана 179. тачка 9. Закона о раду, прописано је да послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако постоји оправдани разлог који се односи на потребе послодавца и то ако услед технолошких, економских и организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла. То значи да послодавац може, а не мора, да на овај начин, тј. путем отказа уговора о раду, реши проблем вишка запослених. Осим тога послодавац и запослени то и не желе. Зашто? Зато што је поступак отказа уговора о раду у случају из члана 179. тачка 9. далеко сложенији и резултат далеко неизвеснији, него код споразумног престанка радног односа, а запослени остварује иста права која би остварио и у случају отказа.

Наиме, пре отказа уговора о раду, послодавац је дужан да донесе Програм решавања вишка запослених, да га достави синдикату и републичкој организацији надлежној за запошљавање ради давања мишљења, да запосленом исплати отпремнину у висини утврђеној општим актом или уговором о раду. Према члану 182. став 2. Закона о раду, послодавац који откаже уговор о раду запосленом као "технолошком вишку" не може на истим пословима да запосли друго лице у року од 6 месеци од дана престанка радног односа. Осим тога, приликом својинске трансформације, односно приватизације друштвених и државних предузећа, држава намеће обавезу новом власнику да у наредним годинама (једна или више) не отпушта запослене, односно да не може да дâ отказ уговора о раду.

Што се тиче запосленог, он остварује иста права и у једном и у другом случају. Обзиром да је "технолошки вишак" послодавац је и у случају споразумног престанка радног односа у обавези да запосленом исплати отпремнину коју би му исплатио у случају отказа уговора о раду. Не ретко, послодавци ову отпремнину називају новчаном накнадом, што не мења правну природу овог давања уколико је исплаћено на основу споразума, а због престанка потребе за радом запосленог, у смислу одредбе члана 179. став 9. Закона о раду. Осим тога, овај запослени има право на новчану накнаду за случај незапослености и право на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту, у складу са прописима о запошљавању, *с тим што за остваривање овог права није од значаја назив и висина, већ правна природа давања исплаћена запосленом у случају престанка радног односа због престанка потребе за његовим радом.*

Све ово су више него довољни разлози да послодавци упуте иницијативу запосленима за споразумни раскид радног односа (уместо отказа), и да запослени прихвати такав споразум. При том, како је раније речено, у поступку остваривања права запосленог није од значаја да ли је иницијатива упућена одређеном раднику или неодређеном броју запослених, јер према правном схватању Врховног суда Србије утврђеном на седници од 24.2.2006. године "незапослени има право на новчану накнаду уколико му је радни однос престао на основу споразума са послодавцем закљученог на иницијативу послодавца, без обзира да ли је иницијатива упућена одређеном раднику или у форми општег позива неодређеном броју запослених".

б) Споразум о престанку радног односа закључен на иницијативу послодавца са запосленима за које није утврђено, у законом прописаном поступку, да представљају "технолошки вишак".

У осталим случајевима, не улазећи у разлоге којима се руководио послодавац приликом давања иницијативе за закључење споразума о престанку радног односа запосленом који није технолошки вишак, начелно се може рећи да је разлог прихватања такве иницијативе од стране запосленог изузетно висока новчана накнада или отпремнина, тзв. стимулативна отпремнина, коју послодавац нуди запосленом, а чија је висина утврђена општим актом или уговором о раду. Ова "от-

премнина" има карактер других примања према члану 120. тачка 4. Закона о раду и чини зараду запосленог, у смислу члана 105. став 3. истог закона.

Право на новчану накнаду за случај незапослености, не зависи од врсте отпремине која је исплаћена запосленом, него од чињенице да ли му је радни однос престао на иницијативу послодавца, па је ову чињеницу потребно поуздано утврдити у поступку утврђивања права на новчану накнаду, имајући у виду и став Врховног суда Србије[7], према коме "незапослени има право на новчану накнаду уколико му је радни однос престао на основу споразума са послодавцем закљученог на иницијативу послодавца". Ово стога што су одредбом члана 109. став 3. Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености таксативно наведени случајеви у којима незапослени нема право на новчану накнаду. Према тој одредби, право на новчану накнаду нема, између осталог, ни незапослено лице коме је радни однос престао на основу писменог споразума са послодавцем закљученог на иницијативу запосленог, што значи да незапосленом припада право на новчану накнаду уколико је споразум са послодавцем закључен на иницијативу послодавца, а што је прихватио и Врховни суд Србије[8], у својој одлуци у којој се наводи:

"Наиме, тужени орган је правилно утврдио чињенично стање, али је извео погрешан чињенично правни закључак да је споразум о престанку радног односа тужиоцу закључен на иницијативу запосленог, јер је потписивањем споразума запослени дао пристанак, односно изразио жељу да му радни однос престане. Такође је погрешно и закључивање туженог органа да тужилац нема право на новчану накнаду јер су у брошури, коју је припремио послодавац, запослени обавештени да неће имати право на исплату новчане накнаде код Националне службе за запошљавање, уколико им радни однос престане на основу споразума уз исплату отпремнине.

Из списа се види да је тужиоцу радни однос код послодавца престао због организационог реструктуирања, као последица развоја финансијског система у Републици Србији, а на основу Правилника о

[7] Пресуда Врховног суда Србије У.бр. 6393/04 од 05.10.2005. године.
[8] Пресуда Врховног суда Србије У.бр. 8385/07 од 08.05.2008. године.

радним односима у НБС, из кога се види да је смањен укупан број запослених у НБС, са 3.507 на 2.859, односно у ФНС са 435 на 202. Стога је НБС упутила понуду запосленима у НБС 25.8.2005. године, да закључе споразум о престанку радног односа уз исплату отпремнине. Таква понуда, без обзира на то да ли је упућена одређеном раднику или у форми општег позива неодређеном броју запослених, према ставу Врховног суда Србије, представља иницијативу послодавца за закључење споразума о престанку радног односа уз исплату тзв. стимулативне отпремине, као начина решавања вишка запослених. Стога се не може прихватити као правилан закључак туженог органа да је тужиоцу радни однос престао његовом вољом и да због тога нема право на новчану накнаду за случај незапослености".

Порез на доходак грађана

Обавеза плаћања пореза на доходак грађана такође не зависи од тога да ли је запосленом у случају престанка радног односа исплаћена новчана накнада или отпремнина, већ зависи од разлога због ког му је престао радни однос и висине примања (накнаде или отпремнине).

Наиме, у случају када је запосленом престао радни однос због престанка потребе за његовим радом, у смислу члана 179. став 9. Закона о раду (споразумом или отказом) на примања остварена по основу отпремнине, односно новчане накнаде коју послодавац исплаћује запосленом у складу за законом којим се уређују радни односи - до износа који је утврђен тим законом, не плаћа се порез на доходак грађана, на основу члана 9. став 1. тачка 19. Закона о порезу на доходак грађана[9].

Одредбом члана 158. Закона о раду прописано је да је послодавац дужан пре отказа уговора о раду у смислу члана 179. тачка 9. овог закона, да запосленом исплати отпремнину у висини утврђеној општим актом или уговором о раду, с тим што ова отпремнина не може бити нижа од збира трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу за првих десет година проведених у радном односу и четвртине зараде запосленог за сваку наредну навршену

[9] "Службени гласник РС", бр. 24/2001 .... 65/2006

годину рада у радном односу преко десет година проведених у радном односу.

То значи да ће запослени бити у обавези да плати порез на доходак грађана по стопи од 20%, у смислу члана 86. Закона о порезу на доходак грађана, на основицу коју чини примање остварено изнад законом прописаних неопорезованих износа, умањено за нормиране трошкове у висини од 20% у смислу члана 85. став 1. тачка 9. и став 3. истог закона.

Наведена правила за опорезивање, према одредби члана 9. став 1. тачка 20. истог закона, важе и случају једнократне новчане накнаде која се исплаћује лицу коме престаје радни однос у процесу реструктурирања предузећа и припреме за приватизацију, стечај и ликвидацију у складу са Одлуком о утврђивању Програма за решавање вишка запослених у процесу рационализације, реструктурирања и припреме за приватизацију[10] - до износа утврђеног тим програмом, а за лица старија од 50 година живота - без ограничења износа. Програмом, који је донела Влада на основу члана 90. тачка 2. Устава Републике Србије у Одељку IV НАЧИН РЕШАВАЊА ВИШКА ЗАПОСЛЕНИХ у ставу 2. је прописано да запосленом који је утврђен као вишак престаје радни однос када се определи за остваривање једног од права, које је за њега повољније, и то за:

1) новчану накнаду у износу од 10 просечних зарада у привреди Републике, према последњем објављеном податку републичког органа надлежног за послове статистке за запоселне који имају више од 10 година стажа осигирања;

2) новчану накнаду у висини динарске противвредности 100 ЕВРА по години стажа осигурања, по средњем курсу на дан достављања спискова вишка запослених од стране послодавца, уз могућност месечног усклађивања динарске противвредности износа новчане накнаде;

3) Отпремнину у скаду за Законом о раду и остаривањем права на новчану накнаду у складу за прописима о запошљавању.

[10] "Службени гласник РС", бр. 64/2005 и 89/2006

Дакле, уколико би запосленом била исплаћена једнократна новчана накнада у вишем износу од износа прописаног наведеним Програмом Владе, запослени би био у обавези да плати порез на доходак грађана на основицу коју чини примање изнад прописаног неопорезивог износа умањено за 20% на име нормираних трошкова.

Међутим, у случају када је запосленом престао радни однос на основу споразума закљученог на иницијативу послодаваца са неких других разлога, а не због тога што је престала потреба за његовим радом, исплаћена новчана накнада, без обзира на висину, нема карактер отпремнине већ других примања из члана 120. тачка 4. Закона о раду и чини зараду запосленог, у смислу члана 105. став 3. истог закона, која подлеже обавези плаћања пореза и доприноса који се плаћају на зараде. Овакво становиште изражено је у пресуди Врховног суда Србије[11] према којој "примања која остваре запослена лица по основу споразумног прекида радног односа у смислу члана 97. и 99. Закона о раду, представљају зараде у смислу члана 13.-14. б) Закона о порезу на доходак грађана, а која зарада је опорезива у складу са одредбом члана 87. Закона о порезу на доходак грађана. Како је тужиљи исплаћена једнократна новчана накнада по основу споразума о престанку радног односа који је тужиља закључила, на основу члана 97. став 1. тачка 3., члана 99., члана 120. став 1. тачка 1. Закона о раду и члана 124. Појединачног колективног уговора о раду.... и Програма за добровољни одлазак запослених који испуњавају услове за пензионисање или ће испунити услове за пензионисање на дан 02.08.2008. године, правилно су тужени и првостепени орган закључили да овај износ представља опорезиви приход у складу са одредбама наведеног закона, јер се порез на доходак грађана плаћа на приходе из свих извора осим оних који су посебно изузети законом (члан 2)".

Ово је уједно једина разлика у погледу права и обавеза запослених и послодаваца поводом закључења споразума о престанку радног односа на иницијативу послодавца, а односи се на обавезу обрачуна и уплате пореза и доприноса на "отпремнину".

Обавештење послодавца

[11] Пресуда Врховног суда Србије У.бр.7988/07 од 17.04.2008. године.

На почетку је указано на обавезу послодавца да пре потписивања споразума обавести запосленог писменим путем о последицама до којих долази у случају остваривања права за случај незапослености.

Национална служба за запошљавање, приликом одбијања захтева за признавање права на новчану накнаду за случај незапослености, као разлог наводи и чињеницу да је запослени, пре потписивања споразума, обавештен од послодавца да нема право на новчану накнаду за случај незапослености, уколико прихвати исплату отпремнине или једнократне новчане накнаде. На овај разлог се позива и када је радни однос запосленом престао отказом, у смислу члана 179. тачка 9. Закона о раду.

Посебно је интересантан случај остваривања права запослених на основу Програма за решавање вишка запослених у процесу рационализације, реструктуирања и припреме за приватизацију утврђеног Одлуком Владе. Послодавац, готово увек када решава вишак запослених на начин предвиђен овим програмом, закључује са запосленим споразум о међусобном регулисању права и обавеза по основу рада којим констатује да је запосленом престао радни однос пошто је утврђено да представља "вишак". При том, послодавац обавештава запосленог да, у случају да се определи за исплату новчане наканаде (а не отпремнине) нема право на новчану накнаду у складу са прописима о запошљавању.

Поступајући на овај начин послодавац чини два пропуста. Најпре, закључује споразум за који мисли да је споразум о престанку радног односа, а заправо је споразум којим се не решава радноправни статус запосленог, него се регулишу права и обавезе по основу рада и то само уколико послодавац према запосленом који је утврђен као вишак има обавезе по било ком основу из радног односа. Доношење решења о отказу сасвим сигурно се не би могло сматрати таквом обавезом послодавца према запосленом по основу рада. Надаље, послодавац давањем обавештења ускраћује запосленом право на новчану накнаду за случај незапослености, иако Програмом није предвиђена могућност ускраћивања тог права. Одлуком Владе, за чије доношење не постоји овлашћење ни у једном закону који регулише ову материју, није, а није ни било могуће да се ускрате или ограниче права запослених која су прописана одговарајућим законима.

Одредбом члана 158. Закона о раду прописано је да је послодавац дужан да запосленом исплати отпремнину пре отказа уговора о раду, до кога је дошло зато што је услед технолошких, економских или организационих промена престала потреба за обављањем одређеног посла или је дошло до смањења обима посла. Према одредби члана 160. истог закона, запослени коме послодавац после исплате отпремнине из члана 158. откаже уговор о раду због престанка потребе за његовим радом остварује право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту, у складу са прописима о запошљавању.

Дакле, отпремнина и новчана накнада за случај незапослености су два одвојена права, која се остварују под различитим условима прописаним посебним законима и која се међусобно не искључују. Треба напоменути да Конвенција Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца[12] у члану 12. предвиђа да радник коме је престао радни однос има право, у складу са националним законодавством и праксом, на комбинацију отпремнине и давања из осигурања за случај незапослености. А упозорење послодавца?

Према одредби члана 177. став 1. Закона о раду, радни однос може да престане на основу писменог споразума послодавца и запосленог. С обзиром да је у питању споразум, иницијатива за закључење споразума, рекли смо, може да потекне од било које стране. У ставу 2. истог члана је прописано да је послодавац дужан, пре потписивања споразума, да запосленог писменим путем обавести о последицама до којих долази у остваривању права за случај незапослености. Једно од тих права је и право на новчану накнаду за случај незапослености, а последица је ускраћивање тог права само у случају предвиђеном законом, односно само ако је споразум о престанку радног односа закључен на иницијативу запосленог. То је једино обавештење које је послодавац дужан и овлашћен да запосленом дâ пре потписивања споразума, и које, само у том случају, представља правно релевантну чињеницу код утврђивања права на новчану накнаду за случај незапослености.

[12] "Службени лист СФРЈ" - Међународни уговори број 4/84 и 7/91

У случају да послодавац обавести запосленог да нема право на новчану накнаду, иако му право припада јер је споразум закључен на иницијативу послодавца или му је радни однос престао отказом, па због тога запослени не поднесе захтев за остваривање права у законом прописаном року, послодавац ће бити у обавези да му надокнади штету у висини новчане накнаде за случај незапослености коју би остварио да је благовремено поднео захтев.

III

ОКРУГЛИ СТОЛОВИ

ОКРУГЛИ СТО
- НАКНАДА ШТЕТЕ
ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

Мајда Кршикапа,
саветник Врховног суда Србије

НАКНАДА ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) је међународни уговор потписан у Риму 1950. године, који је ступио на снагу три године касније када га је потписало 15 држава чланица Савета Европе.

Ступањем на снагу Протокола 11, 1. новембра 1998. године, установљен је Европски суд за људска права (у даљем тексту: Европски суд) уместо дотадашње Комисије и Суда.

Република Србија је постала држава чланица Савета Европе 3. априла 2003. године; потписала је и ратификовала Конвенцију 26. децембра 2003. године, која се примењују се од 3. марта 2004. године[1]. Од тада је нашим грађанима омогућено да се обрате Европском суду када сматрају да им је држава повредила неко право гарантовано Конвенцијом или Протоколом уз њу, под условом да претходно нису успели да своје право заштите пред домаћим судовима или органима.

Конвенција (члан 34. и 35) прописује ко може поднети представку и које услове она мора да испуни како би је Европски суд узео у разматрање. Уколико прихвати представку, приступиће одлучивању о предмету спора.

Правично задовољење, односно накнада штете, предвиђена је чланом 41. Конвенције. Пословником о раду Европског суда (у даљем

[1] СЦГ је ратификовала Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода 26. децембра 2003. године ("*Сл.лист СЦГ -Међународни уговори", бр. 9/03*).

тексту: Пословник) прописани су формални предуслови за подношење захтева за правично задовољење (Правило 60). Подносилац представке овакав захтев мора да поднесе у писаним напоменама о суштини ствари или у посебном писмену најкасније два месеца након доношења одлуке о прихватљивости представке. Европски суд захтева да се поднесе и документација која поткрепљује захтев, јер у супротном може да одлучи да не досуди правичну накнаду или да је досуди у мањем износу. Европски суд упућује захтев подносиоца за правично задовољење Влади Државе уговорнице на одговор. Уколико се Влада не изјасни о наводима подносиоца, могуће је да Европски суд подносиоцу представке досуди тражени износ на име правичне накнаде.

Према Правилу 75. Европски суд одлучује о правичној накнади када закључи да је дошло до повреде Конвенције или Протокола уз њу. Европски суд, по правилу, доноси одлуку о правичној накнади заједно са пресудом о суштини ствари. Међутим, уколико сматра да питање правичне накнаде није зрело за одлуку, веће га задржава у целини или делимично и одређује даљи поступак[2]. Нема правичне накнаде за штету која је проузрокована ситуацијама или догађајима за које је утврђено да не представљају повреду неког права или за штету у вези са представком која је проглашена неприхватљивом.

Накнада штете обрачунава се у еврима, али ће се назначити да ће се износ конвертовати у валуту државе уговорнице по курсу на дан исплате.

Уколико се појаве проблеми у вези са исплатом досуђених износа (неисплата, кашњење у исплати), подносилац представке се може обратити Комитету министара Савета Европе који надгледа извршење пресуда Европског суда.

Међутим, уколико пуномоћник има проблема да наплати своје трошкове од подносиоца представке, онда је то у надлежности домаћих судова, а не Комитета министара или Европског суда.

Приликом одлучивања Европски суд цени шта би било правично задовољење у конкретном случају, те, поштујући члан 41. Конвен-

[2] *Sporrong i Lonnroth против Шведске,* број 7151/75; 7152/75, пресуда од 23. септембра 1982,§ 89.

ције досуђује накнаду оштећеној страни само ако је то правично у датим околностима; ако домаћи судови омогућавају само делимичну одштету и само ако је то потребно.

Из праксе Европског суда могу се извести следећи закључци:

- ***Европски суд може да одреди да је само утврђивање повреде права довољно правично задовољење;***
- ***Европски суд може подносиоцу представке да досуди мањи износ од стварно претрпљене штете или стварно проузрокованих трошкова, уколико утврди да је подносилац представке допринео настанку штете или настанку непотребних трошкова, или да му уопште не досуди правичну накнаду;***
- ***Приликом одмеравања висине накнаде, Европски суд узима у обзир и економску ситуацију у Држави уговорници;***
- ***Висина накнаде углавном је мања од накнаде коју досуђују домаћи судови у државама чланицама Савета Европе.***

Накнада штете односи се на накнаду материјалне штете; нематеријалне штете и судских и других трошкова поступка.

Материјална штета

Накнада материјалне штете може се односити на губитак зараде, губитак средстава за живот, губитак пензије, губитак наследства, трошкове здравствених услуга, губитак вредности земљишта. У сваком случају, код накнаде материјалне штете, основни принцип је да се подносилац представке, колико год је то могуће, стави у положај у којем је био пре него што је наступила повреда из Конвенције или Протокола уз њу, односно да се држава против које је представка поднета обавеже да надокнади штету коју је изазвала тако што ће, колико год је то могуће, ствари вратити у стање које је постојало пре повреде (*restitutio in integrum*).

Тако је у предмету* Kehaya and others *против* Бугарске[3]*, као и у низу других пресуда, поновљен став Европског суда "да се Држави уго-

[3] *Kehaya and others против Бугарске,* број 47797/99 и 68698/01, пресуда од 14. јуна 2007, § 17

ворници намеће обавеза да изврши накнаду за насталу штету тако што ће покушати да успостави, колико год је то могуће, стање које је претходило наступању повреде".

Европски суд прави разлику да ли је **restitutio in integrum** ***могуће тражити према унутрашњем праву државе против које је представка поднета, те ће о захтеву позитивно одлучити уколико нема могућности накнаде према домаћем праву, док ће у обрнутом случају захтев одбити.***

Да би подносилац представке успео са захтевом за накнаду материјалне штете, мора да докаже да између штете за коју тражи накнаду и утврђене повреде Конвенције постоји "јасна узрочно-последична веза" ("**direct causal link"*****).***

Тако је Европски суд у предмету **Mathew** ***против*** **Холандије**[4]**,** ***заузео став да није било "јасне узрочно-последичне везе" између захтева за накнаду штете и утврђене повреде, те није ни досудио накнаду материјалне штете. Супротно, у предмету*** **Aktas** ***против*** **Турске**[5] ***који се односио на убиство брата подносиоца представке у притвору, Европски суд је установио да је држава одговорна за смрт лица у притвору и закључио да су будуће изгубљене зараде биле у директној вези са насталом ситуацијом и да је држава за то одговорна, тако да је подносиоцу представке досудио износ од 226.065 EUR.***

Такође, захтев за накнаду материјалне штете мора да буде поткрепљен поузданим доказима (рачуни за болничко лечење, обрачун за изгубљену зараду, губитак пензије). У супротном, одштета неће бити досуђена или ће бити досуђена у смањеном износу.

Нематеријална штета

[4] *Mathew против Холандије,* број 24919/03, пресуда од 29. септембра 2005, §§ 220-224; видети још *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft MBH против Аустрије,* број 32240/96, пресуда од 21. септембра 2000; *Oldham против УК,* број 36273/97, пресуда од 26. септембра 2000

[5] *Aktas против Турске,* број 24351/94, пресуда од 24. априла 2003, §§ 354-355; видети још *Akkoc против Турске,* број 22947/93 и 22947/93, пресуда од 10. октобра 2000 (2002)

Накнада нематеријалне штете може се односити на претрпљени бол и патњу, страх и стрес, неизвесност и забринутост, непријатност, губитак могућности, губитак угледа. Одређивање накнаде нематеријалне штете има за циљ да олакша болове и патњу подносиоцу представке, који су настали као последица радњи које су довеле до повреде Конвенције или Протокола уз њу. У предметима са смртним последицама, Европски суд може да досуди накнаду нематеријалне штете подносиоцу представке који су наследници покојника.

Подносиоци представке који истичу захтев за накнаду нематеријалне штете треба да истакну и висину за коју сматрају да је разумна.

На пример, Европски суд је у предметима* Mathew *против* Холандије *(иако није досудио накнаду материјалне штете) утврдио на име накнаде нематеријалне штете износ од 10.000 EUR подносиоцу представке због дужине боравка у самици и услова у њој; у предмету* Nazarenko *против* Украјине[6] *износ од 2.000 EUR због лоших услова у притвору.

Када су повреде нарочито озбиљне, Европски суд досуђује и веће износе. Тако у предмету* Selmouni *против* Француске[7] *подносиоцу представке досуђено је 500.000 FRF на име накнаде нематеријалне штете због тога што га је полиција мучила у притвору; у предмету* Tomasi *против* Француске[8] *досуђено је 700.000 FRF на име накнаде материјалне и нематеријалне штете због злостављања у притвору; у предмету* Dicle u ime Demokratske partije (DEP) *против* Турске[9]*, досуђено је 200.000 ЕУР на име претрпљене нематеријалне штете, јер је Европски суд установио да су одлуком Уставног суда Турске да распусти Демократску партију "повређена дубока осећања одређеног дела становништва", с обзиром да је та партија активно учествовала у политичком животу земље.

---

[6] *Nazarenko против Украјине,* број 39483/98, пресуда од 29. априла 2003, § 172

[7] *Selmouni против Француске,* број 25803/94, пресуда од 28. јула 1999, §§ 120-123

[8] *Tomasi против Француске ,*број 12850/87, пресуда од 27. август 1992, § 108

[9] *Dicle u ime Demokratske partije против Турске,* број 25141/94, пресуда од 10. децембра 2002, §§ 76-78

Судски и други трошкови

***Европски суд може подносиоцу представке досудити накнаду за трошкове пред домаћим судовима, као и трошкове произашле из поступка пред Европским судом. Потребно је су ти трошкови стварно настали, били неопходни у циљу спречавања стања које је довело до повреде и разумни у износу. Уколико Европски суд нађе да су превисоко постављени, досудиће износ за који сматра да је разуман. О трошковима поступка одлучује се само на захтев странке, никада* ex officio.**

Од тренутка подношења представке, пуномоћници треба да почну са вођењем евиденције о трошковима који морају бити детаљно опредељени. Приликом састављања обрачуна за трошкове заступања, адвокати треба да пођу од адвокатске тарифе коју примењује адвокатска комора државе уговорнице, с тим што она не обавезује Европски суд; Европски суд досуђује накнаду трошкова поступка подносиоцу представке сразмерно његовом успеху у поступку. Ако нађе да нема повреде Конвенције или Протокола уз њу, неће досудити ни судске ни друге трошкове. Такође, уколико подносилац представке успе само делимично у поступку, Европски суд може ту чињеницу узети као основ за смањење тражене накнаде; уколико је правни заступник заступао подносиоца без накнаде за свој рад, не могу се потраживати трошкови заступања на основу члана 41. Конвенције.

Пресуде и одлуке Европског суда у односу на Србију

Европски суд је донео 19 пресуда и 14 одлука против Србије. У 15 од 19 пресуда, Европски суд је утврдио кршење права на правично суђење из члана 6, став 1. Конвенције, како због дужине трајања поступка, тако и због неизвршења правноснажних пресуда домаћих судова (у неким предметима уз повреду члана 1. Протокола 1. и члана 13. Конвенције). У два случаја Европски суд је утврдио повреду члана 10. Конвенције, а у једном повреду претпоставке невиности из члана 6, став 2. Конвенције. Поред тога, у три предмета утврђена је и повреда права на поштовање приватног и породичног живота из члана 8. Конвенције.

По основу донетих пресуда, Србија је обавезана да плати 56.100,00 ЕУР на име накнаде штете и 18.812,00 ЕУР на име трошко-

ва поступка. По закљученим поравнањима, исплаћено је 17.100,00 ЕУР, тако да су ти предмети скинути са листе предмета Европског суда.

Највиши износ накнаде Европски суд је досудио у предметима из породичних односа (В.А.М. 15.000,00 ЕУР,* Томић *10.000,00 ЕУР и* Јевремовић *6.000,00 ЕУР); у предметимта* Марчић, Филиповић *и* Буловић, *није досуђена накнада, било зато што је Европски суд сматрао да је само утврђивање повреде довољно задовољење, било зато што су саме странке пропустиле да благовремено поднесу захтев за правично задовољење.

Четири предмета су скинута са листе јер је Европски суд прихватио став заступника да су представке очигледно неосноване.

1. Члан 6. став 2. - Матијашевић против Србије

Нема пуно предмета у којима је разматрано питање правичне накнаде у вези са чланом 6. став 2. Конвенције.

Ово је прва пресуда коју је Европски суд донео против Србије и констатовао повреду права на правично суђење из члана 6. став 2. Конвенције. У конкретном случају, домаћи суд је у образложењу решења о продужењу притвора навео да је подносилац представке "починио кривична дела која су предмет оптужбе", чиме је повредио право на претпоставку невиности подносиоца представке. Овај пропуст није исправио ни Врховни суд Србије у поступку по жалби.

У одбрани, заступник Србије је истакао да се радило о очигледној омашци и да је Матијашевић накнадно осуђен на осам година затвора. Овај аргумент Владе Србије није прихваћен, јер Европски суд утврђује да ли је било повређено неко право у току целог поступка. Овакав став произилази и из пресуде* Minelli *против* Швајцарске[10] *где је Европски суд поновио став "да члан 6. став 2. регулише кривични поступак у целини, без обзира на исход оптужбе".

У предмету Матијашевић против Србије, Европски суд је закључио да је само констатовање повреде довољна сатисфакција за подносиоца представке, тако да је Србију обавезао да плати трошкове

[10] *Minelli против Швајцарске*, број 8660/79, пресуда од 25. марта 1983., § 30

***поступка (662,00 ЕУР). Слично је поступио и у предмету* Garycki *против* Пољске[11].**

Супротно томе, постоје и примери када је констатована повреда члана 6. став 2. Конвенције довела до утврђивања правичне накнаде у прилично високим износима. Тако је у предмету* Allenet de Ribemont *против Француске[12], досуђен, на правичној основи, износ од 2.000.000 ФРФ (300.000 ЕУР) због повреде претпоставке невиности, јер су изјаве високих полицијских службеника "заиста изазвале код јавности уверење да је подносилац представке крив" и "прејудицирале оцену доказа од стране судских органа".

2. Члан 6. став 1, члан 8. и члан 13. - В.А.М., Томић и Јевремовић против Србије

У ова три предмета утврђена је повреда члана 6 став 1 (дужина трајања поступка), члана 8 (поштовање приватног и породичног живота) и члана 13 (непостојања делотворног правног лека) Конвенције. Реч је о предметима из области породичних односа, који су по својој природи сложени и осетљиви, те је Европски суд до сада у својој пракси досуђивао, по правилу, високе износе на име накнаде нематеријалне штете.

У предмету* В.А.М. *досуђено је 15.000,00 ЕУР на име накнаде нематеријалне штете. Приликом утврђивања овако високог износа, Европски суд је имао у виду то што домаћи органи нису показали изузетну марљивост у поступању и решавању предмета, што није извршена привремена мера о уређењу виђања мајке и детета, тешко здравствено стање подносиоца представке и чињеницу да је извршни поступак још у току. Слично је Европски суд поступио и у предмету* Hokkanen *против Финске[13].

У предмету* Томић *досуђено је 10.000 ЕУР због неизвршења одлуке о поверавању детета на бригу, чување и васпитање подносиоцу представке. Европски суд је закључио да је једној страни у поступку

[11] *Garycki против Пољске*, број 14348/02, пресуда од 6. маја 2007. године, §§ 78-80
[12] *Allenet de Ribemont против Француске*, број 15175/89, пресуда од 10. фебруара 1995.
[13] *Hokkanen против Финске*, број 19823/92, пресуда од 23. септембра 1994. §§ 75-78

***"омогућено да искористи правосудни систем док се чињенично стање протеком времена није довољно изменило, да би била могућа измена одлуке о поверавању детета на чување, негу и васпитање у посебном судском поступку." Слично је Европски суд поступио и у предмету* Карацић *против* Хрватске[14].**

***У предмету* Јевремовић *досуђено је 6.000 ЕУР на име накнаде нематеријалне штете, а предмет спора је утврђивање очинства. Суд је закључио да "поступак у конкретном случају није постигао правичну равнотежу између права подноситељке представке да се њена неизвесност по питању идентитета отклони без непотребног одлагања и права њеног оца да не уради ДНК анализу, па сматра да заштита интереса у питању није била пропорционална." Слично је Европски суд поступио и у предмету* Микулић *против* Хрватске[15].**

3. Члан 10. – Лепојић и Филиповић против Србије

У предмету* Лепојић, *Европски суд је досудио 3.000 ЕУР на име накнаде нематеријалне штете, док у предмету* Филиповић *није досуђена никаква накнада јер је странка пропустила да поднесе захтев за правичну накнаду.

У оба предмета подносиоци представке су били председници општина, дакле јавне личности, које су, према пракси Европског суда, дужне да трпе јачу критику и увреде и покажу већи степен толеранције него други. Домаћи судови су управо поступили супротно пракси Европског суда, рекавши да је "углед председника општине као изабраног лица и директора врло успешног предузећа значајнији од обичног грађанина".

За повреду члана 10. Конвенције, Европски суд досуђује накнаду материјалне штете кад год утврди да постоји узрочно-последична веза између настале штете и утврђене повреде; накнаду нематеријалне штете, по правилу, не досуђује, осим у случају када је подносилац представке због утврђене повреде био осуђен на казну затвору. Став је Европског суда да за повреду части и угледа не треба да постоји за-

[14] *Карацић против Хрватске,* број 35030/04, пресуда од 15. децембра 2005. § 71
[15] *Микулић против Хрватске*, број 53176/99, пресуда од 7. фебруара 2002.

творска казна и кривична одговорност, већ је довољно предвидети право на исправку и грађанску одговорност, односно накнаду штете у одређеном износу (видети предмете* Baskaya i Okcuoglu *против Турске[16] или* Incal *против Турске[17]).

4. Члан 6. став 1. - (дужина трајања поступка) ЕВТ,
Марчић и други, ЗИТ, Качапор

Члан 6. став 1. - (неизвршење пресуде)
Самарџић и АД Пластика, Микуљанац, Малишић и Шафер,
Стевановић, Илић, Поповић, Јовићевић, Буловић, Цветковић

У свим наведеним предметима, Европски суд је утврдио повреду члана 6. став 1. (дужина трајања поступка због неизвршења правноснажних пресуда), у неколико предмета уз повреду члана 1. Протокола 1. (право на имовину) и/или члана 13. Конвенције (право на делотворан правни лек). Поред индивидуалних мера (исплата накнаде штете), Европски суд је Србији наложио и предузимање генералних мера (увођење ефикасног правног лека за дужину поступка).

Пракса Европског суда је да скоро редовно досуђује накнаду нематеријалне штете у предметима у којима је утврђена повреда права на суђење у разумном року[18]. Мали је број предмета у којима је Европски суд усвојио захтев за накнаду материјалне штете због дужине трајања поступка[19].

[16] Суд је досудио 3.825 фунти односно 4.300 фунти сваком подносиоцу представке на име накнаде нематеријалне штете

[17] Суд је досудио подносиоцу представке износ од 3.210 фунти на име накнаде нематеријалне штете, који је био осуђен на казну затвора у трајању од седам месеци зато што је припремао политичке памфлете које је имао намеру да дистрибуира.

[18] Видети *Giordani против Italije*, број 54280/00, пресуда од 28. марта 2002, §64 где је Суд досудио износ од 46.000 ЕУР на име нематеријалне штете због дужине трајања поступка од 31 године

[19] Видети *Lechner против Аустрије*, број 9316/81, пресуда од 23. априла 1987, §64

Приликом досуђивања правичне накнаде за повреду члана 6. Конвенције, Европски суд има у виду своју праксу у другим сличним предметима, сложеност предмета, понашање странака, број утврђених повреда, важност предмета за подносиоца представке. Тако је висина накнаде већа уколико се поред повреде из члана 6. Конвенције утврди повреда још неког права из Конвенције или Протокола уз њу, нарочито члана 1. Протокола 1. (на пример* Sporrong and Lonnroth *против Шведске*[20] *и* Scollo *против Италије*[21]*).

Уколико у току поступка дође до смрти подносиоца представке, а даље вођење поступка преузму наследници, Европски суд цени да ли има основа да досуди накнаду нематеријалне штете због дужине трајања поступка и лицима која су преузела вођење поступка и у ком износу. Тако, у предмету* Deumeland *против Немачке*[22] *поступак је започела мајка, а након њене смрти поступак је наставио син. Европски суд је закључио да је мајка највероватније претрпела "одређени психолошки стрес" због дужине трајања поступка, али "да не види разлоге" због којих би накнаду досудио сину, јер он нема статус "оштећеног лица". У предмету* X. *против* Француске[23] *подносилац представке је у току поступка умро, а поступак су наставили његови родитељи. Подносилац представке је за живота тражио 150.000 ФРФ на име накнаде нематеријалне штете због дужине трајања поступка. Суд је утврдио да је подносилац представке претрпео нематеријалну штету, јер је, обзиром на врсту спора, поступак неразумно дуго трајао, те је Француска обавезана да родитељима исплати тражени износ.

Закључак

Према Конвенцији (члан 41) Европски суд досуђује правично задовољење подносиоцу представке само ако утврди да је то правично у датим околностима, ако домаћи судови омогућавају само делимичну одштету, а и у том случају само ако је то потребно.

---

[20] *Sporrong and Lonnroth против Шведске*, број 7151/75; 7152/75, пресуда од 18. децембра 1984. §§ 31-32

[21] *Scollo против Италије*, број 19133/91, пресуда од 28. септембра 1995.§ 50

[22] *Deumeland против Немачке*, број 9384/81, пресуда од 29. маја 1986. §§ 95-98;

[23] *X. против Француске*, број 18020/91, пресуда од 31. марта 1992. §§ 51-54

Нема накнаде штете која је проузрокована ситуацијама или догађајима за које је утврђено да не представљају повреду било ког права из Конвенције или Протокола уз њу или за штету у вези са представком која је проглашена неприхватљивом.

Сврха захтева за накнаду штете није да се казни Држава уговорница, већ да подносилац захтева добије задовољење за претрпљену штету која је настала као резултат повреде неког права.

Држава уговорница је дужна да изврши пресуду Европског суда у року од три месеца од дана њене правноснажности (члан 44. став 2. Конвенције).

Пракса Европског суда треба да утиче на рад националних органа, измену законске регулативе и судске праксе ради унапређења остваривања заштите људских права. Велики утицај пракса Европског суда треба да има на рад Уставног суда у поступању по уставним жалбама, као и на рад Комисије за накнаду штете по усвојеним уставним жалбама која треба да одлучује о висини правичне накнаде.

Новим Уставом Србије уведена је уставна жалба, која треба да омогући решење проблема дужине трајања поступка, а остаје да се види да ли ће представљати ефикасан и делотворан правни лек.

Литература:

- ***Alastair Mowbray, "Cases and Materials on the European Convention on Human Rights", 2007. године***
- ***Београдски центар за људска права, "Људска права у Србији", Београд, 2007. године***
- ***Philip Leach, "Taking a case to the European Court of Human Rights 2nd Edition", 2005. године***
- ***Служба за људска и мањинска права, "Одлуке и пресуде Европског суда за људска права донете у односу на Републику Србију за период март 2004 – март 2008", 2008. године***
- ***"Damages under the Human Rights Act 1988", Правна комисија Шкотске, октобар 2000. године***

ОКРУГЛИ СТО
- НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ

Проф. др Невена Петрушић,
Правни факултет Универзитета у Нишу

КРИВИЧНОПРАВНА И ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

1. Насиље у породици – карактеристике, облици, распрострањеност и приступи у сагледавању

Насиље у породици[1] је универзални феномен, који прожима сва друштва, све културе и све регионе света.[2] Досадашњим истраживањима утврђено је: да насиље у породици представља модел понашања, а не изоловани инцидент,[3] да је пораст насиља у друштву[4] директно

[1] О појмовном одређењу насиља у породици, видети: Константиновић Вилић, С., Николић-Ристановић, В.: *Криминологија*, СКЦ, 1998, стр. 122; Константиновић, В. С., *Правна заштита од насиља,* Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, Ниш, 1999, стр. 7. Лукић, М., *Криминолошка анализа насиља у породици*, магистарска теза, Ниш, 2003. У покушају да се објасне узроци насиља у породици, посебно партнерског насиља, настале су бројне теорије: теорија о менталној болести, теорија међугенерацијског преноса насиља, теорија о циклусима насиља, теорија беса, теорија моћи и контроле и др. (Видети: *Разумевање насиља према женама, истраживања, програми деловања и улога институција*, (ур. Игњатовић, Т.), Аутономни женски центар, Београд, 2002. и тамо наведену литературу).

[2] О узроцима насиља у породици, детаљно: Николић Ристановић, В., *Насиље над женама у условима рата и економске кризе*, Социолошки преглед, 3/1995., стр. 409; Николић Ристановић, В., *Ка објашњењу и превенцији насиља у породици у Србији: мултиваријантни приступ*, у: "Правом против насиља у породици", ЖИЦ, Ниш, 2002, стр. 9-15 и тамо наведену литературу.

[3] Маркус, И., *Тамне бројке: истраживање о кућном насиљу у централној и Источној Европи*, у: "Женска права и друштвена транзиција", Центар за женске студије, истраживања и комуникацију, Београд, стр. 101

[4] ***Имајући у виду учесталост насиља у породици, у литератури се наводи да је породица, ако се изузму полиција и војска, најнасилнија група у друштву и да особа има више шанси да буде убијена и повређена у породици, него у било***

повезан са порастом насиља у породици; да су најшешће жртве насиља у породици жене, деца и старе и немоћне особе; да особа може бити изложена насиљу у породици од најранијег детињства до дубоке старости; да су последице изложености насиљу бројне и да битно утичу на ментално здравље оних који су му непосредно изложени, али и оних који га посматрају и да "количина" насиља доживљена у детињству доприноси развоју и прибегавању насиљу у међуљудским односима у одраслом добу живота.[5]

Све до краја шездесетих година XX века доминирало је схватање да је "дом човекова тврђава", да је насиље међу члановима породице приватна ствар и да конфликте, уколико се не ради о наношењу тежих повреда или о лишењу живота, треба да реше сами чланови породице. До преокрета у односу друштва према насиљу у породици дошло је тек седамдесетих година 20. века,[6] захваљујући залагању за права жртава насиља у породици и лобирању за увођење ефикасног механизма заштите од насиља у породици. Савремени приступ насиљу у породици заснива се на ставу да оно није искључиво лични проблем и индивидуална патологија, већ друштвени проблем и социјална патологија и да има дубоке корене у патријархалној структури друштва.[7] Подаци о томе ко су доминантне жртве насиља у породици потврђују став да је феномен насиља у породици омогућен родном дискриминацијом и недостатком друштвене одговорности за насиље над онима који немају моћ, нити способност да му се одупру.[8]

којој другој друштвеној средини. (Galles, R.J.,* Intimate Violence in Families, *Thousand Oaks, London, New Delhi: Sage Publication, p. 124).

[5] Ајдуковић, М., *Одређење и облици насиља у обитељи*, у: Насиље над женом у обитељи, Друштво за психолошку помоћ, Загреб, 2000, стр. 11.

[5] Galles, R.J.,* Intimate Violence in Families, *Thousand Oaks, London, New Delhi: Sage Publication, pp. 24.

[6] Кључну улогу одиграо је феминистички покрет. О томе, детаљно: Мршевић, З., *Правни аспекти структуралних узрока насиља*, у: "Правом против насиља у породици", ЖИЦ, Ниш, 2002, стр. 38-42.

[7] Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., *Ставови о насиљу у породици*, у: "Друштвена свест, људска права и активизам грађана у Јужној и Источној Србији", ОГИ, Ниш, 2005, стр. 135- 141.

[8] У свим друштвима насиље гравитира ка партнеру са највећом моћи и догађа се у односима у којима међу субјектима постоји највећа разлика у моћи. (Видети: Николић Ристановић, В., *Ка објашњењу и превенцији насиља у породици у Ср-*

Због тога се насиље у породици сагледава као насиље засновано на родној одређености, а аргументи којима се тражи његово спречавање темеље се на постулатима у домену заштите људских права и на принципу забране дискриминације.

На међународном плану насиље у породици сматра се недопуштеним и друштвено опасним понашањем којим се крше основна људска права. На нивоу УН и Савета Европе и других међународних организација усвојено је неколико докумената[9] којима се насиље у породици осуђује и установљавају механизми и стандарди у спречавању ове појаве: *Конвенција УН о елиминацији свих облика дискриминације жена* од 1979. год.,[10] *Декларација о елиминацији насиља према женама* од 1993. год.,[11] *Пекиншка декларација и Платформа за акцију* од 1995. год.,[12] *Декларација о политици супротстављања насиљу према женама у демократској Европи* од 1993. год., *Декларација о политици супротстављања насиљу према*

бији: мултиваријантни приступ, у: "*Правом против насиља у породици*", ЗИЦ, Ниш, 2002, стр. 7; Лукић, М., *Модел заштите од насиља у породици, Нека позитивноправна решења у свету и контраверзе у њиховој примени*, "Темида", бр. 2/99, стр. 9).

[9] Превод најважнијих међународних докумената који се односе на насиље у породици, објављен је у књизи: *Насиље над женама – препрека развоју, Међународни документи*, АЖЦ, Београд, 2005. О међународним стандардима у домену заштите од насиља у породици, видети у: Мршевић, З., *Женска права у међународном праву*, III измењено и допуњено издање, Хелсиншки парламент грађана, Удружене жене, Бања Лука, 2000; Николић Ристановић, В., Докмановић, В., *Међународни стандарди о насиљу у породици и њихова примена на Западном Балкану*, Београд, 2006).

[10] **Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women *(CEDOW), усвојена од стране Уједињених нација Резолуцијом 34/180 од 18. децембра 1979. год., ступила на снагу 3. септембра 1981. год. Инструменте о ратификацији или приступању депоновале су до сада 94 државе, укључујући и СФРЈ ("Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори", 11/81).***

[11] **Declaration on the Elimination of Violence against Women*, Резолуција Генералне скупштине УН 48/104 од 20. децембра 1993. год.***

[12] **Beijing Declaration and Platform for Action*, усвојена на ИВ светској конференцији о женама у Пекингу, 15. децембра 1995. год.***

женама у демократској Европи[13] од 1993. год. и Препорука Савета Европе 1582, *Насиље над женама у породици* од 2002. год. и др.[14]

Насиље у породици једна је од оних социјално-патолошких појава коју је наше друштво деценијама маргинализовало и игнорисало. Патријархална схватања о односу полова и родитељству, која су још увек доминантна у нашој средини, представљају један од основних разлога због којих се породично насиље још увек не сматра озбиљним обликом криминалитета, већ уобичајеним и социјално прихватљивим обликом понашања за који се налазе оправдање и умањују негативне последице које оно изазива.[15] Досадашња емпиријска истраживања феномена породичног насиља на територији Србије показала су: да је овај облик насиља у порасту, да су жртве породичног насиља најчешће жене и деца, да су породице у којима се насиље испољава место у коме се угрожавају и крше елементарна људска права, да су најчешћи извршиоци насиља брачни и ванбрачни партнери, те да жртве насиља у породици још увек ретко пријављују насиље.[16]

2. Изградња система правне заштите од насиља у породици у Србији

Захваљујући, пре свега, дугогодишњим настојањима женских NVO да породично насиље учине друштвено видљивим и њиховом систематском јавном заговарању и лобирању за усвајање одговарајућих законских решења, као и политичкој вољи државе да у складу са међу-

---

[13] **Declaration on policies for combating violence against Women in a democratic Europe,** ***усвојена на Трећој Европској министарској конференцији о једнакости мушкараца и жена, одржаној у Риму 21-22. октобра 1993. год. (Видети детаљно: Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., Жунић, Н.:*** **Европски стандарди о елиминацији насиља над женама,** ***Зборник радова "Усклађивање права СР Југославије са правом Европске уније", Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 1999, стр. 157-168).***

[14] **Domestic violence against women,** ***Рецоммендатион 1582 (2002), усвојена од стране Одбора министара 27. септембра 2002. год.***

[15] Детаљно: "*Породично насиље у Србији*", В. Николић Ристановић, (ур.) ВДС, "Прометеј", Београд, 2002; Лукић, М., Јовановић, С., *Друго је породица*, *Насиље у породици – насиље у присуству власти*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2001.

[16] *Породично насиље у Србији*, op. cit., стр. 13.

народним стандардима изгради механизме за сузбијање и заштиту жртава насиља у породици, у Србији је 2005. год. окончан процес изградње правних инструмената за заштиту од насиља у породици. Први корак учињен је инкриминисањем породичног насиља као посебног кривичног дела,[17] а усвајањем Породичног закона,[18] заокружен је систем правне заштите од насиља у породици регулисањем породичноправних мера заштите. Тиме је на нормативном плану успостављен систем правне заштите од насиља у породици, заснован на прожимању превентивних породичноправних мера заштите и мера кривичноправне заштите.[19]

У даљем тексту указано је на основне проблеме у пружању кривичноправне заштите, на бази резултата истраживања правне праксе које је спроведено током 2006. и 2007. године,[20] док су механизми породичноправне заштите од насиља нормативно анализирани, будући да још увек нема валидних емипиријских истраживања који пружају увид у функционисање механизма породичноправне заштите.

---

[17] Чл. 118а Закона о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005).

[18] Породични закон, "Сл. гласник РС", 18/2005 од 17. фебруара 2005, (у даљем тексту "ПЗ").

[19] Овај систем је у целини заснован је на решењима понуђеним у "Моделу правне заштите од насиља у породици", који је израдила Радна група Виктимолошког друштва Србије и који су подржале женске невладине организације и групе у Републици Србији "Модел правне заштите од насиља у породици" израдила је 1998. године Радна група ВДС. Текст Модела објављен је у: *Породично насиље у Србији*, op. cit., стр. 117-138. За такав приступ определила се Аустрија и њен модел заштите од насиља у породици послужио је за углед и другим државама. (Видети: Логар, Р., op. cit., стр. 14-19).

[20] Резултати истраживања објављени су у: Константиновић Вилић С., Петрушић, Н., *Кривично дело насиља у породици – актуелна правосудна пракса у Београду и Нишу*, АЖЦ, ЖИЦ; Београд, 2007. Ово истраживање наслања се на истраживање које су ауторке спровеле 2002. године. Видети: Константиновић Вилић С., Петрушић, Н., *Кривично дело насиља у породици – правна пракса у Републици Србији*, ЖИЦ, Ниш, 2002.

3. Кривичноправна заштита

3.1. Инкриминација насиља у породици

У позитивном праву Србије кривично дело насиља у породици инкриминисано је Кривичним закоником Републике Србије,[21] чије је доношење резултат свеукупне реформе кривичног законодавства и његовог усклађивања са међународним и европским стандардима. Кривично дело насиља у породици предвиђено је у чл. 194, у оквиру Главе деветнаесте – "Кривична дела против брака и породице".[22]

Према одредби чл. 194. ст. 1. КЗ, кривично дело насиље у породици састоји се у угрожавању спокојства, телесног интегритета или душевног стања члана своје породице применом насиља, претњом да ће се напасти на живот или тело, дрским или безобзирним понашањем. У раније важећем законском тексту, у чл. 118а ст.1 као радња извршења поред "угрожавања" било је предвиђено и "повређивање". Важећи закон је, међутим, прихватио шири појам радње извршења код овог кривичног дела и појмом "угрожавање" обухватио како повређивање тако и само стварање конкретне опасности од примене насиља или претње за телесни интегритет или душевно стање члана породице. Стога наношење лаке телесне повреде или психичких поремећаја жртви не представља елеменат бића овог облика кривичног дела насиља у породици. Истоветна је ситуација и у погледу другог облика кривичног дела насиља у породици из чл. 194 ст. 2. КЗ; за постојање овог кривичног дела битно да је извршилац користио оружје, опасно

[21] Кривични законик Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005).

[22] Једно од основних обележаја нове инкриминације кривичног дела насиља у породици огледа се у томе што су, у односу на раније важеће кривичноправне норме, драстично смањене санкције за све облике извршења овог дела. Поред тога, дошло је до извесних промена у опису појединих облика кривичног дела насиља у породици и предвиђен је још један облик кривичног дела насиља у породици, који ранијим прописима није био предвиђен (чл. 194. ст. 5. КЗ РС). Радња овог новог облика кривичног дела насиља у породици састоји се у кршењу мере заштите од насиља у породици која је одређена у парници, на основу прописа породичног права.

оруђе или друго средство подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши и тиме створио конкретну опасност да до ових повреда заиста и дође.

Радња кривичног дела из чл. 194. ст. 1. КЗ изражена је употребом трајног глагола. Међутим, с обзиром на чл. 112. ст. 30. КЗ РС којим је прописано "*Кад је радња кривичног дела одређена трајним глаголом сматра се да је дело учињено, ако је радња извршена једном или више пута*", за постојање кривичног дела наисља у породици није релевантан континуитет у вршењу насиља; довољно је да је радња дела извршена само једном. Сагласно томе, број поновљених радњи може бити од значаја само за одмеравање казне, а не и за квалификацију дела.

Пасивни субјект према коме се врши кривично дело насиља у породици није прецизно одређен јер није изричито предвиђено која се лица сматрају члановима породице. Једино је у чл. 112. ст. 28. КЗ РС, наведено да се члановима породице сматрају и бивши супружници и њихова деца, као и родитељи бивших супружника. Ова одредба је, иначе, општег карактера, садржана је у Глави XII КЗ РС, под маргиналним насловом "Значење израза". С обзиром да је приликом редакције одредбе чл. 112. ст. 28. употребљена свеза "и", може се закључити да законодавац статус члана породице признаје само садашњим или бившим супружницима, њиховој деци и родитељима. Непостојање јасних правила о томе која лица уживају кривичноправну заштиту од насиља у породици један је од кључних проблема у правној пракси, који је законодавац оставио отвореним упркос томе што је на овај проблем указала и теорија и правна пракса.

3.2. Облици кривичног дела насиља у породици

Одредбама чл. 194. КЗ РС предвиђена су пет облика кривичног дела насиља у породици.

Радња** првог облика **кривичног дела састоји у угрожавању спокојства, телесног интегритета или душевног стања члана своје породице, као и у дрском или безобзирном понашању са истим циљем (чл. 194. ст. 1. КЗ РС). Последица такве радње је* **стварање опасности** *да ће бити угрожено спокојство, телесни или душевни интегритет члана

своје породице. Овом одредбом пружа се заштита члану породице – жртви психичког насиља и/или физичког насиља, које може да има за последицу и лаку телесну повреду. За овај облик је предвиђено кажњавање новчаном казном или затвором до једне године.

Други облик ***кривичног дела насиља у породици постоји ако је при извршењу дела из чл. 194. ст. 1. КЗ коришћено оружје, опасно оруђе или средство подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши (чл. 194. ст. 2. КЗ). Последица радње извршења у овом случају је такође стварање опасности по телесни интегритет или душевно стање члана породице, али може да буде наношење лаке телесне повреде, која добија квалификацију "опасне лаке телесне повреде" јер је приликом извршења дела коришћено оружје или оруђе или друго средство подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши. За овај облик предвиђено је кажњавање затвором од три месеца до три године.***

Трећи облик ***кривичног дела насиља у породици постоји у случају када је извршено насиље проузроковало тешку телесну повреду или трајно и тешко нарушавање здравља члана породице или је дело извршено према малолетнику (чл. 194. ст. 3. КЗ). Радња извршења овог облика кривичног дела иста је као код прва два облика, али се последице разликују. Последица дела није само стварање опасности да ће бити повређен телесни интегритет или нарушено душевно здравље, већ да је заиста наступила тешка телесна повреда или тешко нарушавање здравља члана породице. С обзиром да у овој одредби закона нису наведене друге теже последице тешког телесног повређивања или нарушавања здравља члана породице, као што је то учињено у чл. 121. ст. 2. КЗ, којим је предвиђено кривично дело тешка телесна повреда, може се, на први поглед, закључити да се у овом случају ради о тзв. "обичној тешкој телесној повреди" и да се особито тешка телесна повреда члана породице квалификује према чл. 121. ст. 2. КЗ. Међутим, с обзиром да је за оба кривична дела запрећена иста казна – затвор од једне до осам година, несумњиво је да у случају наношења тешке телесне повреде или тешког нарушавања здравља, који су имали за последицу довођење у опасност живота члана породице, уништење или трајно и у знатној мери оштећење или ослабљење неког важног дела тела или органа или проузроковање трајне неспособности за рад или трајно и***

тешко нарушавање здравља или унакаженост, постоји "особито тешка телесна повреда" члана породице и кривично дело насиље у породици у смислу одредбе чл. 194. ст. 3. КЗ РС.

Испољавање квалификованог облика насиља у породици из чл. 194. ст. 3. КЗ постоји у случају када је пасивни субјект извршења дела малолетно лице. Криминолошка истраживања показују да су малолетна лица у породици изложена како директном насиљу, тако и посредном насиљу, када живе у деградираној породици са лошим породичним односима. Инкриминисањем запуштања и злостављања малолетника (чл. 193. КЗ) не постиже заштита малолетних лица од психичког и физичког насиља коме су изложени у породици. Злостављање се у теорији одређује као деловање на тело којим се ствара непријатност или бол, али не представља наношење телесних повреда или нарушавање здравља. У чл. 194. ст. 3. КЗ предвиђена је заштита малолетних лица, чланова породице, од физичког и психичког насиља које може проузроковати угрожавање спокојства, телесног интегритета (лаке и тешке телесне повреде) или душевног стања малолетника. У односу на ранији закон којим је за овај трећи облик кривичног дела била предвиђена казна затвора од две до десет година, КЗ је смањио казну тако што је предвидео да ће се извршилац казнити затвором од једне до осам година.

Четврти, ***најтежи облик кривичног дела насиља у породици постоји кад је насиље довело до смрти члана породице (чл. 194. ст. 4. КЗ). За разлику од кривичног дела тешко убиство из чл. 114. ст. 1. тач. 8. КЗ, тежа последица је обухваћена нехатом извршиоца, као обликом виности. Разлика је и у кажњавању – за извршење кривичног дела из чл. 114. тач. 8. КЗ предвиђена је казна затвора најмање десет година или тридесет до четрдесет година, док је за кривично дело насиља у породици са смртним исходом предвиђена казна затвора од три до дванаест година.***

Пети ***облик кривичног дела насиља у породици постоји кад извршилац насиља коме је суд изрекао меру заштите од насиља у породици прекрши ову меру. Према чл. 194. тач. 5. КЗ РС, лице које прекрши било коју меру заштите од насиља у породици, казниће се новчаном казном или затвором до шест месеци.***

3.3. Проблеми у фукционисању механизма кривичноправне заштите

Истраживање правне праксе настале процесуирањем кривичних дела насиља у породици, спроведено током 2006. и 2007. године,[23] у коме је ауторка овог рада учествовала као једна од коауторки, омогућило је да се уоче кључни проблеми у фукционисању механизма кривичноправне заштите. У овом одељку изложена су она запажања и закључци који су, непосрдно и/или посредно, релеватни за спровођење судског поступка и процесну активност суда.

Анализа судских предмета показала је да у пракси још увек није у потпуности превазиђен став да је битно обележје кривичног дела насиља у породици континуитет у његовом испољавању. Још увек се кривичне пријаве одбацују са образложењем да је испољено насиље био само један "инцидент", будући да осумњичени раније није био прекршајно кажњаван. Овакав приступ нема ослонца у закону, израз је непознавања ескалаторне динамике насиља у породици, као и потребе да се насиље у породици санкционише у "раној фази", кад још увек није попримило драстичне облике у испољавању и интензитету. С друге стране, одбацивању кривичне пријаве често не претходи предузимање законом предвиђених радњи у циљу прикупљања релевантних података. У одлукама о одбацивању кривичних пријава често се, као разлог, наводи недостатак доказа, у ситуацији кад жртва изјављује да се не придружује кривичном гоњењу и користи своју законску могућност да не сведочи, иако из описа дела у кривичној пријави произлази да, осим исказа жртве, постоје и други докази који се у поступку могу користити за доказивање релевантних чињеница. С обзиром на специфичан однос жртве и извршиоца дела, несумњиво је да пре одлучивања поводом кривичне пријаве јавни тужилац треба пажљиво и свестрано да размотри све околности извршења дела, ситуацију у породици пре и у време извршења дела и да, сам или посредством других органа, прикупи додатне информације о свим релевантним чињеницама. У пракси су, међутим, ове радње најчешће изостајале.

[23] Резултати истраживања објављени су у: Константиновић Вилић С., Петрушић, Н., *Кривично дело насиља у породици – актуелна правосудна пракса у Београду и Нишу*, АЖЦ, ЖИЦ; Београд, 2007.

Запажена је појава да јавни тужилац по добијању кривичне пријаве најчешће не разговора са жртвом, већ то препушта полицији. Такво поступање је вишеструко штетно. Пре свега, јавни тужилац пропушта прилику да са жртвом успостави адекватан контакт, разуме њену животну ситуацију и изгради однос поверења, што би му омогућило да охрабри и подржи жртву, да на њу утиче када испољи прве знаке несигурности и довоумљења у погледу придруживања кривичном гоњењу и сведочења пред судом. Поред тога, због пропуштања јавног тужиоца да разговара са жртвом, жртва је лишена драгоцених сазнања о обележјима насиља у породици, о друштвеној опасности кривичног дела насиља у породици, о разлозима због којих се оно гони по службеној дужности. Такође, жртва није у прилици да сазна шта је чека у кривичном судском поступку, како ће се он одвијати, каква санкција може бити изречена извршиоцу и сл., који се други правни механизми заштите могу применити, да ли има право на накнаду материјалне и нематеријалне штете према извршиоцу насиља и сл.

У правосудној пракси још увек се различито тумачи појам "члан породице" јер не постоји прецизна дефиниција овог законског појма. У пракси појединих правосудних органа појам "члан породице" тумачи се веома рестриктивно, што доводи до недопустивног сужавања домета кривичноправне заштите од насиља у породици. С друге стране, овакав приступ доводи до погрешних правних квалификација, што је вишеструко штетно јер се "умањује" друштвена опасност извршених кривичних дела и стварају услови да извршиоцима насиља буду изречене неадекватне санкције, тј. санкције које су предвиђене за друга дела у којима се жртва и насилник не налазе у специфичном личном односу. Тиме се онемогућава остваривање оних постулираних циљева које примена одредби о кривичном делу насиља у породици у пракси треба да оствари. Поред тога, због разлика у тумачењу садржине појма "члан породице" угрожено је остваривање начела једнакости и равноправности грађана пред законом, као основног принципа владавине права и правне државе.

Ставови тужилаштва и судова у погледу појединих елемената кривичног дела често су дивергентни, а једнообразност у тумачењу није постигнута унутар ових правосудних институција, што отежава фукционисање механизма кривичноправне заштите.

Непосредним праћењем суђења утврђено је да суд има коректан професионални однос према свим учесницима у поступку и успева да спречи сваки вид процесне недисциплине и нарушавања реда у судници, посебно кад су у питању непримерена реаговања окривљених током саслушања жртава и осталих сведока оптужбе. Међутим, приликом испитивања жртава кривичног дела насиља, суд често поставља непримерена и неумесна питања ("Зашто се нисте развели?", Зашто нисте напустили супруга?" и сл.) Садржина постављених питања показује, пре свега, да појединим судијама нису познати сâм феномен насиља у породици и његова суштинска обележја, нити је суд свестан чињенице да се жртве, по правилу, плаше насилника и да су на различите начине зависне од њих. Поред тога, оваквим питањима суд, заправо, имицитно пребацује део одговорности за извршено насиље на саму жртву јер се жртви прећутно импутира да је сама крива за оно што јој се догодило.

Приликом испитивања окривљених суд настоји да изрази свој негативан став према насиљу у породици, али то често чини на непримерен начин, упућујући окривљеном отворене прекоре или непримерене и саркастичне коментаре, што није у складу са принципом стриктне непристрасности суда и код окривљеног може изазвати сумњу у објективност суда.

Приликом испитивања сведока, суд је усредсређен на радњу извршења дела, док много мању пажњу посвећује утврђивању чињеница везаних за ситуацију која је насиљу претходила и међусобном односу извршиоца насиља и жртве.

У предметима у којима се примењује скраћен поступак, представници јавног тужилаштва, по правилу, не присуствују главном претресу, што, по закону, није препрека за одржавање главног претреса. Међутим, ова појава се негативно одражава на коначни исход поступка јер је нереално очекивати да ће жртва моћи да заступа оптужбу, што је, иначе, њено законско право – жртве ретко ангажују адвоката, а велики број жртава се изјашњава да се не придружује кривичном гоњењу. С друге стране, недолазак представника јавног тужилаштва лишава жртве неопходне моралне подршке, која је за њих од непроцењивог значаја, и негативно утиче на њихово емоционално стање.

У процесуираним случајевима насиља у породици чије су жртве малолетне особе, оштећене заступају адвокати који су стекли посебна знања из области права детета и кривичноправне заштите малолетних лица. Истраживања показују да се они прилично пасивни на главним претресима и да се недовољно ангажују у заштити интереса малолетника.

Истраживања показују да степен ефикасности у раду тужилаштва и суда није на задовољавајућем нивоу. У процесуирању кривичног дела насиља у породици јавно тужилаштво је знатно ефикасније у односу на суд: од подношења кривичне пријаве до подношења оптужног акта у просеку протекне 3-5 месеци; само у око 40% предмета првостепени поступак траје мање од годину дана. Неефикасност је узрокована честим одлагањем главних претреса, најчешће због недоласка окривљеног, чак и кад постоји наредба за привођење.

Приликом одмеравања врсте и висине казне, суд, по правилу, не сагледава све релевантне околности, што је јасно видљиво из образложења осуђујућих судских пресуда, у којима се сасвим уопштено наводе различите околности као отежавајуће, односно олакшавајуће, при чему се не врши анализа стварног ефекта њиховог дејства. Такође, уочава се аутоматизам приликом утврђивања олакшавајућих околности јер се наводе поједине околности из законске одредбе, при чему се уопште не води рачуна о томе да се ради о актима насиља у породици који су већег степена друштвене опасности у односу на насиље које се врши према лицима ван породичног круга. Приликом одмеравања врсте и висине казне, суд правилно не сагледава све отежавајуће околности, посебно трајање и интензитет раније извршеног насиља, степен угрожености жртве, нити анализира породичну ситуацију у којој учинилац и жртва живе.

Анализа врсте и висине одмерених казни за извршена кривична дела насиља у породици показује да су казне за поједина од ових дела непримерено благе, имајући у виду друштвену опасност дела, начин извршења, нанете повреде, и друге околности под којима је насиље извршено: - највише се изричу новчане казне и условне осуде, док се ефективна затворска казна углавном одређује у трајању који представља законски минимум. У просеку се изриче око 65% условних осуда и око 20% ефективних затворских казни. Кад су у питању новчане казне и

условне осуде, посебно оне за које је време провере одређено на кратак период, дискутабилно је да ли се њима уопште може остварити сврха кажњавања кад је у питању насиље у породици.

4. Породичноправна заштита

Породичноправна заштита од насиља у породици регулисана је тако што је законодавац изричито забранио насиље у породици, члановима породице признао право на заштиту од насиља у породици (чл. 10. ПЗ), регулисао мере породичноправне заштите и услове под којима се оне одређују и предвидео (чл. 197- 200. ПЗ) и уредио посебан поступак по чијим се правилима поступа у парници која се води ради заштите од насиља у породици (чл. 283-289. ПЗ).[24]

4.1. Операционална дефиниција насиља у породици

Насиље у породици дефинисано је тако што је у првом ставу чл. 197. ПЗ одређено да се под насиљем у породици подразумева "*Понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице*", а док су у другом ставу овог члана, само примера ради, наведени карактеристични случајеви насиља у породици, који се у пракси најчешће испољавају: наношење телесних повреда; покушај наношења телесних повреда, присиљавање на сексуални однос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. годину живота или са немоћним лицем, ограничавање слобода кретања или комуницирања са трећим лицима, вређање (именовани облици насиља), као и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање (неименовани облици насиља).

Евидентно је да је законска дефиниција насиља у породици апстрактна и веома широка, што је било неопходно како би се омогућила правовремена реакција институција система на насиље у породици, тј. одређивање мера заштите од насиља у породици док оно још увек

[24] Детаљно о породичноправној заштити од насиља у породици: Петрушић, Н., Константиновић Вилић, С., *Водич кроз систем породичноправне заштите од насиља у породици*, АЖЦ, ЖИЦ, Београд, 2006.

није попримило теже облике, јер се тиме може прекинути процес ескалације насиља.

У сваком поступку за заштиту од насиља у породици суд треба да испита да ли је и како је насиље испољено. Без обзира на то да ли се утврђује именовани облик насиља или насиље које законодавац није именовао, суд има задатак да утврди да ли је конкретно понашање лица за које се тврди да је извршилац насиља (одређени телесни акт, изговарање речи, нечињење, гестикулација и сл.), заиста испољено и да, потом, квалификује то понашање.

Кад су у питању неименовани облици насиља у породици, суд има веома сложен задатак јер треба не само да утврди да ли је конкретна радња заиста предузета, већ и да оцени да ли се предузета радња, одн. испољено понашање може сматрати **дрским, безобзирним и злонамерним понашањем,** ***с обзиром на то у чему се радња, одн. понашање састоји, шта је циљ радње и какве је непосредне последице изазвала у односу на лице које тврди или за које се тврди да је жртва насиља. Дрскост, безобзирност и злонамерност су, заправо, компоненте "насиља у породици", његова суштинска обележја, која га јасно разликују од дозвољеног понашања. Ради се о социјалним конструкцијама, заснованим на одређеним вредносним претпоставкама и социо-културним стандардима, који дефинишу однос према члану породице. "Дрскост", "безобзирност", "злонамерност", испољени у понашању члана породице према другом члану породице, јесу правни стандарди чија се садржина може одредити само релацијски – у односу на опште друштвене норме и вредности. Због тога се може јавити сукоб између породичног и друштвеног система вредности, посебно кад члан породице у свом понашању према другом члану породице одступа од културних образаца понашања и захтева који се поставља као изричита забрана одређеног понашања.***

Појмови "дрско понашање", "безобзирно понашање" и "злонамерно понашање" представљају типичне правне стандарде, чију садржину суд треба да попуни својим судом вредности. Иако суд има широка овлашћења у конкретизацији правних стандарда, то не значи да је лишен било каквих ограничења и да произвољно може попуњавати њихову садржину. Оно што се уопштено може рећи кад је у питању конкретизација правних стандарда, важи и за стандарде које је зако-

нодавац употребио приликом дефинисања појма насиља у породици: суд је тај који ће, користећи објективна мерила и узимајући у обзир све специфичне објективне и субјективне околности конкретног случаја, заузети став да ли је конкретна радња, одн. понашање такво да се може сматрати дрским, безобзирним и злонамерним понашањем. Као што су у судској пракси изграђени уједначени критеријуми и мерила за конкретизацију правних стандарда у другим сферама права, судска пракса постепено гради мерила на основу којих се процењује када се понашање члана породице има сматрати дрским, безобзирним и злонамерним. Да би ови критеријуми у пракси довели до адекватне и правовремене реакције на насиље у циљу његовог спречавања, неопходно је да судије покажу "нулту толеранцију" на насиље, што подразумева да свако понашање које одступа од стандарда "уобичајеног" и друштвено прихватљивог опхођења и комуницирања са члановима породице квалификују као насиље у породици.

Треба имати у виду да испољавање насиља према деци представља један од разлога за лишење родитељског права, као најтеже породичноправне санкције, која се изриче родитељима ради заштите детета. Према чл. 81. ПЗ, родитељ ће бити потпуно лишен родитељског права ако злоупотребљава права или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права, што, поред осталог, укључује физичко, сексуално или емоционално злостављање детета.[25] Евентуално покретање поступка за лишење родитељског права због испољеног насиља родитеља преме детету не искључује могућност да због истог акта насиља према родитељу буде изречена и одговарајућа мера заштите детета од насиља.[26]

---

[25] Одредбама Општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања од 31. августа 2005. године, који је усвојила Влада РС, дефинисани су разноврсни облици злостављања и занемаривања деце (злоупотреба или злостављање детета, физичко злостављање детета, сексуална злоупотреба детета, емоционална злоупотреба детета и др.), сагласно критеријумима Светске здравствене организације. (Детаљно: Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Београд, 2005, стр. 306-307).

[26] Према томе, уз захтев за лишење родитељског права над дететом може бити истакнут и захтев за одређивање мере заштите детета од насиља у породици против тог родитеља, ако је то потребно ради заштите детета. Ако су испуњени законски

4.2. Титулари права на породичноправну заштиту од насиља у породици

Круг субјеката којима припада право на породичноправну заштиту од насиља у породици одређен је тако што је дефинисано ко се, за потребе пружања ове врсте заштите, сматра чланом породице. Према одредби чл. 197. ст. 3. ПЗ, у круг ових субјеката спадају: супружници или бивши супружници; деца, родитељи и остали крвни сродници, као и лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство, лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству, ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.

Приликом одређивања круга титулара права на породичноправну заштиту од насиља у породици, законодавац је настојао да омогући заштиту не само особа које повезује "класичан" породични однос, већ и особа које су у квазипородичним односима, за које се зна да могу бити подлога насилничком понашању.[27]

4.3. Мере породичноправне заштите

У свим правним системима у којима су мере породичноправне заштите од насиља у породици предвиђене, суштина ових мера састоји се у ограничењу или привременој забрани одржавања личних односа насилника са жртвом насиља.[28]

услови, суд ће донети одлуку о лишењу родитељског права и одлуку којом одређује једну или више мера заштите детета од насиља у породици. Ове одлуке суд може донети и по службеној дужности, кад се пред њим води поступак у појединим брачним парницама и парницама из односа родитеља и деце.

[27] Тако и: Драшкић, М., op. cit., стр. 57. и Пољавић, З., *Породично право*, Крагујевац, 2005, стр. 395.

[28] Полази се од тога да је извршено породично насиље, без обзира на интензитет и облик испољавања, довољан разлог за изрицање ових мера и да је привремена забрана контакта једини начин да се предупреди ново насиље. При томе се

Имајући у виду решења у упоредном праву, законодавац је у чл. 198. ст. 2. ПЗ предвидео пет посебних мера заштите: 1. издавање налога за исељење из породичног стана или куће, без обзира на право својине одн. закупа непокретности; 2. издавање налога за усељење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретности; 3. забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености; 4. забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице и 5. забрана даљег узнемиравања члана породице.[29] Мере су одређене по систему енумерације, тако да суд није овлашћен да одреди било коју другу меру, али може одредити већи број мера комбинујући их на начин који обезбеђује да буду прилагођене околностима конкретног случаја.

У погледу налога за исељење из породичног стана, одн. куће (породичног дома) и налога за усељење у породични дом, законодавац је изричито предвидео да ове мере могу бити изречене независно од права својине односно закупа на стану, одн. кући, што подразумева да ове мере могу бити издате и кад је стан, одн. кућа у искључивој својини извршиоца насиља.

У току јавне расправе поводом Нацрта ПЗ било је мишљења да налог за исељење из породичог дома није примерен и легитиман у ситуацији кад је стан, одн. кућа у искључивој својини насилника јер се тиме,

---

има у виду да породично насиље, по правилу, има узлазну линију у погледу облика испољавања и последица које изазива, те да је, зато, неопходно изрицање мера заштите онда кад насиље још увек није попримило теже облике. Исто тако, изрицању мера заштите од породичног насиља има места и у периоду "примирја", нарочито ако се има у виду да је за ову специфичну врсту насиља карактеристичан циклус у испољавању. (Видети: Константиновић Вилић С., Петрушић, Н., *Кривично дело насиља у породици – правна пракса у Републици Србији*, ЖИЦ, Ниш, 2002. стр. 27).

[29] У "Моделу ПЗ" Центра за унапређење правних студија биле су предвиђене још две мере: обавезно лечење од алкохолизма и других болести зависности и обавезно саветовање или психијатријско лечење. У "Моделу правне заштите од насиља у породици ВДС" такође су биле предвиђене још две мере: обавезно лечање од алкохолизма и других болести зависности и обавезно психолошко саветовање или третман. На жалост, законодавац је ове мере изоставио из коначног текста закона, иако се ради о мерама које могу значајно да допринесу спречавању насиља у породици.

наводно, нелегитимно ограничава његово право својине, гарантовано међународним и највишим домаћим актима. Овакав приговор није оправдан јер само право својине није апсолутно право, већ подлеже различитим ограничењима у јавном, одн. општем интересу.[30] С друге стране, налог да се извршилац насиља исели из породичног стана, одн. куће не лишава га права својине на тој непокретности већ само умањује круг његових својинских овлашћења; овај налог за исељење само онемогућава да извршилац насиља и даље станује у породичном дому јер је својим насилничким понашањем угрозио живот, здравље или спокојство другог члана породице, који и сам има право да станује у породичном стану, одн. кући. У ситуацији кад постоји реална опасност да ће се насиље поновити, оправдано је да се извршиоцу насиља за извесно време ускрати право становања у породичном стану, одн. кући јер такво ограничење оправда-

[30] ***Право својине, гарантовано чл. 1. додатног Протокола бр. 1. уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, је квалификовано право, подложно разноврсним ограничењима, укључујући и могућност да, под одређеним условима, буде у потпуности одузето. Према устаљеној пракси Европског суда за људска права, ограничавање својине допуштено је и легитимно, ако је извршено ради остваривања легитимног општег, одн. јавног интереса, при чему се појам "општи интерес", тумачи веома широко, а државама се признаје дискрециono право да саме процењују који су то општи интереси које треба да буду задовољени и на који начин се они могу задовољити. (Видети: James and Others в. УК, А 98, (1986); Scollo в. Italy A 315-C (1995); Handuside v. the United Kingdom, A24 и др. (http//echr.coe.int). Детаљно: Van Dijk, P., Van Hoof, G. J. H.:*** **Theory and Practice of European Convention on Human Rights,** ***Лондон, Kluwer Law Int, 1998, nnpp 619-625; Пеукерт, W.,*** **Protection of Ownership under Article 1 of the First Protocol to the European Convention on Human Rights,** ***Human Rights Law Journal, 12/1981, p. 3238; - Coban, A. R.,*** **Protection of Property Rights Within the European Convention on - Human Rights,** ***Ashgate Pub Co, 2004; Gomien, D.:*** **Short guide to the European Convention on Human Rights,** ***Council of Europe, Strasbourg Cedex, 2000; Чок, В.,*** **Право на имовину,** ***у: Димитријевић, В. и др.,*** **Људска права,** ***"Београдски центар за људска права", "Досије", 2004. електронско издање, http://www.bgcentar.org.yu., Петрушић, Н.,*** **Ограничења права својине у јавном интересу – стандарди Европског суда за људска права,** ***у: "Правни систем Републике Србије – усаглашавање са правом Европске уније", Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2005, стр. 295-314.***

ва интерес заштите жртве насиља,[31] који је истовремено и општи интерес друштва.

У погледу налога за усељење у породични стан, доносно кућу (чл. 198. ст. 2. т. 2. ПЗ), суштина ове мере огледа се у налогу туженом да тужиоцу "допусти" усељење,[32] тј. да се уздржи од радњи којима спречава усељење тужиоца, жртве насиља у породици.

Мера заштите од насиља у породици може се састојати у налогу туженом да се уздржи од приближавања тужиоцу, жртви насиља, на одређеној удаљености, као и у налогу туженом да се уздржи од приступања у простор око места становања или места рада тужиоца. Ове заштитне мере састоје се забрани (ускраћивању права) извршиоцу насиља да се у одређеном временском периоду прибилижава жртви насиља на одређеној удаљености, одн. њеном месту становања и/или месту рада и у издавању налога извршиоцу насиља у породици да се уздржи од понашања супротног изреченој забрани.

Сврха ових мера је да се предупреди ново насиље и жртви насиља у породици омогући слободно и безбедно кретање, обављање свакодневних животних активности без страха да ће је извршилац насиља узнемиравати самим својим појављивањем, ухођењем и другим сличним понашањем. Мера забране приближавања члану породице на одређеној удаљености и мере забране приступа у простор око места становања и места рада имају превентивни карактер и њихово одређивање оправдано је кад постоји опасност да ће извршилац насиља поново извршити насиље. Услови за одређивање ових мера постоје, међутим, не само кад постоји опасност да ће жртва насиља бити (поново) физички повређена, већ и онда кад се процени да би и само приближавање извршиоца насиља жртви насиља било акт насиља, с обзиром да, у је извесним ситуацијама, само појављивање извршиоца насиља, одн. његово приближавање жртви, вид испољавања психичког насиља јер код

---

[31] У појединим ситуацијама издавање налога за исељење из заједничког стана, одн. куће, представља меру којом се штити и интерес самог извршиоца насиља, а не само жртве, јер се тиме спречава да у афекту изврши тежи облик насиља.

[32] У пракси су чести случајеви да жртва насиља под принудом напусти породични дом или то учини у акутној ситуацији насиља, ради спашавања свог живота и здравља или живота и здравља своје деце.

жртве насиља изазива оправдан страх од понављања насиља, узнемирење и бројне друге психичке последице.

Одређивање мере забране приближавања жртви насиља, одн. приступа у простор око места становања и/или места рада подразумева да суд утврди удаљеност испод које се извршилац насиља у породици не сме приближити жртви. Колика ће бити та удаљеност, одређује суд, при чему треба да има у виду низ околности: где се налази место становања и место рада извршиоца насиља и жртве, да ли се ради о градском, приградском или сеоском подручју на коме су извршилац насиља и жртва настањени и др.

Забрана даљег узнемиравања члана породице је најблажа мера заштите, која се састоји у налогу туженом да се уздржи од даљег узнемиравања члана породице, што подразумева да се уздржи од сваког понашања које, према законској дефиницији, представља акт испољавања насиља. Ова заштитна мера може бити одређена и као једина мера заштите, али се она редовно комбинује са другим заштитним мерама, као пратећа мера. [33]

Коју ће меру заштите суд одредити, зависи од разноврсних околности: од тога који је вид насиља испољен и како је дошло до угрожавања телесног, одн. психичког интегритета жртве, какве су животне прилике жртве и извршиоца насиља, који је степен опасности од даљег испољавања насиља и др. У сваком случају, избор мера заштити-

[33] Сврха заштитне мере је да спречи даље испољавање насиља према члану породице. Начини узмемиравања жртве насиља веома су разноврсни и немогућно је унапред одредити које су то све радње, одн. понашање чије би предузимање представљало акт узнемиравања жртве насиља. Извршилац насиља може променити своју стратегију и, уместо оних видова насиља које је већ извршио, започети са вршењем других облика насиља, које до тада није вршио. Уколико би се у судској одлуци забрана узнемиравања члана породице прецизирала навођењем само извршеног, одн. извршених видова насиља, оних који су узроковали потребу за покретањем поступка заштите, домети ове заштитне мере били би сужени. Због тога у одлуци суда није потребно посебно наводити видове испољавања насиља на које се мера односи, већ извршиоцу насиља треба забранити свако даље узнемиравање жртве и наложити му да се, док траје мера забране, уздржава од сваког дрског, злонамерног и безобзирног понашања којим угрожава њен телесни интегритет, душевно здравље или спокојство.

те од насиља у породици мора бити такав да обезбеди адекватну реакцију на насиље у породици и жртви насиља пружи максимално могућу заштиту у датим околностима.

Избор мера заштите подразумева процену степена опасности (ризика) од понављања насиља. Приликом избора мера заштите које ће бити одређене, суд мора да узме у обзир и максимално уважи мишљење саме жртве о нивоу опасности која јој прети јер је управо жртва та којој се заштита пружа, тако да њена субјективна процена, заснована на искуству, представља кључни фактор приликом избора мере заштите која ће у конкретном случају бити одређена.

Приликом одређивања мера заштите од насиља у породици, треба имати у виду њихов заједнички циљ, сврху сваке појединачне мере и околности у којима ће свака појединачна мера бити испуњена. Ради спречавања даљег испољавања насиља према члану породице путем мера породичноправне заштите, по правилу је неопходно да кумулативно буде одређено више мера, а у појединим случајевима и све законом предвиђене мере.[34]

4.4. Трајање, продужење и престанак заштитних мера

Мере заштите од насиља у породици, по природи ствари, имају привремени карактер, те је, зато, неопходно да већ приликом изрицања оне буду временски ограничене. Према одредби чл. 198. ст. 3, суд, по својој оцени, одређује дужину трајања сваке изречене мере, при чему је максимални рок за сваку меру годину дана.

[34] Да би се остварили постулирани циљеви прописа о заштити од насиља у породици и жртвама овог облика насиља пружила адекватна правна заштита, неопходно је да суд, на основу утврђеног стања ствари, сагледавајући конкретну животну ситуацију и прилике у којима жртва насиља и извршилац насиља живе, као и све околности везане за њихов међусобни однос, одреди такву "комбинацију" заштитних мера, да оне буду једна другој компатибилне и да, све заједно, пруже максимално могућу заштиту од насиља у породици. Анализа малобројних одлука које су ми биле доступне показује да приликом одређивања мера заштите поједини судови не воде довољно рачуна о њиховој међусобној усклађености и пренебрегавају чињеницу да одређивање једне мере заштите, по природи ствари, подразумева одређивање друге, компатибилне мере. Такође, поједини судови не показују спремност да приликом одређивања мера заштите користе своја официјелна овлашћења.

Одредбом чл. 198. ст. 4. ПЗ изричито је прописано да се време проведено у притвору, као и свако лишење слободе у вези с кривичним делом, односно прекршајем урачунава у време трајања мере заштите од насиља у породици. Приликом прописивања правила о урачунавању времена проведеног у притвору, одн. затвору у време трајања мере заштите од насиља у породици, законодавац није прецизирао које је то кривично дело, одн. прекршај поводом кога је извршилац насиља био лишен слободе. Иако се законодавац није изјаснио о коме је кривичном делу, одн. прекршају реч, циљ законске норме о урачунавању упућује на закључак да урачунавање треба вршити само ако је у питању лишење слободе извршиоца насиља поводом кривичног дела, одн. прекршаја са елементом насиља који је он извршио према оном члану своје породице, ради чије се заштите води парница у којој се одлучује о мерама заштите од насиља у породици.

Одредбама чл. 199. ПЗ предвиђена је могућност продужавања трајања изречене мере, све док не престану разлози због којих је мера била одређена. Сагласно томе, поступци за продужење трајања мере могу се сукцесивно покретати неограничени број пута. У парници за продужавање трајања мере заштите од насиља у породици може се тражити продужавање трајања само оних мера које су правноснажном одлуком суда већ одређене. Уколико постоји потреба за издавањем нове мере заштите, покреће се нови поступак у коме се испитују све оне околности на основу којих се може утврдити испуњеност услова за издавање мере заштите. Поступак за продужавање трајања мере заштите покреће се пре него што истекне време на који је мера одређена. За случај да поступак до тог тренутка није покренут, а извршилац насиља је наставио да испољава насиље према члану породице, може се покренути поступак за заштиту од насиља у породици, чији предмет није захтев за продужавање трајања изречене мере, већ захтев за поновно одређивање мере заштите, с тим што то могу бити мере које су ранијом судском пресудом биле одређене или неке друге мере.

Мера заштите од насиља у породици има за циљ да се жртви насиља пружи заштита од даљег насиља и да се позитивно утиче на будуће понашање извршиоца насиља. За случај да пре истека времена на који је мера одређена престану разлози због којих је она одређена, постоји могућност да извршилац насиља тражи њен престанак.

4.5. Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици

У парницама за заштиту од насиља у породици примењује се посебан парнични поступак који је законодавац регулисао тако што је креирао један број посебних процесних правила садржаних у чл. 283-289. ПЗ и предвидео супсидијарну примену Закона о парничном поступку[35] (чл. 202. ПЗ).

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици примењује се у парницама у којима суд, на захтев овлашћених лица, односно органа или по службеној дужности, одређује једну или више мера заштите од насиља у породици, у којима одлучује о продужењу трајања мере заштите од насиља у породици после истека времена на који је мера одређена, као и у парницама у којима суд, на захтев лица против кога је мера заштите одређена, одлучује о престанаку ове мере пре него што је истекло време на које је она одређена.

4.6. Надлежност и састав суда

У парницама за заштиту од насиља у породици стварно је надлежан општински суд[36] док је месно надлежан суд опште месне надлежности и суд на чијем подручју има пребивалиште, одн. боравиште члан породице према коме је насиље извршено (чл. 283. ПЗ).

У овим парницама у првом степену одлучује веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби, веће састављено од троје судија (чл. 203. ст. 1. ПЗ).

Због комплексности правних ствари у домену породичних односа, поступање у парницама за заштиту од насиља у породици поверено спацијализованом већу. Специјализовано чине посебно стручно оспособљене и квалификоване судије професионалци, који су стекли

[35] Закон о парничном поступку од 15. новембра 2004. год. "Сл. гласник РС", 125/2004, (у даљем тексту "ЗПП").

[36] Чл. 21. ст. 2. Закона о уређењу судова РС, "Сл. гласник РС", 63/2001, 42/2002, 27/2003 и 29/2004.

посебна знања из области права детета,[37] и судије поротници, који се бирају из редова стручних лица са искуством у раду са децом и младима.

4.7. Начела поступка

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици представља посебан парнични поступак, који је заснован на модификованим парничним процесним начелима и тиме прилагођен природи правних ствари у којима се примењује.

Према изричитој одредби садржаној у чл. 285. ПЗ, поступак у парницама за заштиту од насиља у породици нарочито је хитан. Ако се поступак односи на дете или на родитеља који врши родитељско право, тужба се не доставља туженом на обавезан одговор (чл. 204. ст. 2. ПЗ), а суд је дужан да поступак спроведе на највише два рочишта (чл. 204. ст. 3. ПЗ). Прво рочиште треба да буде одржано у року од осам дана од дана пријема тужбе у суду, а другостепена одлука треба да буде донета у року од 15 дана од дана кад је жалба достављена другостепеном суду (чл. 285. ПЗ).

У поступку у парницама за заштиту од насиља у породици начело диспозиције битно је сужено. Суд није везан границама тужбеног захтева и може одредити меру заштите од насиља у породици коју тужилац није тражио, ако оцени да се таквом мером најбоље постиже заштита члана породице према коме је насиље извршено (чл. 287. ПЗ). Одступање од начела диспозиције огледа се у томе што суд по службеној дужности може да покрене адхезиони поступак за заштиту од насиља у породици уз поступак у брачним парницама (чл. 226. ст. 3. ПЗ), у матернитетским и патернитетским парницама (чл. 260. ст. 3. ПЗ), у парницама за заштиту права детета, у парницама за вршење родитељског права, као и у парницама за лишење и враћање родитељског права (чл. 273. ст. 3. ПЗ).

[37] Едукација судија спроведена је према Правилнику о програму и начину стицања посебних знања из области права детета судија који суде у поступцима у вези са породичним односима, ("Сл. гласник РС", 44/2006).

У погледу прикупљања процесног материјала, доминира истражно начело у односу на расправно начело (чл. 205. ПЗ). Суд има активну улогу у прикупљању чињеничног и доказног материјала и дужан је да подстиче странке да износе чињенице и нуде доказе, а овлашћен је и да самостално истражује и прикупља чињенице које странке нису изнеле и проверава истинитост и оних чињеница које међу странкама нису спорне. Суд је, такође, овлашћен да изводи и оне доказе које странке нису предложиле.

Сагласно истражном начелу, суд на усменој расправи није само онај ко руководи расправом странака, већ активни подстрекач страначке процесне делатности и активни "трагач" за релевантним чињеницама. Зато је неопходно да приликом извиђања стања ствари суд перманентно има на уму да је примарно одговоран за резултате извиђања. У том смислу, суд је дужан да подстиче странке да изнесу све правнорелевантне чињенице, да допуне своје наводе и изјасне се о наводима противника, да пруже потребна објашњења и понуде све расположиве доказе. У парницама за заштиту од насиља у породици суд сам истражује чињенице и у подлогу своје одлуке може да узме и ону правнорелевантну чињеницу на коју се ниједна странка није позвала. У складу са начелом контрадикторности, неопходно је, међутим, да странкама пружи могућност да се о тој чињеници изјасне.

У току усмене расправе долази до пуног изражаја начело саслушања и начело једнакости странака. Ради остваривања ових начела, неоходно је да странке буду упознате не само са наводима и захтевима свог противника, већ и са ставовима суда од којих зависи усмеравање поступка и ток самог расправљања.

Поступак у парницама за заштиту од насиља у парници заснован је на принципима тзв.* отвореног правосуђења.[38] *Суд је дужан да странке перманентно упознаје са својим хипотезама, радним квалификацијама и оценама у погледу правне ствари, да без икакве резерве саопштава странкама своје ставове, правна схватања и концепцију којом се руководи приликом прикупљања и оцењивања процесне грађе. Суд је, исто тако, дужан да у току читавог поступка странкама пру-

[38] О концепту отвореног правосуђења, детаљно, Трива, С., Белајец, В., Дика, М., *Ново парнично процесно право*, Загреб, 1977.

жа потребна разјашњења и упознаје их са својим виђењима правне ствари и да заједно са њима размотри све чињеничне и правне аспекте истакнутог правозаштитног захтева. Суд је, такође, дужан да странке упозори на оне елементе правне ствари о којима је дужан да води рачуна по службеној дужности и да их позове да изнесу своје примедбе. У циљу доношења законите одлуке, суд треба да упозна странке и са својим ставом о конкретној материјалноправној норми коју би, по његовом мишљењу, требало применити, као и са својом интерпретацијом садржине правне норме. С обзиром да суд није везан тужбеним захтевом, тј. да може одлучивати* ultra *и* extra petitum *у погледу мере заштите коју ће одредити, потребно је да суд постави радну тезу у погледу мере коју намерава да одреди и да са тим отворено упозна странке, како би им омогућио да о томе расправљају. Од посебне важности је да суд странкама објасни смисао и сврху сваке од мера заштите од насиља у породици, као и последице одређивања мера заштите од насиља у породици.

У поступку у парницама за заштиту од насиља у породици јавност је законом искључена и важи начело дискреције, које је конкретизовано правилом да подаци из судских списа представљају службену тајну, коју су дужни да чувају сви учесници којима су ти подаци доступни (чл. 206).

Остала парнична процесна начела, која важе у општем парничном поступку, у неизмењеном виду важе и у поступку у парницама за заштиту од насиља у породици.

4.8. Покретање поступка

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици редовно се покреће тужбом активно легитимисаних лица, одн. органа и води се као основни поступак. Поступак у парницама за заштиту од насиља породици може се водити и као адхезиони (придружени) поступак уз поступак у брачним парницама[39] у матернитетским и патернитетским парницама,[40] у парницама за заштиту права детета,

[39] ***Чл. 226. ст. 3. ПЗ.***
[40] ***Чл. 260. ст. 3. ПЗ.***

у парницама за вршење родитељског права, као и у парницама за лишење и враћање родитељског права.[41]

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици, као адхезиони поступак, може покренути нека од парничних странака у основном поступку или суд,* ex officio*. Потреба да суд по службеној дужности покрене поступак за заштиту од насиља у породици постоји кад суд, на основу резултата извршења и расправљања у основном поступку, који се води у некој од брачних парница или парница из родитељско-дечијег односа, дође до сазнања да постоји потреба за пружањем правне заштите од насиља у породици, а да ниједан од активно легитимисаних субјеката није затражио одређивање мере заштите.

Према одредби чл. 284. ст. 2. ПЗ, активно процесно легитимисани у парницама за одређивање мера заштите од насиља у породици и у парницама за продужавање трајања мера заштите члан породице према коме је насиље извршено, његов законски заступник, јавни тужилац и орган старатељства. Активна легитимација у парници у којој се тражи престанак мера заштите од насиља у породици пре истека времена на који је она одређена, према изричитој законској одредби, припада искључиво лицу против кога је мера одређена (чл. 200. ПЗ).

4.9. Садржина и правна природа тужбе

Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици покреће се тужбом.[42] ***У погледу садржине тужбе у овим парницама, у свему важе правила ЗПП којима је регулисана формална садржина ове иницијалне парничне радње у општем парничном поступку.***[43]

Централни део тужбе за заштиту од насиља у породици је тужбени захтев, који може бити једноставан и сложен, у зависности од тога да ли се тражи издавање једне или више мера заштите. Тужбени захтев треба да буде прецизно и јасно одређен и опредељен и у субјективном и у објективном смислу. То подразумева да тужилац одре-

[41] ***Чл. 273. ст. 3. ПЗ.***
[42] ***Чл. 284. ст. 1. ПЗ.***
[43] ***Чл. 187. ЗПП.***

ди: лице против кога се мера има одредити, лице ради чије се заштите мера одређује, врсту мере чије се одређивање тражи, укључујући све оне елементе који су потребни за њену конкретизацију, као и дужину трајања тражене мере.

Свака тужба у парници за заштиту од насиља у породици којом се тражи одређивање мера заштите има и конститутивни и кондемнаторни елемент. **Конститутивни елемент** ***тужбе огледа се у захтеву тужиоца да суд својом одлуком изрекне одређену промену, чија је суштина у томе да се туженом забрани вршење одређеног права, одн. понашања и тиме унесе промена у постојеће односе странака.*** **Кондемнаторни елемент** ***тужбе огледа се у тражењу да суд изрекне конкретну заповест туженом, тј. да му наложи да, сагласно изреченој забрани, нешто учини или да се уздржи од неког чињења.***

4.10. Улога органа старатељства

У парницама за заштиту од насиља у породици орган старатељства суделује у различитим процесним улогама и остварује различите функције и задатке.[44]

Пре свега, орган старатељстава има **положај странке** ***(тужиоца) у парници за заштиту од насиља у породици. Положај тужиоца у овој парници орган старатељства стиче кад покрене поступак или кад се у току поступка придружи тужиоцу и тиме накнадно стекне положај јединственог супарничара.***

Уколико орган старатељства није сâм покренуо овај поступак, он у поступку који су покренули други овлашћени субјекти или суд, **ex officio,** ***може да се јави као*** **специфичан вештак,** ***као помоћни орган суда и као сарадник суда.***

Орган старатељства има положај специфичног вештака кад даје своје мишљење о сврсисходности тражене мере заштите од насиља у породици. Суд може да затражи од органа старатељства да дâ своје мишљење о сврсисходности мере заштите од насиља у породици уколико орган старатељства није сâм покренуо поступак (чл. 286.

---

[44] ***Видети: Станковић, Г., Петрушић, Н.,*** **Новине у грађанском процесном праву,** ***Удружење за грађанско процесно право, "Свен", Ниш, 2005, стр. 43.***

ПЗ). Мишљење органа старатељства не везује суд, већ суд слободно оцењује мишљење органа старатељства, тако да може да га уважи у целости, само делимично или да га уопште не уважи. Орган старатељства у парници може кумулативно стећи и улогу* помоћног истражног органа суда*. Такву улогу он има кад, по налогу суда, пружа суду помоћ у прибављању потребних доказа (чл. 286. ПЗ). Тако је орган старатељства дужан да, на захтев суда, прикупи и суду стави на увид податке до којих је дошао применом различитих метода социјалног рада са појединим члановима породице. Орган старатељства је* сарадник суда *када, на захтев суда, пружа стручну помоћ у утврђивању мишљења детета (чл. 65. ст. 6. ПЗ).

4.11. Заступање детета

Према одредбама ПЗ, дете има положај странке у поступку за заштиту од насиља у породици само ако се поступак непосредно води ради његове заштите. У таквом случају у поступку се примењују правила која обезбеђују независно заступање детета у случају колизије интереса између детета и његовог законског заступника, одн. у случају да законски застуник детета не заступа дете на одговарајући начин.

Дете као странку заступа његов законски заступник. Уколико између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси,[45] дете заступа колизијски старатељ, одн. привремени заступник.[46] Колизијског старатеља поставља орган старатељства, самоиницијативно или на предлог детета, одн. другог лица или установе, којима се дете обратило и затражило помоћ у покретању поступка

---

[45] ***О упоредним моделима независне правне репрезентације детета у судском поступку, видети: Петрушић, Н.,* Правна репрезентација детета у поступку породичноправне заштите од насиља у породици, *Правни живот, 9/2002, тематски број "Право и светски поредак", стр. 755-767.***

[46] ***Чл. 265. ПЗ. Правила о колизијском одн. привременом заступнику налазе се међу одредбама којима је регулисан поступак у парницама за заштиту права детета и у парницама за вршење, односно лишење родитељског права (чл. 261-273. ПЗ), али се она примењују и у свим другим судским и административним поступцима у вези са породичним односима ако се ти поступци односе и на права детета (чл. 268. ПЗ).***

за постављање колизијског старатеља, уколико утврди да између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси. Дете има право да самостално или преко другог лица или установе иницира овај поступак ако је навршило 10. годину живота и ако је способно за расуђивање.[47]

Привременог заступника детету поставља суд у току парнице, по службеној дужности или на предлог самог детета, одн. лица или установе, којима се дете обратило за помоћ у покретању поступка за постављање привременог заступника, уколико утврди да између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси или да дете као странка није заступано на одговарајући начин. Детету је признато право да самостално расуђивање или преко другог лица или установе иницира овај специфичан адхезиони поступак за постављање привременог заступника, под условом да је навршило 10. годину живота и да је способно за расуђивање. Способност детета за расуђивање утврђује суд у току овог адхезионог поступка тако што спроводи потребне извиђаје[48]***.***

4.12. Формирање и изражавање мишљења детета

У поступку за заштиту од насиља у породици примењују се и правила ПЗ која обезбеђују да дете формира и слободно изрази своје мишљење[49] ***у поступку пред судом. Према чл. 65. ПЗ, дете које је способно да формира своје мишљење има право да слободно изрази своје мишљење.***[50] ***Дете има право да слободно изрази своје мишљење у свим***

[47] ***Чл. 265. ст. 2. ПЗ.***

[48] ***Чл. 265. ст. 3. ПЗ***

[49] О значају права детета на слободно изражавање мишљења, које гарантује Конвенција о правима детета у чл. 12. ст. 1., видети: Freeman, M.: *Whither Children: Protection, Participation, Autonomy*, Manitoba Law Journal, Vol. 22, 1993, p. 319).

[50] Анализа правила ПЗ којима је регулисано остваривање права детета на слободно изражавање мишљења показује да су домети овог права исувише сужени и да су, због постављених законских ограничења, стандарди домаћег права нижи од оних установљених конвенцијским правилима. (Видети: Петрушић, Н., *Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије*, у: Новине у породичном законодавству, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2006. и тамо наведену литературу.

поступцима који тангирају његове интересе, што подразумева да има право на слободно изражавање мишљења у свим парницама за заштиту од насиља у породици, укључујући не само оне које се воде у циљу заштите детета од насиља, већ и оне које се воде ради заштите другог члана породице.[51]

Начелна одредба о праву детета да слободно изрази своје мишљење конкретизована је прописивањем посебних дужности суда и колизијског старатеља, одн. привременог заступника детета. Пре свега, законом је прописана дужност суда да се стара да дете добије сва обавештења која су му потребна, ако у току поступка утврди да се је оно способно да формира своје мишљење. Поред тога, суд је дужан да детету омогући да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу, у складу са годинама и зрелошћу детета. Суд, међутим, неће предузети радње везане за формирање и изражавање мишљења детета ако оцени да би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.[52]

---

[51] У чл. 266. ст. 3 ПЗ, наведено је "Ако суд утврди да је... странка дете које је способно да формира своје мишљење, дужан је...). Стилизација ове одредбе упућује на закључак да у парницама у којима дете није странка, а у којима се одлучује о његовим правима, дете нема законско право да изрази своје мишљење, тј. не постоји дужност суда да детету омогући изражавање мишљења. С обзиром да би такво тумачење исувише сузило право детета на слободно изражавање мишљења, будући да у многим парницама из родитељско-дечијих односа детету није признат положај странке, ову одредбу треба шире тумачити: у смислу чл. 65. ПЗ, дете има право да слободно изрази своје мишљење у свим поступцима који тангирају његове интересе. Сагласно томе, детету треба омогућити да изрази своје мишљење у парници за заштиту од насиља у породици и кад се она непосредно не води ради његове заштите, већ ради заштите другог члана породице.

[52] Чл. 65. ст. 6. ПЗ. Треба применити да је законодавац право на слободно изражавање мишљења везао за принцип најбољег интереса детета, полазећи од става да право на слободно изражавање мишљења детета и принцип набољег интереса детета могу бити међусобно контрадикторни и да у том случају превагу има најбољи интерес детета. Овај став је, међутим, и у теорији и у законодавној пракси, одавно напуштен. У савременом праву најбољи интерес детета не посматра се пасивно, нити се сматра да су искључиво одрасли ти који одређују садржај принципа најбољег интереса детета, већ се полази од става да су ова

Према чл. 267. ПЗ, уколико колизијски старатељ, одн. привремени заступник закључи да је дете које заступа способно да формира своје мишљење, дужан је да се стара да дете добије сва обавештења која су му потребна, да детету пружи сва неопходна објашњења које се тичу могућних последица радњи које он предузима, као и да суду пренесе мишљење детета, ако дете није непосредно изразило своје мишљење пред судом. Колизијски старатељ, одн. привремени заступник неће вршити законом прописане дужности које су везане за формирање и изражавање мишљења детета ако оцени да би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета.

Приликом утврђивања мишљења детета, суд је дужан да сарађује са школским психологом, односно са органом старатељства, породичним саветовалиштем или са другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима. Разговору са дететом, који се води ради утврђивања мишљења детета, обавезно присуствује лице које је дете само изабрало.[53] Ово лице, у које дете има поверење, пружа помоћ и подршку детету и охрабрује га да, на основу чињеница са којима се упознало, слободно изрази своје аутентично мишљење.

4.13. Садржина и правна природа пресуде

Суд доноси мериторну одлуку у парницама за заштиту од насиља у породици у форми пресуде.[54] Мериторне одлуке којима је одређена

два принципа међусобно повезана, при чему је управо уважавање мишљења детета веома често у најбољем интересу детета. (Детаљно: Вучковић Шаховић, Н., *Права детета и међународно право*, Београд, 2000, стр. 110).

[53] У литератури се правило чл. 65. ст. 6. ПЗ, којим је регулисано право детета да приликом остваривања права на слободно изражавање мишљења добије помоћ и подршку лица у кога има поверење и кога само изабере, не интерпретира као императивно правило, већ се наводи да то лице "може присуствовати" приликом утврђивања мишљења детета. (Видети: Поњавић, З., op. cit., стр. 245). Дикција чл. 65. ст. 6. ПЗ упућује, међутим, на закључак да је реч о когентном правилу.

[54] Кад се поступак за заштиту од насиља у породици води као основни (самостални) поступак, пресуда којом се одлучује о мерама заштите од насиља у породици израђује се у форми посебног писмена. Уколико се, међутим, поступак води као адхезиони, пресуда којом је одлучено о мерама заштите редовно се уноси у писмено у коме је садржана пресуда о тужбеном захтеву у основном

мера заштите од насиља у породици су, с обзиром на тип и садржину заштите која се њоме пружа, комплексне природе јер имају обележја и конститутивних и кондемнаторних судских одлука.

Конститутивни елеменат пресуде којом је одређена мера заштите од насиља у породици огледа се у томе што се одређивањем мере туженом одузима одређено право, одн. ускраћује одређена слобода и тиме уноси промена у постојећи правни однос странака. Тако, кад су у питању пресуде којима се одређује мера забране приближавања жртви насиља у породици, одн. забрана приступа у простор око места рада и/или места становања, конститутивни део ових пресуда садржи појединачну правну норму, којом суд, користећи своја законска овлашћења, извршиоцу насиља привремено забрањује одређено понашање (приближавање жртви насиља), чиме га ограничава у вршењу једног од његових основних људских права и слобода – права на слободу кретања. Кондемнаторни елемент пресуде којом је одређена мера заштите од насиља у породици састоји се из конкретног налога (заповести) туженом да, у складу са изреченом променом, нешто учини, да нешто трпи или да пропушта да чини и тиме своје будуће понашање, док траје мера заштите, усклади са садржином конститутивног дела диспозитива.

Приликом редакције диспозитива пресуде којом се одређује мера заштите од насиља у породици, неопходно је да суд води рачуна о чињеници да се ради о пресуди двојаке правне природе, тј. о пресуди која има и конститутивни и кондемнаторни елеменат. Из формулације и стилизације конститутивног дела пресуде треба да буде јасно видљиво ког је конкретног права, одн. слободе тужени лишен, тј. у чему се ова промена огледа и за који ће временски период она важити. Приликом редакције кондемнаторног дела пресуде, суд мора користити оне формулације које су уобичајене кад су у питању кондемнаторне одлуке, како би било сасвим јасно и недвосмислено како се тужени има понашати да би његово понашање било саобразно наређењу из судске одлуке.

поступку. Ради се, међутим, о двема посебним одлукама, које су потпуно независне једна од друге у погледу побијања, ступања на правну снагу и др.

У погледу редакција диспозитива пресуда, у делу судске праксе срећу се пресуде чији први став садржи ауторитативно утврђење суда да је тужени одређеног дана предузео конкретну радњу према тужиоцу, чиме је извршио дело насиља у породици предвиђено одредбама ПЗ. Несумњиво је да се ради о погрешној пракси која је супротна важећим прописима, с обзиром да предмет ауторитативног утврђења не могу бити чињенице. Сагласно чл. 188. ЗПП, предмет утврђења могу бити постојање, одн. непостојање неког права или правног односа или истинитост, одн. неистинитост неке исправе. С друге стране, тзв. декларативна преамбула, коју садрже и конститутивне и кондемнаторне одлуке, не уноси се у диспозитив пресуде, већ у њено образложење.

У појединим судским одлукама пресуде уопште не садрже конститутивни део, већ само кондемнаторни део, који обично започиње речима: "*Усваја се тужбени захтев тужиоца Б.Б., па се тужени А.А. обавезује да ...*". Оваква формулација и стилизација диспозитива није коректна. Пре свега, неопходно је да диспозитив пресуде садржи конститутивни део јер се управо на основу овог дела одлуке, којим је извршена промена у погледу правног односа странака, изриче конкретна заповест туженом. Поред тога, не постоји потреба да се суд изјашњава о томе да захтев тужиоца усваја, посебно ако се има у виду да суд у парницама за заштиту од насиља у породици није везан тужбеним захтевом у погледу врсте заштитне мере коју ће у конкретном случају одредити и да овај поступак, као адхезиони, може покренути по службеној дужности. Коришћење правнотехничког израза "обавезује се..." у формулацији кондемнације није адекватно јер се не ради о обавезивању туженог, већ у издавању судског налога (заповести) туженом да се на одређени начин понаша, а употреба повратне замернице "се" је граматички погрешна и нелогична јер се не ради о самообавезивању туженог.

Кондемнаторни део диспозитива пресуде којом суд одређује меру заштите од насиља у породици треба да буде формулисан и стилизован тако да он буде сажет, прецизан, потпун и јасан. Од изузетне је важности да кондемнаторни део пресуде буде јасно и прецизно одређен, на начин који је уобичајен кад су у питању кондемнаторне пресуде, како би се обезбедила потпуна извесност у погледу обавеза изврши-

оца насиља, што олакшава препознавање понашања супротног изреченом судском налогу и утврђивање претпоставки за евентуално принудно извршење пресуде. Осим тога, треба имати у виду да се кондемнаторним делом диспозитива пресуде одређују предмет, обим и границе евентуалног принудног извршења. Коначно, прецизно и јасно одређен и опредељен судски налог у погледу мере забране приближавања жртви значајан је и због тога што прекршај мере заштите од насиља у породици, коју је суд одредио на основу закона, представља посебан облик кривичног дела насиља у породици, за који је запрећена новчана казна или затвор до шест месеци.[55]

У судској пракси уобичајено је да се, у виду посебног става, у диспозитив пресуде уноси констатација да мере заштите могу бити продужаване, све док не престану разлози због којих су одређене. Иако, стриктно посматрано, уношење ове поуке није неопходно, практични разлози оправдавају да овај вид упозорења и поучавања странака буде садржан у судској пресуди.

4.14. Привремене мере

Пре и у току парнице за заштиту од насиља у породици, као и по њеном окончању, све док пресуда којом је одређена породичноправна мера заштите од насиља у породици не буде извршена, могу бити одређене привремене мере, којима се пружа привремена и провизорна заштита од насиља у породици ограниченог временског трајања.[56] С обзиром да одредбама ПЗ нису предвиђена посебна правила у погледу услова за одређивање привремених мера, примењују се одредбе Закона о извршном поступку[57] којима су регулисане привремене мере ради обезбеђења неновчаних потраживања (чл. 291-298, чл. 302 и чл. 303. ЗИП).[58]

---

[55] Чл. 194. ст. 5. Кривичног законика Републике Србије.

[56] О привременим мерама у режиму новог извршног права Србије, детаљно: Станковић, Г., Петрушић, Н., *Новине у грађанском процесном праву*, Ниш, 2005, стр. 209-213.

[57] ***Закон о извршном поступку (у даљем тексту: ЗИП), "Сл. гласник РС", бр. 125/2004.***

[58] ***У поступку расправљања и одлучивања о предлогу за обезбеђење сходно се примењују одредбе Закона о парничном поступку (чл. 263. ст. 1. ЗИП).***

У случајевима насиља у породици привремене мере су један од правних инструмената којим се може ефикасно спречити употреба силе и/или настанак ненадокнадиве штете. Имајући у виду суштинска обележја феномена насиља у породици и чињеницу да је било какав покушај жртве да се заштити за њу најризичнији тренутак, што истраживања недвосмислено потврђују, евидентно је да постоји потреба за хитном правном интервенцијом. Ова потреба може се успешно задовољити пружањем одговарајуће провизорне и привремене заштите.

Да би остварила циљ и сврху, привремена мера мора имати такву садржину да се њеним спровођењем успешно може спречити даље испољавање насиља. Ради остваривања овог циља, на располагању је листа мера ради обезбеђења неновчаних потраживања (члан 303. ЗИП) али и било која друга мера којом се потиже исти циљ. Иако садржина привремене мере не би требало да се поклапа са садржином правне заштите која се остварује у парници за заштиту од насиља у породици,[59] у појединим случајевима околности и разлози због којих треба хитно интервенисати такве су да се привремена мера мора у приличној мери поклапати са оним налогом који ће (евентуално) бити издат у парници. Ипак, с обзиром да је привремена мера средство обезбеђења, неопходно је да се она одреди у опсегу који је макар нешто мањи од опсега заштите на који се претендује. Уколико околности случаја то изискују, привремене мере се могу кумулирати (чл. 295. ЗИП) како би се у потпуности задовољила потреба за пружањем хитне провизорне заштите у случајевима насиља у породици.

Приликом испитивања испуњености законских разлога за одређивање привремених мера у правним стварима заштите од насиља у породици, суд треба да оцени да ли је предлагач обезбеђења учинио **вероватним** ***постојање разлога за одређивање привремене мере (чл. 302. ЗИП) и да ли су чињенице од којих зависи оцена законских разлога учињене*** **вероватним** ***(чл. 265. ст. 3. ЗИП). Према томе, за одређивање привремене мере није неопходна пуна извесност у погледу самог права предлагача обезбеђења, нити у погледу разлога који оправдава одређи-***

[59] *Трива, С. Белајец, В., Дика. М.,* **Судско извршно право**, *Загреб, 1984, стр. 393.*

вање привремене мере заштите, односно чињеница којима се тај разлог образлаже.[60]

С обзиром на потребу ефикасног реаговања у случајевима насиља у породици, од изузетног је значаја законска могућност да суд одреди привремену меру и пре достављања предлога противној странци, односно и пре него што је противној странци омогућио да се о предлогу изјасни, ако оцени да би предлагач обезбеђења, због одлагања, могао претрпети ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету или да то изискује потреба ради отклањања непосредне опасности противправног оштећења ствари или губитка односно тешког угрожавања права или ради спречавања насиља (чл. 265. ст. 1. ЗИП).

4.15. Правни лекови

Изричитим законским прописима предвиђено је да жалба у парницама за заштиту од насиља у породици не задржава извршење пресуде о одређивању или продужењу мере заштите од насиља у породици. Против одлука у овим парницама ревизија је дозвољена.[61]

4.16. Трошкови поступка, достављање одлуке и службена евиденција

О трошковима поступка суд одлучује о слободној оцени, водећи рачуна о разлозима правичности.[62]

Пресуду у парницама за заштиту од насиља у породици суд доставља странкама. Суд је дужан да пресуду одмах достави и органу старатељства на чијој територији има пребивалиште, односно боравиште члан породице према коме је насиље извршено и органу старатељства на чијој територији има пребивалиште односно боравиште члан породице против кога је мера заштите одређена.[63] ***Орган старатељства дужан је да води евиденцију и документацију како о лицима***

---

[60] ***О степенима извесности и вероватноси у доказивању, детаљно: Трива, С., Дика, М.,*** **Грађанско парнично процесно право,** ***Загреб, 2004, стр. 481-483.***

[61] Чл. 228. ПЗ и чл. 208. ПЗ.

[62] ***Чл. 207. ПЗ.***

[63] ***Чл. 289. ПЗ.***

***према којима је насиље извршено, тако и о лицима против којих је одређена мера заштите.*[64]**

[64] ***Чл. 289. ст. 2. и 3. ПЗ. Начин вођења евиденције регулисан је Правилником о евиденцији и документацији о лицима према којима је извршено насиље у породици и о лицима против којих је одређена мера заштите од насиља у породици ("Сл. гласник РС", бр. 56/2005).***

Миломир Николић,
судија Врховног суда Србије

СУДСКО ИЗВРШЕЊЕ ПРЕСУДА ДОНЕТИХ У ПОСТУПКУ ЗАШТИТЕ ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ И ПРЕДАЈЕ ДЕТЕТА

Уводна разматрања

Полазећи од савременог приступа насиљу у породици које се заснива на мишљењу да оно није искључиво лични проблем појединца и изолована индивидуална патологија, већ друштвени проблем и социјална патологија, Породични закон[1] је нормативно уредио систем правне заштите од насиља у породици, чиме је породично право хармонизовано са принципима и стандардима међународног права и достигнутим степеном у заштити основних људских права и грађанских слобода.

Породично-правна заштита од насиља нормативно је уређена тако што је законом забрањено насиље у породици и члановима породице признато право на заштиту од насиља у породици (члан 10. ПЗ), одредио мере заштите и услове под којима се оне изричу (одредбе члана 197.-200. ПЗ) и уредио посебан поступак по чијим се правилима поступа у парници која се води ради заштите од насиља у породици (одредбе члана 283.-289. ПЗ) уз супсидијерну примену Закона о парничном поступку (члан 202. ПЗ).

За потребе овог излагања има се у виду основни парнични поступак покренут тужбом активно легитимисаног лица. Тужба за заштиту од насиља у породици има преображајни (конститутивни) и осуђујући (кондемнаторни) елемент.

[1] Породични закон ("Службени гласник РС", бр.18/2005), који је почео да се примењује 1.7.2005. године.

Конститутивни елемент тужбе састоји се у захтеву чија је суштина да се туженом забрани вршење одређеног права одн. понашања и тиме унесе промена у постојеће односе странака.

Кондемнаторни елемент тужбе састоји се у тражењу да суд изрекне конкретан налог одн. заповест туженом да сагласно изреченој забрани, нешто учини или да се уздржи од неког чињења.

Најбитнији део тужбе за заштиту од насиља у породици је тужбени захтев, који може бити једноставан и сложен, у зависности од тога да ли се тражи издавање једне или више мера заштите. Тужбени захтев треба да буде прецизно и јасно одређен и опредељен и у субјективном и у објективном смислу.

Парница се окончава доношењем судске одлуке. Пресудом суд одлучује о захтеву који се тиче главне ствари и споредних тражења (члан 330. став 1. ЗПП). Кондемнаторни (осуђујући) део диспозитива пресуде мора да буде потпуно јасан и одређен и мора да садржи све елементе који је чине исправом подобном за извршење (члан 34. став 1. ЗИП). Пошто је пресуда конкретан правни акт иста има и својство правног важења и обавезујућу снагу.

Према врсти заштите коју пружа усвајањем тужбеног захтева, пресуда може бити осуђујућа (кондемнаторна), утврђујућа (деклараторна) и преображајна (конститутивна). У спору ради заштите од насиља у породици пресуда којом се захтев усваја је истовремено конститутивна и кондемнаторна. Ова потреба разликовања је битна јер се принудно извршити може само осуђујућа (кондемнаторна) пресуда.

Породични закон у члану 198. став 2. прописује пет посебних мера заштите од насиља у породици: 1) Издавање налога за исељење из породичног стана или куће, без обзира на право својине односно закупа непокретности; 2) издавање налога за усељење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретности; 3) забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености; 4) забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице и 5) забрана даљег узнемиравања члана породице. Мере су одређене таксативно, тако да суд није овлашћен да одреди неку другу меру која законом није прописана (нпр. обавезно лечење од алкохолизма и других болести зависности). Међутим, законом није предвиђено

ограничење у погледу броја мера које се могу одредити, тако да се оне могу комбиновати и прилагодити конкретној ситуацији.

Анализом судских пресуда се закључује да је доминантно у пракси судова да се мере заштите комбинују уз ретко изрицање мере забране даљег узнемиравања члана породице као једине мере.

Навешћемо неке примере из судске праксе. ***Пресудом Врховног суда Србије Рев. 1585/07 од 17.4.2008. године, одбијена је ревизија изјављена против пресуде Окружног суда у Јагодини Гж.551/07 од 13.3.2007. године, којом је потврђена пресуда Општинског суда у Јагодини П.1276/06 од 22.1.2007. године којом је: у првом ставу изреке, усвојен захтев тужиља и одређена мера заштите од насиља у породици исељењем туженог из породичне куће описане у овом делу изреке. Ставом другим, туженом је забрањено да узнемирава тужиљу. Ставом трећим, делимично је усвојен противтужбени захтев и забрањено противтуженим да узнемиравају тужиоца. Ставом четвртим, одбијен је противтужбени захтев да се одреди мера заштите од насиља у породици исељењем противтужених из породичне куће. Ставом петим изреке, одређено је да ће изречене мере заштите од насиља у породици трајати најдуже годину дана од дана доношења.***

Пресудом Трећег општинског суда у Београду П.2891/06 од 27.4.2007. године, одређена је мера заштите од насиља у породици исељењем туженог из породичног стана описаном у изреци; забраном приближавања тужиљама на удаљености од 100м и забрана приступа око места становања тужиља на удаљености од 100м. Пресудом Окружног суда у Београду потврђена је првостепена пресуда. Врховни суд пресудом Рев.630/08 од 12.3.2008. године, одбио је ревизију туженог изјављену против другостепене пресуде, с тим што је трајање изречених мера одредио у трајању од 6 месеци, уместо на годину дана.

Пресудом Првог општинског суда у Београду П.5760/06 од 29.1.2007. године, ставом првим изреке, одређена је мера заштите од насиља у породици забраном туженом да се приближава тужиљи лично и објекту у коме живи (ближе означен) на удаљеност од 100м. Ставом другим и мера заштите забране туженом да даље узнемирава тужиљу. Трајање изречених мера одређено је у дужини од годину дана. Окружни суд у Београду пресудом Гж.6671/07 од 17.5.2007. године потврдио је првостепену пресуду. Врховни суд пресудом Рев.3017/07 од

21.11.2007. године одбио је ревизију туженог изјављену против другостепене пресуде.

Пресудом Општинског суда у Прокупљу П.3815/07 од 11.9.2007. године, одређена је мера заштите од насиља у породици тако што је туженима забрањено становање и наложено исељење са свим лицима и стварима из породичног стамбеног објекта (поближе описаног), као и да трпе да се у овај објекат усели тужиља и да јој предају кључеве од улазних врата. Ставом другим изреке, одређена је мера заштите забраном туженима приласка тужиљи на удаљеност мањој од 1.000м и наложено уздржавање од приближавања под претњом новчаног кажњавања, уз одређивање дужине трајања изречених мера на период од годину дана. Ова пресуда потврђена је пресудом Окружног суда у Прокупљу Гж.1707/07 од 5.12.2007. године. Врховни суд пресудом Рев.1292/08 од 8.5.2008. године одбио је ревизију тужених изјављену против другостепене пресуде.

Пресудом Окружног суда у Нишу Гж.1253/07 од 29.3.2007. године преиначена је пресуда Општинског суда у Нишу П.4883/06 од 29.10.2006. године тако што је утврђено да је тужени извршио насиље у породици према својој супрузи и одредио меру заштите тако што се туженом забрањује даље узнемиравање тужиље угрожавањем њеног телесног интегритета наношењем или покушајем наношења телесних повреда уз трајање мере од 3 месеца од дана изрицања уз могућност продужења све док не престану разлози због којих је одређена.

Пресудом Општинског суда у Зајечару П.42/07 од 27.2.2007. године, донетој по тужби поднетој од стране Центра за социјални рад у Зајечару, одређена је мера заштите од насиља у породици и туженом забрањен приступ месту живљења мал. В.Ј. и његове мајке С.Ј. и месту рада С.Ј. на удаљености ближој од 300м у трајању од једне године. Ова пресуда потврђена је пресудом Окружног суда у Зајечару Гж.1445/07 од 1.7.2007. године. Врховни суд пресудом Рев.2665/07 од 18.10.2007. године одбио је ревизију туженог изјављену против другостепене пресуде.

Даљом анализом судске праксе закључује се да судови и поред недовољне јасноће мере заштите одређене у члану 198. став 2. тачка 2. ПЗ (издавање налога за усељење у породични стан или кућу) онако како је стипулисана у закону, примењују на правно могућ начин – нала-

жу туженом да дозволи, односно трпи усељење у стан или кућу у чему се и огледа суштина ове врсте заштитне мере.

Након што је спор на ауторитативан и коначан начин већ окончан и пошто је дужник већ обавезан на одређено понашање, равнотежа поремећена повредом законом признатог права може бити успостављена само принудним спровођењем одлуке коју дужник није сам извршио или се и даље понаша супротно изреченој забрани. Правила поступка по којима судови спроводе принудно извршење садржана су у Закону о извршном поступку.[2]

Извршење пресуда донетих у поступку заштите од насиља у породици

Закон о извршном поступку у члану 1. одређује садржину закона, прописујући да се тим законом уређује поступак по коме судови спроводе принудно остварење потраживања на основу извршне или веродостојне исправе и спроводе обезбеђење потраживања. У члану 28. став 1. тачка 1. је одређено да реч и израз "потраживање" означава право извршног повериоца на наплату новчаног износа или неко друго давање, чињење или трпљење. Како су пресуде донете у поступку заштите од насиља у породици по својој правној природи и осуђујуће (кондемнаторне) јер се њима дужнику изриче налог – заповест на одређено понашање, то се и ова врста пресуда принудно извршава по правилима поступка уређеним Законом о извршном поступку, јер представљају и извршне исправе сходно чл. 30. и 31. овог закона.

Следствено усвојеном начелу диспозиције странака, у грађанском поступку формулисано је основно правило да се извршни поступак и поступак обезбеђења покреће на предлог извршног повериоца (члан 2. став 1. ЗИП). Основна начела извршног поступка су хитност у поступању (члан 5. став 1. ЗИП), редослед поступања и редослед намирења по времену пријема предлога (члан 6. став 1. ЗИП) и начело формалног легалитета по којем је извршни суд везан правним актом

[2] Закон о извршном поступку ("Службени гласник РС", бр. 125/2004), који се примењује од 23.2.2005. године.

који представља извршну исправу (члан 7. ЗИП), уз наглашену примену начела писмености.

Имајући у виду природу спора из којег потиче извршна исправа као и чињеницу да је основна сврха изречених мера заштите од насиља у породици да се њиховим извршењем спречи поновно насиље и обезбеди нужна заштита физичког и психичког интегритета, здравља и личне безбедности жртве насиља, начело хитности у поступању има посебан значај услед чега се релативизује начело временског редоследа.

Овакав закључак има основ у нормама материјалног и процесног права. Поступак у парницама за заштиту од насиља у породици нарочито је хитан (члан 285. ПЗ). Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима у разумном року (члан 10. став 1. ЗПП)[3] који се примењује и у извршном поступку (члан 27. ЗИП). Одступање од временског редоследа због врсте предмета прописано је и Судским пословником (члан 160. став 3. Судског пословника).[4] Треба посебно нагласити да Европски суд за људска права у својој пракси у примени члана 6. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (право на правично суђење у разумном року)[5] има утврђено начело по којем право на правично суђење укључује и време на спровођењу правноснажне, обавезујуће пресуде. Утврђена судска пракса у примени члана 6. Конвенције, између осталог штити примену правноснажних, обавезујућих судских одлука. Сходно томе, извршење судске одлуке се не може спречити, поништити или неоправдано одлагати.[6]

Извршни поступак се састоји из два основна стадијума: стадијума доношења решења о извршењу и стадијума спровођења извршења. Први стадијум почиње подношењем предлога за извршење. Ако нађе да су испуњене све претпоставке суд доноси одлуку којом усваја предлог (решење о извршењу). Други стадијум поступка отпочиње по службеној дужности давањем налога помоћним органима суда да при-

[3] Закон о парничном поступку ("Сл. гл. РС", бр. 125/04)
[4] Судски пословник ("Сл. гл. РС", бр. 65/03, 11/05 и 4/06)
[5] Конвенција за заштиту људских права и основних слобода ("Сл. лист СЦГ – Међународни уговори" бр. 9/2003 у примени од 3.3.2004. године)
[6] Пресуда В.А.М. против Србије ("Сл. гл. РС", бр. 53/07 од 13.6.2006. године)
Пресуда Томић против Србије ("Сл. гл. РС", бр. 67/07 од 20.7.2007. године)

ступе радњама извршења. Да би се отпочело са спровођењем извршења, решење о извршењу не мора бити правноснажно (члан 54.ЗИП), ако тим законом није другачије одређено.

На стадијум доношења решења о извршењу примењују се опште одредбе о поступку извршења имајући у виду оне специфичности које су нужне за извршење одлука из области породичног права. Имајући у виду улогу Центра за социјални рад у пословима заштите породице, предлог за извршење може поднети овај центар независно од тога да ли је на његов захтев донета извршна исправа. Орган старатељства овде наступа са статусом заступника у јавном интересу на основу овлашћења из члана 12. Породичног закона.

Правноснажност и рок за доборовољно извршење као елементи за наступање квалитета извршности одлуке, одређују се правилима поступка у коме је донета одлука. У члану 32. став 1. ЗИП прописано је основно правило по којем судска одлука којом је наложено испуњење потраживања, је извршна ако је постала правноснажна и ако је протекао рок за добровољно испуњење. У ставу 5. овог члана Закона је прописано да се извршење може одредити и на основу одлуке која није постала правноснажна, ако је законом прописано да жалба не задржава извршење. Како је у члану 288. ПЗ прописано да жалба не задржава извршење пресуде о одређивању или продужењу мере заштите од насиља у породици, осим ако суд не одлучи другачије, суд извршења ће одредити извршење и на основу судске одлуке која није постала правноснажна, али ни тада пре истека рока за добровољно испуњење обавезе уколико је већ одређен тај рок.

Правноснажност као елемент извршности првенствено је значајна код одлука са обавезом на трпљење или друго нечињење, што је и садржина одређених мера ради заштите од насиља у породици. У члану 32. став 2. ЗИП је прописано да судска одлука којом је наложено трпљење или нечињење извршна је кад постане правноснажна, осим ако је у извршној исправи одређен рок за усклађивање понашања извршног дужника с том обавезом.

Изнета правила о извршности судских одлука из ове области породичних односа су битна јер одређивање извршења на основу исправе која још није постала извршна је разлог за жалбу (члан 15. тачка 3. ЗИП).

Решење о извршењу извршни дужник може побијати жалбом из свих разлога – процесних, материјалних и чињеничних, који спречавају извршење (члан 15. ЗИП), која не одлаже извршење (члан 12. став 5. ЗИП), услед чега уложена жалба не прекида ток рока за предузимање радње, па ни рока за добровољно извршење обавезе. Пратећи правило о функционалној надлежности судова у извршном поступку по жалби одлучује непосредно виши суд, што је основно правило (члан 14. ЗИП), осим у случају из члана 19. став 1. и 2. тог закона. Слично правилима ванпарничног поступка и овде је уведено дискрециono право суда првог степена да размотри жалбу и ако нађе да је основана да жалбу усвоји. Имајући у виду сврху и циљ којем се тежи спровођењем изречене мере заштите од насиља у породици, начина на који се изречене мере могу принудно извршити, саму природу породичних односа, било би нужно и целисходно да првостепени суд пре одлучивања о жалби или прослеђивања предмета надлежном вишем суду, закаже рочиште сходно члану 18. став 3. и члану 41. Закона, ради правилног и потпуног утврђења чињеница, осим ако из навода жалбе произилази очигледна неоснованост жалбених разлога или пак злоупотреба процесних овлашћења. Са истом пажњом треба приступити и приликом одлучивања о предлогу извршног дужника за одлагање извршења.

Пример из судске праксе. ***Решењем о извршењу Четвртог општинског суда у Београду И.бр.996/05 од 28.6.2005. године, на предлог извршног повериоца дозвољено је извршење против извршних дужника, на основу извршне исправе – решења о одређивању привремене мере донетог од стране истог суда П.бр.844/05 од 8.4.2005. године, које је постало извршно дана 22.6.2005. године, ради предаје малолетног детета. У жалби изјављеној од стране извршних дужника, дужници су предложили и да се одложи дозвољено извршење. Поводом жалбе и предлога извршних дужника за одлагање извршења првостепени суд је заказао и одржао рочиште, након чега је посебним решењем И.бр.996/05 од 17.3.2006. године, одбио предлог извршних дужника за одлагање извршења одређеног решењем о извршењу И.бр.996/05 од 28.6.2005. године. Окружни суд у Београду решењем Гж.бр.14812/06 од 16.11.2006. године одбио је жалбе извршних дужника и потврдио решења Четвртог општинског суда у Београду И.бр.996/05 од 28.6.2005. године (решење о извршењу) и решење И.бр.996/05 од 17.3.2006. године (којим је одбијен предлог за одлагање извршења). Из образложења:***

"Испитујући правилност побијаних решења на основу члана 372. у вези члана 388. ЗПП и одредбе члана 27. ЗИП-а, Окружни суд је нашао да су жалбе неосноване.

У спроведеном поступку нема битних повреда одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. ЗПП, на које Окружни суд пази по службеној дужности, нити се у жалбама извршних дужника указује које су конкретно битне повреде учињене. Из стања у списима произилази да је извршни поверилац В.И.М. поднела Четвртом општинском суду у Београду дана 28.6.2005. године предлог за извршење против извршних дужника а на основу правноснажног и извршног решења Четвртог општинског суда у Београду П.бр.844/05 од 18.4.2005. године. Првостепени суд је одредио предложено извршење, а извршним дужницима је ово решење о извршењу са предлогом за извршење, уредно достављено. Код таквог стања ствари, правилно је поступио првостепени суд када је на предлог извршног повериоца (члан 2. став 1. ЗИП), на основу извршне судске одлуке - правноснажног решења Четвртог општинског суда у Београду П.бр.844/05 од 18.4.2005. године, којим је одређена привремена мера, као извршне исправе подобне за извршење (члан 29, 30. тачка 1, 31. став 1, 32. став 1. и 34. ЗИП), ради предаје мал. детета, одредио извршење у складу са одредбом члана 224. ЗИП-а. Стога су неосновани жалбени наводи извршних поверилаца у којима се указује и истиче да чињенично стање није потпуно и правилно утврђено приликом доношења извршне исправе, те да је привремена мера донета противно закону...

Извршни дужници су у жалби поднели предлог за одлагање извршења, са разлога што се против извршног повериоца и њеног супруга води кривични поступак због запостављања детета, односно индиција злоупотребе мал. С.М. те да би стога принудно спровођење привремене мере имало катастрофалне последице на даљи развој детета обзиром на промену породице и услова његовог одрастања.

Одлучујући о овом предлогу првостепени суд је затражио мишљење стручног тима Центра за социјални рад па је на основу мишљења од 27.2.2006. године утврдио да конфликтни односи између извршног повериоца – мајке мал. С. и њених родитеља – извршних дужника није позитивно решен пред тим органом као и пред Институтом за ментално здравље, јер су извршни дужници прекинули сваку са-

радњу са надлежним органом за старатељство, док извршни поверилац и даље сарађује; да је психичко стање мал. С., праћено кроз сарадњу са педагогом школе коју похађа, да је проблем муцања санирaн третманом код школског логопеда, те да је психички статус мал. детета у складу са његовим узрастом, а да се очекује отпор детета према извршном повериоцу – мајци, јер је дете под утицајем негативних ставова и потреба извршних дужника, који су дали мишљење да је интерес детета да одрасте у природној породици уз мајку јер је иста процењена као адекватан и мотивисан родитељ, а породица М. као погодна за развој и бригу о детету. Код таквог стања ствари правилно је првостепени суд одлучио као у изреци побијаног решења од 17.3.2006. године, налазећи да у конкретном случају не постоје оправдани разлози за одлагање извршења, јер није испуњен ни један од прописаних законских услова из тог члана (члан 64. ЗИП), а при томе посебно имајући у виду мишљење стручног тима Центра који је у поступку заштите интереса мал. детета у овом извршном поступку, а након доношења привремене мере, поново оценио испуњеност услова о предаји детета извршном повериоцу, што је у најбољем интересу детета, како је то правилно оценио и првостепени суд."

Спровођење извршења се састоји од предузимања конкретних извршних радњи (правних или фактичких) у циљу намирења извршног повериоца. Средства извршења се групишу и нормативно деле на она средства: ради намирења новчаног потраживања и ради намирења неновчаног потраживања. Неновчано је свако потраживање повериоца које нема за предмет плаћање одређене суме новца. Начин спровођења извршења ради остварења неновчаног потраживања нормативно је уређен у зависности од садржине потраживања које треба остварити.

За потребе излагања имају се у виду одредбе Закона о спровођењу извршења које се односе на: испражњење и предају непокретности, обавезе на чињење, нечињење или трпљење и предаја и одузимање детета.

Испражњење и предаја непокретности. ***Спровођење извршења заштитних мера издавањем налога за исељење из породичног стана или куће, односно издавањем налога за усељење у породични стан или кућу (члан 198. став 1. тач. 1. и 2. ПЗ) нормативно је уређен у члану***

210-214. Закона о извршном поступку. Извршење се спроводи тако што судски извршитељ, након што удаљи лица и уклони ствари из те непокретности, предаје непокретност у посед извршном повериоцу (члан 211. став 1. ЗИП). У ставу 2. овог члана Закона је прописано да се испражњењу и предаји непокретности може приступити након истека 8 дана од дана доставе решења о извршењу извршном дужнику. Ради се о специфичном одређеном (дилаторном) року до када се не сме приступити спровођењу извршења.

Пример из судске праксе*. Четврти општински суд у Београду је донео решење И.бр.8074/07 од 6.7.2007. године којим је на основу правноснажне извршне пресуде Петог општинског суда у Београду П.797/06 од 29.1.2007. године, на предлог извршног повериоца Љ.М. из Београда одредио извршење против извршног дужника И.М. из Београда исељењем из стана 1-А у ул. Х.Л. 6 у Београду, сагласно ставу један изреке. У ставу три изреке, ради наплате трошкова извршног поступка одређује се извршење пописом, проценом и продајом покретних ствари извршног дужника И.М. из Београда које се налази у стану извршног дужника у Београду ул. Х.Л. 6, стан 1-А у Београду и исплатом тако добијеног новчаног износа извршном повериоцу. У ставу четири је одређено да ће извршење из става првог изреке решења спровести судски извршитељ након што удаљи лица и уклони ствари из предметне непокретности, с тим што ће извршењу приступити након протека рока од 8 дана од уручења решења о извршењу извршном дужнику. У ставу пет је одлучено да жалба изјављена на решење, не одлаже његово извршење. Окружни суд у Београду решењем Гж.16776/07 од 19. марта 2008. године одбио је као неосновану жалбу извршног дужника и потврдио првостепено решење. Из образложења: "Испитујући правилност побијаног решења у смислу члана 372. и члана 388. ЗПП, у вези члана 27. ЗИП-а, Окружни суд је нашао да жалба није основана.*

Како је извршни поверилац у свом предлогу за извршење назначио све што је предвиђено одредбом из члана 49. став 1. ЗИП и уз предлог приложио оригиналну извршну исправу на коју је стављена потврда извршности, то произилази да је поднети предлог за извршење испуњавао све услове предвиђене одредбом из члана 49. став 2. и члана 50. став 1. ЗИП и правилно је потом нашао да су у конкретном случају

испуњени сви законом предвиђени услови за закључак о уредности овог предлога за извршење, те када се при томе имају у виду одредбе из члана 7, 211, 212. и 214. ЗИП-а, правилно је првостепени суд одредио извршење као у ставу првом и трећем изреке нападнутог решења."

За ове мере је карактеристично да је самим законом прописано да се изричу без обзира на право својине односно закупа непокретности. Ради се о специфичном законом прописаном ограничењу права власништва у погледу употребе односно коришћења непокретности, чиме се само умањује обим својинских овлашћења без лишавања права својине. Овакво ограничење оправдава интерес заштите жртве насиља, који је истовремено и општи интерес друштва. Легално и легитимно ограничење права својине указује да извршни дужник не може са успехом у жалби против решења о извршењу истицати чињенице везане за право својине на непокретности, које би спречавале извршење на таквој непокретности.

Оправдано се поставља питање да ли треће лице које је власник ствари (стана или куће) може са успехом изјавити приговор којим тражи да се извршење на том предмету прогласи недопуштеним (члан 23. ЗИП). Чини се да је одговор негативан. Устав Републике Србије у члану 58. став 1. јемчи мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона, док је у ставу 3. прописано да се законом може ограничити начин коришћења имовине. У члану 3. закона о основама својинско-правних односа[7] одређена је садржина права својине као право власника да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама одређеним законом, док је у члану 8. овог Закона прописано да се право својине може одузети или ограничити у складу са Уставом и законом. Ово ограничење се односи како на носиоце и предмет права својине, тако и на садржину тог права, што би се односило и на садржину појединих овлашћења која проистичу из права својине. Породични закон прописује да се наведене мере заштите изричу без обзира на право својине, не ограничавајући то на жртву насиља и насилника. Имајући у виду природу спора из којег потиче извршна исправа као и чињеницу да је основна сврха изречених мера заштите

[7] Закон о основама својинско-правних односа ("Сл. л. СРФРЈ", бр. 6/80 и 36/90 и "Сл. л. СРЈ", бр. 29/29)

од насиља у породици да се њиховим извршењем спречи поновно насиље и обезбеди нужна заштита физичког и психичког интегритета, здравља и личне безбедности жртве насиља, могло би се закључити да треће лице не може са успехом истицати приговор у смислу члана 23. ЗИП-а, да се извршење на предмету (стан или кућа) чији је власник прогласи недопуштеним, већ би заштиту својих власничких права могао остваривати у редовном парничном поступку. Са изнетих разлога треће лице не би могло са успехом захтевати одлагање извршења у смислу чл. 64. и 65. ЗИП-а.

Сигурно је да ће правни положај трећег лица као евентуалног учесника у поступку извршења ради остварења неког свог права или правног интереса, иако није странка у поступку, бити предмет интересовања који заслужује аргументован, јасан и неподељен став, о чему судска пракса тек треба да се изјасни. Доминантног става по том питању нема.

Извршење обавезе на чињење, нечињење или трпљење. ***Садржина обавезе одређује се извршном исправом и може се састојати у: а) обавези дужника да предузме одређену радњу; б) обавези дужника да трпи предузимање одређене радње и в) обавези дужника да се уздржи од предузимања одређене радње.***

Мере заштите од насиља у породици које се састоје у изрицању забрана приближавања, приступа у простор око места становања или места рада и забрана даљег (будућег) узнемиравања (члан 198. став 1. тачка 3, 4. и 5.ПЗ) по својој садржини обавезују извршног дужника да се уздржи од предузимања одређених радњи. Ради се о радњама које може извршити само извршни дужник (незаменљива радња) јер је везана за личност извршног дужника како то закон налаже. Супротно овоме, радња на предају детета по својој садржини обавезује извршног дужника да предузме одређену радњу иако је и ова радња везана за личност дужника и као таква представља незаменљиву радњу коју може извршити само дужник обавезе.

Извршење обавезе на чињење, нечињење и трпљење нормативно је уређено у члану 215.-221. ЗИП-а.

Када је у питању извршење обавеза на одређену радњу треба имати у виду да се правила предвиђена предњим члановима закона,

примењују у ситуацијама када извршном исправом није одређена именована обавеза дужника. Напротив, ако се ради о именованој обавези (предаја детета; враћање радника на рад и сл.) онда треба применити правила за извршне радње прописане за извршење тих именованих обавеза.

У члану 218. став 1. ЗИП-а је прописано да се на начин предвиђен у претходном члану извршење спроводи и кад се извршни дужник понаша противно обавези да не учини одређену радњу или да трпи предузимање одређене радње. Норма упућује на примену члана 217. ЗИП-а која регулише спровођење извршења обавезе на радњу коју може извршити само дужник. У члану 217. став 1. ЗИП-а је прописано да ако радњу утврђену у извршној исправи може обавити само извршни дужник, суд ће решењем о извршењу одредити извршном дужнику рок за испуњење обавезе и истовремено изрећи новчану казну из члана 45. овог закона за случај да не изврши обавезу. Дакле, овај члан Закона упућује на примену члана 45. Закона који се односи на новчану казну.

Овим чланом Закона је одређена новчана казна као права казнена санкција која се изриче према субјекту који није поступио по налогу суда да изврши одређену радњу или је противно забрани предузео неку радњу. Ово нису санкције које се изричу због непоштовања процесне дисциплине у судском поступку. Рок плаћања новчане казне није прописан па дужину рока одређује суд. Такође није прописано да жалба одлаже извршење решења о новчаној казни услед чега важи опште правило да жалба нема суспензивно дејство. То решење је извршна исправа донета у форми судске одлуке које се извршава по службеној дужности, при чему треба водити рачуна да ли је протекао рок одређен за добровољно испуњење обавезе.

Општа правила о изрицању новчаних казни прописана у овом члану закона, у извесној су мери модификована у чл. 217. и 218. Закона, јер садрже и специјална правила о одређивању казни.. Уколико се дужник понаша противно обавези да не учини одређену радњу, тада код примене члана 217. Закона у спровођењу извршења, дужнику се не одређује рок за испуњење обавезе уз истовремено изрицање новчане казне за случај да не изврши обавезу. Напротив, извршном дужнику се забрањује да предузима и испољава ону радњу која би била супротна налогу – забрани одређеној извршном исправом под претњом изрицања и напла-

те новчане казне, уколико поступи противно изреченој забрани. У ставу 4. је прописано још једно специфично правило (у односу на правило из члана 45. и 224. ЗИП) по којем ће суд извршном дужнику изрицати новчане казне и претити новим, одређујући даље рокове за испуњење обавезе, све док укупни збир изречених новчаних казни не достигне десетоструки износ прве изречене казне, који се поступак понавља док извршни дужник не изврши своју обавезу. Треба узети да је граничник "десетоструки износ прве казне" овде само лимит висине укупно изречених казни у једном току (временском следу), а не и баријера која спречава даље изрицање новчаних казни према извршном дужнику.

Може се закључити да се извршне радње могу спроводити изрицањем и наплатом изречених новчаних казни које се реализују у умањењу имовине извршног дужника, тако да не погађају личност дужника, све дотле док извршни дужник не усклади своје понашање са садржином изречене забране.

Пример из судске праксе. ***Четврти општински суд у Београду донео је решење И.8074/07 од 6.7.2007. године којим је, на основу правноснажне и извршне пресуде Петог општинског суда у Београду П.797/06 од 29.1.2007. године на предлог извршног повериоца Љ.М. из Б. одредио извршење против извршног дужника И.М. из Б. тако што се, сагласно ставу два изреке, забрањује извршном дужнику И.М. из Б. приступ у место становања извршног повериоца Љ.М. у Б. ул. Х.Л. бр. 6, на удаљеност од 1 км и месту рада извршног повериоца Љ.М. у "В.Б." у Б., ул. З. бр. 86 на удаљености од 1 км и забрањује се извршном дужнику И.М. из Б. свако физичко, психичко и емоционално узнемиравање извршног повериоца Љ.М. из Б. с тим да уколико извршни дужник И.М. поступи противно наведеним забранама, истом се изриче новчана казна у износу од 80.000,00 динара, а чија наплата ће се спровести пописом, проценом и продајом покретних ствари извршног дужника које се налазе у стану извршног дужника у Б. ул. Х.Л. бр. 6 стан 1-А и уплатом тако добијеног новчаног износа на рачун новчаних казни Четвртог општинског суда у Београду, с тим да ако извршни дужник поново поступи противно забранама из решења о извршењу, суд ће му изрећи нову новчану казну, све док укупни збир изречених новчаних казни не достигне десетоструки износ прве изречене новчане ка-***

зне. У ставу пет је одређено да жалба изјављена на решење, не одлаже његово извршење.[8]

Окружни суд у Београду решењем Гж.16776/07 од 19.3.2008. године одбио је као неосновану жалбу извршног дужника и потврдио напред означено решење о извршењу. Из образложења: "Испитујући правилност побијаног решења у смислу чл. 372. и 388. ЗПП у вези члана 27. ЗИП, суд је нашао да жалба није основана.

Како је извршни поверилац у свом предлогу за извршење назначио све што је предвиђено одредбом члана 49. став 1. ЗИП и уз предлог приложио оригиналну извршну исправу на коју је стављена потврда извршности, то произилази да је предметни предлог за извршење испуњавао све услове предвиђене одредбама члана 49. став 2. и члана 50. став 1. ЗИП-а и правилно је потом нашао да су у конкретном случају испуњени сви законом предвиђени услови за закључак о уредности овог предлога за извршење, те је имајући у виду одредбе члана 7, 217. и 218. ЗИП-а првостепени суд правилно одредио извршење као у ставу другом нападнутог решења. Нашавши да у спроведеном поступку нема битних повреда одредаба поступка из члана 361. ЗПП, да не постоји ни један разлог који спречава извршење предвиђен чланом 15. став 1. ЗИП, да су правилно утврђене све одлучне чињенице и да је на исте правилно примењено материјално право, Окружни суд је сходно овлашћењу из члана 387. став 1. тачка 2. ЗПП у вези са чланом 27. ЗИП одбио

[8] Из образложења: "одлучујући о предлогу, суд је извршио увид у пресуду Петог општинског суда у Београду П.797/06 од 29.1.2007. године, па је утврдио да се истом налаже И.М. исељење из стана у Б. и истом забрањује приступ у место становања Љ.М. у Б. ул. Х.Л. 2 на удаљеност од 1 км и месту рада у "В.Б." у Б. на удаљености од 1 км, као и свако физичко, психичко и емоционално узнемиравње Љ.М. у року од годину дана од дана доношења пресуде. Пресуда је у том делу извршна дана 26.4.2007. године. Имајући у виду напред утврђено чињенично стање, суд је нашао да предлогу извршног повериоца ваља удовољити, обзиром да се исти креће у границама утврђеном извреком извршне исправе, а иста извршна исправа испуњава услове из чл. 30. и 34. ЗИП, да би се по основу исте дозволило извршење, да је иста у смислу члана 32. став 1. ЗИП уредно снабдевена клаузулом извршности, па је у смислу чл.7. и 217. ЗИП, донео одлуку као у другом ставу изреке, док је висина новчане казне и средство наплате исте одређена према захтеву извршног повериоца у смислу чл. 45. и 71. ЗИП-а."

жалбу извршног дужника као неосновану и потврдио нападнуто решење у целости."

У сваком случају биће потребно веома много и инвентивности и опрезности у примени правила из члана 217. ЗИП у поступку извршења на нечињење и трпљење. У толиком степену да се у раду овакве природе чак не може ни указивати на поједине ситуације и отворена питања.

На крају треба нагласити да мера заштите од насиља у породици може трајати највише годину дана (члан 198. став 3. ПЗ) из чега произилази закључак да и пресуда као правни акт који има својство правног важења и обавезујућу снагу, у погледу односа који је уређен између учесника има важност у истом временском трајању, у ком периоду може да буде исправа подобна за извршење.

Јасно да се мера заштите од насиља у породици може продужавати све док не престану разлози због којих је мера била одређена (члан 199. ПЗ), али је у таквој ситуацији потребно да тужба буде поднета пре истека временског важења већ изречене мере заштите. У супротном стоји могућност за подношење редовне тужбе у спору за заштиту од насиља у породици.

Предаја и одузимање детета

Према врсти заштите коју пружа усвајањем тужбеног захтева, пресуда којом се наређује предаја детета је осуђујућа (кондемнаторна) и као таква се може принудно извршавати. По својој садржини ова радња обавезује дужника да предузме тачно одређену радњу. Радња је везана за личност дужника и као таква представља незаменљиву радњу коју може извршити само дужник обавезе.

Извршење одлука суда којом се наређује предаја детета родитељу или другом лицу коме је дете поверено на чување и васпитање у пракси представља озбиљан и сложен проблем са којим се судови суочавају. Озбиљност произилази из саме чињенице да извршење задире у сверу осетљивих породичних односа и права на породични живот. Сложеност произилази из чињенице да су раније постојећа широка права на приступ и контакте између родитеља који не врши родитељско право и детета, сада редукована одлуком суда полазећи од најбољег

интереса детета, што често изазива нове сукобе родитеља. Кроз овакав сукоб родитеља, који у крајњем случају води непоштовању судске одлуке, евидентно је и дете изложено сукобу лојалности, које дете доживљава као јак притисак на њега, са којим не може само да се избори.

Извршење одлука из области породичног права – предаја и одузимање детета, нормативно је уређен у члану 222.-226. ЗИП-а. Треба нагласити да је у члану 224. Закона одређен начин спровођења извршења одлука о предаји детета који у суштини одговара начину спровођења оваквих одлука како је то било регулисано у члану 209. Закона из 2000-те године. Међутим, важећи закон у члану 226. уводи новину тако што нормативно уређује институт одузимања детета.

У члану 224. Закона нормативно је уређен начин спровођења извршења са посебним наглашавањем да приликом спровођења извршења суд посебно води рачуна о потреби да се у највећој мери заштити интерес детета (став један). Има се утисак да неки судови у пракси широко тумаче ову одредбу закона, поистовећујући је са најбољим интересом детета због чега у поступку извршења утврђују да ли је извршење у најбољем интересу детета, што води одуговлачењу поступка извршења. Оваква пракса и поступање нису прихватљиви. Први део норме јасно одређује фазу у којој се поступак налази (спровођење извршења), док из другог дела норме произилази да се води рачуна о потребама да се у највећој мери заштити интерес детета управо приликом спровођења извршења. Спор око вршења родитељског права је на ауторитативан начин већ окончан правноснажном судском одлуком имајући у виду најбољи интерес детета, која сада служи као извршна исправа и спровођењем извршења на основу такве извршне исправе треба усагласити фактичко са правним стањем, јер је то у најбољем интересу детета, јасно, прилагођавајући радње и поступке у току спровођења извршења према детету примерено његовом узрасту и психо-физичкој зрелости уз суделовање стручних лица и специјализованих установа, и тако заштити интерес детета у поступку. Само у изузетним случајевима где би се са сигурношћу утврдило да би предаја детета другом родитељу могла да угрози најбоље интересе детета, суд би могао да својом одлуком обезбеди правичну равнотежу између два правно сукобљена интереса.

Решењем о извршењу суд ће оставити извршном дужнику рок од 3 дана (дилаторни рок) од дана достављања решења да преда дете родитељу или другом лицу коме је дете поверено, под претњом изрицања новчане казне (члан 224. став 2. ЗИП). Пре протека дилаторног рока не може се приступити спровођењу извршења. У ставу три је прописано да се новчана казна изриче и њено извршење спрооводи према одредбама овог закона о извршењу радње коју може извршити само извршни дужник. Ради се о упуту на примену члана 217. Закона.

Став четири регулише непосредно физичко одузимање детета од лица код кога се дете налази и његову предају родитељу односно другом лицу. Ову радњу спроводи судија у сарадњи са психологом органа старатељства, школе, породичног саветовалишта или друге специјализоване установе за посредовање у породичним односима (став 5). Јасно је да се овим жели постићи да дете што безболније и са што мање траума превазиђе овакву стресну ситуацију.

Поновно спајање једног родитеља са дететом које је неко време живело са другим родитељем може бити неизводљиво одмах и може захтевати припремне мере. Ово посебно када је због протека времена дошло до емоционалне отуђености детета од родитеља. Из ових разлога, предаја детета не би могла да се састоји у једној тренутној радњи, већ у више радњи у континуитету уз учешће стручних лица и родитеља, да би се претходно успоставио однос блискости и поверења детета и родитеља, пре коначне предаје. Природа и обим таквих мера зависиће од околности сваког случаја.

Физичкој предаји путем принуде суд приступа тек онда ако се извршење није могло спровести изрицањем и извршењем одлуке о новчаној казни. Биће спорно у пракси утврдити који је то моменат. Да ли је то достизање граничника "десетоструког износа прве изречене новчане казне" у првом току кажњавања или већ тада чим се покаже да се изречена новчана казна није могла наплатити од извршног дужника. Чини се да би ово друго решење било примереније и прихватљивије. Узајамно уживање родитеља и детета у међусобном контакту представља суштински елемент породичног живота у смислу члана 8. Конвенције. За родитеље оно обухвата право на то да буду предузети кораци како би се они поновно спојили са својом децом и обавезу суда да омогући такво поновно спајање у што краћем року.

У члану 225. Закона је прописано да ће суд на предлог странке којој је дете поверено, наставити извршење по истом решењу о извршењу ако се дете у року од 60 дана од дана предаје детета поново затекне код лица од кога је одузето. Дакле, ради се о наставку поступка извршења по истом решењу о извршењу по основу којег је извршење већ било спроведено.

Одредбом члана 226. Закона уведен је нов институт – одузимање детета. У случају када се утврди да је угрожен живот, здравље и психо-физички развој детета суд спроводи извршење тако што ће одузети дете и предати га родитељу или другом лицу коме је дете поверено без претходног остављања рока за предају изрицањем и извршењем новчане казне. Сматрам да се одредница "без претходног остављања рока" не може везивати само за протек оног рока који би се одредио решењем о изреченој новчаној казни, већ да се односи и на дилаторни рок предвиђен чланом 224. став 2. Закона, јер само на тај начин може у довољној мери да се заштити интерес детета, која обавеза проистиче из члана 224. став 1. Закона.

Указује се и на праксу Европског суда за људска права у тумачењу примене Конвенције[9] у већ наведеним случајевима против Србије, само ради указивања на основна начела којим се руководи суд у процени да ли је дошло до повреде права заштићених Конвенцијом.

У пресуди донетој у предмету* Булатовић против Србије *(тачка 47-49), на основу представке везане за прекомерну дужину трајања извршног поступка у спровођењу извршења пресуде којом је дужник обавезан да плаћа издржавање подносиоцу представке, суд је утврдио повреду права из члана 6. став 1. Конвенције (суђење у разумном року).

Према садржини ове одлуке:

Релевантна начела у примени члана 6. став 1. Конвенције:

"Суд подсећа да се извршење пресуде коју је суд донео мора сматрати саставним делом "суђења" у сврхе члана 6. Конвенције.

[9] У Билтену судске праксе ВСС бр. 4/07 објављен је преглед 15 пресуда овога суда против Србије у 2006. и 2007. године, објављених у "Службеном гласнику РС".

Даље, закашњење у извршењу неке пресуде може бити оправдано у одређеним околностима. Међутим, оно не може бити такво да угрожава суштину права заштићеног чланом 6. став 1. Конвенције.

Најзад, без обзира да ли је дужник приватно лице или актер под контролом државе, на држави је да предузме све неопходне мере да изврши правноснажну судску пресуду и тако обезбеди делотворно учешће њеног целог апарата.

Суд сматра да српски органи нису делотворно спровели спорни поступак извршења, чиме је угрожена суштина "права на суђење" подноситељке представке. Према томе, дошло је до повреде члана 6. став 1. Конвенције."

У предмету* В.А.М. против Србије *(тачка 98.-101. и 130.-135.), где је суд утврдио повреду члана 6. став 1. (право на суђење у разумном року) члана 8. (право на поштовање приватног и породичног живота) и члана 13. (право на делотворан правни лек) Конвенције, за потребе излагања задржаћемо се на релеватним начелима код утврђене повреде члана 6. став 1. и члана 8. Конвенције.

Према садржини ове одлуке:

***1.* Релевантна начела у примени члана 6. став 1. Конвенције:**

"Разумност дужине трајања поступка мора се процењивати у светлости и околности предмета и имајући на уму критеријуме утврђене јуриспруденцијом Суда, посебно сложеност предмета, понашање подносилаца представке и понашање надлежних органа власти.

У предметима који се тичу грађанског статуса, оно што је у том предмету најважније питање за подносиоца представке такође представља значајан разлог и потребно је обратити посебну пажњу с обзиром на могуће последице које дужина поступка може имати, пре свега у погледу уживања права на породични живот.

Сем тога, према утврђеној јуриспруденцији Суда, хронична пренатрпаност и заостајање са предметима није ваљано објашњење за прекомерно одлагање поступка. Заиста, члан 6. став 1. Конвенције намеће високим странама уговорницама дужност да своје правосудне системе организују на такав начин да сваки њихов суд може да обави све

своје обавезе, укључујући ту и обавезу да размотри предмете у разумном року.

Коначно, Суд је захтевао и захтева посебну пажњу у предметима у којима је приватни тужитељ ХИВ позитиван, као и у свим питањима у којима се побијани поступак односи на спор око старатељства над дететом."

2. **Релевантна начела у примени члана 8. Конвенције:**

"Суд примећује да узајамно уживање родитеља и детета у међусобном контакту представља суштински елемент "породичног живота" у смислу члана 8. Конвенције.

Сем тога, иако је примарни циљ члана 8. заштита појединца од произвољне акције јавних власти, поред тога постоје и позитивне обавезе које су инхерентне делотворном "поштовању" породичног живота. И у једном и у другом контексту, мора се посветити пажња правичној равнотежи коју ваља успоставити између конкретних интереса појединца и заједнице у целини и у једном и у другом контексту држава ужива извесно унутрашње поље слободне процене.

Што се тиче обавезе Државе да примени позитивне мере, Суд сматра да члан 8. за родитеље обухвата право на то да буду предузети кораци како би се они поново спојили са својом децом и обавезу националних власти да омогуће таква поновна спајања.

У предметима који се тичу извршења у области породичног права, Суд је непрестано утврђивао да је одлучујуће то да ли су националне власти предузеле све неопходне кораке да би омогућиле извршење онако како се то разумно могло захтевати у посебним околностима сваког предмета.

У том контексту, примереност неке мере треба процењивати са становишта брзине њене примене, будући да протек времена може нанети непоправљиве последице односима између детета и родитеља са којим дете не живи у заједници.

Коначно, Суд сматра да упркос томе што мере принуде према деци нису пожељне у овој осетљивој области, не може бити потпуно искључена примена санкција у случају незаконитог понашања родитеља са којим деца живе."

У предмету* Томић против Србије*, (тачка 86. и 87, 99.-102.) на основу представке везане за прекомерну дужину трајања извршног поступка у спровођењу извршења пресуде којом је подносиоцу представке поверено мал. дете и дужник обавезан да доприноси његовом издржавању, Суд је утврдио повреду члана 6. став 1. и члана 8. Конвенције.

Према садржини ове одлуке:

***1.* Релеватна начела у примени члана 6. Конвенције**

"Суд подсећа да његова утврђена судска пракса у смислу члана 6. између осталог, штити примену правноснажних обавезујућих судских одлука, које, у државама које признају владавину права, не могу бити неизвршене на штету једне стране. Сходно томе, извршење судске одлуке се не може спречити, поништити или неоправдано одлагати.

Даље, Суд примећује да је, без обзира да ли је дужник приватни или државни актер на Држави је да предузме све потребне кораке да се изврши правоснажна судска пресуда као и да, том приликом, осигура делотворно учешће целог свог апарата, а пропуст да то учини није у складу са захтевима садржаним у члану 6. став 1. Конвенције."

***2.* Релевантна начела у примени члана 8. Конвенције**

"Суд првенствено примећује да узајамно уживање међусобног контакта родитеља и детета представља суштински елемент "породичног живота" у смислу члана 8. Конвенције.

Друго, позитивна обавеза Државе по члану 8. укључује и право родитеља које ће им омогућити поновно спајање са дететом. Међутим, обавеза националних органа да предузму такве мере није безусловна, пошто поновно спајање једног родитеља са дететом које је неко време живело са другим родитељем може бити неизводљиво одмах и може захтевати припремне мере. Природа и обим таквих мера зависиће од околности сваког случаја, али су разумевање и сарадња свих заинтересованих важни саставни делови. Где изгледа да би контакт са родитељем могао да угрози најбоље интересе детета, на националним је органима да обезбеде правичну равнотежу.

Треће, Суд подсећа да делотворно поштовање породичног живота захтева да будући односи између родитеља и детета не могу да се утврђују само на основу пуког протека времена.

Најзад, у случајевима који се тичу извршења одлука у вези са породичним правом, Суд је више пута установио да је одлучујуће да ли су националне власти предузимале све потребне мере да се олакша извршење као што се може оправдано тражити у посебним околностима сваког предмета."

У овом предмету у оцени суда (тачка 103-105.) се наводи:

"Суд налази да органи Србије нису учинили све што је у њиховој моћи и што се од њих могло оправдано очекивати како би омогућили поновно спајање подноситељке представке и њене ћерке.

Посебно, присилна предаја детета, мада неизбежна и покушана неколико пута, никада није успешно завршена. Даље, легитимни интерес подноситељке представке да развије везу са својим дететом као и дугорочни интерес детета у истом смислу, национални органи нису размотрили са дужном пажњом. Најзад, П.В. је заправо дозвољено да искористи правосудни систем док се чињенично стање протеком времена није довољно изменило да би била могућа измена одлуке о поверавању детета на чување, негу и васпитање, у посебном судском поступку.

Суд, према томе, закључује да је, упркос пољу слободне процене тужене Државе, неизвршење права подноситељке представке на негу, чување и васпитање, утврђеног пресудом Општинског суда од 25.2.2004. године, довело до повреде њеног права на поштовање породичног живота, како је загарантовано чланом 8. Конвенције."

Навешћемо пример из наше судске праксе. ***Пресудом Општинског суда у Н. П.856/07 од 3.9.2007. године, усвојен је захтев тужиоца и измењена пресуда Општинског суда у Н. П.4346/04 од 14.4.2005. године тако што је малолетна кћи странака Е.П. рођена 20.3.2002. године поверена на чување, васпитање и издржавање тужиоцу као оцу, према првом ставу изреке. Ставом другим изреке, обавезана је тужена да на име свог доприноса у издржавању мал. Е. плаћа месечно по 2.500,00 динара најкасније до 10-ог у месецу за текући месец а на руке тужиоцу као законском заступнику мал. детета. Ставом трећим изреке, одлу-***

чено је да се лични контакти и виђање тужене са мал. ћерком Е. одвијају сваке друге суботе у месецу у термину од 11 до 12 часова у просторијама Центра за социјални рад у Н. у присуству радника тог Центра, док се успостави ваљана комуникација између детета и мајке, па се налаже тужиоцу да у наведеним терминима дете доведе у просторије Центра ради виђања детета и мајке. Ставом петим изреке, обавезана је тужена да тужиоцу плати парничне трошкове.

Пресудом Окружног суда у Н. Гж.4532/07 од 27.11.2007. године преиначена је првостепена пресуда тако што је одбијен захтев тужиоца у целости и тужилац обавезан да туженој накнади трошкове парничног поступка.

Пресудом Врховног суда Србије Рев.1353/08 од 14.5.2008. године, одбијена је као неоснована ревизија тужиоца изјављена против означене пресуде Окружног суда у Н. Из образложења: "Према утврђеном чињеничном стању, правноснажном пресудом првостепеног суда П.4346/04 од 11.4.2005. године разведен је брак тужиоца и тужене а њихова мал. ћерка Е. рођена 20.3.2002. године, поверена је на чување, васпитање и издражвање мајци, овде туженој. Наведена пресуда није извршена и мал. Е. се налази све време код оца. У поступку извршења тужена је у складу са законом покушавала да изврши пресуду и преузме ћерку. Међутим, тужилац је онемогућавао поступак извршења и више пута је због тога новчано кажњаван а у кривичном поступку је оглашен кривим због одузимања малолетног детета. Према извештају Центра за социјални рад у Н. сачињеног након покушаја принудног извршења судске одлуке и одузимања детета од оца, 13.3.2007. године констатовано је да дете не жели да пође са мајком јер је емотивно отуђено и да са њом не жели никакав контакт па је у том смислу Центар дао мишљење да нису испуњени услови за одузимање детета јер би се то одразило на његов психо-физички развој.

Имајући у виду утврђене чињенице, становиште Врховног суда је да је другостепени суд правилно применио материјално право када је одбио тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се њему повери на чување, васпитање и издржавање мал. ћерка Е.

У конкретном случају, мал. Е. је након развода брака својих родитеља додељена на чување, васпитање и издржавање мајци овде туженој. Међутим, та правноснажна судска одлука није извршена до да-

нас, јер је тужилац својим поступцима онемогућавао извршење. У таквој ситуацији, када отац, тужилац не извршава судску пресуду и мал. Е. не даје мајци, туженој, није могло доћи до приближавања мајке и ћерке и успостављања родитељске комуникације. Зато је у овом случају неопходно додатно ангажовање Центра за социјални рад у Н. како би се успоставили контакти мајке и ћерке и како би се превазишла отуђеност мал. Е. од мајке и њих две успоставиле родитељски и емотивни однос мајке и ћерке. Понашање тужиоца мора бити санкционисано, а правноснажне судске одлуке се морају извршавати, а не мењати у ситуацији када нема промењених околности које би условиле ту промену. Како се при поверавању детета и вршењу родитељских права води рачуна првенствено о интересима детета, како је то прописано одредбама члана 266. став 1. Породичног закона, то је по становишту Врховног суда, правилно одлучио другостепени суд када је одбио захтев тужиоца за промену пресуде првостепеног суда којом је мал. Е. додељена мајци, јер за то није било разлога."

Изложена правила о извршењу судских одлука из ове области породичних односа, исказана досадашња судска пракса, релевантна начела којима се руководи Европски суд за људска права, сигурно ће допринети даљем развоју и хармонизацији наше судске праксе. Тематски основ овог излагања не омогућује доношење посебних закључака, о чему ће коначну реч дати судови кроз практичну примену у формирању доминантне судске праксе.

Ранка Вујовић,
помоћник директора
Републичког секретаријата за законодавство

УПРАВНО-ПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ

1. ПРАВА ИЗ ПОРОДИЧНИХ ОДНОСА И ОГРАНИЧЕЊА У ОСТВАРИВАЊУ ТИХ ПРАВА

Свако грађанско право има за основу неко природно право које је већ постојало у појединцу, али за чије остварење моћ појединца није довољна. Он, стога, полаже то право у заједничку ризницу друштва и служи се руком друштва, чији је он део, ради реализације права. Друштво му ништа не поклања. Човек, као део друштва, само узима оно што му припада.[569] Таква су сва права која се односе на безбедност и сва протективна права, што, наравно, укључује и право сваког појединца на заштиту од насиља уопште и, посебно, насиља у породици.

Полазећи од становишта да су грађанска субјективна права призната субјектима да би их вршили[570], успоставља се принцип по коме вршење субјективног грађанског права зависи од самог субјекта – он може да врши право које му припада, али и не мора. У томе се грађанска права разликују од јавних. Начелно, вршење права која припадају појединцу слободно је ако начин вршења права не угрожава права другог. Невршење права, по правилу, не сматра се повредом.

У односу на права која проистичу из породичних односа, постоје одређена ограничења везана за њихово вршење и она су у непосредној вези са сврхом самог права. Наиме, права родитеља према деци, која у збиру називамо родитељским правом, испуњавају своју сврху само ако се врше. Само право подразумева активан однос. Ако се родитељско право не врши – оно не испуњава своју сврху и, стога, такав однос подлеже одређеној друштвеној интервенцији.

---

[569] Тома Пејн, "Како грађанска права човека проистичу из његових природних права", из књиге: "Права човека".

[570] Андрија Гамс, "Увод у грађанско право", Научна књига, Београд, 1981.

Историја породичних односа, а посебно, односа родитеља и деце указује на разлику у приступу самом праву, а тиме и условима и модалитетима заштите права из породичних односа. Наиме, односи у породици, почев од римског права, били су засновани на власти. Власт оца - породичног старешине над укућанима, изражена као* patria potestas*, обухватала је неограничена родитељска овлашћења располагања личношћу (и имовином) детета. Лична власт значила је располагање животом и телом детета –* ius vitae ac necis*. Схватање родитељских права искључиво као природних права погодовало је дугој и успешној одбрани концепта родитељске (очинске) власти. У даљој еволуцији породичних односа, напретком цивилизације и, посебно, превођењем права на живот у неотуђиво право човека, напушта се концепт власти над судбином укућана, напослетку, и судбином деце, али се и даље задржавају изразити односи доминације – моћ, ауторитет. Међутим, дуго година кроз историју дете остаје (а и данас има таквих приступа у упоредним законодавствима и пракси) објекат "добре воље" својих родитеља.[571]

Продирањем позитивизма у право, почело се ревидирати схватање о апсолутној слободи вршења грађанских права. Теорија злоупотребе права, коју су истакли француски позитивисти, истиче да субјективно право није нешто само по себи дато, него оно постоји зашто што га објективно право, односно само друштво (држава) признаје. А друштво признаје субјективна права зато да би се постигли разумни циљеви, да би се заштитили и остварили извесни интереси чију заштиту друштво сматра посебним. Ако неки титулар не врши право за остварење циља због кога му је то право признато, односно ако друкчије врши своја права него што је то друштвено призната намена тог права, он злоупотребљава своје право. Злоупотреба права је забрањена.

Схватање породице као социјалне институције која обавља важан друштвени задатак репродукције становништва, подизања деце и очувања друштвене заједнице, помера тежиште са родитељске моћи на заштиту детета. Акценат је на праву, али и обавези родитеља да своја родитељска права врше тако да обезбеде заштиту и добробит детета, да обезбеде непосредно старање о детету, васпитавање и надзор над понашањем дете-

[571] Комар М, Корађ Р, Пољавић З, "Породично право", Београд, 1999.

та итд. Развој права текао је, дакле, дуж линије заштите слабије стране у односу и промена у систему вредности, односно разумевању и схватању правде.

Актуелно, у српском праву, права и обавезе родитеља прописани су законом и врше се у интересу детета, а интерес детета изједначава се са општим интересом. Повреда интереса детета значи да је повређен интерес државе. То ствара обавезу државе да преко овлашћених органа и служби интервенише у породичне односе[572].

Породични закон инсистира на приступу по коме првенствену одговорност за подизање и развој детета имају родитељи[573]. Будући да су родитељи двојни субјект права (једно право истоветног садржаја припада и оцу и мајци истовремено) њихова одговорност је заједничка. У другом реду, одговорност за стварање услова за правилно подизање и развој детета има држава. Али, држава има и одговорност да штити дете од понижавајућих поступака родитеља, од злоупотребе, злостављања и занемаривања и од сваке врсте експлоатације.[574]

Породични закон право на заштиту права која проистичу из породичних односа, осим деци, признаје и другим субјектима породичних односа. Веза са породицом као социјалном институцијом, сагласно Закону, остварује се кроз индивидуална права чланова породице, чиме се концепт људских права користи као метод регулације унутарпородичних односа. Сам Закон, стога, ни не даје дефиницију појма породице, осим у делу који се односи на заштиту од породичног насиља, при чему се појам члана породице, у ту сврху, проширује изван уобичајеног правног модела породице – на психолошке везе. Тиме се, у виду норме, поставља императив ненасилног комуницирања.

Чланови породице право на заштиту од породичног насиља остварују у судском поступку. Изузетак су малолетна деца и особе чија је пословна способност, а тиме и могућност самосталног заступања и заштите ограничена. У односу на њих, Породични закон, изузетно, дозвољава и

[572] "Држава има обавезу да поштује, штити и унапређује права детета" (члан 6. став 3. Породичног закона).
[573] Члан 7. Породичног закона.
[574] Члан 6. став 2. Породичног закона.

предузимање одређених мера управно-правне заштите од породичног насиља.

2. ДЕФИНИСАЊЕ КРИТЕРИЈУМА И МЕРЕ УПРАВНО-ПРАВНЕ ИНТЕРВЕНЦИЈЕ И ОДРЕЂИВАЊЕ НАДЛЕЖНОСТИ

Свако нарушавање физичког и психичког интегритета личности детета представља повреду права детета, заштићених како Породичним законом, тако и међународним правним актима, у првом реду - Конвенцијом УН о правима детета. Заштита детета од породичног насиља остварује се кроз примену принципа заштите права на живот, опстанак и развој[575].

Оно што је за практичаре одувек било централно питање јесте – како закон одређује услове или ситуације које оправдавају интервенцију државе у породичне односе, односно на који начин се дефинише понашање родитеља које угрожава или повређује права детета и које повлачи одговарајућу правну санкцију.

Питање критеријума правне интервенције једно је од најсложенијих и најделикатнијих, с обзиром да задире у подручје људских права и слобода. Оно је у непосредној вези са принципом аутономије породице и стандардима родитељске одговорности, а то значи да су могућности искључиво правног дефинисања критеријума за интервенцију вишеструко ограничене. Стога и не чуди што доношење одлука везаних за правну заштиту породичних односа није поверено класичним управним органима (општинским, односно градским управама), већ јавној (стручној) служби - центру за социјални рад, који у свом саставу, осим правника, има и стручњаке из области друштвено хуманистичких наука, који помажу правницима у доношењу одлука. Јасно је, наиме, да се сазнања о породичним односима и чињеницама реле-

[575] Овај принцип Конвенције испољава се кроз норме којима се детету обезбеђује заштита од: физичког и менталног насиља, злоупотребе и занемаривања (члан 19), свих облика сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања (члан 34), отмице и трговине децом (члан 35), свих других облика искоришћавања (експлоатације) штетних по било који вид дететове добробити (члан 36), те од нехуманих и понижавајућих поступака и кажњавања (члан 37).

вантним за примену права и за избор мере правне интервенције, с обзиром на потребу обезбеђења приватности, могу добити само неправним стручним методама и техникама.

Центар за социјални рад, сагласно Породичном закону, обавља послове заштите породице, помоћ породици и старатељства као јавно овлашћење које се остварује кроз улогу органа старатељства. Када центар за социјални рад у обављању послова органа старатељства утврђених Законом решава у управним стварима, обавља те послове као поверене[576].

Решавање у управним стварима у области породично-правне заштите спроводи се применом одредаба Закона о општем управом поступку и одредаба Породичног закона којима је уређен посебан управни поступак у вези са породичним односима.

Месно надлежан за одлучивање јесте онај центар за социјални рад на чијој територији се налази пребивалиште, односно боравиште лица коме треба пружити заштиту (штићеник). Ако се штићеник нашао у стању потребе за заштитом вам места свог пребивалишта, односно боравишта, за предузимање неодложних мера заштите надле-

---

[576] Поред управноправних овлашћења, центру за социјални рад Законом је поверен још један задатак, који се са претходним складно допуњује – давање налаза и стручног мишљења суду. Наиме, суд је у поступку за доношење одлука везаних за права детета и вршење родитељског права дужан да прибави мишљење надлежног органа старатељства. У том послу, центар за социјални рад појављује се као специфични вештак, али и као помоћни истражни орган и сарадник суда - управо зато што поседује и јавно овлашћење и релевантне стручне капацитете за правилно и потпуно утврђивање чињеница везаних за породичне односе и процену интереса детета. Осим тога, центар за социјални рад је и активно легитимисан за покретање судских поступака у породичним споровима, као и за учешће у поступцима које су покренули други овлашћени субјекти. Наиме, пракса је одувек прихватала такву улогу органа старатељства, па је Закон само потврдио статус овог органа као овлашћеног учесника у поступку. Природно је да центар за социјални рад, који има општу функцију заштитника интереса малолетне деце и функцију надзора над вршењем родитељског права, буде првенствено позван да покреће такав поступак и да учествује у њему, чак и кад иницијатива потиче од других овлашћених лица или органа.

жан је центар за социјални рад на чијој се територији штићеник затекао у тренутку покретања поступка. Месна надлежност за штићеника коме се не могу утврдити ни пребивалиште ни боравиште одређује се према месту где је штићеник нађен[577].

У овом раду биће речи о управно-правној заштити од породичног насиља малолетне деце. Правила управног поступка који се спроводи ради доношења одлуке о заштити детета примењују се и на привремену старатељску заштиту пунолетних штићеника.

3. НАЧЕЛА ПОСТУПКА

На управни поступак који је у вези са породичним односима и старатељском заштитом примењују се одредбе чл. 329-341. Породичног закона, као и опште норме закона којим се уређује општи управни поступак. У поступку пред центром за социјални рад примењују се и методе стручног социјалног рада и социјалне заштите.

3.1. Покретање и вођење поступка. Официјелна максима

Управни поступак у ком се одлучује о одређивању неке од мера породично-правне заштите која је подобна да осигура привремену заштиту детета од породичног насиља центар за социјални рад увек покреће по службеној дужности. Иницијативу за покретање поступка могу да поднесу здравствене и образовне установе или установе социјалне заштите, правосудни и други државни органи, удружења и грађани. Шта више, право и дужност да обавесте центар за социјални рад о разлозима за заштиту права детета имају све дечје, здравствене и образовне установе или установе социјалне заштите, правосудни и други државни органи, удружења и грађани[578].

Чињенице на основу којих се доноси одговарајућа одлука утврђују се доказима, осим уколико нису општепознате или њихово постојање закон претпоставља. О томе да ли неку чињеницу треба утврђи-

[577] Правила о месној надлежности садржана су у члану 330. Породичног закона, члану 21. став 1. тач. 4. и 5. Закона о општем управном поступку и чл. 51. и 52. Закона о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана.

[578] Члан 263. став 3. и члан 329. Породичног закона.

вати или не одлучује службено лице које води поступак. Као доказно средство могу се употребити сва средства подесна за утврђивање стања ствари која одговарају поједином случају (исправе, искази сведока, изјаве странака, налази и мишљења вештака, увиђај). Прибављање и обезбеђивање доказа такође се врши по службеној дужности.

3.2. Специфичности доказног поступка

У погледу прикупљања доказног материјала доминира истражно начело у односу на расправно начело. С обзиром на то да се, осим процесних средстава, у овом поступку користе и методе стручног социјалног рада, доказни поступак је специфичан и добрано одступа од уобичајеног. Наиме, постоје системске разлике између стручних радника (психолога, пегагога, социјалних радника) који учествују у овом поступку и правника који су овлашћени да спроводе управни поступак, односно одређују извођење доказа – у начину на који се случај представља и води. Стручњаци центра који се баве пословима стручног социјалног рада испитују и представљају целокупну ситуацију породице, са психолошким описима детета, родитеља и других чланова породице, често користећи стручне изразе и стандардизоване дефиниције да би описали односе у породици. С друге стране, службено лице које води поступак оријентише се искључиво на чињенице. Интегрални опис породичних околности дат кроз стручне налазе и мишљења често садржи крајње субјективне информације и паушалне оцене, а правнику, да би одлука била утемељена, требају објективне чињенице.

Оваква разлика у приступу је неминовна, јер је основна оријентација стручне службе центра за социјални рад усмерена на откривање снага и слабости породице, на пружање подршке породици и детету, на помоћ и превенцију, док је смисао одлуке (решења) у поступцима у вези са породичним односима по правилу везан за моћ органа и меру принуде (санкцију). Отуда је ове две перспективе нужно уклопити, и то се постиже само ако се има у виду сврха поступка. Наиме, централно питање поступка јесте заштита детета, а не осуда родитеља. Упркос томе, управном одлуком родитељима може бити ограничено (фактички одузето) родитељско право. Одузимање родитељских права само по себи представља повреду грађанских права и држава је дужна да у сваком појединачном случају образложи зашто је таква

одлука неопходна. Управо због тога су управне одлуке у овој области "ход по ивици".

3.3. Искључење јавности

У свим поступцима у вези са породичним односима у којима се одлучује о примени мера из домена старатељске заштите јавност је увек искључена. С обзиром на то да је реч о императивној норми посебног прописа[579], о искључењу јавности није потребно доносити посебан закључак.

Начелом искључења јавности обухваћене су све фазе поступка. Наравно, искључење јавности не односи се на странке, њихове заступнике, пуномоћнике, представнике и стручне помагаче. Службено лице које води поступак може допустити да појединим фазама поступка присуствују одређена службена лица, научни и јавни радници, ако је то од интереса за њихову службу или научни рад. Та лица дужна су да као тајну чувају све оно што су током поступка сазнала.

Подаци из евиденције и документације коју, у складу са законом и одговарајућим подзаконским актима, воде центри за социјални рад – службена су тајна и њу су дужни да чувају сви учесници у поступку којима су ти подаци доступни.

3.4. Начело хитности поступка

Поступак о ком је реч у овом раду хитан је[580]. По правилу, решење се доноси одмах, а најкасније у року од 30 дана од дана сазнања о постојању потребе за старатељском заштитом. Уколико околности случаја налажу да се пре окончања поступка дете издвоји из породице, орган старатељства може донети привремени закључак о обезбеђењу смештаја. Овај закључак доноси се у року од 24 сата од тренутка пријема обавештења о потреби неодложне старатељске заштите.

Родитељи имају право да буду обавештени и да учествују у овом поступку, али ако учешће родитеља није могуће обезбедити, одлука ће се донети и без њиховог изјашњења. Жалба изјављена на реше-

[579] Члан 331. Породичног закона.
[580] Члан 332. Породичног закона; члан 131. Закона о општем управном поступку.

ње о привременом старатељу донето у скраћеном поступку, као и на привремени закључак о обезбеђењу смештаја, не задржава извршење.

У образложењу одлука јасно морају бити наведени разлози хитности.

3.5. Начело двостепености

Жалбу против управних одлука којима се одређују мере надзора над вршењем родитељског права, односно мере старатељске заштите, могу изјавити странке (дете, родитељ, старатељ) као и лица која имају правни интерес.

Жалба се изјављује министарству надлежном за породичну заштиту у року од 15 дана од дана достављања решења, преко првостепеног органа.

Рок за доношење одлуке о жалби износи два месеца од дана пријема жалбе.

Против другостепене одлуке надлежног министарства жалба није допуштена, али се може покренути управни спор пред Врховним судом Србије. Тужба се подноси у року од 30 дана од дана достављања другостепеног решења.

4. ВРСТЕ ОДЛУКА

Уколико подаци указују да је дете претрпело или је у ризику да претрпи неки облик насиља у породици, центар за социјални рад, зависно од околности, може донети једну од следећих управних одлука:

1) решење о упозоравању родитеља на недостатке у вршењу родитељског права (члан 80. став 1. Породичног закона);

2) решење о упућивању родитеља на разговор у породично саветовалиште или у установу специјализовану за посредовање у породичним односима (члан 80. став 2. Породичног закона);

3) одлуку о пружању материјалне помоћи породици, односно детету и ненасилном родитељу ради привременог обезбеђења основ-

них егзистенцијалних услова за живот детета (храна, одећа, становање)[581];

4) решење о постављању детету привременог старатеља ради заступања, односно привремене заштите личности, права и интереса детета (члан 132. став 1. и члан 265. став 2. Породичног закона);

5) привремени закључак о обезбеђењу смештаја детета ван примарне породице (члан 332. став 2. Породичног закона),

4.1. УПОЗОРАВАЊЕ РОДИТЕЉА НА НЕДОСТАТКЕ У ВРШЕЊУ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Угроженост детета у породици која је "довољна" да изазове интервенцију центра за социјални рад може бити испољена кроз тешкоће у родитељском функционисању (неадекватном или неуспешном родитељству). Тада се родитељи упозоравају на недостатке у подизању и васпитавању деце, а мера упозорења изриче се, сагласно члану 341. став 2. Породичног закона, решењем.

Ово решење је декларативног карактера. Дакле, диспозитивом се само указује родитељима на погрешке и пропусте у родитељству и упозорава на последице таквог понашања. Стога ово решење није подобно за принудно извршење, а санкција за родитеље може бити само – предузимање строжије мере.

4.2. Упућивање родитеља на саветодавни разговор

Уколико, према процени стручне службе центра, родитељи нису у стању да своје родитељско функционисање самостално коригују у мери у којој је то нужно или пожељно, центар ће донети решење којим се родитељи упућују на одговарајуће саветовање у породично саветовалиште или другу установу специјализовану за посредовање у породичним односима.

---

[581] У пракси се најчешће неодложно интервенише једнократним новчаним давањима, при чему су услови, врста и висина давања прописани одлукама јединица локалне самоуправе.

Родитељи могу бити упућени у одговарајуће службе у заједници које самостално, или у сарадњи са центром за социјални рад, пружају одређене услуге. Ту спадају разне медицинске, едукативне, правне и друге службе, као и невладине организације, које се баве пружањем помоћи и подршке детету и породици са циљем јачања позитивних снага, подизања нивоа родитељских компетенција или побољшања родитељске комуникације, рехабилитацијом жртава злостављања, третманом насилника и слично.

С обзиром на то да сваки саветодавни рад подразумева добровољност, то ни ово решење не би могло бити принудно спроведено.

4.3. Привремена старатељска заштита

Ако разлози безбедности детета налажу да се родитељима без одлагања обустави право на непосредно чување и подизање детета, центар за социјални рад може предузети меру хитног издвајања детета из угрожавајуће породичне средине. Издвајању детета приступа се ако на други начин (нпр. удаљавањем насилника[582]) није могуће у кратком року осигурати безбедност детета.

Одвајање детета од родитеља без сагласности родитеља јесте мера коју, сагласно члану 9. Конвенције УН о правима детета, те члану 60. став 3. Породичног закона, може донети само суд. Ово је и уставна норма. Наиме, Устав Републике Србије у члану 65. став 2. прописује да сва или поједина права могу једном или обома родитељима бити одузета или ограничена само одлуком суда, ако је то у најбољем интересу детета, у складу са законом.

[582] Осумњичени за насиље у породици може бити притворен ако постоји опасност од понављања дела или притиска на дете и ненасилног родитеља да порекну злостављање, ако је извесно да ће доћи до кривичног гоњења а постоји опасност да ће осумњичени побећи или ако је хапшење осумњиченог неопходно да би се сачувао јавни ред и мир (члан 142. став 2. тачке 1, 2. и 3. ЗКП-а). Насилник може бити удаљен из породице и применом хитних здравствених мера – задржавањем у неуропсихијатријској установи на основу одлуке ванпарничног суда, ако је његово укупно здравствено стање такво да он привремено представља опасност по себе или околину (чл. 45-55. ЗВП-а).

Одвајање детета од родитеља одлуком органа старатељства представља изузетак од правила о искључивој судској надлежности и предузима се само у ситуацијама када се дете налази у озбиљној и непосредној опасности а постоји разуман повод да се верује да би непредузимањем ове мере дете било изложено даљем озбиљном угрожавању живота и здравља од стране родитеља. У колизији два права – права детета на живот, опстанак и развој и права родитеља да врши сва родитељска овлашћења све док суд о томе не одлучи друкчије, предност се даје претежнијем праву – праву детета на живот, опстанак и развој[583].

[583] Овакво становиште заузео је и Европски суд за људска права у Стразбуру у више својих пресуда У пресуди *К. против Финске* од 27. априла 2000. године, Суд је констатовао да су мере смештаја под привремено јавно старатељство троје малолетне деце, те забрана приступа деци, које је изрекао Одбор за социјалну помоћ, с обзиром на неподобно психичко стање мајке и дуготрајне породичне проблеме, имале основу у домаћем праву и да су очигледно имале за циљ заштиту здравља и морала и права и слобода деце. Међутим, испитујући да ли су досуђене мере биле "нужне у демократском друштву" у светлости случаја као целине, Суд је закључио да су разлози који су дати да би се оправдала наредба за стављање под старатељство били недовољни и да су методе при провођењу тих одлука (забрана контаката) биле претеране. Суд је као повреду права на породични живот из члана 8. Конвенције квалификовао и одбијање управних власти да размотре потребу за прекидом старатељства упркос доказима да се ситуација, која је довела до доношења одлуке о старатељству, побољшала.

У случају *П, Ц. и С. против Уједињеног Краљевства* од 16. јула 2002. године, Европски суд је закључио да је хитна старатељска мера одузимања бебе од мајке у болници, одмах након порођаја, на основу процене социјалне службе о опасности заснованој на информацијама о психичком поремећају мајке и ранијим осудама због повређивања старијег детета била – драконска и да није била подржана релевантним и довољним разлозима. Суд је смартао да је одношење бебе од мајке убрзо након рођења захтевало изузетно оправдање. Суду није било јасно зашто није било могуће да беба остане у болници и под надзором проведе бар неко време са мајком јер, чак и под претпоставком да мајка може представљати опасност за бебу, њена способност и могућност за наношење повреда одмах након рођења су се морале сматрати ограниченим. Осим тога, није било сумњи о понашању мајке опасном по живот тог конкретног детета. Стога је Суд закључио да није било потребе за неодложном интервенцијом, односно сматрао је да је, у склопу улоге ло-

Неодложно издвајање детета из породице обезбеђује се покретањем управног поступка ради доношења одлуке чији је циљ - привремена заштита живота и здравља, односно личности, права и интереса детета које је под родитељским старањем, а које родитељи својим чињењем или пропуштањем животно угрожавају. У овом поступку детету се поставља привремени старатељ, по службеној дужности (члан 132. Породичног закона) или на тражење самог детета[584] (члан 265. став 2), преко кога треба да се осигура безбедно окружење за дете, чиме се, заправо, привремено обуставља право родитеља на непосредно чување и подизање детета.

Конститутивни део решења о привременом старатељу у овом случају садржи појединачну правну норму којом центар за социјални рад, користећи законско овлашћење, поставља детету привременог старатеља и одређује његова овлашћења. Кондемнаторни елемент решења састоји се из конкретног налога родитељу, односно другом лицу код кога се дете налази да, у складу са изреченом променом, преда дете на старање одређеном привременом старатељу или другом лицу, у складу са одредбом из диспозитива решења која се односи на смештај детета.

Дакле, решење о стављању детета под привремено старатељство обавезно садржи: (1) име привременог старатеља, (2) правни посао, односно врсту правног посла који привремени старатељ може предузети у конкретном случају, (3) одлуку о смештају детета, (4) план старања.[585]

Из одредаба Породичног закона произилази да се управним актом којим се одређује привремена старатељска заштита истовремено одлучује и о томе где ће дете бити привремено смештено, ако је такав смештај неопходан. Ово је логично и, осим из норми породичног

калних власти да заштите дете, било да предузму кораке за прибављање судског налога за привремену меру хитне заштите.

[584] ***Дете које је навршило 10. годину живота и које је способно за расуђивање може само односно преко неког другог лица или установе затражити од органа старатељства да му постави колизијског старатеља, акло између детета и његовог законског заступника постоје супротни интереси.***

[585] Члан 125. Породичног закона.

законодавства, проистиче и из прописа о социјалној заштити. Наиме, према Закону о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана, право на смештај у установу социјалне заштите, између осталих, има и* дете чији је развој ометен породичним приликама. *Дете чији је развој ометен породичним приликама јесте* дете чији родитељи, због несређених породичних односа или из других разлога, нису у могућности да му обезбеде одговарајуће услове за развој, васпитање и образовање[586]. *Реч је, углавном, о родитељима који се* не старају о детету или се старају о детету на неодговарајући начин *(члан 113. став 3*, in fine *Породичног закона). Дакле, то је, по дефиницији, дете без (адекватног) родитељског старања па је потребно, ради заштите, поставити му старатеља.

Ако се дете, применом мера привремене старатељске заштите, принудно одваја од родитеља који није лишен родитељског права, та ситуација захтева неодложно покретање судског поступка ради доношења одлуке о лишењу или вршењу родитељског права или о заштити права детета, односно мерама заштите од породичног насиља.

Међутим, управни поступак за постављање привременог старатеља детету под родитељским старањем може бити покренут и кад је против родитеља који врши родитељско право већ покренут судски поступак за лишење родитељског права или за одређивање мера заштите од насиља у породици. Покретање оваквих судских поступака не значи само по себи обавезу да се детету, до окончања судског поступка, постави привремени старатељ. Ово је ситуација која се подводи под став 1. члана 132. Породичног закона, односно која подразумева процену органа старатељства о неопходности привремене старатељске заштите детета које је (још увек, односно све док суд не одлучи друкчије) под родитељским старањем. Али, ако се током судског поступка, све до његовог правноснажног окочања, укаже потреба за неодложним збрињавањем детета ван родитељског дома, одлуку о томе могао би да донесе само суд пред којим се води поступак – као судску привремену меру. Неодложно збрињавање детета одлуком центра

[586] Члан 67. Закона о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана.

за социјални рад могло би бити реализовано само изузетно – ако у конкретном случају није могуће благовремено издејствовати одговарајућу судску привремену меру, а дете се налази у високом ризику, односно у животној опасности.

У сваком случају, смештај детета ван родитељског дома без сагласности родитеља може бити реализован само ако је истовремено (или у најкраћем временском року) против родитеља покренут (или тече) одговарајући судски поступак и ако су исцрпљене све могућности заштите детета у примарном породичном окружењу.

5. ПРОЦЕСНА ПРАВИЛА КОЈИМА СЕ ОБЕЗБЕЂУЈЕ ХИТНОСТ У ПОСТУПАЊУ

Управна одлука о издвајању детета угроженог породичним насиљем из примарне породице без сагласности, односно уз противљење родитеља и о његовом привременом смештају у другу породицу или установу социјалне заштите или на друго безбедно место (болничко лечење, сигурну кућу), доноси се *искључиво* ***као*** *хитна интервентна мера.* ***Хитност се може обезбедити, зависно од околности, на више начина. Наиме, Породични закон и Закон о општем управном поступку дају надлежном органу могућност коришћења више процесних решења како би се обезбедила хитност у поступању: 1) обезбеђење извршења обавезе предаје детета пре доношења извршног решења, 2) доношење решења у скраћеном поступку и његово извршење пре окончања жалбеног поступка, 3) доношење извршног усменог решења.***

5.1. Обезбеђење извршења. Привремени закључак

Центар за социјални рад може безбедност детета осигурати и пре покретања управног поступка за одређивање привременог старатеља, односно и током поступка, а пре наступања извршности решења којим се одлучује о предаји детета привременом старатељу. Управни акт који се у том случају доноси јесте привремени закључак о обезбеђењу смештаја.

Привремени закључак о обезбеђењу смештаја доноси се на основу члана 332. став 2. Породичног закона у року од 24 сата од тренутка пријема обавештења о потреби неодложне старатељске заштите.

Правна природа овог закључка дефинисана је Законом о општем управном поступку. Реч је, наиме, о средству обезбеђења које се активира са циљем одређивања мера које треба да обезбеде будуће извршење мериторне управне одлуке која још није донета.

Привремени закључак о обезбеђењу смештаја може се донети ако су испуњени следећи услови:

(а) да постоји или је бар учињена вероватном обавеза странке (нпр. обавеза злостављача који држи дете да дете преда привременом старатељу);

(б) да постоји опасност да ће обавезана странка осујетити или знатно отежати извршење обавезе.

Према члану 282. Закона о општем управном поступку, орган надлежан за доношење решења о обавези странке може пре доношења решења о тој обавези донети привремени закључак ради обезбеђења извршења обавезе. Приликом доношења привременог закључка о обезбеђењу извршења обавезе, ако постоји могућност да се извршење спроведе на више начина и применом разних средстава, орган је дужан да води рачуна и о начину извршења, тако што ће применити начело избора оног средства које доводи до циља а које је по извршеника најблаже. Такође, орган је дужан да образложи закључак.

Против привременог закључка о обезбеђењу смештаја жалба је допуштена и она се подноси у року од 15 дана од дана пријема, али не задржава спровођење извршења.

Принудно извршење овог управног акта спровешће се, ако је то потребно, по службеној дужности – административним путем. Законом није посебно прописано које се све мере ради обезбеђења будућег извршења могу одредити привременим закључком. Каква ће мера бити одређена зависи, пре свега, од циља који треба постићи. С обзиром на то да је орган који доноси привремени закључак о обезбеђењу смештаја везан одредбама посебног материјалног прописа (Породичног закона) у питању могу бити само мере ради обезбеђења смештаја детета (безбедног окружења). У пракси се најчешће као мера обезбеђења одређује - предаја детета будућем старатељу или службеном лицу центра за социјални рад које ће даље збринути дете.

Пошто се извршење на основу закључка о обезбеђењу смештаја практично спроводи пре него што је решење о привременом старатељу постало извршно, то када решење постане извршно, надлежни орган не доноси нов закључак о дозволи извршења. Извршење које је спроведено тада постаје коначно извршење.

5.2. Скраћени поступак.
Одступање од начела саслушања странака

Ако је дете у озбиљној или непосредној опасности па је потребно хитно га издвојити из угрожавајуће породичне или друге средине и ако су околности које налажу издвајање, односно одузимање детета од родитеља утврђене (потпуно доказане) или бар учињене вероватним, центар за социјални рад може донети решење о одређивању привременог старатеља детету под родитељским старањем и тим решењем одлучити о обавези предаје детета привременом старатељу ради смештаја и без спровођења посебног испитног поступка.

Основ за доношење оваквог управног акта садржан је у члану 131. став 1. тачка 4. Закона о општем управном поступку, којим је прописано да орган може по скраћеном поступку решити управну ствар непосредно кад се ради о предузимању у јавном интересу хитних мера које се не могу одлагати, а чињенице на којима решење треба да буде засновано су утврђене или бар учињене вероватним.

Решити управну ствар у скраћеном поступку значи одлучити о њој непосредно – без одржавања усмене расправе, односно без извођења доказа путем посебних доказних средстава (нпр. саслушања странака, сведока или одређивања вештачења). Да ли постоје услови за решавање по скраћеном поступку и да ли ће се тако поступити зависи од оцене и одлуке органа у сваком конкретном случају.

Оправдање за одступање од једног од основних начела процесног права - начела саслушања странака садржано је у неодложној потреби да се предузму хитне мере у јавном интересу[587]. Добробит дете-

[587] Европски суд за људска права у Стразбуру је у одлуци *К. и Т. против Финске* од 12. јула 2001. године прихватио да при доношењу ванредне одлуке о смештању под старатељство због хитности ситуације није увек могуће да се у процес доношења одлуке укључе и родитељи који имају старатељство над дете-

та, односно заштита његовог живота и здравља, заштита од насиља које је претрпело или које му непосредно прети, јесте јавни, односно општи интерес.

Закон о општем управном поступку поставља услов да су правно релевантне чињенице за доношење таквог решења утврђене или бар учињене вероватним. Одлучне чињенице могу бити утврђене или учињене вероватним на више начина: доказима које су странке или лица која пријављују потребу за заштитом и збрињавањем детета непосредно предали органу који води поступак (лекарски налази или фотографије које документују насиље, изјаве сведока, полицијски записници и сл.) или на основу чињеница које су општепознате или су од раније познате органу (нпр. орган располаже податком да родитељ болује од тешке душевне болести која се манифестује агресивним или аутоагресивним понашањем; постоје раније пријаве сумње на злостављање у породици) и др.

С обзиром на то да се управном одлуком о одређивању привременог старатеља детету које је под родитељским старањем родитељима тог детета практично ограничавају родитељска права, они, наравно, имају право да буду обавештени и да учествују у том поступку. Али, ако орган, у складу са Законом, донесе решење у скраћеном поступку на основу утврђених чињеница и без саслушања родитеља, а родитељи у жалби траже да им се омогући учешће у поступку, првостепени орган је дужан да такав поступак спроведе[588]. Жалба, наравно, не задржава извршење донетог решења. У диспозитиву решења донетог у скраћеном поступку центар за социјални рад мора јасно и изричито назначити да жалба изјављена на решење не задржава његово извршење. У образложењу решења, такође, јасно морају бити наведени разлози хитности[589].

том и да то, често, није ни пожељно ако се они сматрају извором непосредне опасности за дете. Суд, међутим, закључује да околности које оправдавају такву интервенцију треба да буду учињене вероватним и да је орган који доноси такву одлуку у обавези да пажљиво размотри последице предложене мере по дете и по родитеље као и друга могућа решења изузев смештаја деце под јавно старатељство.

[588] Одлука Врховног суда Србије, У.бр.7883/76 од 12. јула 1977. године.

[589] Члан 221. став 2. Закона о општем управном поступку.

5.3. Усмено решење

Кад се ради о предузимању изузетно хитних мера ради обезбеђења јавног мира и безбедности или ради отклањања непосредне опасности за живот и здравље људи или имовину, Закон о општем управном поступку предвиђа могућност доношења решења и усмено[590]. Орган који је донео усмено решење ради отклањања опасности за живот и здравље детета, може наредити његово извршење без одлагања.

Опште правило утврђено Законом о општем управном поступку у погледу израде и издавања писаног отправка донетог усменог решења везује се за захтев странке. Према Закону, ако странке захтевају доставу решења у писменом облику, орган који је донео усмено решење дужан је да га изда странци у писменом облику најдоцније у року од осам дана од дана подношења захтева. Тај захтев се може поднети у року од два месеца од дана доношења усменог решења.

Међутим, када је реч о решењу којим се детету под родитељским старањем поставља привремени старатељ и наређује предаја детета том старатељу са циљем да се дете ургентно заштити од породичног насиља (коме је непосредно изложено у тренутку увиђаја), конститутивни елемент таквог решења огледа се у томе што се одређивањем такве старатељске мере родитељима детета ограничава родитељско право и тиме уноси промена у постојећи правни однос детета и родитеља. Неминовна повреда права родитеља да би се заштитила елементарна права детета налаже потребу да се увек, независно од тога да ли родитељи то траже или не, изради и изда решење у писменом облику. На тај начин родитељима се, врло транспарентно, даје могућност коришћења редовног правног средства (жалбе), као и приступ суду, са циљем заштите њиховог права.

Важно је истаћи да усмено решење не може донети стручни радник центра за социјални рад који је током увиђаја на терену констатовао потребу неодложне интервенције, нити такво решење може донети службено лице овлашћено за вођење поступка (правник)

[590] Члан 204. Закона о општем управном поступку.

ако на прописан начин није овлашћено и за доношење решења у поступку.[591]

6. УЧЕШЋЕ ДЕТЕТА У ПОСТУПКУ

Пре доношења ма које одлуке која се тиче детета, детету се мора омогућити да изрази своје мишљење, жеље и предлоге, у мери у којој је то могуће и на начин који је примерен узрасту и развојним способностима детета[592]***.***

Право детета на изражавање мишљења у сваком судском или управном поступку који га се тиче прокламовано је као опште начело. Право на партиципацију имају сва деца, независно од узраста, пола, држављанства, породичног статуса, националне или друге припадности или ког другог својства. Начело недискриминације доследно спроведено значи једнаку доступност поступака и једнаке могућности за изражавање мишљења за сву децу. Међутим, управнопроцесна правила општег прописа ограничавају могућност приступа и непосредног изражавања мишљења деци ниског календарског узраста и деци са сметњама у развоју, јер, осим услуга тумача, које се користе када се ради о глувонемом детету или када се поступак води на језику који није матерњи језик детета, Закон о општем управном поступку не познаје друге врсте помоћи, као што су: коришћење техничких средстава, учила и сл. Породичним законом учињен је искорак у правцу обезбеђења једнаких могућности за сву деци тиме што је прописана обавеза свих органа и служби да у свим поступцима у којима се одлучује о правима детета, било да је дете странка или га се поступак непосредно тиче, мишљењу детета посвете дужну пажњу. С тим у вези, прописује се да орган који води поступак мишљење детета може утврђивати и у сарадњи са стручњацима – са школским психологом или са одговарајућим стручњаком центра

---

[591] ***Решење доноси орган одређен законом, а потписује руководилац органа. Руководилац може овлашћење за предузимање радњи и решавање у поступку дати запосленом који има прописану стручну спрему. Орган је дужан да на погодан начин објави која су службена лица овлашћена за решавање у управним стварима, а која за предузимање радњи у поступку пре доношења решења (члан 285. Закона о општем управном поступку).***

[592] Члан 65. Породичног закона.

за социјални рад, породичног саветовалишта или друге установе, који је обучен за вођење разговора са дететом.

Разговору, по правилу, присуствује лице које дете само изабере.

Пуна партиципација детета у поступку обезбеђује се у неколико корака. Најпре, орган који води поступак утврђује да ли је дете способно да формира своје мишљење, имајући у виду узраст, развојне способности детета и сл. У овом процесу орган који води поступак, по правилу, консултује стручњаке.

Ако утврди да је дете способно да формира своје мишљење, орган који води поступак дужан је: 1) да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна да би могло да изрази своје мишљење; 2) да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење; 3) да детету на погодан начин објасни последице прихватања тог мишљења: 4) да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу; 5) да мишљењу детета **посвети дужну пажњу.**[593] ***Оцену да ли је изражено мишљење детета његово аутентично мишљење или је резултат инструкција и притисака од стране одраслих, односно да ли је исказано мишљење или жеља детета у складу са његовим најбољим интересима, дају стручњаци.***

Породични закон, међутим, прописује и одређена ограничења када је у питању учешће детета у поступку и она су у вези са проценом његовог најбољег интереса. Наиме, орган који води поступак може лишити дете права на партиципацију у поступку увек када процени да би изражавање мишљења очигледно било у супротности са најбољим интересом детета[594]. При том није предвиђено посебно правно средство којим би се могла обезбедити контрола одлуке донете без учешћа детета у поступку. Пракса је, међутим, изградила став по коме орган који води управни поступак може донети одлуку која није заснована на израженом мишљењу детета или где мишљење детета није ни утврђивано, ако је у поступку процењено да би то било супротно дететовом најбољем интересу, али таква одлука онда мора бити посебно образложена и тиме подобна за испитивање у другостепеном управном поступку.

[593] Члан 268. став 2. Породичног закона.
[594] Чл. 266-268. Породичног закона.

7. ОДНОС УПРАВНЕ ОДЛУКЕ И ПРАВА НА ПРИСТУП СУДУ

Функција органа старатељства, законом поверена центру за социјални рад, омогућава му да као експонент државе у изузетним ситуацијама управном одлуком привремено суспендује родитељско право и пре доношења мериторне судске одлуке о томе.

Разлог за привремено измештање детета из породице може бити свако насиље у породици, независно од тога да ли је усмерено према детету или је дете само секундарна жртва насиља међу одраслима.

Постављањем старатеља и одвајањем детета од родитеља - не дира се у право детета на очување породичних веза[595]. Центар за социјални рад настојаће да том детету омогући да са родитељима (и другим детету блиским особама) одржава личне односе, али ће, свакако, водити рачуна о месту, времену и начину одржавања тих односа, ценећи релевантне околности и најбољи интерес детета.

Управна одлука којом је одређена старатељска мера неодложне заштите права детета на живот, опстанак и развој може трајати само док се не отклоне разлози који су условили исту, односно док суд не одлучи: о примени једне или више мера заштите од насиља у породици из члана 198. став 2. Породичног закона (чиме би се створили услови за повратак детета у природну породицу), и/или о потпуном или делимичном лишењу родитеља родитељског права.

Осим права и обавезе центра за социјални рад да у судском поступку осигура трајнију заштиту права детета и потврду своје одлуке о одвајању детета од родитеља, и родитељи имају право приступа суду, и то двојако. Најпре, законитост коначне управне одлуке може бити испитивана у управном спору. Друго, своје право на породични живот родитељи могу штитити и у парничном поступку пред редовним судом, тужбом против центра за социјални рад или против лица код кога се дете налази, захтевајући предају детета и накнаду евентуално претрпљене штете.

---

[595] Право на породични живот прописано је у члану 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Право детета на одржавање породичних веза садржано је и у члану 61. Породичног закона.

8. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Једно од основних права детета јесте *право на живот са родитељима.* ***Поштовање овог права захтева од надлежних државних органа, укључујући и јавне службе каква је центар за социјални рад, већи степен пажње приликом доношења одлука о одвајању деце од родитеља.***

Посебну позорност треба да има центар за социјални рад чија одлука у овом смислу неминовно повређује права родитеља. Стога је веома важно да се мере управно-правне заштите од насиља у породици користе само изузетно – кад нема другог одговарајућег решења које штити дете.

Благовремено покретање судског поступка, одмах након доношења управне одлуке, обезбеђује већи степен заштите права и детета и родитеља, јер омогућава суду да буде укључен у случај од ране фазе и да прати све кораке које предузима социјална служба, што му олакшава и да схвати због чега се на крају тражи нека оштра мера према родитељима. У исто време, то приморава центар да ради паралелно са судом. Осим тога, тиме се и родитељима олакшава приступ суду јер они често, због сиромаштва или неукости, нису у стању да покрену судски поступак нити да обезбеде средства за судске таксе, адвокате и друге трошкове које покретање судског поступка неминовно изазива. Посебно, у случајевима када се оспорава да је насиља у породици или грубог занемаривања деце било (нпр. код сумње на сексуално злостављање или, у мање озбиљним случајевима, када је реч о различитом разумевању стилова живота и начина подизања деце), то представља гаранцију да ће се чути и друго мишљење. Напослетку, изузетно коришћење управноправних механизама и обавезна провера исправности управне одлуке у судском контрадикторном поступку, у складу је са праксом Европског суда за људска права, који је у неколико случајева

критиковао системе у којима административни органи имају велика овлашћења приликом интервенција у породичне односе[596].

Наравно, постоје и негативни аспекти оваквог приступа. У првом реду, то подразумева више посла за судове. То значи да ће држава имати потребу за већим бројем судија, односно већим бројем већа за породичне спорове. Затим, ако центар за социјални рад сваки пут мора своју одлуку да проверава пред судом, његов ауторитет ће слабити и биће нејасно ко је тај ко дефинише маргине породичне аутономије и меру интервенције у породичне односе. Учешће суда у раним фазама, такође, захтева флексибилност правосудног система, као што је покретање поступка у року од једног дана или неколико сати, саслушавање родитеља, социјалних радника, детета и других особа за веома кратко време и сл. Ако правосудни систем није у стању да обезбеди ову флескибилност, он може озбиљно угрозити ефикасно функционисање у заштити деце.

Није реч о једноставном избору – за или против управних одлука у области уређења породичних односа. Ради се о успостављању правичне равнотеже. Стога би вредело даље радити на унапређивању система заштите деце и других посебно вулнерабилних чланова породице од породичног насиља – у правцу оспособљавања судова за доношење хитних одлука у свим случајевима када је неопходна обустава права на породични живот.

[596] У неколико поступака против Шведске Суд је констатовао постојање превеликих овлашћења управних органа.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

БИЛТЕН судске праксе Врховног суда Србије ***/ главни и одговорни уредник Снежана Андрејевић. - 1993, бр. 1- . - Београд : Intermex, 1993- (Београд : Радунић). -20 cm***

Од броја 1/2002. наслов: Билтен судске праксе - Врховни суд Србије

ISSN 0354-4109 = Билтен судске праксе Врховног суда Србије
COBISS.SR-ID 34341634