

Врховни касациони суд

БИЛТЕН

бр. 1/2022



БИЛТЕН ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

ПРИРЕЂИВАЧ: **Врховни касациони суд**
За приређивача: Јасмина Васовић, председник суда

ИЗДАВАЧ: **Intermex**, Београд, Алексе Бачванског 6
За издавача: Љиљана Миланковић-Васовић, директор

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ
УРЕДНИК: Јасминка Станојевић, судија Врховног касационог суда

ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ
И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА: Биљана Синановић, судија Врховног касационог суда

РЕДАКЦИЈА: Јасминка Станојевић, Биљана Синановић, Невенка Важић,
др Драгиша Б. Слијепчевић, Катарина Манојловић Андрић
судије Врховног касационог суда

СЕКРЕТАР
РЕДАКЦИЈЕ: Оливера Новаковић,
саветник Врховног касационог суда

РЕДАКЦИЈСКА
ПРИПРЕМА: Андријана Недовић, редакцијски сарадник

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

ШТАМПАРИЈА: "CICERO", Београд

Свако копирање, умножавање, објављивање и дистрибуирање целине или делова текста из ове публикације представља повреду ауторског права и кривично дело.

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

САДРЖАЈ

РЕЧ РЕДАКЦИЈЕ	5
---------------------	---

КРИВИЧНО ПРАВО

1. Драган Јоцић, председник Апелационог суда у Нишу и судија Врховног касационог суда ТЕЖИ ОБЛИЦИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ОБЉУБЕ СА ДЕТЕТОМ	9
2. др Дијана Јанковић, судија Апелационог суда у Нишу КРИВИЧНО ДЕЛО ТРГОВИНА УТИЦАЈЕМ – БИТНА ОБЕЛЕЖЈА ДЕЛА И СПОРНА ПИТАЊА У СУДСКОЈ ПРАКСИ	29
3. мр Саво Бурчић, судија Апелационог суда у Новом Саду НАГРАДА И НУЖНИ ИЗДАЦИ БРАНИОЦА КАО ТРОШКОВИ ПОСТУПКА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИМ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА	81
4. Радоман Спарих, судија Апелационог суда у Крагујевцу ИЗУЗЕЋЕ СУДИЈЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ – МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ, ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РС И АКТУЕЛНА СУДСКА ПРАКСА	103

ГРАЂАНСКО ПРАВО

1. Гордана Комненић, судија Врховног касационог суда СМЕНСКИ РАД У СУДСКОЈ ПРАКСИ	125
2. Татјана Матковић Стефановић, судија Врховног касационог суда ПРИНУДНИ ОТКУП АКЦИЈА И СУДСКА ЗАШТИТА	128
3. Радослава Мађаров, судија Апелационог суда у Новом Саду НАКНАДА ЗА ОДУЗЕТУ ИМОВИНУ У ЈАВНОМ ИНТЕРЕСУ БЕЗ СПРОВОЂЕЊА ПОСТУПКА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ	136

4. <i>Снежана Марић, судија Привредног апелационог суда</i> <i>„ИЗЛАЗНА“ НАКНАДА КОД УГОВОРА О КРЕДИТУ</i>	146
5. <i>Бранка Жерајић, судија Привредног апелационог суда</i> <i>СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ У ПОСТУПКУ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ</i>	156
6. <i>Вања Родић, саветник за примену међународних стандарда</i> <i>у области заштите људских права</i> <i>Милан Бајић, виши саветник за европске интеграције,</i> <i>међународну сарадњу и праћење и хармонизацију судске праксе</i> ПРАВО НА СУД ОБРАЗОВАН НА ОСНОВУ ЗАКОНА У СВЕТЛУ ЗАШТИТЕ ПРЕМА ЧЛАНУ 6. СТАВ 1. ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА: ПРИКАЗ ДВЕ ОДАБРАНЕ ПРЕСУДЕ ИЗ НОВИЈЕ ПРАКСЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	174

Поштовани,

Овај тематски број Билтена садржи стручне радове из кривичног и грађанског права о спорним правним питањима који би требало да допринесу усвајању правних ставова и схватања, ради уједначавања судске праксе и остварења законске функције Врховног касационог суда у вршењу судске власти.

Реферати из кривичне материје разматрани су на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда одржаној 16.11.2021. године, када је утврђено да испуњавају услове за објављивање у Билтену, са констатацијом да **ставови изнети у реферату судије Драгана Јоцића председника Апелационог суда у Нишу и судије Врховног касационог суда под насловом „Тежи облици кривичног дела обљубе са дететом“**, одступају од досадашње судске праксе и ставова изнетих у одлукама Врховног касационог суда.

У рефератима који су објављени у овом тематском броју Билтена а односе се на питања из грађанске материје, **изражени су лични ставови аутора** и биће разматрани на седницама Грађанског одељења Врховног касационог суда у наредном периоду.

Редакција

КРИВИЧНО ПРАВО

Драган Јоцић

председник Апелационог суда у Нишу
судија Врховног касационог суда

ТЕЖИ ОБЛИЦИ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ОБЉУБЕ СА ДЕТЕТОМ

УВОД

Повод овом раду је питање, постављено као спорно правно питање Апелационог суда у Новом Саду, кандидовано за заједничку седницу кривичних одељења апелационих судова. Другачији лични став, уз захвалност на покренутој иницијативи, често је повод за ауторске осврте, радове, на задату тему, као и овом приликом.

Постављено питање је гласило: да ли се основ који искључује постојање кривичног дела обљубе са дететом односи само на основни облик дела или и на његове квалификоване облике из ст. 2. и 3. члана 180. Кривичног законика (у даљем тексту КЗ). Понуђени одговор је да се основ који искључује постојање дела односи само на став 1. члана 180. КЗ јер из законског текста произлази да је то била интенција законодавца и смисао наведеног изузетка.

Понуђени одговор није на закону заснован. Према Википедији значење појма интенција је жеља, циљ, воља. Одредба је у неизмењеном тексту на правној снази још од 1.1.2006. године. Зато је у најмању руку неопрезна аргументација позивањем на интенцију законодавца. Посебно када се не нуди ни једна чињеница за закључак да је интенција законодавца била онаква каквом се представља, нити извор на којем се такво сазнање темељи, посебно 15 година након ступања одредбе на правну снагу.

Иначе, често коришћену поштапалицу "интенција законодавца" треба напустити. Иста може бити од значаја у фази доношења закона. Након ступања одредбе на правну снагу није више значајно шта се хтело, већ шта се учинило. Хтење законодавца потом прелази у његову "ментал-

ну резерву". Или - "правне норме, својим језичким изразом и језичком формом морају јасно да изразе чињенице које улазе у састав диспозиције" (Лукић, Р. "Методологија права"). У диспозицију не улазе интенције, па ни законодавца. Посебно када се тумаче кривичне норме. Предност имају начела њиховог рестриктивног тумачења и тумачења у корист окривљеног.

Међутим, пре анализе примене става четири одредбе члана 180 КЗ корисно је, само као увод у тему, размотрити ово кривично дело у целини, па потом из перспективе примене става четири одредбе.

1. КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ

Глава осамнаеста КЗ садржи кривична дела против полне слободе, односно следећа кривична дела: силовање; обљуба над немоћним лицем; обљуба са дететом; обљуба злоупотребом положаја; недозвољене полне радње; полно узнемиравање; подвођење и омогућавање вршења полног односа; посредовање у вршењу проституције; приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију; навођење детета на присуствовање полним радњама и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу.

Несумњиво да су најзначајнија дела у овој глави, друштвено најопаснија и најтежа по запрећеним казнама, кривична дела силовања, обљубе над немоћним лицем, обљубе са дететом и обљубе злоупотребом положаја. Уколико бисмо даље сужавали круг ових кривичних дела, сада са позиције кривичноправног значаја, онда би кривично дело силовања нужно определили као темељно дело у овој глави кривичних дела и то његов основни облик, који је основ тумачења других дела у овој глави, прописан одредбом члана 178. став 1. КЗ, који гласи: "Ко принуди другог на обљубу или са њом изједначен чин употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица, казниће се затвором од 5 до 12 година".

У тумачењу одредбе није спорно да услов примене одредбе није да су извршилац и пасивни субјект особе различитог пола. Дело ће постојати и код истополних извршиоца и пасивног субјекта. Такође није

спорно да је "изједначен чин са обљубом" орални и анални однос. Присутна је, али и неуједначена у пракси, тенденција проширивања изједначеног чина и на радње које су у ранијој пракси биле оцењене као недозвољене полне радње. Сила и претња не морају бити усмерене само према пасивном субјекту, већ могу бити и према њему блиском лицу.

Правна теорија и судска пракса су јединствене да је кривично дело силовања двоактно кривично дело. Дакле садржи две радње у његовом извршењу:

- обљубу и са њом изједначен чин, које нису кажњиве, што знају наше ноћи, и,
- силу или претњу да ће се непосредно напасти на живот или тело тог или њему блиског лица, која је основ кажњивости за ово кривично дело.

Циљ извршиоца је обљуба или са њом изједначен чин а сила или претња су средство за постизање тог циља. На први поглед може да делује нелогично да код некажњивог циља кривичног дела, кажњивост буде заснована само на средству (начину) остварења циља, али је тај след логичан и присутан и код других кривичних дела. Примера ради код кривичних дела против имовине или против привреде стицање имовинске кристи није кажњива радња. Кажњивост се заснива на противправности стицања имовинске користи, односно на средству (начину) стицања користи која се управо зато у овим делима и опредељује као противправна.

Вратимо се поводу рада, разматрању кривичног дела обљубе са дететом. У већ поменутој глави кривичних дела је укупно три дела која у свом називу садрже обљубу: обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом и обљуба злоупотребом положаја. Пада у очи да је већ у називима ова три кривична дела кривичноправно некажњива радња. Истовремено, кажњиве радње кривичног дела силовања – примена силе или претње нису у обележјима ова три кривична дела. Дакле, некажњива циљна радња дела и у одсуству кажњиве примене силе или претње, јесте кажњива због неких других криминално политичких разлога.

Уколико је обљуба са дететом остварена применом силе или претње неће постојати кривично дело обљубе са дететом из члана 180. КЗ, већ квалификовани облик кривичног дела силовања из члана 178. став 4. КЗ за које је запређена казна затвора од најмање 10 година или казна дожи-

вотног затвора. За овај облик кривичног дела силовања, дакле уз примену силе или претње, није потребна било која, друга отежавајућа околност, осим да је дело извршено према детету. Одредбом члана 112. став 8. КЗ прописано је да се дететом сматра лице које није навршило 14 година.

Одредбом члана 180. став 1. КЗ изричито је прописано да је пасивни субјекат дела дете. Подсетимо се да је обљуба некажњива радња. Основ кажњивости учиниоца је узраст пасивног субјекта. Коришћење синтагми "активни субјекат" и "пасивни субјекат" није опредељен према стварној активности или пасивности учесника обљубе, већ је у функцији лакшег језичког разумевања анализе кривичног дела. Пасивни субјекат може бити далеко активнији од активног субјекта.

Дакле, обљуба је заснована на сагласности, добровољности, учесника у обљуби. Међутим, законодавац оцењује да воља детета, лица које није навршило 14 година, није правно релевантна. Уколико није правно релевантна онда правно не егзистира, па самим тим не екскулпира учиниоца од кривичне одговорности. Овде је место да се укаже на недоследност законодавца у самом називу кривичног дела. Код кривичног дела обљубе над немоћним лицем такође обележја дела нису сила нити претња. Учиниоца дело врши користећи околност да то лице није способно да пружи отпор учиниоцу. Законодавац исправно користи везник "над" (над немоћним лицем). Код кривичног дела обљубе са дететом погрешно користи везник "са" (са дететом). Предлог "са" користи се код опредељивања односа лица и претпоставља сагласност воља. Лако је, али и непотребно наводити примере. Зато код правно признатог одсуства релевантне воље детета, треба изменити предлог у називу овог кривичног дела, тако да назив кривичног дела гласи обљуба над дететом а не обљуба са дететом. У поређењу са кривичним делом обљубе над немоћним лицем које се врши према пасивном субјекту који није у могућности да пружи отпор, над дететом се врши због немогућности да искаже правно признату вољу. Уколико би се анализирао однос ова два дела ваља указати да ако је дело извршено према немоћном лицу које није навршило четрнаест година, детету, постојао би квалификовани облик обљубе над немоћним лицем из става 3. члана 179. КЗ. Зато кривично дело обљубе са дететом остаје "између" квалификованих облика претходних кривичних дела, односно постојаће ако нису испуњена обележја кривичних дела обљубе над немоћним лицем и силовања у којима је пасивни субјекат дете.

Међутим, законодавац вољу детета не искључује апсолутно. Код кривичног дела обљубе са дететом воља детета није правно релевантна, док супротно овоме, код кривичног дела силовања, чак и код испуњености услова из става 4. одредбе, одбијање детета предстојећој обљуби јесте правно релевантно. Употреба силе или претње усмерена је на сламање отпора пасивног субјекта предстојећој обљуби. Стога законодавац потпуно оправдано валоризује вољу детета, исказану као одбијање детета предстојећој обљуби. Одбијање детета да вољно оствари обљубу је наметнуло потребу учиниоцу да је оствари употребом силе или претње. У супротном сила или претња не би биле потребне. Учиниоца тиме улази у обележја кривичног дела силовања, квалификованог облика из става 4. члана 178. КЗ, са запрећеном казном од најмање десет година затвора или доживотног затвора.

2. УСЛОВИ ЗА ПРИМЕНУ СТАВА ЧЕТИРИ ОДРЕДБЕ

2. 1. Узраст активног и пасивног субјекта дела

Правна теорија и судска пракса су, ослањајући се на одговарајућа медицинска постигнућа, прихватили као општепознату чињеницу да сва лица не достижу довољан степен психофизичке и телесне зрелости заступање у сексуалне односе у тачно одређеном календарском узрасту. Отуда проблем законодавног одређивања узраста активног и пасивног субјекта овог кривичног дела. Законодавац се определио за четрнаест година као просечан узраст када се та зрелост достиже. На том одређењу је заснован појам детета исказан у одредби члана 112. КЗ. У односу на пасивног субјекта не поставља се било какав други услов осим да се ради о лицу које није навршило четрнаест година. Дакле пасивни субјекат може бити дете од његовог рођења па до навршених четрнаест година. Постављање горње границе узраста пасивног субјекта искључује овлашћење судовима да појам детета другачије тумаче, па и у случајевима када се ради о детету које је полну зрелост стекло пре означених година. У правној теорији су присутни ставови према којима се узраст детета "дели" тако да се дете до одређеног узраста (наводи се узраст до 10 година) сматра немоћним лицем. Дакле, када је пасивни субјекат мало дете које услед свог старосног доба ни физички ни психички није способно да пружи отпор, постојаће обљуба над немоћним лицем. Став теорије да је

мало дете, не залазећи егзактно у његов узраст, немоћно лице сматрамо оправданим.

Међутим, узраст активног субјекта, посматран са аспекта примене става четири одредбе члана 180. КЗ, није одређен. Међутим, његов узраст је одредив. Одредба прописује да се неће казнити учинилац ако између њега и детета не постоји значајнија разлика у њиховој душевној и телесној зрелости. Прва премиса о којој се мора водити рачуна је да учинилац мора бити старији од четрнаест година, дакле изнад границе када је могућ кривични прогон. Једноставно, испод овог узраста и учинилац се сматра дететом. Зато ван анализе у овом раду остају случајеви када учинилац није навршио четрнаест година, јер кривичног поступка неће бити.

Узраст активног субјекта се може одредити тако да је доња граница његовог узраста четрнаест година, док се горња граница може одредити само посредно: да не постоји значајнија разлика између њега и детета у њиховој душевној и телесној зрелости. Дакле горња граница узраста активног субјекта се одређује према душевној и телесној зрелости пасивног субјекта. Зато критеријум одређивања услова примене става четири одредбе може бити различит ако је пасивни субјекат узраста 11 година или 13 година и шест месеци, односно за истог учиниоца услови прописани ставом 4. одредбе у првом случају неће бити испуњени а у другом могу бити испуњени.

Одсуство значајније разлике у душевној зрелости се по правилу утврђује вештачењем комисије вештака одговарајуће струке. Чести су налази вештака да је учинилац успореног душевног развоја те да се у односу на душевну зрелост уподобљава млађој особи него што је његов календарски узраст. Тиме испуњава услов да не постоји значајнија разлика у душевној зрелости у односу на пасивног субјекта. Закључак о телесној зрелости се не подудара са телесном конституцијом учиниоца. Стога се може догодити да је пасивни субјекат веће висине и тежине од активног а да је активни субјекат већег степена телесне зрелости. Мора се указати да је неопходно да кумулативно буду испуњени услови одсуства значајније разлике и у односу на душевну и у односу на телесну зрелост. Постојање само једног услова искључује примену одредбе става четири, тако да ће дело постојати уколико је извршилац телесне зрелости као и пасивни субјекат али постоји значајнија разлика у душевној зрелости. Исто важи и за обрнуту ситуацију: ако нема значајније разлике у душев-

ној а постоји у телесној зрелости. Код одсуства значајније разлике у душевној зрелости услов примене става 4. се своди на утврђивање одсуства значајније разлике у телесној зрелости.

Основано се може претпоставити да је велика тамна бројка, неоткривених, ових кривичних дела, онда када претходни услови искључења постојања дела нису кумулативно испуњени. Оба учесника обљубе су сагласни са обљубом, не постоји примена силе или претње, па самим тим ни заинтересованост пасивног субјекта да догађај пријави. Зашто не рећи да обљуби у претпостављеним условима претходи забављање активног и пасивног субјекта. Не постоји ни заинтересованост шире друштвене заједнице за спровођење "акција" усмерених на откривање овог дела, наравно када је испуњен услов обљубе заснован на пристанку оба субјекта, и када постоји значајна разлика у њиховом узрасту која превазилази услове прописане ставом четири одредбе.

Искључење постојања дела се првенствено и у пракси најчешће односи на узрасто сличне учеснике обљубе: дете близу пуних четрнаест година и учиниоца тек зашлог у зону кривичне одговорности (напуњених 14 година). Већ је речено да законодавац не искључује вољу детета потпуно, па ни у овом случају. Основ за прописивање става 4. одредбе није само одсуство примене силе или претње, већ добровољност, жеља, узрасто сличних актера да остваре обљубу.

2. 2. Правна заблуда и стварна заблуда

Честе су одбране окривљених да су били у стварној заблуди у односу на узраст пасивног субјекта. Учиниоца овог кривичног дела биће крив и када није сигуран да пасивни субјекат није навршио 14 година али је свестан те могућности и упркос томе изврши обљубу. Тиме би се, у суштини прихватио став исказан у пресуди Врховног суда Србије Кж1 1367/88 од 14.4.1989. године да је учинилац кривичног дела обљубе над немоћним лицем кривично одговоран и када није сигуран да лице према коме предузима дело услед психичке немоћи није способно да изрази своју вољу у погледу вршења полног односа, али је свестан те могућности и упркос томе изврши обљубу. Претходни став је исказан у односу на друго кривично дело али је део одлуке о стварној заблуди применљив и на дело обљубе са дететом.

Супротан претходном је став "да пошто и отклоњива стварна заблуда искључује кривицу, за постојање дела није довољно да је учинилац могао на одређени начин да сазна старосну доб пасивног субјекта". (Стојановић З. Коментар Кривичног законика, Службени гласник 2007. године). Исказани ставови су само на први поглед супротни, пре свега због недореченог става у наведеном коментару КЗ. Став Врховног суда је сагласан ставу 2. законске одредбе о стварној заблуди, да већ сумња у узраст пасивног субјекта указује да је могао да избегне ту заблуду. Стога је прихватљив став Врховног суда Србије, односно да већ сумња у узраст пасивног субјекта, посебно код постојања сумње да је исти дете, захтева посебну обазривост активног субјекта.

Постојање стварне заблуде која се односи на узраст пасивног субјекта је могућа. Вероватнија је уколико пасивни субјекат није знатно испод одредбом одређеног старосног доба и када према физичком изгледу одговара лицу које има навршених четрнаест година. Животно је неодрживо да партнери пре ступања у сексуалне односе егзактно утврђују старост партнера. Сазнање активног субјекта да је пасивни субјекат средњошколац и у друштву својих школских другова, води закључку да је навршио 14 година, што не мора бити тачно ако је раније пошао у школу, па учинилац може бити у стварној заблуди.

Пресудом Апелационог суда у Београду окривљени је ослобођен од оптужбе за ово кривично дело због постојања неотклоњиве правне заблуде. Врховни касациони суд у својој пресуди потпуно сагледава личност окривљеног истичући да је "инкриминација предузимања сексуалних радњи према лицу које није навршило 14 година уведена још 1951. године као кривично дело обљуба и противприродни блуд са малолетним лицем" те да нису основани наводи Апелационог суда, да је због хиперкриминализације понашања у нашем друштву неодрживо становиште да непознавање прописа никог не оправдава. На основу утврђених чињеница да је окривљени знао да оштећена није навршила 14 година, да је знатно старији и да је у време извршења дела имао 21 годину и девет месеци, да је емоционална и социјална зрелост окривљеног била у складу са календарским узрастом (из налаза и мишљења вештака), да има трећи степен образовања, живео је у иностранству и користи компјутер, односно друштвене мреже преко којих је и дошао у контакт са оштећеном. Стога је био дужан и могао да зна да је његово дело забрањено".

Врховни касациони суд не прихвата постојање правне заблуде окривљеног али би наведени разлози својом ширином могли бити основ и да се искључи примена става 4. одредбе да је то био основ побијања, јер несумњиво постоји значајнија разлика и у душевној и у телесној зрелости активног и пасивног субјекта.

Чини се да је искључено постојање правне заблуде о којој се аргументовано изјаснио Врховни касациони суд у цитираној одлуци, док се о стварној заблуди не може заузети јединствен став, односно мора се превести у фактичко питање. Одговор ће зависити од претходних контаката учесника, околности под којима је остварена обљуба, понашања оба учесника непосредно пре обљубе и најпре од узраста оба учесника.

2. 3. Умишљај учиниоца

Дело се може извршити само са умишљајем. Односно, обљуба мора бити умишљајна а узраст пасивног субјекта може бити и нехат учиниоца. Довољно је да је активни субјекат свестан могућности да пасивни субјекат није навршио четрнаест година па ипак оствари обљубу са њим. Дакле код постојања сумње у односу на узраст пасивног субјекта, законодавац посредно обавезује учиниоца да, уколико не жели кривични прогон, ту чињеницу провери, сагласно околностима под којима се остварује обљуба.

3. ТЕЖИ ОБЛИЦИ ДЕЛА

3. 1. Квалификовани облици дела према усвојеним ставовима

Већ је речено да је повод раду спорно правно питање Апелационог суда у Новом Саду и закључак апелационих судова. Питање је гласило: да ли се основ који искључује постојање кривичног дела обљубе са дететом из члана 180. КЗ односи само на основни облик овог кривичног дела из става 1. или се по основу непостојања значајније разлике у телесно и душевној зрелости може искључити постојање и квалификованих облика истог кривичног дела из ст. 2. и 3. истог члана?

Одговор је гласио: основ који искључује постојање дела односи се само на став 1. члана 180. КЗ (дакле на основни облик кривичног дела када нема тежих последица), јер из законског текста произлази да је то

била интенција законодавца и смисао наведеног изузетка од правила да свака обљуба са лицем које није навршило 14 година представља кривично дело.

Понуђени одговор је прихваћен али већином (не превеликом) гласова у судовима. Међутим, питање и одговор су изгубили на значају јер је Врховни касациони суд у својој одлуци Кзз 1491/20 од 21.1.2021. године (приметићемо да је питање постављено 20 дана после наведене одлуке) а потом и на седници кривичног одељења од 22.3.2021. године о спорном правном питању заузео став. У одлуци која се побијала захтевом за заштиту законитости Апелациони суд је заузео становиште да се прописани основ искључења постојања дела из члана 180. став 4. КЗ не може ограничити само на основни облик кривичног дела дела, јер би непостојање основног облика дела искључило постојање његовог квалификованог облика. Врховни касациони суд утврђује повреду закона у корист малолетног АА зато што је цитираном одредбом изричито и недвосмислено прописано искључење само основног облика дела. У одсуству других, мора се оценити да су разлози ВКС сиромашни, односно да одлука садржи само став суда а не и разлоге за такав став. На том трагу је и сентенца усвојена на седници кривичног одељења Врховног касационог суда одржаној 22.3.2021. године, јер ни она не проширује образложење заузетог става.

3.2. О тежим облицима дела уопште

Институт одговорности за тежу последицу је правна конструкција, слична конструкцији продуженог кривичног дела. Код продуженог кривичног дела се више кривичних дела која су у реалном стицају, из криминално политичких разлога а у сваком случају због околности које су ван обележја самих дела, сваког од учињених дела, преводе у идеални стицај. Њиховим спајањем добија се привид једног, продуженог дела, односно већем броју кривичних дела, учињених са више радњи извршења даје се правно јединство, сматра се да је учињено једно дело. Код кривичног дела са тежом последицом постоји идеални стицај али последица једне радње, или једне делатности учиниоца. Тежа последица треба да резултира из радње основног дела. Идеалног стицаја нема само зато што је посебном одредбом општег дела КЗ одређено да је основно дело конзумирано ква-

лификованим обликом. Зато законодавац прописује једно дело и једну казну за тежи облик дела. Услови за примену квалификованих облика кривичних дела су: 1) предвиђеност у закону, односно квалификовани облици кривичних дела не могу бити производ практичара; 2) узрочно последична веза, односно да постоји та веза између радње и последице јер је тежа последица такође последица дела; 3) виност учиниоца, с тим што се виност учиниоца утврђује прво у односу на основно дело па потом и у односу на тежу последицу и 4) акцесорна природа теже последице.

Посебну пажњу заслужује последњи услов примене тежег облика дела. Да би се уопште разматрала тежа последица дела неопходно је да су испуњена сва обележја основног дела из којег је тежа последица произашла. Дакле тежи облик дела претпоставља постојање основног облика дела и појављује се као посебна квалификација, субквалификација, тог дела. О овом односу ће бити речи и у даљем излагању. Код обе правне конструкције основ је да је у већем садржано мање, односно да је у тежем садржано лакше.

Случајно произашла тежа последица, која није обухваћена ни нехатом, учиниоцу се не може ставити на терет. Супротан став би водио увођењу објективне одговорности.

3.3. О тежим облицима кривичног дела из члана 180. КЗ - другачији став

Квалификовани облици кривичног дела обљубе са дететом се подударају са квалификованим облицима силовања, што је логично јер је обљуба у основи оба дела. Чињенице које оба дела чине тежим облицима су: тешка телесна повреда, ако је дело извршило више лица, ако је за последицу имало трудноћу и као најтежа - смрт пасивног субјекта. Отуда се и ставови судова о овим околностима могу механички, а у сваком случају подсвесно, пројектовати са једног дела на друго, па са тиме повезано и примена става четири одредбе члана 180. КЗ. Такав став нема ослонца у Закону, односно законској одредби става четири.

Да би се квалификовани облици дела и примена става четири уопште разматрали неопходно је подсетити се да је одредба става четири циљно усмерена на узрасно сличне учеснике обљубе. Искључење постојања дела коинцидира са искључењем противправности. У сваком случају

одредбом става 4. прописани основ представља лични основ искључења кажњивости, с обзиром на личност учиниоца и само оног код кога су се ти услови стекли. Зато нека нам, потпуно основано, претпостављена животна ситуација за примену става четири, као и најчешћа животна прича, буде да се ради о дечаку старости око 16 година и девојчици старости 13 до 14 година. Већ се забављају. Обома је прва љубав. Одлични су ученици у својим школама. Обоје потичу из добрих породица. Њихови родитељи знају да су у вези и томе се не противе.

Уколико остваре обљубу биће испуњени услови за примену става четири. За те радње "неће се казнити" а према члану 112. став 29. КЗ израз "неће се казнити" значи да у том случају нема кривичног дела. Дакле, оцена законодавца је да се ради о друштвено прихватљивом понашању.

Размотримо, као прву квалификаторну околност дела, последицу у виду трудноће детета. Уколико су наши претпостављени учесници, пре обљубе која за последицу има трудноћу, остварили пет обљуба, како објаснити да тих пет обљуба није кривично дело а шеста јесте и то одмах квалификовани облик? Или можда помислити да све радње јесу једно продужено кривично дело. Или уколико имамо два пара учесника под истим условима, истог узраста, па само једна обљуба заврши трудноћом, први активни учесник обљубе је у некажњивој зони а други улази директно у квалификован облик кривичног дела. Дакле, кривица је последица плодних или неплодних дана пасивног субјекта или чињенице да учинилац није користио кондом. Зато улази у зону кажњивости са запрећеном казном од 5 до 15 година затвора. Не постоји животно ни криминалнополитичко оправдање да погрешно рачунање неплодних дана и то пасивног субјекта изложи активног субјекта одговорности за квалификован облик дела са тешком запрећеном казном. Није оправдано ни да га таквој одговорности изложи кондом. Није непознато да у судском ходнику оба субјекта стоје једно уз друго и држе се за руке.

Друга квалификаторна околност постојаће ако је дело извршило више лица. Одредбом члана 112. КЗ није одређен појам "више лица" али је судска пракса јединствена да се под овим појмом подразумевају најмање два учиниоца. Уколико оба активна субјекта испуњавају критеријуме претпостављене животне ситуације постојаће квалификован облик овог кривичног дела, према цитираној одлуци и правном ставу Врховног касационог суда. Морамо се подсетити да дело подразумева пристанак пасив-

ног субјекта, па у конкретном случају и пристанак на обљубу или са њом изједначеног чина управо са два активна субјекта. Да је пасивни субјекат имао обљубу са једним, па само после пола сата са другим активним субјектом, ни један од њих не би био у зони постојања дела. Насупрот претходном, зато што се пасивни субјекат сагласио, из њему знаних разлога, да са два партнера ступи у обљубу у континуитету, оба активна субјекта подлежу одговорности за квалификован облик кривичног дела иако обојица испуњавају критеријуме става четири исте. При том је до обљубе са два активна субјекта дошло на иницијативу пасивног субјекта.

Уколико законодавац пасивном субјекту одређеног узраста дозвољава да одлучи да ли ће уопште да ступи у обљубу, када ће то учинити, под којим условима, избор партнера са којим ће то учинити, нема оправдања да се правним ставом његова воља ограничи на једног партнера, уколико се одлучио за два, односно да се законом дозвољена полна слобода, слобода избора пасивног субјекта, ограничи и то на штету активног. Наравно, све под условом испуњености услова из става 4. одредбе.

Трећа квалификаторна околност је тешка телесна повреда пасивног субјекта. Услов наступања исте је да је настала у добровољној обљуби. Практично је тешко замисливо да у добровољној обљуби наступи тешка телесна повреда и да иста буде обухваћена бар нехатом активног субјекта, у нашој претпостављеној ситуацији. Може се претпоставити да иста буде нанета након почетка обљубе уз сагласност оба субјекта, уколико пасивни субјекат одлучи да обљубу прекине а активни примени силу да би обљубу наставио. Међутим, у том случају би обљуба, након јасног противљења пасивног субјекта да буде настављена и примене силе активног субјекта, прерасла у кривично дело силовања. Под тешком телесном повредом се не може сматрати предстојећи абортус пасивног субјекта јер је већ трудноћа, сама за себе, квалификаторна околност дела. Не може се бити искључив у тврдњи али је животно најближе да ова последица може настати у обљуби потпуно телесно зрелог активног субјекта и пасивног субјекта незрелог за ступање у сексуалне односе, млађег од наше претпостављене животне ситуације, дакле у ситуацији када се лични основ искључења дела не може ни применити.

Најтежа квалификаторна околност била би смрт пасивног субјекта. За ову последицу би важило оно што је претходно речено за тешку телесну повреду као квалификаторну околност.

Јединственог става, посматрано са аспекта кажњивости активног субјекта за тежу последицу кривичног дела, уопште, посебно код овог кривичног дела, а да се свака од њих не размотри понаособ, нема. Тежи облик кривичног дела није прост збир основног дела и теже последице, већ представља целину у животном и кривичноправном смислу, са унутрашњом повезаношћу тих делова. Иако ретко присутно у пракси, правило је да уколико је из основног дела произашла тежа последица али нису испуњени услови постојања основног дела (примена става 4), неће постојати то дело квалификовано тежом последицом али зато може постојати друго кривично дело, оно у којем је садржана та последица. Тешка телесна повреда и смрт јесу прописане као посебна кривична дела па ће учинилац који их је нанео бити крив за неко од кривичних дела убиства или тешке телесне повреде, зависно од облика виности и околности извршења тог дела. Претходни став може бити јаснији ако изађемо из оквира дела о коме је реч. "Када је кривично дело тешке телесне повреде нехатно учињено (услов постојања дела је умишљај, прим. аут.) па је услед истог наступила тежа последица – смрт повређеног која се такође може приписати нехату учиниоца, у радњи учиниоца постоји само кривично дело убиства из нехата" (ВСС Кж 1335/65).

Само поређења ради, карактеристично је да кривично дело обљубе злоупотребом положаја из члана 181. КЗ у којем пасивни субјекат може бити и дете (став 3. одредбе) не предвиђа као квалификаторне околности више извршилаца, нити тешку телесну повреду (?), иако ове околности предвиђају кривично дело силовања, кривично дело обљубе над немоћним лицем, кривично дело обљубе са дететом и кривично дело недозвољених полних радњи. Овакво законодавно решење нема оправдања. Посебно зато што активни субјекат овог дела има посебна, одредбом предвиђена, својства. Када већ упоређујемо законодавна решења код ових кривичних дела ваља приметити да основ искључења постојања дела из става 4. кривичног дела обљубе са дететом не садрже кривично дело обљубе над немоћним лицем, нити кривично дело обљубе злоупотребом положаја.

4. ПРИМЕНА У ПРАКСИ

Облици кривичног дела обљубе са дететом садржани у ставу два и три одредбе су тежи облици основног дела или квалификовани облици основног дела, садржаног у ставу један исте одредбе. Кривични законик садржи бројна кривична дела квалификована тежим обликом. Не постоји ни једно кривично дело код кога се општи услови постојања квалификованог облика могу тумачити другачије, као изузетак, него код осталих дела и њихових квалификованих облика. То нас враћа на услов акцесорности квалификованог облика, уз основно дело. Код свих кривичних дела која садрже квалификоване облике, правна оцена квалификованог облика дела се везује за основно дело. Изрека пресуде гласи: чиме је извршио кривично дело (ако останемо у истој глави КЗ) силовања из члана 178. став 2. у вези става 1. КЗ. Или: чиме је извршио кривично дело злоупотребе службеног положаја из члана 359. став 3. у вези става 1. КЗ. Квалификовани облици кривичних дела, по правилу, уопште не садрже радњу дела, већ само квалификаторну околност дела а радњу дела "позајмљују" из основног облика дела. Одредба члана 359. став 2. КЗ гласи "ако је извршењем дела из става 1. овог члана прибављена имовинска корист у износу..." Ако из одредбе бришемо став један, остаје само прибављена имовинска корист, без радње дела, па је незамислива правна оцена дела без позивања на став 1 одредбе, јер корист без злоупотребе није кажњива. Још су карактеристичнија тешка дела против здравља људи из члана 259. КЗ или тешка дела против безбедности јавног саобраћаја из члана 297. КЗ или тешка дела против опште сигурности из члана 288. КЗ у којима се одредба позива само на бројчану ознаку основног дела: "ако је делом из члана 289. ст. 1. и 2... овог законика..." Оглашавање учиниоца кривим, за тешко дело уколико нису испуњена обележја основног дела, није могуће.

Код кривичног дела обљубе са дететом, према спорном становишту Врховног касационог суда, испуњеност услова из става 4. одредбе анулира постојање става 1. одредбе, али не и квалификоване облике дела. Зато би у тој ситуацији изрека пресуде, ваљда, гласила: чиме је извршио кривично дело обљубе са дететом из члана 180. став 2. КЗ. Не би се могло рећи: из става 2 у вези става 1; јер став 1 није кривично дело. Ни у разлозима пресуде се не би могао цитирати потпун текст става два јер исти гласи: "ако је делом из става 1 овог члана... јер дела из става 1 нема. Зато је у знатној сумњи правни став Врховног касационог суда "да је цитираном

одредбом (става четири) изричито и недвосмислено прописано искључење само основног облика дела". Позивањем на "изричито и недвосмислено прописивање" ускраћује се право на тумачење одредбе, односно да је заиста изричито и недвосмислено то прописано не би било потребе да се о примени тог става одредбе, заузима правни став на седници кривичног одељења. Искључено је постојање квалификованих облика из ст. 2. и 3. у оној мери у којој ст. 2. и 3. не садрже став 1. одредбе у вези става 4. исте. А ст. 2. и 3. почињу текстом "ако је услед дела из става један овог члана" па је законска претпоставка да дело из става један постоји.

Цитирани правни став принцип акцесорности квалификованих облика кривичних дела поставља наглавачке; да је основни облик кривичног дела акцесоран квалификованом облику. Другачије речено иако основно дело не постоји, није дело, само због постојања квалификаторне околности, сматраћемо да постоји. Трудноћа је квалификаторна околност и кривичног дела силовања. Пратећи исту логику могли би добровољну обљубу две пунолетне особе која је као последицу имала трудноћу да оценимо као квалификован облик кривичног дела силовања зато што је "тежа" последица настала иако основног дела нема. Силовања нема, као ни обљубе са дететом али у оба случаја има трудноће. Можда и код кривичног дела тешке телесне повреде квалификоване смрћу треба да тумачимо да због смрти оштећеног постоји тешка телесна повреда, иако је нема. Код кривичног дела злоупотребе службеног положаја, следећи исту логику, треба сматрати да постоји квалификован облик дела из става 2. члана 359. КЗ само зато што је службено лице прибавило имовинску корист преко четиристопедесет хиљада динара, иако притом није ни искористио, ни прекорачило, нити егзистира његово невршење службене дужности. Стога став Врховног касационог суда представља изузетак у тумачењу односа основног облика дела и његовог квалификованог облика, који нема упориште у кривичном закону.

Заузети правни став Врховног касационог суда би морао истрпети и критику засновану на постојању услова општег појма кривичног дела и кривице. Ставом 1. члана 14. КЗ као конститутивни елементи општег појма кривичног дела одређено је да је дело противправно и да је скривљено; док је ставом 2. прописано да није кривично дело уколико је искључена противправност или кривица учиниоца. На истом трагу је и одредба члана 22. КЗ којом је одређено да кривица постоји ако је учинилац у време када

је дело учинио био дужан и могао бити свестан да је његово дело забрањено уз постојање умишљаја или нехата.

Размотримо прво свест о противправности дела. Пођимо чак и да је наш активни субјекат обљубе едукован и да зна одредбу члана 180. КЗ. Дакле, зна да су испуњени услови става 4. одредбе. Стога зна да његово дело није противправно. Зато у односу на њега, чак и ако то не зна, недостаје елеменат општег појма кривичног дела, па и кривице – да је свестан забрањености свога дела.

Код разматрања постојања кривице, с обзиром да дело из става 1 није кривично дело апсурдно је да се кривица у односу на тај став одредбе уопште разматра. Стога се може разматрати само у односу на тежу последицу, у нашем примеру трудноћу пасивног субјекта. Готово је сигурно, сем у екстремним и у судској пракси готово непознатим случајевима, да ни један од учесника у обљуби трудноћу није желео. Дакле, умишљај је искључен, а у нашем примеру сигурно искључен.

У ситуацији смо да основног дела нема, да је тежа последица нехатна, због које је активни субјекат изложен кривичном прогону за квалификован облик дела а да на другој страни постоји општа сагласност правне науке да се ово дело може извршити само са умишљајем. "Кривично дело се може извршити само са умишљајем" (З. Стојановић, Коментар кривичног законика, Службени гласник 2007. год). Уколико се претходно сагласимо, што није тешко, да ни један облик заштите од трудноће није потпуно поуздан, и ако су наши учесници предузели неки од облика заштите (кондом) или, још горе по активног субјекта – ранији прекид односа, па је трудноћа ипак настала, који ће бити облик виности учиниоца?

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Несумњиво да разматрање кривичног дела обљубе са дететом носи са собом мучнину. Пре свега због изузетне осетљивости према пасивном субјекту кривичног дела. Ни један став изнет у овом раду се не односи на ситуације у којима активни субјекат не испуњава услове прописане ставом четири одредбе. Посебна осетљивост коју намеће статус пасивног субјекта дела, не сме спречити судије да законску одредбу пра-

вилно примене, пореметити њихов професионални однос према примени закона.

Законодавац се није определио да одреди старосну границу активног субјекта кривичног дела, као услова примене одредбе става четири. Став законодавца је оправдан, јер се одредбом не могу предвидети апсолутно све могуће животне ситуације. Међутим, узраст активног субјекта је одредив, о чему је било речи у претходном делу овог рада. Уколико занемаримо екстремне могуће случајеве, услов примене става четири престаје са пунолетством активног субјекта уз евентуални његов узраст тек нешто, близу, изнад пунолетства. (уз услов да је успореног физичког и телесног сазревања због чега не постоји значајнија разлика у односу на пасивног субјекта).

Чини се да нема основа да Врховни касациони суд примену става четири одредбе на квалификоване облике дела потпуно искључи, не остављајући простора за оцену испуњености услова ни као фактичког питања. Из подсвести се мора избрисати слика о долозном поступању и остварењу обљубе са дететом одраслог, знатно старијег, потпуно телесно зрелог активног субјекта, на кога се одредба става четири и не односи.

Оба субјекта учествују у радњи извршења кривичног дела. Односно остварују заједничку одлуку да остваре обљубу и са истим обликом виности како у односу на основно дело тако и у односу на тежу последицу (трудноћу) што није ништа друго него ли саизвршилаштво одређено чланом 33. КЗ. Ако је наш претпостављени пар обострано исказао жељу да оствари обљубу онда су обоје у противправној делатности, без обзира на некажњивост пасивног субјекта због његовог узраста. Притом је потпуно могуће да је пасивни субјекат и душевно и телесно зрелији од активног субјекта, али је та околност без значаја, нити ће се то у поступку утврђивати, с обзиром да је само узраст пасивног субјекта одлучујућа чињеница, односно обележје дела (изузетак је код утврђивања основаности приговора учиниоца да је био у стварној заблуди).

Уколико пођемо од назива главе кривичних дела у којој је ово дело: кривична дела против полне слободе, код нашег претпостављеног пара полна слобода није нарушена јер су обљубу желела оба учесника обљубе. Може се поставити и дилема о постојању добровољног пристанка детета као оштећеног, која није непозната нашем кривичном законодав-

ству код других кривичних дела, иако тиме противречимо основној претпоставци кривичног дела, да дете нема правно релевантну вољу. Ако се вратимо на став изложен у претходном делу рада да би бољи назив дела био обљуба над а не са дететом, код испуњености услова из става 4. одредбе, дакле када постоји добровољност оба учесника (дакле имамо обљубу са дететом) теза о употреби другог везника (над) опстаје, јер код испуњености услова из става 4. дело није кривично дело.

Вратимо се основама кривичног дела са тежом последицом: да код истих постоји идеални стицај више последица једне радње, једне делатности учиниоца. Идеалног стицаја нема само зато што је одредбом закона прописано да је основно дело конзумирано тежим обликом. Зато основно дело мора да постоји. Да нема ове конструкције постојало би једно дело са основном последицом, док би тежа последица остала некажњива ако није прописана законом као посебно дело, или реални стицај основног дела и дела чије обележје је тежа последица. Код наших претпостављених учесника не постоји стицај кажњивих последица једне радње јер је обљуба, као прва последица, некажњива, није дело. Не постоји, одвојено посматрано (односно да законом није прописан тежи облика) ни стицаја два дела, с обзиром да би обе последице дела биле некажњиве: обљуба није дело а ни трудноћа сама за себе није кажњива. Исто важи и за обљубу са више лица, када је то пасивни субјекат желео. Уосталом, чланом 27. КЗ одређена је одговорност за тежу последицу тако што је одређено да: кад је из кривичног дела произашла тежа последица због које закон за то дело прописује тежу казну, та се казна може изрећи ... Нужно је да је из кривичног дела произашла тежа последица. Нужно је да дело постоји а не да није дело. Зато и ст. 2. и 3. одредбе почињу одређењем: "Ако је услед дела из става 1. овог члана..." О тешкој телесној повреди и смрти као квалификаторним последицама дела било је речи у претходном делу рада.

Не постоји ни један на закону заснован основ да се теже последице кривичног дела обљубе са дететом тумаче изузетком од општих правила која се примењују код кривичних дела квалификованих тежом последицом.

Правна наука заснивајући своја становишта и на другим компатибилним наукама, што је утицало и на законодавна решења, истичу потребу да малолетна лица, посебно деца, у својству сведока и посебно у својству оштећених у кривичном поступку, због посебне осетљивости ужива-

ју посебну заштиту у судском поступку, како би се спречила њихова секундарна виктимизација. На другој страни је потреба заштите малолетника као окривљених, што прихвата и Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника прописујући у члану 48 да поступак према малолетним учиниоцима не би смео да штетно утиче на њихов развој. Дакле у нашем примеру имамо "судар заштите" посебно осетљивих категорија, који индукује питање чији "најбољи интерес" треба штитити. Одговор не би смео бити да заштита једног интереса потпуно занемари други. Наш малолетни активни субјекат из љубави или због љубави, одлази право у квалификовани облик кривичног дела.

Др Дијана Јанковић
судија Апелационог суда у Нишу

КРИВИЧНО ДЕЛО ТРГОВИНА УТИЦАЈЕМ – БИТНА ОБЕЛЕЖЈА ДЕЛА И СПОРНА ПИТАЊА У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Апстракт: Аутор у раду разматра кривично дело трговина утицајем које је предвиђено у Кривичном законiku Србије. Централни део рада обухвата детаљан приказ и анализу свих облика кривичног дела трговина утицајем. У датом контексту најпре су разматрана објективна и субјективна обележја дела, радња извршења, потенцијални извршилац дела као и однос кривичног дела трговина утицајем са другим блиским кривичним делима и то првенствено са кривичним делима примање и давање мита, као и са кривичним делом злоупотреба службеног положаја. Посебна пажња је посвећена значајнијим спорим питањима која се јављају приликом тумачења појединих објективних и субјективних обележја бића овог кривичног дела. У раду је предмет анализе и актуелна судска пракса и заузета становишта Врховног касационог суда као и Апелационих судова. На крају је дат краћи преглед најважнијих међународних докумената у којима су садржани антикорупцијски стандарди, који укључују и кривично дело трговина утицајем.

Кључне речи: трговина утицајем, посредовање, службени положај, претпостављени утицај, примање мита, давање мита.

УВОД

Кривично дело трговина утицајем је у групи кривичних дела против службене дужности, тако да и за ово дело важе и опште одлике ове групе кривичних дела.

Кривична дела против службене дужности представљају различите облике и врсте злоупотребе службеног положаја и јавних овлашћења у вршењу службене дужности које су управо учињене од стране службених лица као носилаца тих овлашћења.¹ Групни објект заштите код ових кривичних дела је службена дужност државних и других органа који врше јавна овлашћења. Код кривичних дела против службене дужности радња извршења се предузима у вршењу службене дужности или у вези са њом.

Сматра се да је главни објект заштите код кривичних дела против службене дужности, државна управа, јавна власт, јавна овлашћења, законитост у раду државног апарата. Осим службене дужности, као основног заштитног објекта, ова дела имају за (узгредне) заштитне објекте имовину, слободе и права човека и грађана (јер та права и слободе могу бити ограничени актима управе).²

Генерално посматрајући, код кривичних дела против службене дужности последица се прво испољава у виду последице повреде. Ова се последица може испољити на различите начине, а пре свега у прибављању противправне користи, наношењу штете другоме или у повреди права другог лица. Ипак, главна последица код ових кривичних дела се испољава у виду конкретне, блиске, непосредне, стварне опасности, тј. у угрожавању правилног, квалитетног, благовременог, ефикасног и законитог вршења службене дужности и службених и јавних овлашћења. Извршењем ових кривичних дела, настаје опасност за службу или неко друго јавно овлашћење.

Кривично дело трговина утицајем се по својој правној природи и радњи извршења убраја у коруптивна кривична дела. Поред кривичног дела трговина утицајем у коруптивна кривична дела се убрајају и кривична дела злоупотреба службеног положаја (члан 359. КЗ); примање мита (члан 367. КЗ) и давање мита (члан 368. КЗ). Према неким класификацијама у коруптивна кривична дела спадају и злоупотреба положаја одговорног лица (члан 234) и злоупотреба у вези са јавном набавком (члан 234а).

¹ Ђурић, Ж., Јовашевић, Д., Ракић, М. (2007), *Корупција изазов демократији*, Београд, Институт за политичке студије, стр. 99

² Мрвић – Петровић, Н. (2006), *Кривично право - општи и посебни део*, Београд, Службени гласник, стр. 328

Кривично дело трговина утицајем (члан 366. КЗ) је до доношења Закона о изменама и допунама Кривичног законика из септембра 2009. године³ постојало у нашем Кривичном законiku у под називом "Противзаконито посредовање".

Посматрајући кривично дело трговина утицајем у односу на раније важеће кривично дело противзаконито посредовање, кривично дело трговина утицајем у свим законом прописаним облицима има шири круг могућих извршиоца и радњи извршења.

Према важећем КЗ, код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ поред лица која имају службени или друштвени положај, извршиоци кривичног дела могу бити и друга лица која имају стварни или претпостављени утицај, а која нису спадала у круг извршилаца раније важећег кривичног дела противзаконито посредовање.

Такође, у односу на кривично дело противзаконито посредовање код кривичног дела трговина утицајем много шире је постављена и радња извршења, тако да уместо две, постоје четири, алтернативне радње извршења. Код кривичног дела трговина утицајем поред раније постојећих радњи извршења 1. коришћења службеног или 2. друштвеног положаја, додате су и још две нове радње извршења: 3. коришћење стварног или 4. претпостављеног утицаја.

У раду се разматрају објективна обележја бића кривичног дела трговина утицајем и то са становишта објекта радње, радње извршења и последице дела као и потенцијалних извршиоца кривичног дела. Предмет разматрања је и субјективни однос извршиоца дела према предузетим радњама. С обзиром да се у судској пракси често поставља питање разграничења кривичног дела трговина утицајем са другим кривичним делима, у раду је извршен осврт и на однос кривичног дела трговина утицајем са другим блиским кривичним делима и то првенствено са кривичним делима примање и давање мита, као и са кривичним делом злоупотреба службеног положаја. Такође је у раду предмет анализе актуелна судска пракса и заузета становишта Врховног касационог суда као и Апелационих судова. На крају у раду је дат краћи преглед најважнијих међународних докумената у којима су садржани антикорупцијски стандарди, који укљу-

³ "Службени гласник РС" бр. 72/2009 од 3. септембра 2009. године, са ступањем на снагу осмог дана од дана објављивања.

чују и кривично дело трговина утицајем. У том правцу указано је на основне међународне стандарде постављене у Конвенцији Уједињених нација против корупције, као и у Кривичноправној конвенцији о корупцији Савета Европе, са аспекта кривичног дела трговина утицајем.

ОБЈЕКТ РАДЊЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ТРГОВИНА УТИЦАЈЕМ

Код кривичног дела трговина утицајем, као и код кривичних дела - примање мита и давање мита, објект радње јесте поклон или друга корист.

Поклон је свака покретна или непокретна ствар која има одређену имовинску вредност и која се даје без накнаде.⁴ Друга корист је свака корист имовинског карактера у ширем смислу на пример, добијање кредита под повољнијим условима или неосновано добијање стипендије и слично. Има мишљења да неће постојати кривично дело када је у питању неимовинска корист у ужем смислу то јест, корист која се не може вредносно (финансијски) изразити као на пример, обљуба са неким или да се о службеном лицу афирмативно пише у новинама.⁵

Када је у питању вредност поклона или износ друге користи, у случају кривичног дела трговина утицајем, могу се применити критеријуми као и случају кривичног дела примање мита. Према ставовима израженим у судској пракси, вредност поклона или износ друге користи није значајан за постојање кривичног дела (Апелациони суд у Београду Кж1 2130/2010). Ово из разлога што се и случају кривичног дела трговина утицајем (као и код кривичних дела примање и давање мита) ради о кривичном делу против службене дужности и службено лице као и друго лице нема право да захтева или прима било какав поклон или корист, посебно када се то чини да би се извршила нека незаконита службена радња.

Како се истиче у судској пракси "изрека пресуде није нејасна када није наведено да је службеном лицу понуђен поклон, већ је наведено да

⁴ Перовић, С. (1986), *Облигационо право*, Београд, стр.602

⁵ Делић, Н. (2019), "Кривичноправни аспект борбе против корупције", у: *Финансијски криминалитет и корупција*, Институт за упоредно право Институт за криминолошка и социолошка истраживања, стр. 7-37, стр.10

му је понуђен новчани износ од 50 евра" (Апелациони суд у Нишу Кж1 1327/2012). Претежан је и став да кривично дело не постоји у случају када је реч о поклону симболичне вредности под условом да околности датог случаја говоре у прилог закључку да нема узрочне везе између поклона и незаконитог поступања службеног лица.

За кривично дело трговина утицајем, као и за кривична дела примане и давање мита прописано је обавезно одузимање поклона и имовинске користи члан 366. став 7. КЗ. У судској пракси и правној науци поставља се питање да ли се овде ради о одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом или је у питању обавезна примена мере безбедности одузимања предмета (члан 87. став 3. КЗ). Када је у питању облик кривичног дела трговина утицајем из члана 366. ст. 2. и 4. КЗ, реч је о предмету коришћеном или намењеном за извршење кривичног дела, тако да није спорна природа ове мере. Међутим, код облика дела из члана 366. ст. 1, 3. и 5. КЗ то може имати и карактер имовинске користи прибављене кривичним делом. У судској пракси и нашој теорији, преовлађује мишљење да се ради о обавезном изрицању мере безбедности одузимање предмета.⁶

ИЗВРШИЛАЦ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ТРГОВИНА УТИЦАЈЕМ

Кривично дело трговина утицајем има више облика и више законом прописаних радњи извршења. У зависности од облика кривичног дела, закон различито одређује и круг могућих извршиоца овог кривичног дела.

Према законским одредбама, извршилац три облика кривичног дела трговина утицајем (члан 366. ст. 1, 3. и 5. КЗ) може бити лице које има одређени службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај, а то значи како службено лице, тако и неко друго лице које има друштвени положај или утицај.

Извршилац два облика кривичног дела трговине утицајем (члан 366. ст. 2. и 4. КЗ) може бити било које лице.

⁶ Стојановић, З. (2017), *Коментар Кривичног законика*, Београд, стр.1053; Лазаревић, Љ. (2006), *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, стр. 912.

Дакле, извршилац кривичног дела трговина утицајем из члана 336. ст. 1, 3. и 5. КЗ осим службеног лица може бити и лице које има друштвени положај или стварни или претпостављени утицај, тј. извршилац не мора бити службено лице.

Када је у питању службени положај, тај појам се може одредити узимајући у обзир законско одређење службеног лица (члан 112. став 3. КЗ), те у оквиру тога и круг службених дужности и службених овлашћења одређеног лица. Постоји обимна судска пракса која се бавила питањима службеног лица и службених дужности, која пракса може бити значајна и корисна приликом утврђивања службеног положаја лица код кривичног дела трговина утицајем. Појам службеног лица прописан је у члану 112. став 3. КЗ. У складу са овом одредбом службеним лицем се сматра и лице којем је фактички поверено вршење појединих службених дужности и послова. При томе није релевантно да ли неко лице службену дужност врши стално или повремено, јер појам службеног лица обухвата и фактички повремено вршење одређених службених радњи (Врховни касациони суд Кзз 268/2014). Како се наглашава, у том случају суд у образложењу пресуде мора јасно и аргументовано навести које су дужности и послови у конкретном случају били фактички поверени (Апелациони суд Београду Кж1 249/2016). Извршилац кривичног дела својство службеног лица треба да има у време извршења кривичног дела и накнадни престанак тог својства нема утицаја на постојање кривичног дела (Врховни касациони суд Кзз 1539/2016).

Међутим, друштвени положај или претпостављени утицај су појмови који су широки и које закон прецизно не дефинише, при чему се судска пракса у том правцу тек интензивније развија. У теорији и судској пракси је прихваћено да се мора се радити о таквом друштвеном положају или утицају који може бити одлучујући приликом посредовања да се нека службена радња изврши или не изврши. Друштвени положај или утицај који би се могао искористити за посредовање приликом извршења кривичног дела трговина утицајем може бити врло различит. Није од значаја да ли неко обавља неку друштвену или политичку функцију, или због свог друштвеног угледа има такав утицај који може да буде релевантан за извршење дела⁷. Има мишљења да друштвени положај треба схватити у

⁷ Стојановић, З. (2009), *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, стр. 773.

смислу могућности утицаја коришћењем угледа који неко лице има у друштву.⁸

Закон говори о "претпостављеном утицају", јер учинилац овог кривичног дела не мора и стварно имати утицај, већ може да се "послужи" утицајем за који други само претпостављају да га има. Међутим и претпостављени утицај треба бити везан за службени и друштвени положај.

У судској пракси надаље наилазимо на становиште да је учинилац користио свој друштвени положај, када је користио положај и свој утицај бившег руководиоца Ауто-мото друштва (Врховни суд Србије Кж 443/1990).

Извршилац овог дела такође може бити и страно службено лице (члан 366. став 5. КЗ). Под страним службеним лицем подразумева се "лице које је члан, функционер или службеник законодавног или извршног органа стране државе, лице које је судија, поротник, члан, функционер или службеник суда стране државе или међународног суда, лице које је члан, функционер или службеник међународне организације и њених органа, као и лице које је арбитар у иностраној или међународној арбитражи" (чл. 112. ст. 4. КЗ).

РАДЊА ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНОГ ДЕЛА ТРГОВИНА УТИЦАЈЕМ

Кривично дело трговина утицајем из члана 366. КЗ има пет облика. Сви законом прописани облици кривичног дела трговина утицајем односе се на посредовање да се изврши или не изврши нека службена радња - за награду или без награде.

Члан 366. став 1. КЗ

Први облик кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ врши: "ко захтева или прими поклон или какву другу корист за себе или другог, непосредно или преко трећег лица, да коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја, посредује да се изврши или не изврши нека службена радња".

⁸ Лазаревић, Љ. (2006), *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, стр. 900

Радња извршења кривичног дела из члана 366. став 1. КЗ (пасивна трговина утицајем), јесте захтевање поклона или какве друге користи или примање поклона или какве друге користи, ради посредовања да се изврши или не изврши нека службена радња. Циљ радње извршења јесте посредовање, односно одговарајућа интервенција.

Извршилац дела користи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај који по свом положају има (на пример, претпостављени у служби, високи државни функционер, истакнути јавни радник, високи функционер у политичкој странци и сл.).

За овај облик радње извршења, битно је да се захтевање поклона или какве друге користи или примање поклона или какве друге користи, врши у циљу посредовања да се (непосредно или преко трећег лица) изврши или не изврши нека службена радња.

Посредовање треба да се оствари коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја. Наведено је могуће, како за себе тако и за другог, а може се учинити било непосредно, било посредством трећег лица.

Међутим, до посредовања не мора заиста и доћи, довољно је да се прими, односно захтева награда или корист ради посредовања, па да већ постоји кривично дело трговине утицајем. Како се у судској пракси наглашава, радња извршења кривичног дела се састоји у захтевању или примању награде (поклона) или какве друге користи у циљу посредовања, а само посредовање не представља радњу извршења, нити је неопходно за постојање кривичног дела (Врховни касациони суд Кзз 366/2015).

Дакле, дело постоји чим је учинилац захтевао или примио поклон или какву другу корист да би посредовао, коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или утицаја, да се изврши или не изврши нека службена радња.

Посредовање треба да се врши за поклон или за неку другу корист (на пример за новац, ради награде, због какве корисне противуслуге и др). Другим речима, за постојање кривичног дела довољно је да је само примљен поклон или корист за посредовање, а није нужно да је до посредовања заиста и дошло, а ако јесте није од значаја да ли је оно дало очекивани резултат.

Под посредовањем у смислу овог кривичног дела треба разумети различите облике утицаја на одређено лице, што претпоставља коришћење службеног или друштвеног положаја учиниоца или његовог одговарајућег утицаја то јест, ауторитета који учинилац по том основу има у служби, друштву и слично.

Међутим, иако у конкретном случају није потребно да дође до посредовања, извршилац кривичног дела мора имати могућност коришћења свог службеног или друштвеног положаја или утицаја, да би се радило о овом кривичном делу.

У судској пракси се истиче да се не ради о неподобном покушају кривичног дела уколико извршилац нема објективну могућност да непосредно утиче на службено лице (судију) које је овлашћено да изриче кривичне санкције, већ је у могућности да посредовање изврши посредним путем преко колега полицијских службеника (Врховни касациони суд Кзз 366/2015).

Постојање подобности окривљеног да изврши утицај код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ се оцењује на основу конкретне службене радње у вези које посредује и његовог односа са извршиоцем те службене радње, како би се утврдило да ли је с обзиром на свој положај или утицај посредовао у извршењу службене радње (Апелациони суд у Крагујевцу Кж1 311/2020).

Поклон или каква друга корист се захтева или прима за себе или другога, непосредно или преко трећег лица.

Када је у питању радња извршења из члана 366. став 1. КЗ, радња за чије вршење се посредује треба да је дозвољена⁹, тј. да је у питању радња коју службено лице (код кога се посредује) и иначе треба да изврши у складу са прописима и правилима по којима се та служба обавља. Наведено се наглашава, јер уколико би учинилац користио свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај да посредује да се изврши – "недозвољена" радња тј, службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити, радило би се о трећем облику кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ.

⁹ Стојановић, З. (2019), *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, стр. 1086

У судској пракси се поставља и питање својства лица код кога учинилац посредује. Наиме, с обзиром да се радња извршења члана 366. став 1. КЗ састоји се у захтевању или примању награде или какве друге користи за себе или другог да се непосредно или преко трећег лица, посредује да се изврши или не изврши нека службена радња, поставља се питање да ли лице код кога се посредује треба да има својство службеног лица?

Пратећи судску праксу мора се у конкретном случају утврдити за коју службену радњу се посредује. Наиме, кривично дело трговина утицајем свршено је примањем награде или друге користи, да би се коришћењем службеног положаја или утицаја посредовало код службеног лица да изврши или не изврши неку службену радњу, при чему је довољно да је награда примљена у циљу посредовања (Врховни касациони суд Кзз 366/2015).

Дакле, извршилац кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ не мора да буде службено лице, већ може бити и лице које има одређени друштвени положај или стварни или претпостављени утицај, али лице код кога се посредује (у случају члана 366. став 1. КЗ) мора имати својство службеног лица, јер се посредује да се изврши или не изврши одређена службена радња (без обзира што није од утицаја за постојање дела да ли је та службена радња за коју се посредовало извршена или није извршена). Посредовање код овог облика кривичног дела трговина утицајем (члан 366. став 1. КЗ) мора бити код службеног лица јер се ради о службеној радњи.

Такође се у судској пракси среће став да за постојање кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ није битно код које службе или ког поименично лица, нити на који начин се коришћењем службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја посредује да се изврши или не изврши нека службена радња, уколико су утврђене остале радње које чине битна обележја конкретног кривичног дела (Апелациони суд у Новом Саду Кж1 3590/2012).

Члан 366. став 1. КЗ и члан 367. ст. 1. и 2. КЗ

Овај облик трговине утицајем (члан 366. став 1. КЗ) има сличности са кривичним делом примање мита – правим и неправим пасивним подмићивањем из члана 367. ст. 1. и 2. КЗ.

Кривично дело примање мита из члана 367. став 1. КЗ - пасивно подмићивање врши "службено лице које непосредно или посредно захтева или прими поклон или другу корист или које прими обећање поклона или друге користи за себе или другог да у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју не би смело извршити или да не изврши службену радњу коју би морало извршити".

Дакле, извршилац кривичног дела примање мита из члана 367. став 1. КЗ, може бити само службено лице, а радња извршења је предвиђена алтернативно и према законском тексту значај радње извршења могу имати следеће делатности: 1) захтевање поклона или друге користи; 2) примање поклона или друге користи или 3) примање обећања поклона или друге користи.

Да би постојало кривично дело примање мита из члана 367. став 1. КЗ потребно је да службено лице неку од наведених делатности која има значај радње извршења предузима у циљу - да би извршило службену радњу коју не би смело извршити или да не би извршило службену радњу коју би, у оквиру свог службеног овлашћења, морало извршити. Постојање кривичног дела претпоставља да се ради о радњи која улази у оквир службеног овлашћења или је у вези са службеним овлашћењем службеног лица.¹⁰ Кривично дело примање мита из члана 367. став 1. КЗ је довршено окончањем делатности која има значај радње извршења, тачније речено: захтевањем поклона или друге користи - када је лице коме је захтев упућен сазнало за тај захтев, при чему није потребан пристанак тог лица да захтев испуни (Врховни касациони суд Кзз 1275/2014).

Други (лакши) облик кривичног дела примање мита из члана 367. став 2. КЗ – неправо пасивно подмићивање, обухвата исте радње извршења као и претходни облик кривичног дела. Разлика је у томе што се радња извршења предузима да би се у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем извршила службена радња која би се морала извршити или да се не изврши службена радња која се не би смела извршити.

¹⁰ У судској пракси се наглашава да је код кривичног дела примање мита појам службене радње ужи од појма службене дужности и односи се на "одређену радњу у оквиру службеног овлашћења" (пресуда Апелационог суда у Београду Кж 2072/2011).

Као што је поменуто, радња извршења кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ (пасивна трговина утицајем) се састоји у томе да учинилац захтева или прими поклон или другу корист за себе или другог (непосредно или преко трећег лица), да коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја, посредује да се изврши или не изврши нека службена радња.

Посматрајући општа обележја посматраних кривичних дела, може се уочити да је разлика између кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. и кривичног дела примања мита из члана 367. ст. 1. и 2. КЗ, пре свега у кругу могућих извршилаца, као и у томе што код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ, награду захтева или прима само посредник а не и непосредни извршилац службене радње - тј. службено лице које врши или не врши одређену службену радњу.

Већ је поменуто да извршилац кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ осим службеног може бити и лице које има друштвени положај или стварни или претпостављени утицај, тј. извршилац не мора бити службено лице, док извршилац кривичног дела примања мита из члана 367. ст.1. и 2. КЗ може бити само службено лице.

Даље, кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ постојаће само у случају уколико је награду или какву другу корист захтевао или примио само посредник али не и службено лице код кога се посредује.

Када награду захтева или прима само посредник а не службено лице код кога се посредује, посредник је одговоран за кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ (уколико су и остали елементи дела испуњени), службено лице код кога се посредовало би могло бити одговорно (зависно од конкретних радњи и ако су испуњени остали елементи дела) за кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 1. КЗ (под условом да то службено лице код кога се посредовало није остварило имовинску корист).

Уколико би осим посредника награду захтевало или примило и службено лице код кога се посредује тј. непосредни извршилац службене радње за коју се посредује, не би постојало кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ, већ и у подстрекавању и у извршењу кри-

вично дело примање мита из члана 367. ст. 1. или 2. КЗ (зависно од конкретне радње извршења).¹¹

Члан 366. став 2. КЗ

Други облик кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 2. КЗ чини "ко другом непосредно или преко трећег лица обећа, понуди или да поклон или какву другу корист да коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја посредује да се изврши или не изврши нека службена радња".

Радња извршења овог облика кривичног дела члан 366. став 2. КЗ (активна трговина утицајем) је обећање, нуђење или давање поклона или какве друге користи, другом лицу, да посредује коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја.

Дакле, радња извршења кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 2. КЗ може бити:

- 1) обећање поклона или какве друге користи за противзаконито посредовање,
- 2) нуђење поклона или какве друге користи за такво посредовање и
- 3) давање поклона или какве друге користи за наведено посредовање.

Обећање, нуђење или давање награде може бити учињено непосредно или преко трећег лица.

И код овог облика за постојање дела није нужно да је посредовање и извршено, а ако јесте није од значаја да ли је њиме остварено оно због чега је предузето.

Поклон или каква друга корист се обећава, нуди или даје непосредно другом лицу или преко трећег лица.

Да би постојало кривично дело неопходно је да се поклон или каква друга корист обећава, нуди или даје у одређеном циљу – да то (дру-

¹¹ Синђелић, Ж. (2013), "Кривично дело трговина утицајем у пракси", *Тужилачка реч*, стр. 46-58, стр. 47.

го) лице коришћењем свог службеног или друштвеног положаја, или стварног или претпостављеног утицаја посредује да се изврши или не изврши нека дозвољена службена радња.

Као и у претходном случају циљ радње извршења јесте посредовање, односно одговарајућа интервенција.

Остале карактеристике су исте као и код првог облика овог кривичног дела.

Члан 366. став 2. КЗ и члан 368. став 2. КЗ

Облик кривичног дела трговине утицајем из члана 366. став 2. КЗ¹² има сличности са кривичним делом давање мита - неправим активним подмићивањем из члана 368. став 2. КЗ.

Ако се прави аналогија са кривичним делом давањем мита из члана 368. став 2. КЗ, кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 2. КЗ представља неправо активно противзаконито посредовање.¹³

Кривично дело давање мита из члана 368. став 2. КЗ врши "Ко службеном или другом лицу учини, понуди или обећа поклон или другу корист да службено лице у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју би морало извршити или да не изврши службену радњу коју не би смело извршити или ко посредује при оваквом подмићивању службеног лица".

Овај облик кривичног дела - неправо активно подмићивање (члан 368. став 2. КЗ) се може извршити на четири начина: 1) чињењем поклона или друге користи службеном или другом лицу; 2) нуђењем поклона или друге користи службеном или другом лицу; 3) обећањем поклона или друге користи службеном или другом лицу или 4) посредовањем при подмићивању службеног лица. Чињење поклона или друге користи претпоставља уручивање поклона, односно стављање поклона или друге користи

¹² Кривично дело давање мита из члана 368. став 2. КЗ (неправо активно подмићивање) представља лакши облик првог облика кривичног дела давање мита из члана 368. став 1. КЗ (право активно подмићивање) и разликује се у односу на кривично дело давање мита из члана 368. став 1. КЗ, само у погледу врсте радње због које се даје мито службеном лицу.

¹³ Стојановић, З., Ibid, стр. 1088.

на располагање службеном или другом лицу. Обећање поклона или друге користи може се извршити на било који начин којим се недвосмислено манифестује спремност или сагласност да се учини поклон или друга корист службеном или другом лицу. Обећање као позитиван наговештај може бити усмено, писмено, конклюдентним радњама, непосредно и посредно. Није значајно да ли је до обећања дошло самоиницијативно или на захтев другог лица.¹⁴ Нуђење поклона или друге користи се реализује у виду иницијативе да службено или друго лице нешто узме односно, стављањем до знања да има могућност да нешто узме, предлагањем да нешто прихвати, да приступи томе. Посредовање (код кривичног дела давање мита) подразумева предузимање одговарајућих радњи којима се успоставља веза између лица које даје поклон или другу корист и службеног лица које то прима.

За постојање кривичног дела давање мита из члана 368. став 2. КЗ неопходно је да се нека од делатности која има значај радње извршења предузета у одређеном циљу – да би службено лице у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем извршило радњу коју би иначе морало извршити или да не би извршило радњу коју не би смело извршити - у ужем смислу дозвољену радњу.¹⁵

Поменули смо да радњу извршења кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 2. КЗ представља обећање, нуђење или давање поклона или какве друге користи другом лицу да оно коришћењем свог

¹⁴ Кривично дело постоји када једно лице приликом његовог привођења истражном судији ради саслушања због извршеног саобраћајног прекршаја двојици полицајаца обећа да ће им дати новац уколико га пусте да побегне (Апелациони суд у Београду Кж1 522/2011).

¹⁵ Према судској пракси, кривично дело давање мита из чл.368.ст.2. КЗ постоји и када службено лице у првом тренутку најпре одбије понуду као на пример, када је кинески држављанин у просторијама ГСУП Београд инспектору за странце учинио поклон да у оквиру свог службеног овлашћења изврши службену радњу коју би морао извршити, а то је давање мишљења у вези са захтевом за добијање визе његовој супрузи, тако што је дошао да се интересује да ли је из амбасаде стигао захтев у вези са издавањем визе за његову супругу, па када му је инспектор затражио путну исправу ради утврђивања података, он му је предао пасош у коме се налазила новчаница од 50 евра, а када је инспектор вратио новчаницу, окривљени је прошао иза стола и покушао да стави новчаницу у џеп инспектору, али када му то није успело, новчаницу је ставио на сто испод папира који су се ту налазили. Прилазећи инспектору, окривљени је рекао да је "то за сок" и при томе није захтевао да он да позитивно мишљење" (Окружни суд у Београду Кж 2216/2004).

службеног или друштвеног положаја или (стварног или претпостављеног) утицаја посредује да се изврши или не изврши нека службена радња.

Оно што чини сличним и различитим кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 2. КЗ и кривично дело давања мита из члана 368. став 2. КЗ, су радње извршења које учинилац врши да би се извршила или не би извршила нека службена радња. Суштинска разлика између ових дела је управо у радњи извршења, начину посредовања и успостављању контакта између лица које посредује и извршиоца службене радње код кога се посредује и у коначном разлика је у лицу коме се поклон (или друга корист) даје, обећава или нуди.

Наиме, код кривичног дела давање мита из члана 368. став 2. КЗ радња извршења се састоји у давању, нуђењу или обећавању поклона конкретно и директно одређеном службеном лицу (или другом лицу) ради предузимања или не предузимања неке службене радње.

Код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 2. КЗ радња извршења се не састоји у давању, нуђењу или обећавању поклона или неке друге користи конкретно и директно службеном лицу (које треба да изврши службену радњу) већ неком другом лицу (које може али не мора имати својство службеног лица), како би то лице коришћењем свог службеног положаја или друштвеног утицаја посредовало код службеног лица да се изврши или не изврши нека службена радња.

Може се уочити да постоји суштинска разлика, између ова два кривична дела, у законом прописаној радњи извршења.

Иако је и у члану 366. став 2. КЗ и у члану 368. став 2. КЗ употребљен законски термин посредовање, у случају кривичног дела давање мита из члана 368. став 2. КЗ је употребљен у контексту успоставља везе између лица које даје поклон или другу корист и службеног лица које тај поклон прима, у неком ширем виду у смислу пружања помоћи, олакшавања, стварања услова и ситуације, даваоцу поклона да службеном лицу учини, (понуди или обећа) поклон како би службено лице предузело или изоставило неку службену радњу.

Код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 2. КЗ термин посредовање није употребљен у контексту успостављања такве везе између даваоца поклона и службеног лица које треба да изврши или не изврши неку службену радњу.

У случају кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 2. КЗ учинилац дела, то јест давалац поклона или друге користи, не даје поклон директно службеном лицу да би извршило или не би извршило неку службену радњу, већ даје поклон посреднику, како би посредовао код службеног лица да изврши или не изврши неку службену радњу.

Дакле, давање поклона и друге користи код кривичног дела трговина утицајем није усмерено према службеном лицу које треба да изврши или не изврши неку службену радњу, већ се поклон (или друга корист) даје лицу које посредује.

Члан 366. став 3. КЗ

Трећи облик кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ врши: "Ко користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити".

Ово је тежи облик кривичног дела, који се од дела из члана 366. став 1. КЗ разликује у погледу врсте службене радње у погледу чијег се извршења или неизвршења посредује, као и у погледу радње извршења.

Радња извршења овог облика кривичног дела из члана 366. став 3. КЗ састоји се у коришћењу службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја за посредовање да се изврши службена радња која се не би смела извршити, или да се не изврши службена радња која би се морала извршити.

Из наведеног следи да су у члану 366. став 3. КЗ прописане четири алтернативне радње извршења: 1) коришћење службеног положаја 2) коришћење друштвеног положаја 3) коришћење стварног утицаја, 4) коришћење претпостављеног утицаја за посредовање да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити.

Радња извршења је противзаконито посредовање то јест, посредовање коришћењем службеног или друштвеног положаја или одговарајућег утицаја у циљу остваривања недозвољеног, незаконитог чињења или нечињења, а да се при томе, заузврат ништа не захтева нити прима.

Можемо рећи да се трећи облик дела (члан 366. став 3. КЗ) састоји у извршеном посредовању на начин о коме је реч и у првом и другом облику овог дела, али је потребно да се то посредовање односило на извршење службене радње која се не би смела извршити или на неизвршење службене радње која се морала извршити, дакле да се у служби поступи супротно прописима и правилима по којима се та служба обавља.

Наиме, потребно је да се посредује са циљем вршења службене радње која се не би смела извршити, или се посредује да се не изврши службена радња која би се морала извршити.

За разлику од облика кривичног дела из члана 366. став 1. КЗ, код овог облика кривичног дела из члана 366. став 3. КЗ потребно је да је дошло до посредовања, тј. радња извршења се састоји у противзаконитом посредовању.

Кривично дело из члана 366. став 3. КЗ је свршено посредовањем да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити.

За разлику од претходних облика овог кривичног дела, за постојање дела није потребно примање или давање поклона, нити поклон или друга корист, представљају обележје овог облика кривичног дела трговина утицајем. Није потребно да је извршилац примио поклон или какву другу корист за посредовање.

Као што је поменуто, за постојање кривичног дела трговина утицајем довољно је посредовање, да се изврши или не изврши нека службена радња (уз остале законом прописане елементе) али не и да службена радња буде или не буде извршена. Кривично дело трговина утицајем постојаће и ако лице на које је посредовање усмерено не изврши ни једну радњу.

Ако је службено лице које је коришћењем службеног положаја посредовало код другог службеног лица да се изврши незаконита службена радња одговорно за кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ, поставља се питање за које кривично дело је одговорно службено лице код кога се посредује односно на кога се утиче да изврши незакониту службену радњу, уколико такву радњу изврши, односно не изврши?

Службено лице на које се утиче, тј. код кога се посредује да изврши службену радњу која се не би смела извршити, односно да не изврши службену радњу која би се морала извршити, уколико такву радњу предузме односно не предузме, било би одговорно за кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 1. КЗ (под условом да нема или да се не зна висина имовинске користи), уколико су испуњена остала законом прописна обележја кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 1. КЗ, што ће зависити од конкретног случаја.

Такође, кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. КЗ се као основно кривично дело против службене дужности примењује само уколико није остварено биће неког другог кривичног дела против службене дужности. Пошто је кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ *lex specialis* у односу на кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 1. КЗ, приликом избора квалификације између ова два кривична дела, треба применити начело специјалитета.

Члан 366. став 4. КЗ

Четврти облик кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 4. КЗ врши: "Ко другом непосредно или преко трећег лица обећа, понуди или да поклон или какву другу корист да користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављен утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити".

Радња извршења овог облика кривичног дела из члана 366. став 4. КЗ је обећање поклона или какве друге користи, нуђење награде или какве друге користи, или давање награде или какве друге користи. У случају кривичног дела из члана 366. став 4. КЗ предузима се радња у циљу да друго лице користећи свој службени или друштвени положај или утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити.

Награда или какав друга корист се обећава, нуди или даје у одређеном циљу – да то (друго) лице коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја посредује да се изврши или не изврши нека недозвољена службена радња.

Дакле, четврти облик овог дела састоји се у обећању, нуђењу или давању другоме награде или какве друге користи за посредовање за недозвољену службену радњу или за нечињење онога што је службена дужност. То је уједно и основна разлика у односу на облик кривичног дела из члана 366. став 2. КЗ.

Код облика кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 4. КЗ посредовање мора бити управљено на предузимање службене радње која се не би смела извршити или на спречавање службена радња која би се морала извршити (посредовање за недозвољену службену радњу или за нечињење онога што је службена дужност).

Награда или каква друга корист се обећава, нуди или даје непосредно другом лицу или преко трећег лица.

Код овог облика дела није нужно да је посредовање за које је обећана, понуђена или дата награда или друга корист и извршено, и ако јесте, да ли је постигнуто оно због чега се посредовало. У том правцу важи исто као што је наведено за облик кривичног дела из члана 366. став 1. КЗ.

Члан 366. став 4. КЗ и члан 368. став 1. КЗ

Облик кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 4. КЗ има сличности са кривичним делом давање мита из члана 368. став 1. КЗ - правим активним подмићивањем.

Посматрајући у односу на кривично дело давање мита из члана 368. став 1. КЗ, облик кривичног дела из члана 366. став 4. КЗ је право активно противзаконито посредовање.

Кривично дело давање мита из члана 368. став 1. КЗ врши: "Ко службеном или другом лицу учини, понуди или обећа поклон или другу корист да службено лице у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју не би смело извршити или да не изврши службену радњу коју би морало извршити или ко посредује при оваквом подмићивању службеног лица".

Овај облик кривичног дела - право активно подмићивање се може извршити на четири начина: 1) чињењем поклона или друге користи службеном или другом лицу; 2) нуђењем поклона или друге користи службеном или другом лицу; 3) обећањем поклона или друге користи службеном

или другом лицу или 4) посредовањем при подмићивању службеног лица.¹⁶

Код кривичног дела давање мита из члана 368. став 1. КЗ, радња извршења се предузима да би службено лице у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем извршило службену радњу коју не би смело извршити или да не изврши службену радњу коју би морало извршити или ко посредује при оваквом подмићивању службеног лица - недозвољену радњу.

Поменули смо да се радња извршења кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 4. КЗ састоји у обећавању, нуђењу или давању награде или какве друге користи, непосредно или преко трећег лица, службеном или другом лицу које има друштвени положај или стварни или претпостављени утицај, да посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити.

Сличности и разлике које се односе на разматрања односа кривичних дела из члана 366. став 2. КЗ и члана 368. став 2. КЗ могу се у највећој мери применити и на однос кривичних дела трговина утицајем из члана 366. став 4. КЗ и давање мита из члана 368. став 1. КЗ.

Суштина је да приликом разликовања ова два облика кривичног дела из члана 366. став 4. КЗ и из члана 368. став 1. КЗ треба имати у виду, конкретне радње извршења оба кривична дела.

Пре свега давање поклона и друге користи код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 4. КЗ (као и случају кривичног дела из члана 366. став 2. КЗ) није усмерено према службеном лицу које треба да изврши или не изврши неку службену радњу, већ се поклон (или друга корист) даје лицу које посредује. У случају кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 4. КЗ учинилац давалац поклона или друге користи даје (обећава, нуди) поклон посреднику, како би посредовао код службеног лица да изврши или не изврши службену радњу која се не би смела извршити или да изврши службену радњу која би се морала извршити. Дакле, код кривичног дела трговина утицајем, поклон се даје посреднику а не службеном лицу које треба да предузме одређену службену радњу.

¹⁶ Наведено је исто као и у случају кривичног дела из члана 368. став 2. КЗ.

Са друге стране, када је у питању кривично дело давање мита из члана 368. став 1. КЗ учинилац дела даје поклон (нуди, обећава) или посредује да поклон прими директно службено лице (или друго лице), да у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју не би смело извршити или да не изврши службену радњу коју би морало извршити.

Посредовање код кривичног дела давања мита из члана 368. став 1. КЗ обухвата радње којима се доводе у везу лице које даје мито и службено лице које прима мито ради извршења или неизвршења одређене службене радње.

Код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 4. КЗ, посредовање се односи на радње које треба да предузме лице које је примило поклон (обећање или понуду поклона) од учиниоца, како би користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај, утицало на службено лице, да изврши или не изврши неку службену радњу. Код кривичног дела трговина утицајем, учинилац и службено лице које предузима или не предузима одређену службену радњу нису у директном контакту, јер је између њих посредник који од учиниоца прима поклон за посредовање, како би својим службеним или друштвеним положајем или стварним или претпостављеним утицајем, утицао на службено лице, да изврши или не изврши неку службену радњу.

Све остало што је наведено у односу на кривично дело из члана 366. став 2. КЗ, а тиче се разграничења са кривичним делом давање мита из члана 368. став 2. КЗ, може се применити и на облик кривичног дела из члана 366. став 4. КЗ, с тим што се односи на предузимање посредовања да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити, то јест на предузимање недозвољених радњи.

Члан 366. став 5. КЗ

У члану 366. став 5. КЗ прописан је квалификовани облик кривичног дела из члана 366. став 3. КЗ. Пети облик кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 5. КЗ постоји: "Ако је за посредовање из става 3. овог члана захтеван или примљен поклон или каква друга корист."

Кривично дело из члана 366. став 3. КЗ врши: "Ко користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити.

Код кривичног дела из члана 366. став 3. КЗ посредовање је радња извршења која је предузета са циљем да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити. Код облика кривичног дела из члана 366. став 3. КЗ потребно је да је дошло до посредовања ради извршења или неизвршења одређене службене радње из члана 366. став 3. КЗ, а да се при томе, заузврат ништа не захтева нити прима.

За постојање кривичног дела из члана 366. став 5. КЗ неопходно је да је посредовање извршено и то ради извршења или неизвршења службене радње из члана 366. став 3. КЗ, као и да је извршилац посредовања, о коме је реч код трећег облика дела (став 3), примио награду или другу корист.

У случају да посредовање није извршено, а примљен је поклон или каква друга корист, постојаће покушај (члан 30. КЗ) дела из члана 366. став 5. у вези са ставом 3. КЗ.¹⁷

За постојање дела из члана 366. став 5. КЗ важи и оно што је наведено у односу на облик кривичног дела из члана 366. став 3. КЗ.

СУБЈЕКТИВНА ОБЕЛЕЖЈА БИЋА КРИВИЧНОГ ДЕЛА ТРГОВИНА УТИЦАЈЕМ

Сви облици кривичног дела трговина утицајем могу се извршити само са умишљајем.

Код облика кривичног дела из члана 366. став 1. КЗ, учинилац је свестан да захтева или прима поклон или неку другу корист, свестан је да поклон прима како би коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја посредовао да се изврши или не изврши нека службена радња, и хоће извршење дела.

¹⁷ Стојановић, З., Ibid, стр.1088

Дакле дело се може извршити само са умишљајем. То произилази из саме природе дела. Умишљај обухвата свест и хтење да се посредовање врши коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја да се изврши нека дозвољена службена радња.

Уколико код учиниоца не постоји свест о томе да је поклон или другу корист примио због тога да би посредовао да се изврши или не изврши нека службена радња, односно да учини оно што од њега очекује давалац поклона, нема умишљаја, те самим тим и нема кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ. Могуће је да учинилац, у погледу пријема поклона или неке друге користи буде у стварној заблуди из члана 28. КЗ и да има погрешну представу и погрешно сматра да му лице даје поклон или корист из неког другог разлога.

У случају облика кривичног дела из члана 366. став 2. КЗ, учинилац је свестан да другом обећава, нуди или даје поклон или какву другу корист, такође је свестан да поклон даје том лицу како би коришћењем свог положаја (службеног или друштвеног) или утицаја (стварног или претпостављеног) посредовало да се изврши или не изврши нека службена радња и хоће извршење дела.

Дакле код учиниоца мора да постоји и свест и воља да поклон даје (нуди или обећава) другом лицу да то лице посредује код неког службеног лица да се изврши или не изврши нека службена радња.

Код облика кривичног дела из члана 366. став 3. КЗ, учинилац је свестан да користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити и хоће извршење дела.

Умишљај учиниоца обухвата свест и хтење учиниоца да посредује код одређеног службеног лица да то лице изврши недозвољену службену радњу тј. службену радњу која се не би смела извршити или да не изврши службену радњу коју би морало извршити, при чему је учинилац свестан да посредује користећи свој службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај и хоће извршење дела.

Кривично дело из члана 366. став 4. КЗ се такође може учини само са умишљајем. Учинилац је свестан да службеном лицу (или лицу које

има друштвени положај, стварни или претпостављени утицај), даје (обећава или нуди) поклон (или другу корист) да посредује, код другог службеног лица, да се изврши недозвољена службена радња тј. службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити и хоће извршење дела.

У погледу члана 366. став 5. КЗ квалификованог облика из члана 366. став 3. КЗ учинилац је свестан да за посредовање из члана 366. став 3. КЗ захтева или прима поклон (или другу корист) и хоће извршење дела. Дакле и у односу на квалификаторну околност ће постојати умишљај.

ПОСЛЕДИЦА КРИВИЧНОГ ДЕЛА ТРГОВИНА УТИЦАЈЕМ

Сви облици кривичног дела трговина утицајем се сматрају довршеним окончањем делатности која има значај радње извршења¹⁸.

У пресуди Врховног касационог суда Кзз 366/2015 од 22.4.2015. године је наведено да је "кривично дело трговине утицајем из члана 366. став 1. КЗ, свршено самим примањем награде или друге користи да би се коришћењем службеног положаја или утицаја посредовало код службеног лица да изврши или не изврши неку службену радњу, при чему је без утицаја на постојање овог кривичног дела да ли је окривљени оштећеног довео у заблуду у погледу своје намере да заиста посредује или у погледу постојања свог стварног утицаја, већ је довољно да је награда примљена у циљу посредовања."

Такође се у судској пракси, поставило питање значаја постојања оштећене стране или штетне последице за постојање дела трговина утицајем. Према ставу Врховног касационог суда у пресуди Кзз ОК 6/2020 од 2.6.2020. године, "штетна последица према одредби члана 366. став 1. КЗ не представља битан елеменат овог кривичног дела, што значи да у конкретном случају те околности није нужно утврђивати, јер нису од значаја за постојање овог кривичног дела".

¹⁸ Делић, Н. (2014) Нова решења у посебном делу Кривичног законика Србије, Београд, стр. 195-198

СУДСКА ПРАКСА

Кривично дело трговина утицајем је у одређеној мери заступљено у домаћој судској пракси. Често се јавља у предметима са већим бојем извршилаца и то заједно са кривичним делима примање и давање мита (чл. 367. и 368. КЗ) и злоупотреба службеног положаја (члан 359. КЗ).

У судској пракси се најчешће могу срести облици кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ и члана 366. став 3. КЗ, иако се јавља и облик дела из члана 366. став 5. у вези става 3. КЗ.

У даљем току реферата указаћемо на одлуке Врховног касационог суда и апелационих судова у којима је предмет разматрања било и кривично дело трговина утицајем из члана 366. КЗ.

Утврђивање радње извршења и својства лица код кога се посредује

У судској пракси се у случају кривичног дела трговина утицајем, често поставља питање да ли чињенични опис дела наведен најпре у оптужби а затим и у пресуди, садржи сва битна обележја дела, пре свега радњу извршења. У вези са наведеним је скоро увек и питање својства лица које посредује и својства лица код кога се посредује и њихових службених овлашћења.

Поставља се питање да ли ће постојати кривично дело из члана 366. став 1. КЗ уколико се посредује код лица које није овлашћено или није у могућности да одлучује о ономе за шта се посредује? У вези са наведеним се увек поставља и питање да ли су изреци пресуде наведени сви елементи дела трговина утицајем?

При одлучивању треба имати у виду облик конкретног кривичног дела трговина утицајем, те да је за постојање кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ довољно да се прими, односно захтева награда или корист ради посредовања (а није нужно и да дође до посредовања), па да већ постоји кривично дело, при чему штетна последица према одредби члана 366. став 1. КЗ не представља битан елемент овог кривичног дела.

Пресудом Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж1 По1 26/19 од 27.12.2019. године, суд је става, да је супротно наводима жалбе, изрека пресуде разумљива, с обзиром да из чињеничног описа датог у диспозитиву пресуде произлазе сва законом предвиђена обележја

кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. у вези члана 33. КЗ, за која је окривљени оглашен кривим, па и радња кривичног дела која се састоји у томе што је окривљени преко Б. Р. од Д. М. захтевао награду, а потом примио награду од Д. М. да коришћењем свог службеног положаја и стварног утицаја посредује код стечајног управника И.С. да се изврши службена радња продаје имовине кланице "Полет" непосредном погодбом Д.М. Неосновано се, такође, жалбом окривљеног указује на неразумљивост изреке услед тога што у истој није наведено да ли је наступила штетна последица, па да је због тога нејасно да ли се ради о свршеном делу или покушају. Ово стога, што кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ представља делатносно кривично дело код ког последица није конститутивни елемент бића кривичног дела, због чега за постојање наведеног кривичног дела исту и не треба утврђивати, нити је она од значаја за разграничење довршеног од покушаног кривичног дела, па се, услед тога, код таквих кривичних дела сматра да су довршена самим довршавањем радње извршења.

Став Апелационог суда у Београду је потврђен и пресудом Врховног касационог суда Кзз ОК 6/2020 од 2.6.2020. године, којом је одбијен као неоснован захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног АА, поднет против правноснажних пресуда Вишег суда у Београду, Посебно одељење за организовани криминал К. По1. бр. 24/17 од 14.6.2019. године и Апелационог суда у Београду, Посебно одељење Кж1 По1 26/19 од 27.12.2019. године.

Бранилац окривљеног АА у захтеву за заштиту законитости је истакао да стечајни управник, као службено лице није овлашћен да одлучује о продаји привредног друштва - кланице, па се на њега не може ни утицати, нити преко њега посредовати у циљу остварења одређеног исхода тог поступка, обзиром да је стечајни поступак прецизно регулисан Законом о стечају. Такође се у заштиту законитости истиче да како окривљени АА кривично дело није могао извршити посредовањем или утицајем на начин како је то нападнутим пресудама представљено, нити је дело могло извршити службено лице које није овлашћено да о томе одлучује, да у конкретном случају нема ни противправности ни оштећене стране, као ни штетне последице.

Из изреке првостепене пресуде, у односу на коју је поднет захтев за заштиту законитости, произилази да је у време, на начин и на месту

ближе описаном у изреци те пресуде, окривљени АА, председник Привредног суда у ... дана 18.8.2016. године преко правноснажно осуђеног ВВ са којим је заједнички учествовао у извршењу кривичног дела, захтевао од ББ награду од 10.000 евра и дана 09.12.2016. године је примио награду од ББ у износу од 10.000 евра, да коришћењем свог службеног положаја и стварног утицаја посредује код ГГ, стечајног управника у Привредном друштву за клање и прераду меса кланица "ДД" д.о.о. ... -у стечају, да се изврши службена радња, продаја имовине тог Привредног друштва у стечају непосредном погодбом ББ,

те да је окривљени АА у више наврата до децембра 2016. године је контактирао стечајног управника ГГ у вези самог поступка продаје, расписивање јавних огласа, начина продаје, исхода поступка продаје, пријављених заинтересованих купаца, уплате депозита, износа понуде ББ и у вези прикупљених информација лично или преко правноснажно осуђеног ВВ обавештавао о предузетим радњама и давао упутства ББ о даљим радњама које треба да предузме да би постала власник имовине Привредног друштва за клање и прераду меса кланица "ДД" д.о.о. ... -у стечају, па је приликом непосредног контакта 13.9.2016. године обећао ББ да ће посао у вези куповине наведеног привредног друштва од стране оштећене бити завршен до краја 2016. године, па је 3.11.2016. године контактирао стечајног управника ГГ, када је сазнао да се нико није јавио на последњи јавни позив за продају имовине, након чега је контактирао осуђеног ВВ и преко њега поручио ББ да поднесе понуду по препоруци стечајног управника ГГ, што је она и учинила дана 14.11.2016. године, у вези са којом понудом је стечајни управник ГГ дана 16.11.2016. године упутио захтев Одбору поверилаца за разматрање понуде за куповину, након чега је Одбор поверилаца дана 24.11.2016. године дао сагласност за продају имовине стечајног дужника Привредног друштва за клање и прераду меса кланица "ДД" д.о.о. ... -у стечају у свему према условима из понуде ББ за купопродајну цену од 19.000.000,00 динара, па је дана 30.11.2016. године стечајни управник ГГ сачинио, потписао и упутио ББ обавештење и захтев за уплату новчаних средстава у вези са предметом понуде,

након чега је окривљени АА, дана 6.12.2016. године, након позива ГГ, у коме му је саопштио да је ББ примила обавештење, контактирао правноснажно осуђеног ВВ и пренео му наведену информацију, а дана 9.12.2016. године, преко правноснажно осуђеног ВВ са ББ договорио при-

мопредају награде и истог дана у кафићу "ББ" у ... од ББ на име награде за посредовање примио готов новац у износу од 10.000 евра.

По налажењу Врховног касационог суда из чињеничног описа радње извршења кривичног дела садржаног у изреци првостепене пресуде произилазе сви субјективни и објективни елементи кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. у вези члана 33. КЗ, за које је окривљени АА оглашен кривим-окривљени је преко ВВ од ББ захтевао награду, потом примио награду од ББ за коришћење свог службеног положаја и стварног утицаја да посредује код стечајног управника ГГ да се изврши службена радња продаје имовине кланице "ДД" непосредном погодбом ББ, па су наводи захтева за заштиту законитости којима се указује на повреду закона из члана 439. тачка 1) ЗКП у побијаним пресудама, од стране овога суда, оцењени као неосновани.

Према ставу Врховног касационог суда у пресуди Кзз ОК 6/2020 од 2.6.2020. године, штетна последица према одредби члана 366. став 1. КЗ не представља битан елеменат овог кривичног дела, што значи да у конкретном случају те околности није нужно утврђивати, јер нису од значаја за постојање овог кривичног дела.

Имајући у виду заузете ставове Врховног касационог суда и Апелационог суда, захтевањем (и пријемом) награде за коришћење службеног положаја ради посредовања у продаји имовине привредног друштва предузета је радња кривичног дела трговина утицајем.

Апелациони суд у Новом Саду у пресуди Кж1 3590/2012 од 23.1.2014. године наводи да: за постојање кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ није битно код које службе или ког поименично лица, нити на који начин се коришћењем службеног или друштвеног положаја или стварног или стављеног утицаја посредује да се изврши или не изврши нека службена радња. Зато ни у конкретном случају није битно код које је стручне службе или поименично лица, нити на који је начин окривљени запослен на пословима главног инжењера у наведеном правном лицу, овде "... Н. С., коришћењем оваквог свог службеног положаја посредовао да се изврши службена радња, конкретно(у коначном) закључивање уговора о продаји електричне енергије број ... од 6.10.2009. године за објекат оштећеног у Р., који уговор је окривљени дана 8.10.2009.

године предао оштећеном, а оштећени му исплатио преостали износ од укупно уговорене суме, тј. преосталих 3.000 евра.

Према томе, Апелациони суд у Новом Саду је у конкретном случају става да за постојање кривичног дела трговина утицајем није од значаја код које службе се посредује да се изврши или не изврши нека службена радња.

Разликовање облика кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ, члана 366. став 3. КЗ и члана 366. став 5. у вези става 3. КЗ

Приликом разликовања наведених облика кривичних дела, полази се од њихових битних обележја, пре свега законом прописане радње извршења, при чему је за разликовање облика дела из члана 366. став 1. КЗ и из члана 366. став 3. КЗ кључно разликовати значај извршеног посредовања, за постојање дела.

У судској пракси је код облика кривичног дела из члана 366. став 1. КЗ прихваћено да само посредовање није радња извршења, нити је за постојање овог облика дела потребно да је дошло до посредовања, већ је довољно да је учинилац захтевао или примио поклон или какву другу корист да би посредовао да се изврши или не изврши нека службена радња. Док је за постојање облика дела из члана 366. став 3. КЗ нужно да се посредује да се изврши или не изврши нека службена радња, односно неопходно је да извршилац предузме радњу посредовања. Обећање посредовања, не представља предузето посредовање, у смислу одредбе члана 366. став 3. КЗ.

Врховни касациони суд у пресуди Кзз 366/2015 од 22.4.2015. године је става да се радња извршења кривичног дела трговине утицајем из члана 366. став 1. КЗ састоји у примању награде или какве друге користи у циљу посредовања да се изврши или не изврши нека службена радња, при чему само посредовање треба да се оствари коришћењем свог службеног или друштвеног положаја, или стварног или претпостављеног утицаја. Међутим, само посредовање не представља радњу овог кривичног дела, нити је за постојање овог кривичног дела неопходно да је дошло до посредовања, већ је довољно да је учинилац примио награду или какву другу корист да би посредовао да се изврши или не изврши нека службена радња.

Апелациони суд у Крагујевцу у решењу Кж1 По1-6/2019 од 5.4.2019. године је истог става, код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ те наводи: "Посредовање треба да се оствари коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или утицаја, а само посредовање није радња извршења, нити је потребно да је дошло до посредовања, већ је довољно да је учинилац захтевао или примио поклон или какву другу корист да би посредовао да се изврши или не изврши нека службена радња коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или утицаја."

Апелациони суд у Београду, Посебно одељење у пресуди Кж1 По1 26/19 од 27.12.2019. године, је такође наведеног става, да код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ само посредовање и не представља радњу извршења кривичног дела, нити је за постојање кривичног дела потребно да је дошло до посредовања, већ је довољно да је учинилац захтевао или примио награду да би посредовао да се изврши нека службена радња коришћењем свог службеног положаја или утицаја, с тим што додаје да при томе мора да постоји могућност коришћења свог службеног положаја или утицаја, а која могућност, у конкретном случају, како то правилно закључио првостепени суд, произлази из неспорне чињенице да је окривљени вршио функцију председника Привредног суда у Зајечару, у ком је вођен поступак стечаја над предметном кланицом, а која функција подразумева одређена овлашћења и ауторитет.

Апелациони суд у Београду је у решењу Кж1 259/2020 од 16.6.2020. године, направио јасну разлику између облика кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ, члана 366. став 3. КЗ и члана 366. став 5. у вези става 3. КЗ, при чему је става да само обећање посредовања, не представља радњу посредовања већ да је за постојање облика кривичног дела из члана 366. став 3. КЗ и из члана 366. став 5. у вези става 3. КЗ неопходно да је радња посредовања предузета.

Тако је у поменутом решењу Апелационог суда у Београду Кж1 259/2020 од 16.6.2020. године наведено да за разлику од описа радње кривичног дела из члана 366. став 1. КЗ за постојање кривичног дела из става 3. истог члана, а за које је првостепени суд окривљеног огласио кривим, нужно да се посредује да се изврши или не изврши нека службена радња, односно неопходно је да извршилац предузме радњу посредовања, а не само да обећа да ће тако нешто учинити. Имајући у виду да из изреке

побијане пресуде не произилази да је окривљени радњу посредовања било када и предузео, нејасно је како је суд огласио окривљеног кривим за облик кривичног дела из члана 366. став 5. у вези става 3. КЗ који подразумева да је радња посредовања извршена, а посебно како је закључио да за извршење овог облика кривичног дела није потребно да до посредовања уопште дође. Дакле, за радњу извршења овог кривичног дела из става 3. КЗ нужно да је учинилац предузео, а не само обећао радњу посредовања, а код става 5. КЗ је неопходно да је учинилац не само посредовао, већ за то посредовање захтевао или примио поклон или какву другу корист.

Апелациони суд у Крагујевцу је у пресуди Кж1 По 1-16/2020 од 24.8.2020. године потврдио првостепену пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе за кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ, на основу члана 423. став 1. тачка 2) ЗКП, јер није доказано да је извршио кривично дело за које је оптужен. Наиме, у наведеној пресуди Апелационог суда у Крагујевцу прихваћен је став да како кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ чини лице које користећи службени или друштвени положај или стварни или претпостављени утицај посредује да се изврши службена радња која се не би смела извршити или да се не изврши службена радња која би се морала извршити, то је дакле потребно да се посредује са циљем вршења службене радње која се не би смела извршити или да са се посредује да се не изврши службена радња која би се морала извршити. У погледу радње извршења потребно је да дошло до посредовања, тј. радња извршења се састоји у противзаконитом посредовању. С обзиром да је за постојање наведеног облика кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ, потребно да је дошло до посредовања и да се конкретна радња извршења састоји у противзаконитом посредовању, а што није доказано, Апелациони суд у Крагујевцу је прихватио као правилан закључак и дате разлоге првостепеног суда, да није доказано да је оптужени извршио кривично дело како му је то стављено на терет оптужним предлогом.

Можемо рећи да судска пракса имајући у виду обележја облика кривичних дела из члана 366. став 1. КЗ и из члана 366. став 3. КЗ, јасно разликује радњу посредовања и њен значај за постојање ових облика кривичних дела. У случају облика дела из члана 366. став 3. КЗ, радња посредовања мора јасно бити описана у изреци пресуде, као и сва остала битна обележја дела.

Претпостављени утицај у судској пракси

Друштвени положај и претпостављени утицај су појмови које закон прецизно не дефинише, при чему се судска пракса у том правцу тек интензивније развија. У судској пракси је разматрано питање претпостављеног утицаја и када се може сматрати да такав утицај постоји или не постоји.

Апелациони суда у Нишу у пресуди КжЗ 24/2019 од 21.11.2019. године налази да се под појмом коришћење претпостављеног утицаја подразумева коришћење утицаја неког лица који очекивано може бити од одлучујућег значаја приликом посредовања да се нека службена радња изврши. Претпостављени утицај оптуженог, произилази из чињенице да је оптужени био командир ватрогасно спасилачке јединице, па да по том основу има контакте са службеним лицима из Министарства унутрашњих послова РС преко којих може убрзати исплату отпремнине оштећеном на коју је он након одласка у пензију имао право.

Апелациони суд у Крагујевцу је у пресуди Кж1 По-14/2019 од 19.11.2019. године, потврдио првостепену пресуду којом је А.А. оглашена кривом због кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ, јер је правилно утврђено да је окривљена крајем октобра 2017. године до 30.7.2018. године захтевала поклон за другог и примила поклон за себе да коришћењем свог службеног положаја и претпостављеног утицаја посредује да се изврши службена радња, те да је од Б.Б. када је засновала радни однос на одређено време као медицинска сестра и ОЈ Општа болница, неутврђеног дана крајем октобра месеца 2017. године од исте захтевала поклон за директора В.В., како би истог наградила за заснивање радног односа на одређено време и ради стимулисања за заснивање радног односа на неодређено време, те да јој је Б.Б. предала 500 евра за директора В.В. и 500 евра за окривљену, као и да је непосредно посредовала код директора В.В. убеђујући га да на радно место медицинске сестре прими Б.Б, те је неутврђеног дана почетком јула месеца 2018. године лажно представила Б.Б. да директор В.В. за заснивање радног односа на неодређено време Б.Б. захтева 3.000 евра, па јој је Б.Б. дана 30.07.2018. године предала наведени износ.

Према ставу Апелационог суда у Крагујевцу у наведеној пресуди првостепени суд је правилно утврдио да је окривљена А.А. посредовање

извршила коришћењем свог службеног положаја и претпостављеног утицаја. Приликом утврђивања наведених чињеница "по налажењу Апелационог суда у Крагујевцу без значаја је чињеница да је окривљена А.А. у хијерархијском низу била испод директора В.В, код кога је требало да посредује за запослење Б.Б, с обзиром да је првостепени суд детаљно објаснио како је окривљена у време извршења дела поседовала одговарајући посреднички потенцијал, с обзиром на свој службени положај и радно место помоћника директора Дома здравља, које спада у двадесетак руководећих места у Здравственом центру Града. Затим, како посредовање не представља радњу извршења кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ, нити је за постојање овог дела потребно да је дошло до посредовања, довољно је да је учинилац захтевао или примио поклон или какву другу корист да би посредовао да се изврши или не изврши нека службена радња коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или утицаја. Због наведеног чињеница да је окривљена убеђивала - питала директора В.В. да запосли Б.Б. од значаја је једино у том смислу да потврди да је окривљена била заинтересована да Б.Б. добије посао како би оправдала новац који је од ње захтевала и примила на име запослења."

Могло би се рећи да се под изразом коришћење претпостављеног утицаја да се изврши или не изврши нека службена радња, подразумева коришћење утицаја неког лица који очекивано може бити од одлучујућег значаја приликом подстицања да се нека службена радња изврши. Са друге стране, као што је поменуто, закон говори о "претпостављеном утицају", јер учинилац не мора и стварно имати утицај, већ може да се "послужи" утицајем за који други само претпостављају да га има.

Извршилац кривичног дела трговина утицајем у судској пракси

Питање извршиоца кривичног дела се оцењује са аспекта његовог својства у зависности од облика кривичног дела. Као што је поменуто извршилац три облика кривичног дела трговина утицајем (члан 366. ст. 1, 3. и 5. КЗ) може бити како службено лице, тако и неко друго лице које има друштвени положај или утицај, док извршилац два облика кривичног дела трговине утицајем (члан 366. ст. 2. и 4. КЗ) може бити било које лице, Међутим, у судској пракси се веома често поставља и питање

подобности окривљеног да се јави као извршилац конкретног кривичног дела.

Апелациони суд у Крагујевцу у решењу Кж1 311/2020 од 22.5.2020. године налази да је правилно становиште првостепеног суда да код окривљене није постојало најпре својство службеног лица у смислу коришћења службеног положаја ради посредовања, као и друштвеног и стварног утицаја, што није случај са претпостављеним утицајем, за чије коришћење по налажењу овог суда није неопходно да учинилац има високу позицију у друштвеној односно службеној хијерархији.

Наиме, и по налажењу Апелационог суда у Крагујевцу, у поменом решењу, окривљена Н.Н. у конкретном случају, као записничар у Општинском суду, није имала својство службеног лица, а ни потребан службени или друштвени положај који би могла да искористи у посредовању коришћењем таквог положаја. Међутим, што се тиче претпостављеног утицаја окривљене за извршење кривичног дела које јој се ставља на терет првостепена пресуда не садржи разлоге, а дати разлози су нејасни.

По налажењу Апелационог суда у Крагујевцу, на основу свих околности конкретног случаја сведок М.М. из К. је основано могла да претпостави да окривљена Н.Н. има утицај на Д.Д. из К, руководиоца општих и заједничких служби Општинског суда, у смислу посредовања да уз новчану награду утиче на председника суда да изврши службену радњу коју не би смео извршити, и то да од пријављених кандидата за радно место чистачице буде она изабрана.

Пре свега, сама чињеница да је окривљена Н.Н. била записничар и дугогодишњи радник Општинског суда, је објективно својство које окривљену повезује са могућношћу посредовања код лица које би требало да предузме службену радњу запослења у суду. Када се томе дода и чињеница да је окривљена Н.Н. организовала састанак у судском бифеу између Д.Д. и М.М. у вези њеног запослења у суд, чиме јој је у суштини приказала своју могућност посредовања, а што је такође, по налажењу овог суда, за последицу имало објективан став код сведока М.М. о постојању претпостављеног утицаја окривљене на службена лица везано за доношење одлука о запослењу, због чега је окривљеној дала одређени новчани износ.

Дакле, према ставу суда у конкретном случају постојање подобности окривљеног да изврши утицај код кривичног дела трговина утицајем из члана 366. Кривичног законика се оцењује на основу конкретне службене радње у вези које посредује и његовог односа са извршиоцем те службене радње, како би се утврдило да ли је с обзиром на свој положај или утицај посредовао у извршењу службене радње.

**Утврђивање конкретне радње и предмета извршења
код кривичног дела из члана 366. став 1. КЗ**

Посебно је питање у судској пракси оцене конкретне радње извршења и да ли се нека конкретно предузета радња може сматрати захтевањем или примањем поклона, као и шта се у сваком конкретном случају може сматрати поклоном (или неком другом користи) у смислу кривичног дела из члана 366. став 1. КЗ.

Пресудом Апелационог суда у Нишу Кж1 766/2017 од 15.8.2017. године потврђена је првостепена пресуда којом је окривљени АА ослобођен од оптужбе да је извршио кривично дело трговина утицајем из члана 366. ста 1. КЗ и кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ, јер није доказано да је учинио дела за које је оптужен. По оцени Апелационог суда у Нишу, правилно је првостепени суд закључио да изведени докази не потврђују наводе оптужбе да је оптужени захтевао и примио награду за себе или другог, како би посредовао код ББ да овери и изда здравствене књижице за конкретна лица. Према ставу Апелационог суда у Нишу, чињеница да је сведок ББ коме је издата здравствена књижица окривљеном платио 200.00 динара да му напише молбу за издавање здравствене књижице и чињеница да је сведок ВВ након што га је окривљени "поучио" шта му је од документације потребно за издавање здравствене књижице његовом оцу, окривљеном платио кафу, у кафићу где су седели, не утиче на чињеничне и правне закључке првостепеног суда (да није доказано да је окривљени учинио кривично дело за које је оптужен), јер се кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ састоји у захтевању или примању награде или какве друге користи у циљу посредовања да се изврши или не изврши нека службена радња, при чему то посредовање треба да се оствари коришћењем службеног или друштвеног положаја учиниоца или његовог стварног или претпостављеног утицаја.

"Како нема доказа да је окривљени захтевао и примио награду за себе и другог да код сведока ББ посредује да се изврше службене радње овере здравствене књижице, нити има доказа да је окривљени таквог службеног односно друштвеног положаја који подразумева стварни односно претпостављени утицај на ББ, то је по налажењу Апелационог суда у Нишу, правилно првостепени суд закључио да нема доказа да је оптужени учинио дело за које је оптужен".

Може се рећи да се не може се сваки контакт сам по себи сматрати примањем поклона или захтевом да се прими поклон, јер дело чини извршилац тако што захтева или прими поклон или какву другу корист за себе или другог у циљу посредовања да се изврши или не изврши нека службена радња. При том утврђивању треба поћи од конкретне радње извршења и утврдити да ли се та радња може сматрати захтевањем или примањем поклона, као и од објекта радње кривичног дела, шта се конкретно има сматрати поклоном (или другом користи), имајући у виду имовинску и неимовинску вредност, те након тога и оценити да ли конкретна радња представља захтевање или примање поклона да би се посредовало да се изврши или не изврши нека службена радња.

Чињенични опис и оцена доказа кривичног дела из члана 366. став 3. КЗ

Облик кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ, се јавља у судској пракси и према запрећеној казни представља тежи облик дела у односу на кривично дело из члана 366. став 1. КЗ. С обзиром да кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ има своја битна обележја, другачија у односу на основни облик дела из става 1, то се и у судским одлукама указује да је потребно имати у виду све елементе дела приликом утврђивања конкретног чињеничног стања.

Решењем Апелационог суда у Новом Саду Кж1 192/2019, укинута је првостепена пресуда којом је окривљени ослобођен од оптужбе да је извршио кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ. Ради упознавања са различитим облицима и радњама извршења кривичног дела трговина утицајем у судској пракси, навешћемо чињенични опис предметног дела.

Првостепени суд је окривљеног А.А. на основу члана 423. став 2. ЗКП, ослободио од оптужбе јер је нашао да није доказано да је окривљени "као шеф одсека за сузбијање криминалитета у ПУ, користећи свој службени положај, посредовао да се изврши службена радња која се не би смела извршити на тај начин: што је у поступку против осумњиченог Б.Б., по кривичној пријави оштећене мал. В.В., због кривичног дела искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу из члана 185б Кривичног законика, након одузимања предмета кривичног дела од осумњиченог и то: телефона марке "Iphone 5" са припадајућом СИМ картицом и таблет уређаја марке "Asus" тип "Nexus 7", по потврди о привремено одузетим предметима, усмено наредио полицијском службенику Г.Г, инспектору за сузбијање привредног криминала у ПУ, да изврши службену радњу која се не би смела извршити, да привремено одузете предмете врати осумњиченом Б.Б. што је овај и учинио, иако наведена електронска опрема није могла бити враћена осумњиченом јер се на истој налазе предмети који су настали извршењем кривичног дела и наведени предмети су били потребни за вођење даљег поступка, те није било места њиховом враћању осумњиченом, до одлуке тужилаштва по наведеној кривичној пријави или одлуке суда, при чему је био свестан да је његово дело забрањено, чиме би извршио кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 3. КЗ".

Апелациони суд у Новом Саду је нашао да је првостепени суд пропустио да на правилан начин оцени све изведене доказе и чињенице, а у вези са оценом истинитости исказа окривљеног А.А. и сведока Г.Г, ради утврђивања околности под којима је дошло до незаконитог враћања предмета осумњиченом Б.Б.

Кривично дело трговина утицајем и злоупотреба службеног положаја у судској пракси

Питање разграничења кривичних дела трговина утицајем и злоупотреба службеног положаја из члана 359. КЗ је често предмет разматрања у судској пракси.

У пресуди Врховног касационог суда Кзз 366/2015 од 22.4.2015. године је приликом одлучивања о захтеву за заштиту законитости бранио-

ца окривљеног разматрана разлика између кривичних дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 1. КЗ и кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ.

У захтеву за заштиту законитости браниоца окривљеног је истицао да је у изреци пресуде утврђено да је окривљени прибавио себи корист искоришћавањем својих службених овлашћења тако што је примио новац од оштећеног доведши га у заблуду да ће користећи свој утицај код колега – полицијских службеника, помоћи да одређеним лицима не буду изречене казне затвора, при чему није наведено о којим службеним овлашћењима је реч. Надаље у захтеву је било истакнуто да из изреке правноснажне пресуде произилази да окривљени није прибавио себи корист искоришћавањем својих службених овлашћења, већ предузимањем сасвим другачијих радњи, а који наводи према ставу браниоца упућују на закључак да би радњама окривљеног евентуално могла бити остварена обележја кривичног дела трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ, а не кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 1. КЗ, због којег је оглашен кривим.

По оцени Врховног касационог суда, тачна је констатација браниоца окривљеног, изнета у захтеву за заштиту законитости – да се у радњама окривљеног не стичу обележја продуженог кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 1. КЗ, јер у изреци пресуде није описано које је то своје службено овлашћење окривљени искористио да би прибавио себи какву корист.

Наиме, искоришћавање службеног положаја или овлашћења постоји када службено лице делује у оквиру свог овлашћења и предузима службену радњу која спада у његову службену дужност, али то чини да би на тај начин прибавио себи или другоме какву корист или да би другоме нанео какву штету.

Дакле, за извршење овог облика кривичног дела злоупотребе службеног положаја, неопходно је да службено лице предузима радње из делокруга свог службеног овлашћења, а што у изреци правноснажне пресуде није описано, како се то правилно констатује у захтеву за заштиту законитости браниоца окривљеног.

По ставу Врховног касационог суда се у конкретном случају у радњама окривљеног, описаним у изреци правноснажне пресуде стичу

сви битни елементи кривичног дела трговине утицајем из члана 366. став 1. КЗ.

Ово стога што се радња извршења кривичног дела трговине утицајем из члана 366. став 1. КЗ састоји у примању награде или какве друге користи у циљу посредовања да се изврши или не изврши нека службена радња, при чему само посредовање треба да се оствари коришћењем свог службеног или друштвеног положаја, или стварног или претпостављеног утицаја. Међутим, само посредовање не представља радњу овог кривичног дела, нити је за постојање овог кривичног дела неопходно да је дошло до посредовања, већ је довољно да је учинилац примио награду или какву другу корист да би посредовао да се изврши или не изврши нека службена радња.

Надаље, сам начин посредовања се може извршити и посредно и непосредно, тако да је без утицаја на постојање овог кривичног дела да ли би се посредовање извршило директно према службеном лицу које је овлашћено да изриче кривичне санкције (судија), или би се то учинило посредним путем (преко полицијских службеника).

У конкретном случају, Врховни касациони суд је става да су у изреци правноснажне пресуде описана сва битна обележја кривичног дела трговине утицајем из члана 366. КЗ, обзиром да из исте произилази да је правноснажном пресудом утврђено да је окривљени Д.М. примио награду од оштећеног К.П. да би коришћењем свог службеног положаја и утицаја посредовао да ћерки оштећеног А.К. и њеном момку М.А, против којих је поднета кривична пријава, не буду изречене казне затвора.

Према наведеном, приликом утврђивања о ком кривичном делу се конкретно ради, трговина утицајем или злоупотреба службеног положаја, мора се поћи од конкретног чињеничног стања и битних обележја оба кривична дела. Са аспекта кривичног дела трговина утицајем, наглашава се да је ово дело свршено је примањем награде или друге користи, да би се коришћењем службеног положаја или утицаја посредовало код службеног лица да изврши или не изврши неку службену радњу, при чему је довољно да је награда примљена у циљу посредовања. Наведено може бити од значаја и приликом правне оцене предметних кривичних дела.

**Оцена законитости доказа код кривичног дела
трговина утицајем**

Кривично дело трговина утицајем спада у круг кривичних дела из члана 162. став 1. тачка 2) Законика о кривичном поступку за која се могу одредити посебне доказне радње.

Стога је законитост доказа прибављених посебним доказним радњама веома често предмет разматрања у предметима у којима се ради о оптужењу за кривично дело трговина утицајем.

Једно од често постављаних питања је када ће се радити о забрањеним симулованим пословима из члана 176. став 3. ЗКП?

Апелациони суд у Београду, Посебно одељење у пресуди Кж1 По1 26/19 од 27.12.2019. године наводи да су окривљени и његов бранилац у изјављеним жалбама истакли да је првостепеном пресудом учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1. ЗКП, јер је иста заснована на незаконитим доказима и то на доказима прибављеним у поступку спровођења посебне доказне радње симуловани посао, с обзиром да је, супротно забрани прописаној чланом 176. став 3. ЗКП, Д.М. подстрекавала окривљеног на извршење кривичног дела, тако што га је, форсирајући контакте са њим и постављајући сугестивна питања, наводила да каже или учини нешто што би се могло тумачити као тражење новца.

Апелациони суд у Београду, Посебно одељење је у поменутој пресуди овакве жалбене наводе оценио као неосноване. Према налажењу суда, како је, да би било речи о подстрекавању, потребно да су радње које је предузело лице које спроводи симуловани посао, утицале да се код окривљеног створи одлука о извршењу кривичног дела или учврсти код окривљеног одлука да предузме противправну радњу којом ће остварити обележја бића кривичног дела, то по налажењу овог суда, у ситуацији када је на основу изведених доказа несумњиво утврђено да је договор о посредовању за награду од 10.000 евра био постигнут дана 18.8.2016. године између окривљеног и Б.Р, поступање Д.М, која је притом у оквиру периода спровођења посебне доказне радње симуловани посао остваривала контакте и комуникацију са окривљеним након наведеног дана, не може представљати подстрекавање, будући да је код окривљеног већ била створена одлука да кривично дело изврши, па да су радње Д.М. биле огра-

ничене на прикупљање информација и доказа за кривично гоњење окривљеног, које није забрањено.

У пресуди Врховног касационог суда Кзз 378/2014 од 20.5.2014. године суд је става да неосновано бранилац окр. Д.М. у захтеву за заштити законитости као недозвољене доказе означава аудио снимке и транскрипте прислушкиваних разговора окривљеног по Наредби истражног судије Кри-пов. 32/09 од 8.9.2009. године.

По налажењу Врховног касационог суда, у погледу аудио снимака и транскрипта прислушкиваних разговора окривљеног неосновано бранилац окривљеног у захтеву истиче да је реч о незаконитим доказима, јер је према наводима захтева, надзор и снимање телефонских разговора окривљеног вршила Безбедносно-информативна агенција. С тим у вези, нетачни су наводи захтева да ову меру, према одредби члана 232. раније важећег ЗКП извршавају само органи унутрашњих послова, јер је Законом о изменама и допунама раније важећег ЗКП ("Службени гласник РС", број 85/05) који је ступио на снагу 7.10.2005. године, Безбедносно-информативна агенција овлашћена да извршава наредбе истражног судије донете у смислу члана 232. раније важећег ЗКП.

Врховни касациони суд налази у наведеној пресуди (Кзз 378/2014 од 20.5.2014. године), да без основа бранилац окривљеног истиче и да се доказни материјал који је прикупљен по Наредби истражног судије Кри-пов. 32/09 од 8.9.2009. године, због постојања основа сумње да окривљени врши кривично дело примање мита из члана 367. КЗ, није могао користити у предметном кривичном поступку против окривљеног који је вођен због кривичног дела трговина утицајем из члана 366. КЗ. Ово из разлога што је наведени доказни материјал прибављен мером надзора и снимања телефонских разговора окривљеног која је одређена и примењивана у свему у складу са одредбама члана 232. тада важећег ЗКП, због постојања основа сумње да је окривљени извршио кривично дело примање мита, због којег дела је предметни кривични поступак против окривљеног и покренут и вођен, а тек каснијом изменом оптужнице пред завршетак главног претреса, окривљеном је, без измене чињеничног описа у погледу предузетих радњи извршења дела, стављено на терет кривично дело трговина утицајем из члана 366. став 1. КЗ, за које дело се такође, према одредбама сада важећег ЗКП (члан 162. став 1. тачка 2), може одредити иста мера, као посебна доказна радња.

Такође Врховни касациони суд је става, да нису основани наводи захтева браниоца окривљеног да је доказ о којем је реч недозвољен јер је прибављен супротно одредби члана 89. став 8. раније важећег ЗКП, довођењем окривљеног у заблуду од стране сведока који га је већ пријавио - да прими новац, односно обманом и навођењем од стране сведока и полиције како би се прибавио доказ за већ поднету пријаву и отежао положај окривљеног увећањем суме новца. Наиме, према чињеничном стању утврђеном у правноснажној пресуди, окривљени је пре пријављивања случаја полицији од стране оштећеног А.С, захтевао од оштећеног преко трећег лица износ од ... евра да посредује да се изврши службена радња и тај захтев предочио оштећеном лично у два наврата и самоиницијативно предложио оштећеном да му преда најпре износ од ... евра, а потом по добијању дела документације да му преда и преостали износ од ... евра, што је оштећени прихватио, из чега произилази да је исплата износа од ... евра, о којој је претходно обавештена полиција, само реализација ранијег договора окривљеног и оштећеног, у складу са захтевом и већ створеном одлуком окривљеног да за наведени укупан износ предузме инкриминисану радњу, а не резултат намерног настојања оштећеног да утиче на вољу окривљеног да предузме инкриминисане радње и наведе га да прими и тај додатни износ и тиме отежа његов кривичноправни положај.

Може се приметити да се питање законитости доказа веома често отвара у предметима кривичног дела трговина утицајем. Управо због природе дела докази се веома често прибављају применом посебних доказних радњи, које ће у сваком конкретном случају бити предмет оцене суда. Суд ће приликом оцене законитости доказа имати у виду законске одредбе Законика о кривичном поступку, али ће такође сагледати и целину чињеничног стања у склопу битних обележја кривичног дела трговина утицајем.

НАЈВАЖНИЈИ МЕЂУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ У ВЕЗИ СА КРИВИЧНИМ ДЕЛОМ ТРГОВИНА УТИЦАЈЕМ

Борба против корупције, због саме природе криминалних радњи и повезаног деловања унутар државног система и институција, не може се ограничити само на једну државу нити један регион. Нужност стварања међународних правних стандарда у погледу кривичноправног и кривично-

процесног супротстављања коруптивном криминалитету произилази пре свега из одлика те врсте криминалитета.

Кривично дело трговина утицајем по својој правној природи и битним обележјима се сврстава у коруптивна кривична дела и то како према домаћим тако и међународним стандардима.

Успех у супротстављању овом глобалном проблему зависи од усаглашеног деловања свих заинтересованих држава, док је предуслов за то постојање међународних правних стандарда садржаних у релевантним међународним правним актима.

Од 1990. године бројне међународне организације почеле су да се баве питањем сузбијања корупције, под вођством Организације уједињених нација и Светске банке.¹⁹ Већина активности на међународном нивоу биле су усмерене на доношење норми којима се одређује појам корупције преко описа кривичних дела која се могу сматрати коруптивним и на усмеравање развоја кривично-процесних механизма у супротстављању корупцији. Посебно су предвиђени стандарди који се тичу оних кривичних дела корупције чије се прописивање препоручује на националном нивоу где између осталих значајно место заузима и кривично дело трговина утицајем, као и међународна сарадња у откривању ових кривичних дела и кривичном гоњењу учинилаца.

Најважнији антикорупцијски стандарди су садржани пре свега у Конвенцији Уједињених нација против корупције²⁰ као и у Кривичноправној конвенцији о корупцији Савета Европе²¹.

¹⁹ Међу њима су, на пример, Организација америчких држава, Европска унија, Светска трговинска организација, Организација за економску сарадњу и развој, Група седам, Савет Европе, Међународни монетарни фонд. О активностима на европском нивоу види: Н. Мрвић-Петровић, "Корупција и стратегије њеног сузбијања", Темида, 2001, број 4, стране 21-26.

²⁰ United Nations Convention against Corruption (Конвенција Уједињених нација против корупције усвојена на Генералној скупштини Уједињених нација у октобру 2003. године у Њујорку). До сада су Конвенцији приступиле 152 државе, а ратификовало је 140 држава.

²¹ Кривичноправну конвенцију о корупцији донео је Савет Европе у Стразбуру 27. 1. 1999. године. Она је допуњена Додатним протоколом од 15. маја 2003. године. Некадашња СР Југославија (и у њеном саставу Србија) је 2002. године прихватила ову конвенцију, а потом је Србија 2005. године поново усвојила кривичноправну Конвенцију о корупцији, без улагања резерви, доневши Закон о потврђивању кривичноправне кон-

Две најважније европске регионалне међународне организације (Савет Европе и Европска унија) већ низ година усклађеним активностима усмеравају развој националних законодавстава својих држава чланица у погледу спречавања корупције.

Као чланица Организације уједињених нација и Савета Европе, Србија такође прихвата Конвенцију Уједињених нација против корупције и низ препорука Савета Европе.

Конвенција Уједињених нација против корупције представља значајан документ којим се уводе стандарди антикорупционог деловања на глобалном нивоу у области превенције, инкриминације коруптивних кривичних дела, међународне сарадње држава у сузбијању корупције и отклањање последица корупције.

Са кривичноправног аспекта у Конвенцији Уједињених нација против корупције је предвиђена обавеза инкриминисања покушаја и саучесништва у извршењу коруптивног кривичног дела (члан 27) одређивање дужих рокова или застоја ради застарелости за коруптивна кривична дела (члан 29).

Кривично гоњење, осуде и санкције разрађене су у десет ставова члана 30. Конвенције Уједињених нација против корупције. Полазећи од чињенице да је одузимање имовинске користи стечене вршењем коруптивних кривичних дела веома важан инструменат успешности борбе против корупције Конвенција обавезује државе потписнице да уведу мере замрзавања, заплене и конфискације имовине стечене извршењем кривичних дела које Конвенција предвиђа, уз констатацију да се мере односе и на трансформисану, замењену и помешану имовину, делом или у целости (члан 31. конвенције).²²

Правила о банкарској тајни не могу се више примењивати ускраћивањем банкарских, финансијских и комерцијалних података, тј. морају се ставити на располагање. У склопу овог је и процесно правило пребаци-

венције о корупцији који је објављен ("Службени лист СРЈ – Међународни уговори", бр. 2/2002 и "Службени лист СЦГ – Међународни уговори", бр. 18. од 23. 12. 2005).

²² Јован Ђирић, et al., Анализа ризика у циљу процене регулаторних и ганизационих препрека ефикасним истрагама и поступцима у кривичним делима корупције, Савет Европе, Канцеларија у Београду, 2015, стр. 13.

вања терета доказивања, према којем је на окривљеном обавеза да доказује да је предметна имовина стечена законито (члан 40. Конвенције).

Затим, Конвенција даје право држави уговорници да усвоји законске или друге мере које могу бити потребне како би се узела у обзир, под условима и у сврхе које сматра одговарајућим, било која ранија пресуда против наводног учиниоца донета у некој другој држави, у циљу коришћења те информације у кривичном поступку који се односи на кривично дело предвиђено Конвенцијом (члан 41. Конвенције).

Да би се остварила могућност откривања и доказивања коруптивних кривичних дела, Конвенција, у оквиру трећег поглавља, предвиђа неколико важних процесних мера које државе потписнице треба да унесу у своје процесне законе. као прво, ту је члан 32. који обавезује државе да предузму одговарајуће мере како би се пружила ефикасна заштита од потенцијалне одмазде или застрашивања сведока и вештака који сведоче у вези са кривичним делима предвиђеним Конвенцијом и, где је потребно, мере заштите њихових рођака и других блиских лица. У том контексту предвиђа се и сведочење на начин којим се осигурава безбедност тих лица (сведочење без физичког присуства уз примену телекомуникационих технологија и друге мере). Иста врста заштите предвиђа се и за жртве.

Поред тога, препоручује се државама чланицама (члан 33) да размотре могућност да у свом правном систему предвиде одговарајуће мере заштите за лица која подносе пријаве - ако су надлежним органима поднели пријаву у доброј намери и на разумној основи за кривична дела предвиђена Конвенцијом (члан 33. Конвенције).

Савет Европе је 1994. године основао Мултидисциплинарну групу за борбу против корупције, чиме практично отпочињу активности Савета усмерене на ту врсту истраживања, давања одговарајућих препорука за унапређење националних законодавстава и помоћи за њихово унапређење у циљу сузбијања корупције. Савет Европе је усвојио две међународне конвенције које се односе на корупцију. Прва од њих је Кривичноправна конвенција о корупцији коју је, до јуна 2002. године, прихватило осам од десет тадашњих држава кандидата за пријем у Европску унију.

Кривичноправна конвенција о корупцији је изузетно значајан међународни правни акт када је реч о кривичноправном супротстављању корупцији.

Слично одредбама из трећег поглавља Конвенције Уједињених нација, у чл. 2. и 3. Кривичноправне конвенције Савета Европе препоручује се инкриминисање (на националном нивоу) примање и давања мита домаћих државних службеника, а чл. 5. и 6. примање и давања мита страних државних службеника. Члан 4. Кривичноправне конвенције односи се на примање и давања мита чланова државног тела које има управна или правосудна овлашћења.

Према чл. 7. и 8. Конвенције постоји обавеза инкриминисања радњи примање и давања мита у приватном сектору. Исто тако потребно је нагласити да Кривичноправна конвенција СЕ обавезује државе потписнице на криминализацију трговине утицајем (члан 12. Кривичноправне конвенције). Кривично дело трговина утицајем конвенцијом је дефинисано као: "... намерно обећање, давање или нуђење, директно или индиректно, сваке незаслужене користи било коме ко тврди или потврди да може да изврши нерегуларан утицај на доношење одлуке над било којим лицем поменутим у чл. 2, 4. до 6. као и 9. до 11, без обзира да ли је незаслужена корист намењена том или неком другом лицу, само ако је тражење, примање или прихватање понуде или обећања такве користи, у вези са тим утицајем, без обзира да ли је утицај извршен или не и, без обзира да ли се претпостављеним утицајем постиже намеравани резултат."

У чл. 9, 10. и 11. Кривичноправне конвенције стоји обавеза инкриминације примања и давања мита службеника међународних организација, међународних парламентарних тела, судија и службеника међународних судова.

Додатни протокол уз Кривичноправну конвенцију о корупцији од 15. маја 2003. године²³ представља допуну Кривичноправне конвенције.²⁴

Он у свом другом поглављу, прописује материјално кривичноправне мере које треба да се предузму на националном нивоу. Наведени документ обавезује државе да пропишу неколико нових кривичних дела:

²³ Additional Protocol to the Criminal Law Convention on Corruption (ETS No. 191), Explanatory Report.

²⁴ Додатни протокол уз кривичноправну конвенцију о корупцији је у Србији ратификован 2007. године. Донет је Закон о потврђивању Додатног протокола уз кривичноправну конвенцију о корупцији "Службени гласник РС – Међународни уговори", бр. 102/07. Додатни протокол је усвојен без улагања резерви.

активно подмићивање домаћих арбитара (члан 2), пасивно подмићивање домаћих арбитара (члан 3), подмићивање страних арбитара (члан 4), подмићивање домаћих поротника (члан 5) и подмићивање страних поротника (члан 6).

Циљ Протокола је инкриминисање активног и пасивног подмићивања домаћих и страних *арбитара*, као и домаћих и страних *поротника*. На тај начин, Протокол треба да допринесе ефикаснијем сузбијању корупције, као и унапређењу међудржавне сарадње у борби против ње. Термин "арбитар" се тумачи у складу са домаћим правом држава страна уговорница тог протокола, али, у сваком случају, означава особу која је, по основу споразума о арбитражи, позвана да донесе правно обавезујућу одлуку у спору који јој поднесу странке споразума. Термин "поротник" се тумачи у складу са домаћим правом држава страна уговорница тог протокола, али, у сваком случају, означава особу која учествује као непрофесионални члан заједничког тела, чија је дужност да одлучи о кривици оптуженог у судском поступку.²⁵

Слично Конвенцији Уједињених нација против корупције и Кривичноправна конвенција СЕ против корупције садржи низ кривичнопроцесних мера антикоруптивног карактера. Тако се већ у другом делу Конвенције који носи назив "Мере које се предузимају на националном нивоу" наводи читав низ кривичнопроцесних мера које државе потписнице треба да уведу у своја законодавства.

На пример, предвиђа се обавеза усвајања законодавних и других мера које могу бити неопходне да би се омогућила конфискација или лишавање права својине над средствима и приходима од кривичних дела предвиђених конвенцијом, или над имовином чија вредност одговара тим приходима (члан 19. став 3). Посебно се апострофира формирање специјализованих органа за борбу против корупције, на тај начин што се свакој потписници прописује усвајање мера које могу бити неопходне за обезбеђење лица или ентитета специјализованих у борби против корупције и да им се да неопходна независност, у складу с основним принципима правног система државе потписнице, како би могли ефикасно да врше своје функције без непотребних притисака. Држава потписница треба да обез-

²⁵ Драгана Коларић, Кривично дело злоупотребе службеног положаја, НБП - Журнал за криминалистику и право, 2012, стр 1-11.

беди адекватну обуку особља таквих ентитета, као и финансијска средства за обављање њихових задатака (члан 20. конвенције).

Ту су, даље и мере заштите сарадника правде и сведока у оквиру којих се државе потписнице обавезују да у свом законодавству предвиде мере које могу бити неопходне да би се пружила одговарајућа заштита онима који пријаве кривична дела предвиђена конвенцијом (чл. 2. до 14), или на неки други начин сарађују са истражним органима или органима гоњења, као и сведоцима који дају изјаве које се односе на оваква кривична дела (члан 22. Конвенције). Свака потписница треба да усвоји такве законодавне и друге неопходне мере, укључујући и оне које дозвољавају употребу специјалних истражних техника (у складу са националним законодавством), да би се омогућило олакшано прикупљање доказа везаних за кривична дела.

Такође, свака потписница треба да усвоји такве законодавне и друге мере које могу бити неопходне да би се овластили њени судови или други надлежни органи да могу да нареду да банкарска, финансијска или комерцијална евиденција буде стављена на располагање или да буде заплена, како би се обавиле активности откривања и доказивања коруптивних кривичних дела, уз истовремено прописивање да банкарска тајна не може бити препрека предузимања овако предвиђених мера (члан 23. Конвенције). И ова Конвенција, као и друга међународна правна акта овог карактера, посебан значај придаје међународној сарадњи на пољу борбе против корупције.

Србија је ратификовала и неколико других европских конвенција које се такође баве изграђивањем антикорупционих стандарда. То су пре свега: Грађанскоправна конвенцију о корупцији²⁶ и Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом.²⁷

²⁶ Усвојена у Стразбуру 4. новембра 1999. године, а ратификована од Србије 2007. године ("Службени гласник РС – Међународни уговори", бр. 102/2007).

²⁷ Донета у Варшави 16. маја 2005. године, а ратификована од Србије 2009. године ("Службени гласник РС – Међународни уговори" бр.19/2009).

Савет Европе је основао и посебан орган - Групу држава против корупције (*GRECO*)²⁸ - који процењује усклађеност анти-корупцијских инструмената држава чланица са постављеним међународним стандардима. *GRECO* прикупља информације путем упитника као и приликом посета земљама чланицама. Извештаји евалуације се разматрају и усвајају на пленарним састанцима и садрже конкретне препоруке, које су затим предмет накнадног оцењивања.²⁹

Наша земља је чланица *GRECO* од 2003. године. Главни део процеса у *GRECO* одвија се кроз евалуације које врше квалификовани представници земаља чланица у другим земљама чланицама. Евалуације се одвијају кроз кругове у којима се испитују поједина питања битна за борбу против корупције.

Пуноправно чланство у *GRECO* подразумева да земља чланица прихвати заједнички процес евалуације, као и да сама буде предмет евалуације постигнутог у борби против корупције. То помаже да се идентификују недостаци у националној антикорупцијској политици, што доводи до законских, институционалних и практичних реформи. *GRECO* такође пружа платформу за размену најбоље праксе у спречавању и откривању корупције.

У трећем кругу евалуације у коме је анализирана инкриминација и примена коруптивних кривичних дела у Републици Србији, *GRECO* је у свом извештају³⁰ у односу на кривично дело трговина утицајем из члана 366. КЗ констатовао да су: "Одредбе члана 366. КЗ посебно широке у смислу да се не односе само на појам "неприкладног утицаја", већ се односе на "коришћење службеног или друштвеног положаја или утицаја". Штавише, да би дошло до кривичног дела трговине утицајем, "положај" или "утицај" могу бити стварни или умишљени". Дакле, *GRECO* је позитивно оценио широко постављену инкриминацију кривичног дела трговина утицајем у Кривичном законик у Републике Србије.

²⁸ Резолуција СЕ (99)5 којом се оснива Група држава за борбу против корупције од 1. маја 1999. године.

²⁹ О активностима организације види: Ј. Ћирић, "Савет Европе и борба против корупције", у: Сузбијање криминала и европске интеграције, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2010, стране 41-51.

³⁰ Трећи круг евалуације, Извештај о евалуацији Инкриминација за Републику Србију (ЕТГ 173 и 191, ГПЦ 2) од 01.10.2010.

Треба истаћи и то да сви међународни документи у област борбе против корупције инсистирају на увођењу одговорности правних лица за кривична дела. Србија је и ту обавезу испунила доношењем посебног Закона о одговорности правних лица за кривична дела 2008. године.³¹

ЗАКЉУЧАК

Кривичноправни аспект борбе против корупције обухвата већи број кривичних дела међу којима се издваја кривично дело трговина утицајем.

Критичко разматрање позитивноправног аспекта кривичног дела трговина утицајем дела по правилу увек води ка питању његове практичне примене у судској пракси и тумачењу основних обележија као и односа са другим кривичним делима. Можемо закључити да ово кривично дело одликује сложена структура, као и велики број додирних тачака са другим кривичним делима против службене дужности, пре свега са кривичним делима примање и давање мита. Међутим, кривично дело трговина утицајем има своје посебно место у систему кривичних дела, јер се њиме издваја посебна радња која се у свом основном облику односи на посредовање у извршењу или неизвршењу неке службене радње, коришћењем свог службеног или друштвеног положаја или стварног или претпостављеног утицаја а за шта је примљен или захтеван одређени поклон или каква корист. Ради се о кривичном делу које се у свим облицима може извршити само са умишљајем. У судску праксу и законску регулативу су са кривичним делом делом трговина утицајем уведени и нови термини као што су "друштвени положај", "стварни и претпостављени утицај", али судска пракса кроз своје одлуке даје тумачење ових законских израза и решавајући конкретне предмете тумачи ове појмове, на начин као што је наведено у поменутих судским пресудама. Поред тога судска пракса је разграничила у великој мери и радњу посредовања код кривичних дела примање и давање мита и посредовања код кривичног дела трговина утицајем, чиме је уједно и нагласила разлике у радњи извршења ових кривичних дела.

Кривично дело трговина утицајем је у значајној мери прилагођено свим постављеним међународним стандардима и у судској пракси има све

³¹ "Службени гласник РС", број 97/08

већу примену. Ово кривично дело, као једно од кључних коруптивних кривичних дела, је значајна инкриминација која доприноси сузбијању корупције у свим сегментима друштва.

Литература

1. Делић, Н. (2019) "Кривичноправни аспект борбе против корупције", у: *Финансијски криминалитет и корупција*, Институт за упоредно право Институт за криминолошка и социолошка истраживања
2. Делић, Н. (2012) "Осврт на коруптивна кривична дела у Кривичном законiku Републике Србије", *Право и привреда*, број 4-6, Београд
3. Ђурић, Ж., Јовашевић, Д., Ракић, М. (2007), *Корупција изазов демократији*, Београд, Институт за политичке студије
4. Коларић, Д., (2012) Кривично дело злоупотребе службеног положаја, НБП - Журнал за криминалистику и право
5. Мрвић – Петровић, Н. (2006), *Кривично право - општи и посебни део*, Београд, Службени гласник
6. Лазаревић, Љ. (2006), *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд.
7. Перовић, С. (1986), *Облигационо право*, Београд
8. Стојановић, З. (2017), *Коментар Кривичног законика*, Београд.
9. Стојановић, З. (2019), *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник
10. Синђелић, Ж. (2013), "Кривично дело трговина утицајем у пракси", *Тужилачка реч*, Београд
11. Ћирић, Ј (2010) "Савет Европе и борба против корупције", у: *Сузбијање криминала и европске интеграције*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд
12. Ћирић, Ј. (2015) et al., *Анализа ризика у циљу процене регулаторних и ганизационих препрека ефикасним истрагама и поступцима у кривичним делима корупције*, Савет Европе, Канцеларија у Београду

Мр Саво Ђурђић

судија Апелационог суда у Новом Саду*

НАГРАДА И НУЖНИ ИЗДАЦИ БРАНИОЦА КАО ТРОШКОВИ ПОСТУПКА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИМ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА

УВОД

Чланом 79. став 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (ЗМ)¹ је одређено да суд може малолетника обавезати да сноси трошкове кривичног поступка и испуњење имовинскоправног захтева, само уколико је малолетнику изрекао казну. Ако је према малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен, трошкови поступка падају на терет буџетских средстава и оштећени се ради остваривања имовинскоправног захтева упућује на парнични поступак, уз изузетак из става 2. истог члана уколико малолетник има приходе или имовину. То је стога јер се васпитне мере изричу решењем и малолетник се не оглашава кривим.

Трошкови кривичног поступка су сагласно члану 261. Законика о кривичном поступку (ЗКП)² издаци учињени поводом поступка од његовог покретања до завршетка и обухватају: 1) трошкове за сведоке, вештаке, стручне саветнике, преводиоце, тумаче и стручна лица и трошкове увиђаја; 2) трошкове превоза окривљеног; 3) издатке за довођења окривљеног; 4) путне трошкове службених лица; 5) трошкови лечења окривљеног за време

* интернет адресе аутора: savo.djurdjic@vs.ap.sud.rs и savo.djurdjic@gmail.com

¹ Објављен у "Службеном гласнику РС", бр. 85/05, донет 29.9.2005., примењује се од 1.1.2006.г. У раду користимо скраћеницу ЗМ, која је скраћеница скраћеног назива овог закона - Закон о малолетницима.

² Законик о кривичном поступку ("Службени гласник РС", бр. 72/11 од 28.09.2011, 101/11 од 30.12.2011, 121/12 од 24.12.2012, 32/13 од 08.04.2013, 45/13 од 22.05.2013, 55/14 од 23.05.2014. и 35/19 од 21.05.2019)

док се налази у притвору, као и трошкове порођаја, осим трошкова који се наплаћују из фонда за здравствено осигурање; 6) трошкове техничког прегледа возила, анализе узорака и превоза леша до места обдукције; 7) награду вештаку, награду стручном саветнику, награду преводиоцу, награду тумачу, награду и нужне издатке браниоца, нужне издатке приватног тужиоца и оштећеног као тужиоца и њихових законских заступника, као и награду и нужне издатке њихових пуномоћника; 8) нужне издатке оштећеног и његовог законског заступника, као и награду и нужне издатке његовог пуномоћника и 9) паушални износ, за трошкове који нису обухваћени тач. 1) до 8). Трошкови из става 2. тач. 1) до 6) овог члана, као и нужни издаци постављеног браниоца (члан 76) и постављеног пуномоћника, у поступку због кривичних дела за које се гони по службеној дужности, исплаћују се из средстава органа поступка унапред, а наплаћује се касније од лица која су дужна да их накнаде по одредбама овог законика.

У поступку према малолетним учиниоцима кривичних дела од посебног значаја су награда и нужни издаци браниоца, с обзиром да на основу члана 49. став 1. ЗМ малолетник мора имати браниоца приликом првог саслушања, као и током читавог поступка. Уколико сам малолетник, његов законски заступник или сродници не узму браниоца, њега ће по службеној дужности поставити судија за малолетнике, а то може бити само адвокат који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих.

Судска пракса у овој области је, након доношења ЗМ-а, годинама била неуједначена, али је на основу одлука Врховног касационог суда и става заузетог 30. јуна 2015. године постигнуто да се законска одредба из члана 79. ЗМ примењује јединствено, уз поменуте изузетке.

Истовремено, судије за малолетнике указују да, осим бранилаца по службеној дужности који обавезно поседују сертификат о стеченим посебним знањима из области права детета и преступништва младих којима се накнада умањује за 50% Тарифе о наградама и накнадама адвоката, све чешће право на накнаду трошкова у кривичном поступку према малолетнику и то у пуном износу остварују и браниоци које су малолетници или њихови заступници ангажовали по основу пуномоћи независно од тога да ли поседују сертификат или не. Ово је подстакло идеју да се питање трошкова одбране малолетника у кривичном поступку покрене за расправу, полазећи од законских решења и судске праксе.

I СТАТУС МАЛОЛЕТНИХ УЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У Републици Србији је 2005. године изведена реформа кривичног законодавства за малолетнике која је пратила тенденције које су последњих деценија присутне у многим европским и другим државама, односно нова решења и ставове садржане у бројним међународним документима³, Те године је донет је нови *Кривични законик*⁴ (КЗ) и посебан *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*. На овај начин су област малолетних учинилаца кривичних дела, али и заштита малолетних лица у кривичном поступку, потврдили свој посебан положај у кривичном праву Републике Србије.

У члану 4. ЗМ одређује се однос општих кривичноправних одредаби према специјалним одредбама о малолетницима којима се даје предност. Садржај и форма малолетничког кривичног права у општим цртама би требали да буду одређени циљевима који се желе постићи у сузбијању криминалитета малолетника. Оно је оријентисано, пре свега, на мере које ће заиста бити мере социјализације, са што је могуће мање елемената принуде и ограничавања слободе, а што више помоћи, бриге, надзора и отклањања сметњи у нормалном развоју малолетника. Могло би се чак говорити о томе да малолетничко кривично право у једном свом значајном делу представља пара или квази кривично право јер се многи принципи и институти који су у ранијем класичном поимању кривичног права у

³ Међународни документи који су били од нарочитог значаја за доношење ЗМ и развој система малолетничког правосуђа у Републици Србији су: Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966.г., Конвенција УН о правима детета из 1989.г. (ратификована од стране СФРЈ, "Службени лист СФРЈ - Међународни уговори", 15 од 21.12.1990) са Опционим протоколима из 2000.г., Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе (Пекиншка правила) из 1985.г., Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције (Ријадске смернице) из 1990.г., Правила УН о заштити малолетника лишених слободе из 1990.г. и Стандардна минимална правила УН за мере алтернативне институционалном третману из 1990.г. Према: *Права детета и малолетничко правосуђе*, одабрани међународни документи (са ЦД), УНИЦЕФ, Београд, 2004.

⁴ *Кривични законик* ("Службени гласник РС", бр.85/05 од 06.10.2005, 88/05 од 14.10.2005, 107/05 од 02.12.2005, 72/09 од 03.09.2009, 111/09 од 29.12.2009, 121/12 од 24.12.2012, 104/13 од 27.11.2013, 108/14 од 10.10.2014, 94/16 од 24.11.2016 и 35/19 од 21.05.2019). Скраћено КЗ.

првом плану (нпр. казни и ретрибутивни карактер кривичног права, сразмерност на плану избора и одмеравања крив. санкција, максималне гаранције на плану материјалног и процесног права и др.) знатно модификовани или су од другоразредног значаја. С друге стране, малолетничко кривично право прелази оквире кривичног права и садржи један део норми које по својој суштини нису кривичноправне норме, а у неким ситуацијама се и директно примењују норме других грана права (нпр. породичног права, социјалног старања и др).⁵

Ипак, модел поступка према малолетницима у Републици Србији је правосудне оријентације. Самим тим што је битно модификован у односу на општи кривични поступак који је уређен *Законом о кривичном поступку*, кривични поступак према малолетницима сматра се *посебним кривичним поступком*. Све битније модификације у поступку према малолетницима у Србији (попут посебне улоге органа старатељства, ширег деловања начела опортунитета кривичног гоњења, краћих рокова трајања притвора, другачије терминологије итд), у суштини су засновани на тенденцији да се малолетник заштити, односно да добије повољнији кривичнопроцесни положај, у поређењу са пунолетним окривљеним против којег се води кривични поступак.⁶

ЗМ је, између осталог, увео обавезу да малолетник мора имати браниоца приликом првог саслушања и током читавог поступка, али и обавезну едукацију и сертификацију судија, тужилаца и полицајаца за малолетнике, као и бранилаца малолетника, а првостепену надлежност везао искључиво за окружне судове, који су од 2010. године постали виши судови.⁷ Позната је оцена домаћих и страних експерата да је текст ЗМ у складу са савременим законским решењима јер је уважио стандарде из Универзалне декларације о људским правима, Конвенције о правима

⁵ З. Стојановић: *Кривично право – општи део*, 21. издање, ПФ Универзитета у Београду - Правна књига, Београд, 2014, 390.

⁶ Шкулић М.: *Реформа малолетничког кривичног права у Србији*, Зборник: Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја, Институт за криминолошка и социолошка истраживања (ур. И. Стевановић), Београд, 2015, стр.39-68, 46.

⁷ Видети: Љ.Лазаревић и М. Грубач: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005.; С.Соковић, С.Бејатовић: *Малолетничко кривично право*, Крагујевац, 2009., М. Шкулић: *Малолетничко кривично право*, Београд, 2011.

детета и документе ЕУ из ове области. Међутим, убрзо је оцењено да је пракса спровођења ЗМ показала бројне слабости и неуједначен квалитет.⁸

II ЗАКОНСКА РЕШЕЊА О ТРОШКОВИМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА И О ИСПУЊЕЊУ ИМОВИНСКОПРАВНОГ ЗАХТЕВА У ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

У члану 79. став 1. ЗМ је одређено да суд малолетника може обавезати да сноси трошкове кривичног поступка и испуњење имовинскоправног захтева, само уколико је малолетнику изрекао казну. Ако је према малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен, трошкови поступка падају на терет буџетских средстава, а оштећени се ради остваривања имовинскоправног захтева упућује на парнични поступак. То је стога јер се васпитне мере изричу решењем, а не пресудом, и малолетник се не оглашава кривим. Став 2. истог члана ЗМ предвиђа да уколико малолетник има приходе или имовину, а изречена му је васпитна мера или је поступак обустављен из разлога што је суд оценио да није целисходно изрећи казну малолетничког затвора или васпитну меру, малолетник се може обавезати да сноси трошкове кривичног поступка и да испуни имовинскоправни захтев.

У кривичном поступку према малолетницима оштећени се не може јавити као супсидијарни или као приватни тужилац, али се као оштећени може појавити и поставити свој имовинскоправни захтев и захтев за накнаду трошкова. Имајући у виду одредбе члана 49. ЗМ, практичног интереса за наведени захтев оштећени може имати уколико је малолетнику изречена казна малолетничког затвора или уколико малолетник поседује приходе или имовину. Оштећени у кривичном поступку према малолетнику и иначе нема пуно интереса, уколико се не ради о повраћају ствари, с обзиром да малолетници по правилу немају своје приходе или имовину, а његови родитељи не могу бити обухваћени захтевом пред кривичним судом.

Материји извршења васпитних мера, припада обавеза суда на основу члана 94. став 1. ЗМ, да када изрекне васпитну меру, на предлог

⁸ Видети: О. Перић, Н. Милошевић и И. Стевановић: *Политика изрицања кривичних санкција према малолетницима у Србији*, Београд, 2008.; Г. Стојановић-Милошевић: *Принципи у међународним документима и поступак према малолетницима у нашег кривичном поступку с освртом на неке проблеме у пракси*, у "Малолетничко право-суђе у Републици Србији" (ур. И. Стевановић), Београд, 2012, 81-89.

јавног тужиоца или органа старатељства, може да утврди и висину доприноса који у трошковима извршења одређених васпитних мера и казне малолетничког затвора треба, уколико су у могућности, а према свом имовном стању, да сноси родитељ, односно лица која су дужна да издржавају малолетника и сам малолетник. Наведена ситуација је изузетно ретка у пракси наших судова, иако ЗМ предвиђа да уколико је за одлучивање о њему потребно спровести опсежније испитивање ради утврђивања имовног стања, суд може изрећи кривичну санкцију, а одлуку о трошковима извршења, која је у форми решења, може оставити да реши накнадно.

За тему овог рада је битно да малолетник према коме је изречена васпитна мера, а то је случај у највећем броју предмета, по правилу не плаћа трошкове поступка нити може бити обавезан на испуњење имовинскоправног захтева. Ова одредба је последица правила да лице које није оглашено кривим не може ни бити осуђено на плаћање трошкова кривичног поступка (чл. 264. и 265. ЗКП), уз изузетак из члана 49. став 2. ЗМ. Према једној давнашњој одлуци Врховног суда Србије – Одељење у Новом Саду (Кжм 15/69), трошкови поступка према малолетнику редовно падају на терет буџетских средстава и то не само унапред исплаћени трошкови из средстава органа који је води поступак, него и нужни издаци окривљеног (сада би рекли - малолетника) и нужни издаци и награда браниоца, као и нужни издаци оштећеног и награда и нужни издаци његовог пуномоћника. Сматрамо да су у праву они аутори који наводе да овај став судске праксе захтева да буде преиспитан, бар делимично, с обзиром на важеће одредбе члана 79. став 2. ЗМ.⁹

III ОСНОВНА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА И ПРОБЛЕМИ У ПРАКСИ СПРОВОЂЕЊА ОДРЕДБИ О ТРОШКОВИМА ОДБРАНЕ МАЛОЛЕТНИКА

За предлагаче радних верзија и Нацрта закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, питање трошкова поступка до 2015. године

⁹ О. Периф: Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Друго, допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2007, стр.161.

није било приоритет.¹⁰ Ипак, од почетка примене ЗМ, поједини теоретичари су указивали да се малолетник, осим у случају казне малолетничког затвора и околности из члана 79. став 2. ЗМ, не може обавезати на плаћање трошкова кривичног поступка нити на испуњење имовинскоправног захтева. Ово тим пре што они обухватају и оне трошкове које је нужно имао оштећени, па је стога погрешно да се оштећени у погледу тих трошкова упућује на парнични поступак. Истовремено су тврдили да ће се одредба члана 79. став 2. ЗМ, као одступање од става 1, бити факултативно примењивана према незнатном броју учинилаца кривичних дела и да није довољно одређена.¹¹

Основно законско решење у погледу трошкова кривичног поступка и испуњења имовинскоправног захтева, према одредби из прве реченице члана 79. став 1. ЗМ, се примењује уколико је суд малолетнику изрекао казну малолетничког затвора. У том случају одлука се изриче у форми пресуде којом се малолетник оглашава кривим у облику предвиђеном у члану 424. важећег ЗКП.

С обзиром да се казна малолетничког затвора (чл. 28. и 29. ЗМ) изриче искључиво старијим малолетницима у трајању од шест месеци до

¹⁰ 30.06.2009. г. у Правосудном центру за обуку и стручно усавршавање у Београду је одржана шира стручна јавна расправа о радној верзији *Закона о изменама и допунама ЗМ* која је обухватила и *Правилник о измирењу са оштећеним*, након чега су, без икаквог објашњења, наведени документи изостављени из "сета правосудних закона". Слично се догодила и са радном верзијом документа истог назива крајем 2011. године, када је донет нови *Законик о кривичном поступку*. Измене и допуне ЗМ су изостале и када је поменути ЗКП 1.10.2013. почео да се примењује у судовима опште надлежности. Дана 11. децембра 2015. године на сајту Министарства правде Републике Србије објављен је текст *Нацрта Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку*. Јавна расправа о наведеном Нацрту закона је трајала до 25. јануара 2016. године (првобитно до 31.12.2015.г.), али није окончана сачињавањем Извештаја о јавној расправи. Према раду С. Ђурђић, В. Софреновић и Љ. Марковић: *Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку – осврт на коментаре, сугестије и предлоге судија и тужилаца за малолетнике, као и других учесника, изнете у јавној расправи*, Билтен ВКС 1/2018, Београд, 313-359, ни у једном од наведених докумената се не предлажу измене или допуне члана 79. ЗМ, осим у предлогу законског текста из 2015. године.

¹¹ О. Перих: Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Друго, допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2007, стр.161-2.

пет година, а да се у трајању до десет година изриче само за кривично дело за које прописана казна затвора двадесет година или тежа казна или у случају стицаја два кривична дела за која је прописана казна затвора тежа од десет година, до сада је она изрицана ретко, што се може видети из расположивих статистичких података Републичког завода за статистику.

Такође, у досадашњој пракси спровођења ЗМ-а малолетни учиниоци кривичних дела су ретко имали приходе или имовину, која је утврђена од стране суда и довела до одлуке да трошкове поступка сноси малолетник. Стога је правило о трошковима кривичног поступка које се највише примењује у пракси судовања према малолетницима и испуњења имовинскоправног захтева садржано у члану 79. став 1. ЗМ и гласи: *"Ако је према малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен, трошкови поступка падају на терет буџетских средстава, а оштећени се ради остваривања имовинскоправног захтева упућује на парнични поступак."*

Тумачење и примена члана 79. ЗМ је довела до тога да се у пракси рада судија и већа за малолетнике у Републици Србији сви трошкови, осим наведеног изузетака, одређују на терет буџета. С друге стране, у пракси то право малолетника, осим ангажованих бранилаца по службеној дужности који обавезно поседују сертификат о стеченим посебним знањима из области права детета и преступништва младих икојима се накнада умањује за 50% од награде предвиђене Тарифом о наградама и накнадама за рад адвоката, све чешће остварују и браниоци које су малолетници или њихови заступници ангажовали по основу пуномоћја независно од тога да ли поседују сертификат или не, а своје трошкове наплаћују у пуном износу.

У разматрањима наведене проблематике уочавамо да се недовољно уважава чињеница да је чланом 49. став 1. ЗМ утврђено право и обавеза малолетника да мора имати браниоца већ приликом првог саслушања, као и током читавог поступка. Законодавац утврђује и обавезу судије за малолетнике да, уколико сам малолетник, његов законски заступник или сродник не ангажују браниоца, постави малолетнику браниоца по службеној дужности (став 2). На крају, у ставу 3. истог члана утврђује да овај бранилац може бити само адвокат који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих.

Ради се о правима која, сагласно одредбама ЗКП, немају пунолетни учиниоци кривичних дела. На почетку примене ових одредби које су

биле апсолутна новост, судска пракса је прихватила тумачење у погледу сертификата бранилаца да формулација из члана 49. став 3. ЗМ реч "може" не значи и мора, па је на тај начин омогућено малолетницима, њиховим законским заступницима и сродницима да у сваком тренутку поступка могу на основу пуномоћја ангажовати као браниоца малолетника не само адвоката по свом избору, него и адвоката који нема сертификат о посебним знањима у области права деце и преступништва младих.

У случајевима када је малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен из разлога што није целисходно изрицање казне малолетничког затвора или васпитне мере, сматрамо да би било правичније и једноставније за примену, а истовремено не би угрозило права малолетника на обавезну одбрану, да се у ЗМ-у прецизира и конкретизује наведени став, чије тумачење и примена је довела до тога да се у пракси рада судија за малолетнике у највећем броју судова у Републици Србији сви трошкови поступка, укључујући и трошкове награде и нужних издатака бранилаца, одређују на терет буџета.

IV ОСВРТ НА СУДСКУ ПРАКСУ О ТРОШКОВИМА ОДБРАНЕ МАЛОЛЕТНИХ УЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА

A. Судска пракса о трошковима одбране малолетника пре ступања на снагу новог Законика о кривичном поступку

У објављеној судској пракси у зборницима о трошковима кривичног поступка према малолетницима из 2013. године¹² пронашли смо две одлуке. Једна одлука се односи на трошкове браниоца малолетника и гласи: *"Нужни издаци и награда браниоца малолетника падају на терет буџетских средстава суда и када је поступак према малолетнику обустављен из разлога нецелисходности примењивања васпитне мере"* (Решење Врховног суда Србије, Кжм.П 39/07 од 10.7.2007. године). У образложењу одлуке се истиче да се обустава поступка услед нецелисходности примењивања васпитне мере не може уподобити са обуставом у

¹² С. Михајловић, Д. Обрадовић: *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у судској пракси*, Глосаријум, Београд, 2013., стр. 98-99.

општем кривичном поступку, те да се у конкретном случају не може применити члан 197. тада важећег ЗКП.

Врховни суд истиче да се овај став не може прихватити као правилан, јер се у смислу члана 4. ЗМ одредбе ЗКП примењују уколико нису у супротности са овим законом, а чланом 197. став 1. ЗКП предвиђено је да у случају када се кривични поступак обуставља, нужни издаци и награда браниоца падају на терет буџетских средстава суда. По нашем мишљењу изрека одлуке Врховног суда није спорна, али је спорно објављено образложење јер се заиста не ради о "класичној обустави" поступка на шта указује и првостепени суд. Затим, недостаје део у образложењу који би објаснио да ли постоје околности које би указивале на могућност примене одредбе члана 79. став 2. ЗМ, односно да ли малолетник евентуално поседује приходе или имовину.

Друга одлука из поменуте збирке је одлука о трошковима кривичног поступка из члана 79. став 1. ЗМ и гласи: *"Првостепени суд је дужан да јасно определи и образложи укупан износ трошкова кривичног поступка који падају на терет буџетских средстава суда на име одбране малолетника преко изабраног браниоца применом важеће адвокатске тарифе"* (Решење Апелационог суда у Нишу Кжм.1 бр.20/11 од 24.5.2011)¹³. Наведена одлука није карактеристична за тему овог рада.

Као пример судске одлуке у којој поступајући судија за малолетнике одбио захтев браниоца малолетника ангажованог по основу пуномоћи - да му се од стране буџета надокнаде трошкови одбране, иако је суд малолетнику изрекао васпитну меру или је поступак обустављен из разлога нецелисходности изрицања казне или васпитне мере, наводимо решење Вишег суда у Новом Саду Км 139/12, а које је потврђено решењем Апелационог суда у Новом Саду Кжм 1 95/13 од 23.8.2013. године.¹⁴ У образложењу решења се наводи да је однос браниоца и малолетника као заступаног лица, када је изабран по основу пуномоћи, уговорни однос о пуномоћству и пружању правне помоћи, те сходно томе, браниоца плаћа онај који га је ангажовао, па се судском одлуком не може ни одредити да браниоца исплати лице које је дужно да сноси трошкове кривичног поступка. Ана-

¹³ Билтен Апелационог суда у Нишу, 1/2012.

¹⁴ Билтен Вишег суда у Новом Саду из 2013.године, 130-131, www.ns.vi.sud.rs/useruploads/bilten_2013.pdf

логно са наведеним, не може се одредити да трошкове браниоца малолетника ангажованог по основу пуномоћи падају на терет буџетских средстава, већ је то ствар уговора између малолетника, односно његовог законског заступника или тарифе о наградама и накнадама за рад адвоката.

**Б. Судска пракса о трошковима одбране малолетника
после ступања на снагу важећег Законика
о кривичном поступку**

Тумачење и примена члана 79. ЗМ, после периода различите судске праксе, те након ступања на снагу новог Законика о кривичном поступку 1.10.2013. године, када су практичари у овој области очекивали синхронизоване измене и допуне ЗМ-а, довеле су до тога да велика већина судија за малолетнике у Републици Србији, како је већ напоменуто, све трошкове кривичног поступка, осим наведених изузетака, досуђује на терет буџетских средстава.

Да би илустровали ову појаву, позваћемо се на Ставове кривичног одељења Врховног касационог суда (ВКС) од 30.6.2015. године.¹⁵ Судије за малолетнике апелационих судова нису били сагласни у погледу судске праксе, па су поставили питање: да ли трошкови ангажовања изабраног браниоца у ситуацији када је малолетнику изречена васпитна мера или је поступак према њему обустављен из разлога нецелисходности падају на терет буџетских средстава, имајући у виду одредбу члана 79. став 1. ЗМ? Одговор ВКС је гласио: "Одредбом члана 79. ЗМ изричито је прописано у којим случајевима малолетник може да сноси трошкове кривичног поступка, па је без утицаја да ли је бранилац ангажован или постављен по службеној дужности."

Истовремено, судије за малолетнике указују да, осим ангажованих бранилаца по службеној дужности који обавезно поседују сертификат о стеченим посебним знањима из области права детета и преступништва младих, остварују и изабрани браниоци. Браниоцима по службеној дужности се накнада у кривичним поступцима умањује за 50% Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката на основу *Правилника о висини награ-*

¹⁵ https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/stavovi%20VKS%202015_O.pdf , датум посете 22.6.2019.године

де за рад адвоката за одбране по службеној дужности: 2/2014-15 министра правде¹⁶. Са друге стране, право на накнаду трошкова у кривичном поступку према малолетнику све чешће и у пуном износу остварују и браниоци које су малолетници или њихови заступници ангажовали по основу пуномоћи независно од тога да ли поседују сертификат или не.

Пример судске одлуке у наведеном правцу налазимо у пресуди Врховног касационог суда Кзз 360/2016 од 7.4.2016.г.¹⁷ којом браниоцу малолетника *"нису признати трошкови поступка на име награде и накнаде трошкова изабраног браниоца пред полицијом у Параћину 26.3.2014.г."*, па је поднет захтев за заштиту законитости. Ова одлука полази од члана 49. став 1. ЗМ према коме малолетник мора имати браниоца приликом првог саслушања и током читавог поступка и од одредбе члана 261. став 2. тачка 7) ЗКП (требало је обухватити и став 1. наведеног члана, примедба С.Ђ) којом је прописано да су трошкови кривичног поступка издаци учињени поводом поступка од његовог покретања до завршетка. Одредбом члана 261. став 6. ЗКП предвиђено је да трошкове предистражног поступка који се односе на трошкове и нужне издатке браниоца кога је одредила полиција, исплаћује тај орган. Међутим, у случају изабраног браниоца, трошкови које је окривљени имао ангажовањем браниоца у предистражном поступку, морају се сматрати трошковима кривичног поступка у складу са одредбом чл. 263-265. ЗКП. ВКС, на крају, закључује да је побијаним правноснажним, решењем, погрешно и супротно цитираним прописима, није признат захтев за накнаду трошкова, због чега усваја предметни захтев као основан и укида побијано решење.

На идентичан начин је Врховни касациони суд у поступку поводом захтева за заштиту законитости Кзз 420/2016 од 20.4.2016.г. оценио и првостепено решење Апелационог суда у Крагујевцу којим су досуђени трошкови кривичног поступка у износу од 30.000,00 динара и то на име састављања жалбе против решења првостепеног суда, док је део захтева за накнаду трошкова за састављање захтева за накнаду трошкова насталих пред Апелационим судом одбио. Образложење је да такав захтев није предвиђен Тарифом о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, а

¹⁶ www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/sgrs/ministarstva/pravilnik/2014/23/1/reg, датум посете 22.6.2019. године

¹⁷ <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-3602016>, датум посете 22.6.2019. године.

које решење је потврђено другостепеним решењем Апелационог суда. ВКС је, позивајући се на одредбе члана 261. ЗКП и наведену Тарифу, те чињеницу да награда подразумева новчану накнаду која припада одређеном лицу за његов рад те спада у остале поднеске у кривичном поступку, и стога налази да је неправилан закључак првостепеног суда да предметни захтев не спада у остале поднеске у кривичном поступку.¹⁸

На крају овог прегледа судске праксе наводимо и пресуду ВКС у предмету Кзз 614/2018 од 29.5.2018.¹⁹ којим се *"усваја захтев за заштиту законитости браниоца малолетног АА као основан, па се укидају правноснажна решења ВЈТ у Зрењанину 332/17 од 11.1.2018. и Вишег суда у Зрењанину Кем 13/18 од 22.3.2018. и предмет враћа ВЈТ у Зрењанину на поновни поступак и одлучивање."* У образложењу изреке наведене пресуде се наводи да према одредбама ЗМ није прописано да малолетник мора имати браниоца приликом примене васпитног налога из члана 7. став 1. тачка 1) ЗМ, имајући у виду да бранилац Б.В. није постављена по службеној дужности већ је ангажована по пуномоћју од стране мајке малолетника. Даље се наводи да је по налажењу ВКС одредбом члана 79. став 1. ЗМ изричито прописано у којим случајевима малолетник може да сноси трошкове поступка – ако је малолетнику изречена казна, без обзира да ли је у поступку према малолетнику бранилац постављен по службеној дужности или се ради о ангажованом браниоцу. Будући да је у конкретном случају према млт. АА одбачена кривична пријава од стране ВЈТ у Зрењанину и према њему није изречена казна, трошкови поступка у смислу члана 79. став 1. ЗМ падају на терет буџетских средстава суда, без обзира на чињеницу да је у конкретном случају адвокат Б.В. ангажован од стране законског заступника – мајке млт, а није постављен по службеној дужности.

¹⁸ Преузето из правне базе програмског пакета Propis Soft-a <http://propissoft.profishem.rs> 15.9.2017.г.

¹⁹ <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-6142018-troskovi-postupka-branilac-maloletnog-okrivljenog-usvojen-zzz> , датум посете 22.6.2019.године.

**В) Новија судска пракса Апелационог суда у Новом Саду
о трошковима браниоца у другостепеном поступку
према малолетним учиниоцима кривичних дела**

Преглед новије судске праксе Апелационог суда у Новом Саду о трошковима браниоца у другостепеном поступку према малолетним учиниоцима кривичних дела, започињемо одлуком - решењем овог суда Кжм2 126/20 од 11.1.2021. године. Овим решењем се жалба браниоца малолетника сада пунолетног на првостепено решење Апелационог суда у Новом Саду Кжм1 136/18 од 4.12.2020. године као неоснована одбија у делу захтева за накнаду трошкова поступка који се односи на изјављене ванредне правне лекове, односно два захтева за заштиту законитости које је бранилац поднео Врховном касационом суду. Ово стога што о дужности плаћања који настану код суда правног лека одлучује тај суд сходно одредбама чл. 261. до 266. овог члана, како је то и прописано одредбом члана 267. ЗКП, а што произлази и из пресуде Врховног касационог суда Кзз 1390/19 од 22.1.2020. године. Истовремено, овом одлуком Апелациони суд утврђује да се основано жалбом браниоца утврђује да побијаним решењем није у целости одлучено о постављеном захтеву за накнаду трошкова, јер није одлучено о захтеву за накнаду трошкова кривичног поступка на име састава поднеска са захтевом за накнаду трошкова – трошковника, на које бранилац у конкретној процесној ситуацији има право.

За актуелну судску праксу Апелационог суда у Новом Саду карактеристично је решење овог суда Кжм1 31/21 од 17.6.2021. године: "Суд је одбио захтев за накнаду трошкова на име састава трошковника у износу од 22.500,00 динара, имајући у виду да је одредбом чл. 8 Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката прописано да адвокату припада накнада за стварне трошкове који су били потребни за обављање поверених му послова, док састав трошковника по оцени овог суда, није у вези са стварним трошковима које је адвокат имао, а који су били потребни за обављање му поверених послова у смислу одредбе наведеног прописа. Дакле, по оцени овог суда, захтев браниоца за исплату трошкова по својој суштини представља испостављени рачун/фактуру за побројане радње предузете од стране браниоца – по врсти адвокатске услуге и времену предузимања са одређеним новчаним износом; што подлеже оцени и одлуци суда и исти никако не може имати својство образложеног или осталих поднесака у смислу одредбе Тарифног броја 4. ст. 1. и 2. Тарифе о наградама и накнадама

трошкова за рад адвоката, јер није ни предузет у сврху пружања правне помоћи физичком или правном лицу сходно чл. 2, 3. и 23. Закона о адвокатури ("Службени гласник РС", бр. 31/2011 и 24/2012)."

Наведени став садржи и решење Апелационог суда у Новом Саду Кжм1 69/20 од 6.7.2021. године. У решењу овог суда Кжм1 50/21 од 20.7.2021. године је претходно изнетом ставу у погледу права браниоца на састав жалбе пред другостепеним судом додат и следећи став: " У преосталом делу је Апелациони суд одбио захтев браниоца за накнаду трошкова који се односи на састав жалбе на изрицање васпитне мере у износу од 46.500,00 динара, састав одговора на жалбу у износу од 45.000,00 динара, јер наведени трошкови не представљају трошкове који су настали пред судом правног лека због чега нема основа за наплату истих од Апелационог суда у Новом Саду, што не утиче на право браниоца да се са захтевом за наплату истих обрати првостепеном суду."

У току 2021. године у судској пракси Апелационог суда у Новом Саду постоји и одлука Кжм2 51/21 од 24.5.2021. године према којој се овај суд оглашава стварно и месно ненадлежним за одлучивање о поднетој жалби браниоца малолетног сада пунолетног изјављеној против решења о трошковима Вишег суда у Сремској Митровици Квм 42/19 од 21.4.2021. године, при чему се суд у образложењу одлуке позива на одредбе члана 262. ЗКП.

Г) Закључна напомена о судској пракси о трошковима бранилаца малолетника

На крају, можемо закључити да доступна судска пракса, као и најновија судску пракса већа за малолетнике и председника овог већа Апелационог суда у Новом Саду, скоро у потпуности прати актуелну праксу овог суда у погледу одлучивања о трошковима поступка, укључујући и право на награду и накнаду трошкова бранилаца, коју је заступљена у предметима према пунолетним учиниоцима кривичних дела, а и праксу рада других судова у Републици Србији. Примећује се, међутим, да ова пракса није увек потпуно усклађена и усаглашена.

Апелациони судови у својој пракси у овој материји уважавају правне ставове Врховног касационог суда. Они су изнети у раније наведеној пресуди овог суда Кзз 614/2018 од 29. маја 2018. године. Судска пракса се донекле колебала у погледу који се односи на изабраног браниоца малолет-

ника, али се чини да се у том погледу, када се резонује на основу правила из члана 79. ЗМ, као и уз узимање у обзир правила која се у ЗКП односе на трошкове кривичног поступка, нема разлога за неке велике дилеме.²⁰

У појединим одлукама апелационих судова (нпр. решење Апелационог суда у Новом Саду Кжм2 51/21 од 24.5.2021. године) првостепеним судовима се чак указује и на одлуку Уставног суда која је објављена у "Службеном гласнику РС" бр. 27/2021 од 24.3.2021. године. Наведеном одлуком Уставног суда је утврђено да одредба члана 262. став 2. ЗКП која гласи: "Подаци о висини трошкова и захтеви за њихову накнаду могу се поднети најкасније у року од једне године од дана правноснажности пресуде или решења из става 1. овог члана", није у сагласности са Уставом и потврђеним међународним уговором.

Наведени став Уставног суда материју трошкова поступка додатно компликује, имајући у виду тренутну праксу у раду другостепених судова коју поједини браниоци покушавају да оспоре. На пример, да бранилац по службеној дужности да би остварио право на награду и нужне издатке од стране другостепеног суда, захтев за њихову накнаду мора поднети у жалби или најкасније на јавној седници, при чему нема право на трошкове за састав предметног захтева.²¹

V ТРОШКОВИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА И ОДЛУЧИВАЊЕ О ИМОВИНСКОПРАВНОМ ЗАХТЕВУ ПРЕМА НАЦРТУ ЗАКОНА О МАЛОЛЕТНИМ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА И ЗАШТИТИ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ИЗ 2015. ГОДИНЕ

У члану 89. Нацрта Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку²², а који се односио на члан 79. важећег ЗМ, се предлагало да суд може малолетника обавезати на плаћање трошкова кривичног поступка и испуњење имовинскоправног захтева само ако је малолетнику изрекао кривичну санкцију или

²⁰ М. Шкулић: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично-правној заштити малолетних лица*, Сл. Гласник, Београд, 2020, стр. 350-1.

²¹ како је то већ наведено у одлукама Апелационог суда у Новом Саду Кжм1 69/20 и Кжм1 31/21.

²² <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, датум посете 12.7.2019.

васпитни налог. Ако је према малолетнику поступак обустављен, трошкови поступка падају на терет буџетских средстава, а оштећени се ради остварења имовинскоправног захтева упућује на парницу.

У другом ставу наведеног члана се предлагало и следеће законско решење: *"Када је кривична пријава одбачена применом одредаба члана 70. овог закона²³, или је поступак према малолетнику обустављен у складу са одредбама члана 80. и члана 80. став 3. тачка 2) овог закона²⁴, трошкове поступка сноси малолетник, који има приходе или имовину, осим кад суд одлучи да малолетника у потпуности или делимично ослободи од плаћања трошкова поступка, ако је то оправдано разлозима правичности."*

Предложена решења, иако нису шире разматрана у наведеној јавној расправи, свакако указује да сазрева свест да се и питање трошкова поступка и одлучивања о имовинскоправном захтеву у поступку према малолетним учиниоцима кривичних дела, постави и расправља као једно од приоритетних питања у активностима на изменама и допунама ЗМ-а или изради новог законског текста. Сматрамо да први став у члану 89. наведеног нацрта закона представља храбар покушај да се измене процесне одредбе према којима ће се наглашеније у судским одлукама утврђивати чињенично стање, правна квалификација кривичног дела, па и кривица, те сходно томе би у тим случајевима и основно решење у погледу трошкова кривичног поступка и одлучивања о имовинскоправном захтеву могло бити на терет малолетника.

Међутим, чак и кад би решење које се предлаже у Нацрту Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку, било прихваћено и у будућности у изреци судске одлуке утврђивало чињенично стање и правна квалификација дела, остају бројне дилеме у погледу законског уређивања питања трошкова и имо-

²³ Члан 70. наведеног Нацрта закона се односи на нецелисходност кривичног гоњења по одлуци или иницијативи јавног тужиоца за малолетнике, с обзиром на природу кривичног дела и околности под којим је учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства, а може се применити и када је извршење кривичне санкције или примена васпитног налога према малолетнику у току.

²⁴ Члан 80. наведеног Нацрта закона се односи на случај када се према малолетнику примењује васпитни налог, а члан 80. став 3 тачка 2) се односи на случај када суд оцени да према малолетнику није целисходно изрицање кривичне санкције иако је утврђена кривица малолетника.

винскоправног захтева у овим поступцима. На пример, да ли и како малолетника обавезати да плати трошкове поступка и имовинскоправни захтев, уколико он, што је чест случај, не поседује приходе или имовину? Или, какав је смисао трошкове поступка, а посебно имовинскоправног захтева, у случају примене васпитног налога, нпр. у преткривичном поступку, пребацивати на малолетника, када они обично, осим трошкова браниоца малолетника, готово да не постоје или су у случају одређивања васпитног налога из члана 7. тачака 1. ЗМ - поравнање са оштећеним, предмет сагласног и добровољног извршења васпитног налога? Због тога је наш закључак да би формулација става 2. члана 89. Нацрта наведеног новог законског решења из 2015. године, уколико не би била коригована, могла да унесе конфузију у погледу примене одредбе ЗМ-а о трошковима поступка и имовинскоправном захтеву.

С друге стране, у поменутом Нацрту закона се, за разлику од садашњих решења, у погледу примене васпитних налога и извршења кривичних санкција (члан 100) не предвиђа било какво учешће малолетника или њихових старатеља, него се предлаже да трошкове извршења кривичних санкција према малолетницима буду на терет буџетских средстава. Предлаже се да трошкови извршења заводских кривичних санкција сноси министарство надлежно за трошкове правосуђа, а трошкове извршења других кривичних санкција и примене васпитних налога сноси министарство надлежно за социјалну политику, што би – да је усвојено - допринело разрешењу важног практичног питања, пре свега за већу примену васпитних налога.

VI ТРОШКОВИ ПОСТУПКА ПРЕМА НАЦРТУ ЗАКОНА О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О МАЛОЛЕТНИМ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА И КРИВИЧНОПРАВНОЈ ЗАШТИТИ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА ИЗ 2021. ГОДИНЕ

Након јавне расправе, даљи рад на доношења новог Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичној заштити малолетних лица, је прекинут из нама непознатих разлога. Нови министар правде је 16. априла 2021. године образовала нову Радну групу за израду радног текста Закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Дана 9. јула 2021. Министарство правде је објавило на свом сајту *Нацрт закона о*

изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица²⁵ и огласило јавну расправу од 8. до 28.07.2021. године. Према Извештају са ове расправе која се одвијала, због епидемиолошких мера, искључиво у облику писаних поднесака достављених електронским путем достављено је само пет прилога и то претежно адвоката и Адвокатске коморе Србије.

Према овом тексту у члану 52. предлаже се за члан 79. став 1. ЗМ брисање друге реченице, а да се став 2. мења тако да гласи: "Ако је према малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен због нецелисходности извршења казне или васпитне мере, трошкови поступка падају на терет буџетских средстава, изузев трошкова браниоца кога је ангажовао малолетник, његов законски заступник или сродник, а оштећени се ради остваривања имовинскоправног захтева упућују на парнични поступак."

Наведени предлог значи да је прихваћен предлог струке који је уједно и предлог *Савета за праћење и унапређење рада органа кривичног поступка и извршења кривичних санкција према малолетницима* и разрешава највећу противречност у пракси примене члана 79. ЗМ у погледу неједнаког положаја и права на трошкове изабраних и бранилаца малолетника по службеној дужности.

Истовремено, новопредложена измена законске одредбе члана 79. ЗМ, брише- укида, истина у пракси ретку, прилику и могућност да уколико "малолетник има приходе или имовину, суд може одредити да плати трошкове поступка и испуни имовинскоправни захтев и кад према њему изрекне васпитну меру", односно када веће за малолетнике нађе да није целисходно изрицање кривичне санкције.

ЗАКЉУЧАК

Прекршено једнако право на трошкове у поступку сертифицираних бранилаца малолетника које поставља суд у односу на оне који се ангажују по основу пуномоћи, подстакло је идеју да се покрене расправа о питању трошкова одбране у кривичном поступку према малолетницима, а у оквиру ове теме посебно питање трошкова и нужних издатака бранилаца малолетника. Ово питање би требало размотрити не само у пракси,

²⁵ mpravde.gov.rs/sekcija/35/radne-verzuje-propisa.php , посећено 15.10.2021.

него и у теорији, и то са свих релевантних аспеката: модела кривично-правног реаговања на криминалитет малолетника, анализе важећих законских решења, а и у светлу уочених појава у судској пракси.

Сматрамо да је позитивно што предлагач *Нацрта Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку* из 2015. године, у члану 89, а то је члан 79. садашњег ЗМ, покушава законски дефинисати да у случају изрицања кривичне санкције или (требало би да стоји: примене или одређивања) васпитног налога "суд може обавезати малолетника на плаћање трошкова и имовинскоправног захтева." Међутим, налазимо да ово решење није довољно јасно и прецизно, јер се реч "може" различито тумачи, па то захтева прецизирање и усаглашавање са другим деловима овог закона. Посебно, што се садашњи - измењени састав радне групе определио за измене и допуне постојећег текста ЗМ-а, уместо доношења потпуно новог закона.

Иако није потпуно извесно да ли ће се у новом законском тексту у изреци судске одлуке наводити утврђено чињенично стање и кривица малолетника – како је било предложено у случају доношења новог закона – према актуелном *Нацрту измена и допуна закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, предлаже се у погледу изреке решења о изрицању васпитне мере садашња процесна форма, што потенцира измену члана 79. ЗМ на начин како се до сада о том питању изјашњавала стручна јавност.

Било би од значаја, што превазилази тему овог рада, да се у погледу трошкова поступка одговори и на питање због чега се трошкови пуномоћника малолетног лица као оштећеног, кога, сагласно одредби члана 154. ЗМ поставља председник суда од првог саслушања окривљеног, не умањују за 50%, што би се могло постићи изменом у наведеном *Правилнику о висини награде за рад адвоката за одбране по службеној дужности*. Затим, и да ли идентична правила о трошковима одбране малолетника треба да важе и за васпитне налоге, с обзиром да су поменути налози мере *sui generis* које се примењују на принципу добровољности у припремном и у предкривичном поступку?

Уколико модел кривичноправног реаговања на криминалитет малолетника остане идентичан у започетим активностима на изради *Закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних*

дела и кривичноправној заштити малолетних лица, наш предлог је да се ово законско правило прецизира на начин како је то прихваћено у *Нацрту закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*. То се може учинити и тако што би се на крају става 1. члана 79. ЗМ и последње реченице, додао текст: "осим трошкова браниоца кога је на основу пуномоћи ангажовао малолетник, његов законски заступник или сродник." Тако би се створили услови да се у наведеним ситуацијама у погледу трошкова браниоца малолетника примене одредбе чл. 264. и 266. Законика о кривичном поступку, које се редовно примењују и према пунолетним учиниоцима кривичних дела.

Предложено решење, док се не нађе неко боље, између осталог, решава апсурдну ситуацију из праксе рада судија за малолетнике у делу одобравања пуног износа трошкова изабраним браниоцима, у односу на оне које одреди суд и који морају имати одговарајући сертификат, а исплаћује им се награда умањена за 50% сагласно наведеном Правилнику о висини награде министра правде.

Битно је да предложено ново решење, односно формулација, члана 79. став 1. ЗМ не угрожава постигнути високи стандард права и заштите малолетних учинилаца кривичних дела у поступку. Уз све раније наведено, прецизираном законском одредбом наведеног става задржава се право да сваки малолетник у кривичном поступку пред судом има браниоца од првог саслушања и да тај бранилац уколико га ангажује суд мора да поседује одговарајући сертификат из области права детета и преступништва младих. С друге стране, иако то није приоритет, предложеним решењем део трошкова кривичног поступка који се у пуном износу и независно од одредби важећег ЗКП-а и без умањења од 50% као у случају ангажовања браниоца по службеној дужности, исплаћује изабраним браниоцима малолетника, остаје буџету и трошкови поступка се смањују, па се могу ангажовати за неке друге сврхе за добробит малолетника у сукобу са законом.

Међутим, сматрамо да треба још једном преиспитати решење које се у најновијем *Нацрту закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, предлаже за измену одредбе члана 32. став 3. ЗМ тако што би се на крају, после речи "малолетника", додале речи: "који је постављен по службеној дужности." Ово би значило да малолетник, његови родитељи и

сродници убудуће за одбрану у кривичном поступку уопште не би могли да ангажују браниоца по свом избору, те да су предложене измене у члану 79. ЗМ сувишне. У том случају процес сертификације бранилаца би се морао подићи на виши ниво, укључујући и реалну проверу знања сагласно одредби члана 165. ЗМ.

Литература:

1. Зборник радова: *Права детета и малолетничко правосуђе*, одабрани међународни документи (са ЦД), УНИЦЕФ, Београд, 2004.
2. Љ. Лазаревић и М. Грубач: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005.;
3. О. Перић: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Друго, допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2007.
4. О. Перић, Н. Милошевић и И. Стевановић: *Политика изрицања кривичних санкција према малолетницима у Србији*, Београд, 2008.
5. С. Соковић, С. Бејатовић: *Малолетничко кривично право*, Крагујевац, 2009.
6. М. Шкулић: *Малолетничко кривично право*, Београд, 2011.
7. Г. Стојановић-Милошевић: *Принципи у међународним документима и поступак према малолетницима у нашег кривичном поступку с освртом на неке проблеме у пракси*, у "Малолетничко правосуђе у Републици Србији" (ур. И. Стевановић), Београд, 2012
8. С. Михајловић, Д. Обрадовић: *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у судској пракси*, Глосаријум, Београд, 2013.
9. З. Стојановић: *Кривично право – општи део*, 21. издање, ПФ Универзитета у Београду - Правна књига, Београд, 2014
10. С. Ђурђић, В. Софреновић и Љ. Марковић: *Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку – осврт на коментаре, сугестије и предлоге судија и тужилаца за малолетнике, као и других учесника, изнете у јавној расправи*, Билтен ВКС 1/2018.
11. М. Шкулић: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Сл. Гласник, Београд, 2020.

Радоман Спарић

судија Апелационог суда у Крагујевцу

**- ИЗУЗЕЋЕ СУДИЈЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ -
МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ СТАНДАРДИ,
ЗАКОНИК О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РС
И АКТУЕЛНА СУДСКА ПРАКСА"**

Право на правично суђење представља основно људско право странке у поступку, а да би се исто остварило странка има право да јој буде суђено пред независним и непристрасним судом.

Право странака да им суди независан и непристрасан суд предвиђено је у више међународних правних аката, као што су Универзална декларација о људским правима (члан 10)¹ и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (члан 14. став 1)².

Право на суђење пред независним и непристрасним судом зајамчено је у члану 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Наведеном одредбом Конвенције је предвиђено да, "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".

¹ "Свако има потпуно једнако право на правично јавно суђење пред независним и непристрасним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама, и о основаности сваке кривичне оптужбе против њега."

² Сви су једнаки пред судовима и судовима правде. Свако лице има право да његов случај буде расправљан правично и јавно пред надлежним, независним и непристрасним судом, установљеним на основу закона који одлучује о основаности сваке оптужбе подигнуте против њега у кривичним стварима или о оспоравању његових грађанских права и обавеза.

Европски суд за људска права који примењује Европску конвенцију и чији је задатак да обезбеди да државе чланице поштују права која су дата Конвенцијом, је у више својих одлука испитивао постојање повреде права на правично суђење и то из аспекта права на непристрасан суд.

Према пракси Европског суда постојање непристрасности суда у смислу члана 6. став 1. Европске конвенције се утврђује применом субјективних и објективних тестова односно мерила.³

Према субјективном тесту узима се у обзир лично уверење и понашање судије, односно да ли је поступајући судија имао неке личне предрасуде или пристрасност у конкретном предмету, због којих би странку у поступку ставио у повлашћени или подређени положај. Код примене субјективног теста непристрасности, Европски суд је доследно сматрао да се лична непристрасност судије претпоставља док се не докаже супротно. Према пракси Суда, показано непријатељство или наклоност према некој од странака или додељивање предмета судији у рад на сопствени захтев из личних разлога доводе у питање субјективну непристрасност судије. Исто тако јавни иступи судије у којима износи ставове о случају у коме треба да донесе мериторну одлуку у смислу процене могућег исхода поступка, квалитета и начина изношења одбране, те исказано подозрење на изнету одбрану окривљеног да је невин, могу се ценити као заузимање коначног става о постојању кривице подносиоца представке, па је Суд мишљења да подносилац има основан разлог да сумња у непристрасност поступајућег судије. Међутим, Суд је у више одлука констатовао да је тешко утврдити повреду члана 6. став 1. Европске конвенције на основу субјективне пристрасности због чега се усредсредило на објективни тест непристрасности.

Према објективном тесту, треба утврдити да ли су сам суд и његов састав пружили довољно гаранција како би се искључила свака оправдана сумња у погледу његове непристрасности. У погледу објективног теста, мора се утврдити постоје ли чињенице или околности које могу довести у

³ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150298> - Драгојевић против Хрватске – Став 111 пресуде (представка број: 68955/11 пресуда од 15. јануар 2015. године, и <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200729> - Alekandru Marian Iancu против Румуније – став 57-60 (представка бр. 60858/15 пресуда од 04.02.2020. године)

сумњу непристрасност судије, односно да ли се бојазан у погледу непристрасности може сматрати објективно оправданом.

Питање објективне непристрасности се пре свега поставља у случајевима када је судија имао различите процесне функције током трајања судског поступка. По становишту Суда околност да је судија учествовао у доношењу одлуке пре суђења није довољна да се сматра да он нема објективну непристрасност, већ је битан опсег и природа тих одлука⁴. Тако у ситуацији када одлуке о продужењу притвора захтевају "веома висок степен јасноће" да је оптужени починио кривична дела за која се терети, Суд је утврдио да се сумња подносиоца у погледу непристрасности судије може сматрати објективно оправданом⁵. У сваком предмету од значаја је питање у којој мери је судија ценио околности предмета и кривицу подносиоца захтева када му је одредио притвор⁶.

Објективни тест непристрасности се односи и на хијерархијске и друге везе између судије и других лица која учествују у поступку које објективно оправдавају сумњу у погледу непристрасности суда, због чега не испуњавају стандарде Конвенције у погледу објективног теста. Ако је судија раније био запослен у државном тужилаштву и у склопу својих дужности радио на истој правној ствари, а након тога као судија поступао у истом предмету јавност има право на бојазан да он не нуди довољно јемства да је објективан и непристрасан. Исто тако Суд је изнео мишљење да је легитиман страх подносиоца представке да ће судија, који је у ранијем поступку, у коме је учествовао и подносилац представке, као адвокат заступао другу странку наставити да га посматра као супротну страну у предмету у ком поступа као судија. Чињеница да је судија већ одлучивао о сличним, али неповезаним оптужбама за кривично дело или да је већ судио саоптуженом у другом кривичном поступку није сама по себи довољна да би изазвала сумњу у непристрасност тог судије у накнадном предмету⁷. У поступку поновног одлучивања након укидања раније првостепене пресуде по жалби, сама чињеница да исти суд у истом или другом

⁴ Fey против Аустрије, став 30, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57808> - Sainte-Marie против Француске, став 32 - <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57794>

⁵ Hauschildt против Данске, ставови 49. – 52 - <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500>

⁶ Jasinski против Пољске, ставови 54 – 58- <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71747>

⁷ Kriegisch против Немачке -<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102203>

саставу одлучује поново у том предмету не оправдавају бојазан у погледу непристрасности суда.

Према Европском суду национални судови имају обавезу да у сваком предмету одлуче да ли је предметни однос такве природе и степена да указује на непостојање непристрасности суда, а пропуст домаћих судова да испитају приговор због недостатка непристрасности који се не чини одмах очигледно неоснованим може довести до повреде члана 6. став 1. Конвенције.

У домаћем правном систему право на суђење пред независним и непристрасним судом је уставно право зајамчено Уставом Републике Србије у члану 32. став 1. Устава, у оквиру одредби о људским правима и слободама, као део права на правично суђење. Наиме, наведеном одредбом Устава је предвиђено да: "Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега".

У кривичном законодавству непристрасност суђења се обезбеђује, односно пристрасност судије отклања институтом изузећа судије, тако да се од вршења функције одстрани судија у случају постојања законом прописаних разлога за обавезно изузеће (апсолутни разлози) или постојања других околности које изазивају сумњу у непристрасност судије (релативни разлози).

Законик о кривичном поступку (ЗКП) у глави III (чл. 37- 42) која носи назив "Изузеће" решава питања основа и поступка при утврђивању неподобности судија и других субјеката у кривичном поступку, на које се сходно примењују одредбе о изузећу судија, за вршење функције у конкретним случајевима.

ЗКП не прави разлику између искључења и изузећа, која постоји у теорији кривичног процесног права, иако су у члану 37. став 1. тач. 1) до 4) фактички дати основи искључења, а у ставу 2. основи изузећа судије од судијске дужности. Код искључења по самом закону постоје апсолутне сметње за вршење судијске функције у конкретном случају, па је тада искључење судије обавезно, без обзира да ли то захтевају странке или се тога одричу. Наиме, ради се о процесним ситуацијама у којима постоји одређен однос и повезаност судије са учесницима поступка или предме-

том. Код изузећа судија се одстрањује од вршења своје дужности само ако овлашћени процесни субјекти у поступку поставе такав захтев, због постојања околности које изазивају сумњу у његову непристрасност, а суд га усвоји као основан.

Учешће на главном претресу судије који је по основима из става 1. члана 37. ЗКП требао да буде изузет, представља апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка прописану чланом 438. став 1. тачка 4) ЗКП, која се узима у обзир при одлучивању о жалби, ако је истакнута у жалби. При томе на наведену битну повреду поступка жалилац се може позвати у жалби само ако ту повреду није могао изнети у току главног претреса, или је изнео, али је првостепени суд није узео у обзир (члан 452. ЗКП).

Основи који представљају апсолутне разлоге за изузеће су таксативно набројани у члану 37. став 1. тач. 1) до 4) ЗКП.

Први основ искључења је околност да је судија оштећен кривичним делом по коме се води поступак у којем судија поступа (тачка 1). У смислу члана 2. став 1. тачка 11) ЗКП "оштећени" је лице чије је лично или имовинско право кривичним делом повређено или угрожено.

ЗКП изузима судију у овом случају јер су његови лични интереси супротни интересу окривљеног, или код судије због претрпљене штете постоји негативно расположење према окривљеном. Разлози за изузеће по овој тачки постоје без обзира да ли је оштећени судија истакао имовинскоправни захтев у кривичном поступку или парничном поступку, или га није поставио, или се пак одрекао одштетног захтева. У ситуацији када је судија оштећен неким другим кривичним делом истог окривљеног поводом кога се води други кривични поступак тада се може говорити о разлозима за изузеће предвиђеним у ставу 2. члана 37. ЗКП.

Породични и сроднички односи између судије и појединих учесника у кривичном поступку представља обавезан разлог за изузеће. У тачки 2) је прописано да ће судија или судија поротник бити изузет од судијске дужности у одређеном предмету ако му је окривљени, његов бранилац, тужилац, оштећени, њихов законски заступник или пуномоћник, брачни друг или лице са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота или сродник по крви у правој линији до било ког степена, у побочној линији до четвртог степена, а по тазбини до другог степена.

У питању је субјективни елемент као основ изузећа, с обзиром да се претпоставља да судија не би могао да задржи потребан степен непристрасности, првенствено у односу на учеснике са којима је у породичним и сродничким односима.

У вези повреде забрана из члана 37. став 1. тачка 2) ЗКП, карактеристична је пресуда Врховног касационог суда Кзз 739/2019 од 5.9.2019. године. Наиме, ВКС налази да је учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 4) у вези са чланом 37. став 1. тачка 2) ЗКП, у ситуацији када је у доношењу другостепене пресуде учествовао судија који је у браку са адвокатом, који је у предметном кривичном поступку пред основним и вишим судом учествовао у својству пуномоћника оштећене.

Исто тако учињена је наведена битна повреда одредаба кривичног поступка, у ситуацији када је у доношењу другостепене пресуде учествовао судија који је у родбинским односима (отац-син) са замеником Основног јавног тужиоца који је поднео оптужни предлог против окривљеног, а судија као председник другостепеног већа, одлучујући о изјављеној жалби потврди првостепену пресуду (Кзз 1239/2017 од 5.12.2017. године). ВКС налази да постоји ова повреда и у ситуацији када након одржане седнице другостепеног већа по поднетој жалби, а пре израде и експедовања другостепене одлуке окривљени да пуномоћје за заступање браниоцу који је у родбинским односима (син - отац) са председником другостепеног већа (Кзз 63/2021 од 2.3.2021. године).

У тачки 3) је прописано да ће судија или судија поротник бити изузет од судијске дужности у одређеном предмету ако је са окривљеним, његовим браниоцем, тужиоцем или оштећеним у односу старатеља, штићеника, усвојитеља, усвојеника, хранитеља или храњеника.

При томе је изразе породичног права наведене у тач. 2) и 3) потребно тумачити у складу са одредбама Породичног закона ("Службени гласник РС", бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015).

Према судској пракси судија или судија поротник који је учествовао у суђењу иако је постојао разлог за његово изузеће из члана 37. став 1. тач. 2) или 3) ЗКП, због чега је пресуда била укинута, не може у даљем поступку вршити судијске дужности ни у ситуацији када је сродника

судије, односно судије поротника заменило лице које не спада у круг сродника предвиђен у напред наведеним одредбама.

У тачки 4) предвиђени су процесни основи као разлог за изузеће. Прописано је да судија не може вршити судијску дужност ако је у истом предмету поступао као судија за претходни поступак или је одлучивао о потврђивању оптужнице или је учествовао у доношењу мериторне одлуке о оптужби која се побија жалбом или ванредним правним леком или је учествовао у поступку као тужилац, бранилац, законски заступник или пуномоћник оштећеног, односно тужиоца или је саслушан као сведок или као вештак, ако овим законом није другачије прописано.

Ради се о више ранијих процесних улога које представљају сметњу каснијем обављању судијске функције у одређеном предмету. Наиме, сматра се да судија који у ранијим фазама, у одређеном кривичном поступку доносио одлуке, има формирано предубеђење како у односу на кривично дело, тако и у односу на окривљеног, које се може негативно одразити на његову независност и непристрасност приликом каснијег одлучивања у том истом предмету.

Осим тога поједини субјекти током кривичног поступка мењају својства, па неки од њих постану судија, што га изузима од вршења судијске функције у тој конкретној кривичној ствари у којој је раније био у другом својству. У ситуацији када јавни тужилац буде изабран за судију он не може вршити судијску дужност у односу на предмете у којима је поступао као тужилац. Бранилац окривљеног, законски заступник или пуномоћник оштећеног, односно тужиоца су изузети од обављања судијске дужности ако буду изабрани за судију јер се не може очекивати њихова пуна објективност у кривичном предмету у коме су раније били у другом својству. Исто тако судија који је саслушан као сведок или вештак не може вршити судијску дужност након саслушања без обзира на стадијум поступка.

ЗКП прописује да су наведене улоге судије сметња његовом поступању, ако овим законом није другачије прописано. Један од изузетака је прописан у члану 443. став 2. ЗКП где је предвиђена могућност поновног отварања главног претреса од стране првостепеног суда у ситуацији када су у жалби изнете чињенице и предложени нови докази који према оцени председника већа првостепеног суда могу допринети свестраном расправљању предмета доказивања. С тим у вези је и могућност

председника већа првостепеног суда прописана чланом 443. став 1. ЗКП да одбаци неблаговремену, недозвољену или неуредну жалбу.

У судској пракси је заузето доста ставова и схватања у вези основа за изузеће из тачке 4) става 1. члана 37. ЗКП.

Тако се у судској пракси поставило као спорно питање, да ли учествовање председника већа и члана већа у својству чланова ванрасправног већа које је продужило притвор окривљеном представља разлог за њихово изузеће од судијске дужности приликом доношења мериторне одлуке у истом кривичном поступку. У питању је оцена тзв. функционалне непристрасности, која може бити нарушена ако судија врши различите функције у судском процесу или врши судске и вансудске функције у вези са истим предметом. У вези наведеног питања постоји бројна пракса и правни ставови Европског суда за људска права, Уставног суда Србије и Врховног касационог суда.

Према пракси Европског суда за људска права, као што је напред наведено, не може се сматрати да сама по себи чињеница што је судија у кривичном поступку доносио одлуке и пре суђења у поједином предмету, укључујући одлуке везане за притвор, оправдава сумњу да је пристрасан, а оно што је важно су обим и природа тих одлука. Наиме, према ставу Суда питања која разматра ванрасправно веће одлучујући о притвору различита су од оних која разматра расправни суд при доношењу пресуде у кривичном поступку. Приликом одлучивања о притвору суд цени само правна питања у вези примене процесних одредби о постојању основа за притвор на основу околности које се утврђују на први поглед. Тиме се не учествује у целовитом оцењивању правних и чињеничних разлога за основаност оптужног акта, јер се тада мора оцењивати постојање свих чињеница и правних разлога за мериторну одлуку о кривици и кривичној санкцији.

У предмету Драгојевић против Хрватске⁸ (пресуда од 15.1.2015. године – представка број 68955/11) Европски суд је нашао да није дошло до повреде члана 6. став 1. Конвенције у погледу мањка непристрасности судије у случају када је пре почетка главног претреса четири пута од стране ванпретресног већа продужен притвор окривљеном, при чему је члан тог већа у сва четири случаја био и судија који је касније као председник већа

⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150298>

учествовао у доношењу првостепене пресуде према истом окривљеном. У наведеној одлуци (ст. 114. и 115) Европски суд наводи да је "савршено нормално" да судија може разматрати и одбити захтев за пуштање на слободу који поднесе притворени оптужени. При томе судија мора и на темељу Конвенције и домаћег права утврдити постојање "основане сумње" против окривљеног. Сама чињеница да је судија у суђењу већ доносио претпретресне одлуке у предмету, укључујући одлуке везане за притвор, не може оправдати бојазан о његовој непристрасности, с обзиром да само посебне околности могу оправдавати другачији закључак. Чињеница да је судија сам затражио сопствено изузеће такође није била битна, јер није постојао ни један разлог који би оправдао његову евентуалну пристрасност.

У одлуци *Jasinski* против Пољске⁹ (од 20.12.2005. године – предревентивка број 30865/96, став 55), Европски суд за људска права истиче да питања на која судија мора одговорити при доношењу одлука о продужењу притвора нису иста као и она која су одлучујућа за његову коначну пресуду. Приликом одлучивања о притвору и доношења других претпретресних одлука ове врсте, судија сажето оцењује доступне податке како би утврдио на први поглед постоји ли основ за сумњу против окривљеног да је извршио кривично дело, а приликом доношења пресуде на крају суђења мора проценити јесу ли докази који су изнети и о којима се расправљало пред судом довољни да би окривљеног огласио кривим, те да сумњу и формални закључак о кривици не треба третирати на исти начин.

Надаље, по налажењу Европског суда, оцена постојања законских услова за продужење притвора, која укључује и оцену постојања "основане сумње" о извршењу кривичног дела од стране окривљеног, не може представљати формирање става судије о кривици тог истог окривљеног или казни коју му треба одредити, односно "предубеђење" судије, које доводи у сумњу његову непристрасност.

У пресуди Уж-4461/2010 од 30. јануара 2014. године Уставни суд је нашао да вишеструке процесне улоге које је судија С.В. имао у првостепеном поступку, било у својству председника Окружног суда када је одлучивао о захтевима за изузеће поступајућих судија, било као члан ванпретресног већа које је донело одлуку о додељивању окривљеном С.П. статуса сведока сарадника и, уз то, одлучивало о продужењу притвора

⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71747>

оптуженима, представљају околности које, сагледане кроз његово учешће у истом предмету као председника жалбеног већа Апелационог суда у Београду, изазивају сумњу у пристрасност у смислу члана 40. тачка 6) ЗКП (сада члан 37. став 2. ЗКП). Због наведеног Уставни суд је оценио да је учествовањем судије С.В, као председника већа, у поступку доношења оспорене пресуде Апелационог суда у Београду повређено право подносиоца уставне жалбе на непристрасан суд, као саставног елемента права на правично суђење из члана 32. став 1. Устава.

У пресуди Врховног касационог суда Кзз 1211/2020 од 2.12.2020. године се наводи да у појединим ситуацијама вишеструких процесних улога судије се може појавити сумња у непристрасност судије која је таквог квалитета да захтева његово изузеће од судијске дужности приликом доношења одлуке (пресуде) о кривици окривљеног за извршено кривично дело, што значи да постојање битне повреде одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 4) ЗКП у сваком конкретном случају представља фактичко питање.

Када је у питању учествовање судије у доношењу одлуке о притвору (у конкретном предмету одлучивање на седници Кв већа, на којој се одлучивало о продужењу притвора окривљенима), ВКС налази да се не могу прихватити наводи захтева да свако одлучивање судије о притвору према окривљеном нужно нарушава претпоставку непристрасности тог судије приликом мериторног одлучивања о кривици истог окривљеног.

ВКС се позива на праксу Европског суда за људска права (у пресуди је наведено више одлука Европског суда), према којој се не може сматрати да сама по себи чињеница што је судија у кривичном поступку доносио одлуке и пре суђења у поједином предмету, укључујући одлуке везане за притвор, оправдава страх да је пристрасан, а оно што је важно су опсег и природа тих одлука. Због тога, оцена постојања законских услова за продужење притвора, која укључује и оцену постојања "основане сумње" о извршењу кривичног дела од стране окривљеног, не може представљати формирање става судије о кривици тог истог окривљеног или казни коју му треба одредити, односно "предубеђење" судије, које доводи у сумњу његову непристрасност.

На крају, ВКС налази да сама по себи чињеница, да је судија био председник судећег већа, које је донело побијану првостепену пресуду, којом

је окривљени оглашен кривим и осуђен, учествовао у доношењу одлуке о продужењу притвора према истом окривљеном као члан Кв већа, не доводи у сумњу претпоставку непристрасности тог судије код одлучивања о кривици окривљеног приликом доношења побијане правноснажне пресуде.

Међутим у пресуди Кзз ОК 6/2021 од 22.4.2021. године ВКС је нашао да је учествовањем у доношењу другостепене пресуде судије М.Л, као председника већа и Б.П. као члан већа, који су у истом својству донели одлуке којима је одлучивано о жалбама браниоца окривљеног Д.Ш. на решења о продужењу притвора, при чему су у образложењима решења, наводећи разлоге за продужење притвора, изразили став о постојању оправдане сумње да је окривљени предузео радње извршења кривичног дела које су ближе описане, своју непристрасност довели у питање, па их је требало изузети од одлучивања у другостепеном поступку и приликом доношења другостепене одлуке.

У пресуди се даље истиче да у случају да је судија у кривичном поступку доносио одлуке и пре учешћа у доношењу пресуде у истом предмету, укључујући и одлуке везане за притвор, постоји оправдана бојазан да тај судија није непристрасан, а степен његове непристрасности се цени у складу са обимом и природом раније донетих одлука. ВКС налази да су наведене судије образлажући постојање оправдане сумње у решењима о продужењу притвора окривљеном Д.Ш. изразили висок степен јасноће у погледу кривице овог окривљеног и то у већој мери него што је то неопходно за доношење одлуке о притвору, с обзиром да се притвор може одредити против лица за које постоји основана сумња да је учинио кривично дело, а који степен сумње се не мења у законским одредбама везаним за притвор, након подизања оптужнице. Надаље ВКС констатује да утврђење постојања оправдане сумње подразумева да су наведене судије оцениле да постоји скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу, а оправдана сумња представља квалитет сумње који оправдава подизање оптужбе, па се утврђење постојање таквог квалитета сумње код одређеног судије може уподобити процесној улози судије приликом потврђивања оптужнице, која процесна улога представља основ за обавезно изузеће прописано одредбом члана 37. став 1. тачка 4) ЗКП.

Исто тако у пресуди Кзз 236/2021 од 11.3.2021. године ВКС налази да је судије требало изузети приликом доношења другостепене пресуде, због њихових процесних улога у првостепеном поступку - учествова-

ња у доношењу више одлука о притвору, односно о укидању притвора окривљеном који је замењен мером забране приближавања и комуникације окривљеног са оштећеном, па како то није учињено, другостепеном пресудом учињена је битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 4) ЗКП. По оцени ВКС приликом доношења одлуке о притвору, као најстрожијој мери обезбеђења присуства окривљеног за несметано вођење кривичног поступка, пре оцене постојања законом прописаних разлога за одређивање или укидање те мере, судија мора имати убеђење највишег степена да постоји основана сумња да је окривљени извршио кривично дело, које се заснива на детаљном упознавању са свим околностима, чињеницама и доказима који се тичу како самог окривљеног тако и кривичног дела које му је стављено на терет, као и створеном општем утиску о предмету, што неминовно доводи до стварања предубеђења судије у том кривичном поступку.

Надаље, по налажењу ВКС, иако је судија по закону и у складу са својом функцијом дужан да одржи поверење у своју независност и непристрасност, детерминисаност судије који је у одређеном кривичном поступку одлучивао о притвору против окривљеног а нарочито ако је одлучивао више пута, таквог је степена, да представља околност која нарушава претпоставку непристрасности судије, због чега се тај судија, иако та процесна улога није изричито прописана чланом 37. став 1. ЗКП који обухвата разлоге за обавезно изузеће, треба изузети од судијске дужности приликом доношења мериторне одлуке у истом кривичном поступку.

Према судској пракси Врховног касационог суда раније поступање судије у предмету представља разлог за његово обавезно изузеће приликом одлучивања о пуштању на условни отпуст. У пресуди Кзз 253/2020 од 13.5.2020. године ВКС налази да је учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 4), у ситуацији када је у доношењу побијаног првостепеног решења којим је одбијена као неоснована молба окривљеног за условно отпуштање са издржавања казне затвора као члан ванпретресног већа учествовао судија који је у истом предмету претходно учествовао као председник већа у доношењу мериторне одлуке о оптужби - првостепене пресуде. По оцени ВКС, учешће судије у поступку одлучивања по молби окривљеног за пуштање на условни отпуст са издржавања казне затвора и претходно у доношењу мериторне пресуде којом је окривљени у том кривичном поступку оглашен кривим и осуђен на казну затвора, пред-

ставља законом предвиђен разлог за обавезно изузеће судије од вршења судијске дужности у том предмету, у смислу члана 37. став 1. тачка 4) ЗКП, јер се у конкретном случају учешће судије у раду на предмету има посматрати као једна целина у односу на окривљеног.

Према становишту ВКС изнетом у пресуди Кзз 781/2019 од 27.2.2020. године суд се није придржавао забране из члана 37. став 1. ЗКП, када у трећестепеном већу (Кж3) које одлучује по жалби на другостепену пресуду учествује као члан већа судија који је у претходном делу поступка учествовао у већу другостепеног суда које је укинуло прву ослобађајућу пресуду. Ово из разлога што по оцени ВКС, разматрање и оцењивање суштине ствари, у два степена одлучивања у јединственом поступку представља разлог за обавезно изузеће сходно члану 37. став 1. тачка 4) ЗКП, без обзира што оваква процесна ситуација није изричито прописана том одредбом.

Према пресуди ВКС Кзз 1144/2018 од 7.11.2018. године суд није поштовао забрану предвиђену чланом 37. став 1 тачка 4) ЗКП, када исте судије као чланови већа другостепеног суда које је донело коначну пресуду, учествују и као судије у већу другостепеног суда у ситуацији када одлучују о жалби на решење којим је одбачен предлог за понављање поступка, чиме су поступили супротно одредби члана 474. став 2. ЗКП.

Међутим, нема повреде из члана 37. став 1. тачка 4) ЗКП када су у доношењу другостепене пресуде Апелационог суда у Б. учествовали као председник и чланови већа судије Ј.В, С.В. и О.Х. иако су претходно, такође као веће истог другостепеног суда учествовали у доношењу одлуке по жалби којом је претходна првостепена пресуда укинута и предмет враћен првостепеном суду на поновно одлучивање, јер ове судије као председник и чланови већа нису учествовали у доношењу првостепене пресуде, односно мериторне одлуке о оптужби која се у поновном поступку побија жалбом (Пресуда ВКС Кзз 1041/2016).

Према одредби става 2. члана 37. ЗКП судија ће бити изузет од судијске дужности у одређеном предмету ако постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност. У питању су околности које према уобичајеним критеријумима изазивају сумњу у непристрасност судије код поступања. У пракси су често као повод за тражење изузећа по овом основу били неспоразуми између суда и странака, углавном суда и одбра-

не, у вези са решавањем предлога за извођењем нових доказа у току главног претреса, пре свега због одбијања таквих предлога. Други разлози за изузеће по овом основу у судској пракси су разноврсни, па тако подносиоци захтева наводе, велико пријатељство или изражено непријатељски односи, постојање честих контаката у приватном животу, давање савета или изражено лично мишљење судије о конкретној ствари изван вршења судске функције, сродство у даљем степену од сродства које представља основ за обавезно изузеће, заједнички имовински интереси, непосредни или преко блиских сродника, подношење кривичне пријаве и др. Неправилна примена закона због које је пресуда укинута поводом изјављене жалбе, као и сумња у способност судије није довољан разлог за изузеће судије по овом основу.

У члану 38. ЗКП, прописано је поступање судије када сазна неки од разлога за сопствено изузеће. Наиме, принцип судијске непристрасности подразумева и дужност судије да сам тражи изузеће из случаја када сматра да неће моћи судити на непристрасан начин. Предвиђено је посебно поступање када се ради о основима који представљају апсолутну сметњу за поступање, а посебно у односу на релативне сметње за поступање.

У случајевима из члана 37. став 1. ЗКП судија је дужан да прекине сваки рад на том предмету, чим сазна да постоји неки од разлога за његово изузеће и да обавести председника суда о постојању основа за сопствено изузеће. Када ће судија сазнати да постоји разлог за изузеће и када ће разлог настати је фактичко питање у сваком конкретном случају. Наиме, када се ради о браниоцу или пуномоћнику, они се могу накнадно одредити, а исто тако могу се мењати у току поступка од стране овлашћених лица, што отежава судији могућност истовременог сазнања о тим чињеницама. Предвиђена је обавеза судије да одмах прекине сваки рад на предмету, што значи да у таквом случају судија не може и не сме да изврши ни неку хитну радњу, односно радњу која не трпи одлагање. Уколико прихвати аргументе судије о изузећу председник суда доноси решење о изузећу, против кога није дозвољено улагање жалбе, након чега се предмет додељује у рад судији који је на реду за пријем предмета, у складу са системом случајне доделе предмета. Закон о судијама у члану 90. став 1. тачка 1. прописује као дисциплински прекршај пропуштање судије да тражи изузеће у предметима у којима постоји разлог за изузеће, односно искључење предвиђен законом.

Када су у питању друге околности које у одређеном предмету изазивају сумњу у непристрасност судије, у смислу члана 37. став 2. ЗКП, о њима сходно члану 38. став 2. ЗКП, обавештава председника суда. С обзиром да у оваквим ситуацијама постојање основа за изузеће треба утврђивати и процењивати, у смислу да ли су таквог карактера да судију изузимају од поступања то законом није прописано да је судија дужан да прекине сваки рад, што подразумева да није искључен од рада на предмету, дакле да може да врши све радње које не трпе одлагање. Међутим, у пракси се често позивање судије на остале околности које изазивају сумњу у његову непристрасност од стране председника судова цени рестриктивно и тумачи као жеља судије да се ослободи од одређеног предмета.

Поред иницијативе самог судије да буде изузет у одређеном предмету, о изузећу судије у смислу члана 39. став 1. ЗКП, може бити одлучивано по захтеву странака и браниоца. Према члану 2. став 1. тачка 9) ЗКП странке су тужилац и окривљени. Наведеном одредбом није ограничено њихово право у погледу обима захтева, што значи да могу поднети захтев за изузеће по свим основима из члана 37. ЗКП.

Форма и начин подношења захтева за изузеће није посебно предвиђен, па се захтев у складу са основним правилима о подношењу из члана 229. став 1. ЗКП може поднети писмено или дати усмено на записник, који се води при вршењу сваке радње предузете у току поступка.

Према члану 39. став 2. ЗКП, рок за подношење захтева за изузеће од странке и браниоца је почетак главног претреса, који у смислу члана 385. став 1. ЗКП почиње доношењем решења да се главни претрес одржи. Изузетно, уколико је подносилац за неки од разлога сазнао касније, захтев се може поднети одмах по сазнању. У таквим ситуацијама подносилац захтева мора доказати или учинити вероватним да је за разлог за изузеће сазнао након почетка главног претреса.

Захтев за изузеће се у смислу члана 39. став 3. ЗКП може односити само на поименично тачно одређеног судију који у предмету поступа. Дакле, подносилац захтева не може тражити изузеће свих судија једног суда, нити унапред изузеће судија који још увек не поступају у предмету. Ако захтев није индивидуализован суд није дужан да тражи од подносиоца да захтев исправи, односно допуни, већ га на основу члана 41. став 4. ЗКП, решењем одбацује.

Када је реч о жалбеном суду, одредбом става 4. члана 39. ЗКП, је прописано да странке и бранилац захтев за изузеће судије могу поднети у жалби и одговору на жалбу. Међутим у време састављања жалбе и одговора на жалбу странке и бранилац по правилу не знају ко ће бити у већу које одлучује о жалби, па у оваквим ситуацијама, уколико је подносилац захтевао изузеће поименично одређеног судије, председник жалбеног суда би решење о изузећу могао донети тек уколико би предмет додељен у рад већу у чијем саставу је судија чије се изузеће захтева. У случају одржавања јавне седнице већа или претреса пред другостепеним судом странке и бранилац тек на седници већа, односно тек по отварању претреса се упознају са саставом већа због чега би им требало дозволити да захтев за изузеће у поступку пред другостепеним судом ставе и на почетку јавне седнице или претреса. У пракси је присутно да се у жалби предлаже укидање првостепене пресуде и одређивање другог већа првостепеног суда за ново суђење. То је фактички захтев за изузеће целог већа које је донело побијану пресуду, али такав захтев нема основ у напред наведеној одредби, с обзиром да је по правилу уопштен и паушалан, а исто тако и необразложен. Такође, када жалбени суд, на основу члана 458. став 2. ЗКП, одреди да се нови главни претрес пред првостепеним судом одржи пред потпуно измењеним већем нижег суда, таква одлука се не може сматрати изузећем у смислу одредби ЗКП којима је регулисано изузеће судија.

Захтев за изузеће мора да буде образложен. Ставом 5. члана 39. ЗКП је прописано да су странке и бранилац дужни су да у захтеву за изузеће наведу доказе и околности због којих сматрају да постоји неки од разлога за изузеће судије, судије-поротника или председника суда. Дакле, није довољно да се у захтеву наведе само законски основ, већ је потребно исти конкретизовати са навођењем одређених чињеница и околности које указују на постојање одговарајућег основа за изузеће. Ово се посебно односи када се у захтеву као основ за изузеће истиче став 2. члана 37. ЗКП, када образложење треба да буде најсадржајније у смислу навођења чињеница и околности које објективно оправдавају став подносиоца о поступцима судије који изазивају сумњу у његову непристрасност.

Према одлуци Уставног суда Уж 5768/2015 од 14.11.2019. године, пропуст другостепеног суда да, пре доношења одлуке о жалби, одлучи о захтеву окривљеног и његовог браниоца за изузеће судије другостепеног суда, који је стављен у жалби на првостепену пресуду, није имао утицаја

на исход одлучивања у предметној кривичној ствари, јер би захтев за изузеће, услед недостатака из члана 39. став 5. Законика о кривичном поступку, морао бити одбачен, сагласно одредби члана 41. став 4. Законика, па је оценио да овај пропуст другостепеног суда нема тежину повреде Уставом зајемчених права на која подносилац указује, односно да је уставна жалба у овом делу неоснована.

Без обзира што је институт изузећа у јавном интересу ЗКП у члану 39. став 5. прописује ограничење за подношење захтева, тако што предвиђа да се у поновљеном захтеву не могу наводити разлози који су истицани у ранијем захтеву за изузеће који је одбијен, осим ако се поднесу нови докази који подносиоцу раније нису били познати. Наиме, са неограниченом могућношћу подношења захтева са понављањем истих или сличних аргумената и након оцене њихове неоснованости ометао би се редован ток и одуговлачио поступак. Изузетак је одређен у ситуацији када су раније истицани разлози поткрепљени новим доказима који приликом претходног подношења захтева подносиоцу нису били познати.

Чланом 40. ЗКП, прописано је поступање судије када сазна за захтев за изузеће. Предвиђено је да судија или судија - поротник када сазна да је поднет захтев за његово изузеће, је дужан да одмах обустави сваки рад на предмету, а ако се ради о изузећу због постојања околности из члана 37. став 2. овог законика, може до доношења решења о захтеву предузимати само оне радње за које постоји опасност од одлагања. Као и у ситуацији када је иницирано сопствено изузеће од стране судије, предвиђено је посебно поступање судије када се ради о поднетом захтеву за изузеће по основима који представљају апсолутну сметњу за поступање, а посебно у односу на релативне сметње за поступање.

Ако је који од основа за изузеће из члана 37. став 1. ЗКП постојао при извршењу процесних радњи, пре него што је постављено питање изузећа судије у смислу чл. 38. и 39. ЗКП, па изузеће касније буде одређено, судска одлука се не може заснивати на овим радњама, већ је потребно да се оне обнове. Иста ситуација важи и за радње које би извршио судија после покренутог поступка за изузеће по основима из члана 37. став 1. ЗКП, као и радње за које није постојала опасност од одлагања, а извршио их је судија после покренутог поступка за изузеће по члану 37. став 2. ЗКП.

Одредбом члана 41. став 1. ЗКП, прописано је да о захтеву за изузеће судије који је поднет од странака и браниоца у смислу члана 39. ЗКП, одлучује председник оног суда у чијем је саставу судија чије изузеће се тражи. Ако захтев за изузеће судије потиче од њега самог примениће се одредба члана 38. ЗКП.

Ако се тражи изузеће само председника суда или председника суда и судије, одлуку треба да донесе у односу на комплетан захтев, председник непосредно вишег суда, члан 41. став 2. ЗКП. Према истој одредби, ако се тражи изузеће председника Врховног касационог суда, одлуку о изузећу доноси Општа седница.

У ставу 3. члана 41. ЗКП, предвиђено је да се пре доношења решења о изузећу прибави изјава судије, судије-поротника, односно председника већа, а по потреби спровешће се и друге радње. У односу на изјаву закон не прави разлику у вези карактера захтева да ли је образложен или уопштен, тако да се изјава судије у сваком случају мора прибавити и да се налази у предмету приликом одлучивања. У датој изјави судија се изјашњава о чињеницама наведеним у захтеву, а може и сам да означи доказе којима поткрепљује своје тврдње. Постоји могућност да се судија чије се изузеће тражи и сам сагласи са захтевом подносиоца. Закон предвиђа могућност да поред узимања изјаве председник суда по потреби спроведе и друге радње којима би се утврдиле чињенице важне за решавање и да ли оне оправдавају изузеће.

Приликом одлучивања захтев може бити одбачен када не испуњава формалне услове предвиђене чланом 39. ст. 3. и 5. ЗКП, а у супротном о истом ће се одлучити мериторно тако што ће се захтев усвојити или одбити.

Сходно напред наведеним одредбама захтев се одбацује без улажења у испитивање његове суштине у случајевима када: а) у захтеву за изузеће није поименично одређен судија чије се изузеће тражи, б) када судија чије се изузеће тражи не поступа у предмету, в) када у захтеву нису наведени докази и околности због којих подносилац сматра да постоји неки од разлога за изузеће и г) када се у поновљеном захтеву наведу разлози који су истицани у ранијем захтеву за изузеће који је одбијен, а не ради се о постојању нових доказа на околности због којих се изузеће тражи који подносиоцу раније нису били познати.

Решење о одбачају доноси председник суда, а ако се захтев односи на председника суда - заменик председника суда. Од отварања заседања тј. на главном претресу решење о одбачају захтева за изузеће доноси веће у чијем саставу може бити судија чије изузеће се тражи. Према судској пракси, ако би на главном претресу подносилац захтевао изузеће целог већа, а постоје услови за одбачај таквог захтева, тада одлучује то веће, без обзира што постоји захтев за изузеће свих чланова већа. Наиме, сваки члан већа је овлашћен да учествује у одлучивању када се одлучује о његовом изузећу, па је самим тим овлашћен да одлучује и о изузећу других чланова већа.

Могућност побијања решења поводом захтева за изузеће је ограничена на најнеопходнију меру, како се не би одуговлачио поступак, а да би се ипак обезбедила одговарајућа права странака. Према ставу 7. члана 41. ЗКП против решења којим се захтев за изузеће одбацује или усваја, жалба није дозвољена.

Жалба против решења којим је захтев усвојен је искључена, без обзира да ли је решење донео председник суда или веће апелационог суда поводом жалбе против решења којим је претходно захтев одбијен. С обзиром да против решења о одбачају захтева није дозвољена посебна жалба, ово решење се може побијати жалбом на пресуду.

Код решења о одбијању захтева за изузеће, орган који је о захтеву одлучивао је закључио да у конкретном случају не постоје разлози за изузеће, односно да за њихово постојање нема довољно доказа. У погледу права жалбе против оваквог решења, у ставу 5. члана 41. ЗКП, предвиђене су две ситуације, зависно од стадијума поступка, с тим што је као одлучни тренутак време подношења оптужбе. Наиме, ако је решењем захтев одбијен пре подношења оптужбе, дозвољена је самостална жалба о којој одлучује веће апелационог суда, а ако је такво решење донето после подигнуте оптужбе, може се побијати само жалбом на пресуду.

Под оптужбом у смислу члана 2. став 1. тачка 10) ЗКП се подразумева оптужница, оптужни предлог, приватна тужба и предлог за изрицање мере безбедности, односно израз који служи као општи назив за акт тужиоца у коме су наведена обележја кривичног дела или противправног дела одређеног у закону као кривично дело. Према судској пракси самом чињењем да је акт тужиоца поднет или да је радња извршена, престаје могућност подношења жалбе против решења којим се захтев за изузеће

одбија, при чему није потребно да је оптужница потврђена или пак да је поводом других оптужних аката предузета нека процесна радња.

Уколико би била дозвољена самостална жалба против решења којим је захтев одбијен после подигнуте оптужбе, заказивање главног претреса би се одлагало док се не одлучи о жалби, а започети главни претрес из истих разлога морао би се прекидати или одлагати, а како се захтев за изузеће може неограничено понављати, странке би понављањем захтева могле онемогућити одржавање главног претреса.

На основу напред изнетог може се закључити да је ЗКП-ом прописан веома широк круг разлога за обавезно изузеће судије од вршења судијске дужности у одређеном предмету, као и могућност овлашћених процесних субјеката да траже изузеће судије због постојања других околности које изазивају сумњу у непристрасност судије. Са наведеним законским решењима осигурава се право на непристрасно суђење, као неопходну претпоставку заштите слобода и права свих лица која траже правду пред судом, а истовремено јача поверење јавности у правосуђе и правни систем у целини.

Литература

- Илић Г., Мајић М., Бељански С. и Трешњев А. (2013) *Коментар Законика о кривичном поступку*, ЈП Службени гласник,
- Проф. др Тихомир Васиљевић и проф. др Момчило Грубач (2002) *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник,
- Проф. др Бранко Петрић (1988) *Коментар закона о кривичном поступку*, НИУ Службени лист СФРЈ.
- Пракса Европског суда за људска права, доступна на; <http://hudoc.echr.coe.int>
- Пракса Врховног касационог суда, доступна на; www.vk.sud.rs/sr/

ГРАЂАНСКО ПРАВО

Гордана Комненић
судија Врховног касационог суда

СМЕНСКИ РАД У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Увод

Тема овог реферата је да укаже на досадашњи начин одлучивања у предметима по тужбама запослених против њихових послодаваца, које за предмет имају исплату увећане зараде по основу рада у сменама и да предложи уједначавање судске праксе.

Дефинисање појма "сменски рад" је кључно за одлучивање о праву запосленог на увећану зараду по овом основу.

Врховни касациони суд је о овом спорном правном питању усвојио правни став на седници Грађанског одељења од 23.9.2014. године, који гласи: "Рад по временском редоследу 12 (рад) – 24 (одмор) - 12 (рад) - 48 (одмор), који се у стварности континуирано обавља из дана у дан, из месеца у месец, из године у годину, има карактер сменског рада, а не прерасподеле радног времена". Усвајање наведеног правног става је било последица различитих становишта апелационих судова Републике Србије о овом спорном правном питању. Тако су Апелациони суд у Новом Саду и Апелациони суд у Нишу били сагласни у ставу да запосленима припада право на увећану зараду по основу сменског рада, у горе наведеном случају (у периоду 2009-2012. година), пошто раде наизменично и смењују се. Супротно становиште исказао је Апелациони суд у Београду, сматрајући да рад организован тако што запослени ради дуже од пуног радног времена од 07,00 до 19,00 часова или од 19,00 часова до 07,00 часова, након чега му следује један, односно два слободна дана, да би наредног дана поново радио дуже од пуног радног времена али без промене смене, није сменски рад. Свој став, тај суд је засновао на одлуци Уставног суда Србије о уставно-правној прихватљивој примени материјалног права код израженог правног схватања да рад подносилаца уставне жалбе код туженог послодавца није организован у сменама, већ да је у питању рад заснован на прерасподели радног времена у смислу одредбе члана 57.

Закона о раду (када то захтева природа делатности, организација рада, боље коришћење средстава рада, рационалније коришћење радног времена и извршење одређеног посла у утврђеним роковима).

Грађанско одељење Врховног касационог суда се определило за становиште изражено у пресудама Апелационог суда у Новом Саду и Апелационог суда у Нишу, о томе да када се запослени на истом послу смењују према унапред утврђеном редоследу (без промене смене), ради се о сменском раду а не о прерасподели радног времена.

Правни оквир

Закон о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/2005... 54/09), рад у сменама прописује у одредби члана 63, тако што ако је рад организован у сменама, послодавац је дужан да обезбеди измену смена, тако да запослени не ради непрекидно више од једне радне недеље ноћу.

Дакле, тај Закон није дефинисао појам сменског рада, пошто је јасна намера законодавца да, наведеном одредбом, ближе одреди појам ноћног рада, јер се измена смена помиње само у контексту дужности послодавца да рад у сменама организује тако да запослени не ради непрекидно више од једне радне недеље ноћу. Закон о изменама и допунама Закона о раду ("Службени гласник РС", бр. 75/2014-ступио на снагу 29.07.2014. године), је у одредби члана 28. прописао да се у члану 63. додају нови ст. 1. и 2. који гласе: "Рад у сменама је организација рада код послодавца према којој се запослени на истим пословима смењују према утврђеном распореду, при чему измена смена може да буде континуирана или са прекидима током одређеног периода дана или недеље (став 1). Запослени који ради у сменама је запослени који код послодавца код кога је рад организован у сменама у току месеца посао обавља у различитим сменама најмање трећину свог радног времена" (став 2).

Дефинисањем сменског рада одредбом члана 28. Закон о изменама и допунама Закона о раду, отклоњена је дилема која је претходно постојала при тумачењу овог појма. Суштина је, дакле, у обављању послова у различитим сменама најмање трећину радног времена. Наведена законска дефиниција појма сменског рада, сагласна је дефиницији садржаној у Директиви о радном времену Европске уније 2003/88-ЕЦ, о томе да начин организације рада у коме радници мењају једни друге на истом радном

месту у складу са одређеним обрасцем, укључујући образац ротирања, који може бити непрекидан или са прекидима (континуиран или дисконтинуиран), изискујући потребу да радник ради у различито време током одређеног периода дана или ноћи, је сменски рад.

Одредбом члана 108. став 2 Закона о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/2005... 95/18), прописано је да се општим актом и уговором о раду могу да утврде и други случајеви у којима запослени има право на увећану зараду, као што је увећање зараде по основу рада у сменама. Ради се, дакле, о посебним условима рада када запослени континуирано обавља послове у сменама и за такав рад има право на увећану зараду.

У више одлука Уставног суда (Уж 4214/2010 од 20.6.2013. године, Уж 1260/2010 од 3.4.2013. године и Уж 525/2011 од 21.3.2013. године), изражен је став да се, по оцени Уставног суда, закључак редовних судова да нема сменског рада у ситуацији када запослени одређеног дана раде дуже од пуног радног времена, а потом, у зависности од тога да ли се рад обавља од 07,00 до 19,00 часова или од 19,00 до 07,00 часова, запослени добијају један, односно два слободна дана, да би наредног дана опет радили дуже од пуног радног времена, односно да у конкретном случају нема континуиране промене смена из дана у дан или из недеље у недељу или после одређеног броја радних дана, заснива се на уставно-правно прихватљивој примени материјалног права.

Закључак

Доношењем Закон о изменама и допунама Закона о раду дефинисан је појам сменског рада у одредби члана 63. тог закона, на начин у свему усаглашен са Директивом о радном времену Европске уније 2003/88/ЕЦ и отклоњена дилема о садржају тог појма. У сменама ради само онај запослени који код послодавца, код кога је рад организован у сменама, у току месеца посао обавља у **различитим сменама** најмање трећину свог радног времена. *Argumentum a contrario*, ако запослени посао обавља у истој смени у којој ради дуже од пуног радног времена, али у исто време и без ротирања смена, то није сменски рад који је као основ за увећање зараде прописан одредбом члана 108. став 2. Закона о раду.

Татјана Матковић Стефановић
судија Врховног касационог суда

ПРИНУДНИ ОТКУП АКЦИЈА И СУДСКА ЗАШТИТА

Услови за принудни откуп

Принудни откуп акција као посебан институт компанијског права има двоструку улогу: омогућава откупиоцу - већинском акционару, да под прописаним законским условима стекне у власништво све акције преосталих мањинских акционара привредног друштва и пружа заштиту мањинским акционарима, да им се за те акције које имају незнатни утицај у управљању, с обзиром на проценат којим располажу, обезбеди утврђење и исплата цене на начин прописан законом.

Према одредби члана 515. Закона о привредним друштвима ("Службени гласник РС" бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014-др. закон, 5/2015, 44/2018, 91/2019 и 109/2021), на предлог акционара који има акције које представљају најмање 90% основног капитала друштва и који има најмање 90% гласова свих акционара који поседују обичне акције (откупилац) скупштина доноси одлуку о принудном откупу свих акција преосталих акционара друштва без обзира на терете, забране располагања, ограничења и права трећих лица на тим акцијама уз исплату цене која се одређује сходном применом одредаба овог закона о исплати несагласних акционара.

Важећи закон не предвиђа могућност да се статутом предвиди да принудни откуп није допуштен или да се предвиди већи проценат учешћа откупиоца у основном капиталу друштва. Тражени законски цензус откупилац, физичко или правно лице, може да оствари самостално, или са повезаним лицима, јер се акције које поседују ова лица сматрају акцијама које има откупилац, под условом да су та лица повезана са откупиоцем најмање годину дана пре доношења одлуке о принудном откупу. Прописани временски периода представља извесну гаранцију у циљу спречавања евентуалних злоупотреба института принудног откупа од стране откупиоца.

Предмет принудног откупа су све акције преосталих акционара. Практично то су преостале обичне акције са правом гласа. Иако то закон изричито не предвиђа предмет откупа могу бити и преференцијалне акције које као посебна врста акција не дају право гласа, већ једно или више повлашћених права утврђених статутом и одлуком издаваоца. Закону о преузимању акционарских друштава прописује да и преференцијалне акције могу бити предмет понуде за преузимање.

Скупштина акционарског друштва дужна је да на захтев откупиоца донесе одлуку о принудном откупу преосталих акција без обзира на терете, забране располагања, ограничења и постојања права трећих лица на истим. Реализацијом принудног откупа, акције мањинских акционара преносе се на откупиоца и уписују на његов рачун, али без раније успостављених терета, забрана, ограничења и права трећих лица на њима. Одлуком о принудном откупу утврђује се откупна цена акција у складу са одредбама члана 516. Закона о привредним друштвима, применом правила о исплати цене несагласним акционарима из новелиране одредбе члана 475. Закона, а према вредности акција на дан који не претходи више од три месеца дану доношења одлуке о принудном откупу. Сходно томе, одлуком о принудном откупу утврђује се тржишна цена, као откупна цена, ако иста постоји, а у одсуству тржишне цене, највиша од утврђене књиговодствене и процењене цене акција које су предмет принудног откупа. Откупилац је дужан да у прописаном року депонује средства за исплату на посебан рачун код Централног регистра. У противном одлука о принудном откупу престаје да важи.

У поступку принудног откупа, мањински акционари немају могућност избора прихватања или неприхватања откупа акција, кад већински акционар стекне прописани проценат власништва у друштву. Међутим имају право на судску заштиту за случај злоупотребе института принудног откупа, услед спровођења незаконитог поступка принудног откупа и утврђења ниже откупне цене акције од прописане.

У поступку принудног откупа, мањински акционари заштиту својих права остварују подношењем тужбе за побијање одлуке о принудном откупу и подношењем предлога да надлежни суд у ванпарничном поступку испита примереност цене акција у принудном откупу.

Одлука о принудном откупу може се побијати из свих законом предвиђених разлога за побијање одлука скупштине друштва. Сходно томе, ако мањински акционари оспоравају постојање права на принудни откуп, имају могућност активирања наведеног правног пута, те елиминацијом незаконите одлуке из јавног поретка отпада и основ за реализацију принудног откупа. У погледу рока за подношење ове врсте тужбе, одступа се од општих правила која регулишу рок у коме се подноси тужба за побијање одлука скупштине. Према одредби члана 520. Закона о привредним друштвима, тужба за побијање одлуке о принудном откупу подноси се у року од 30 дана доношења одлуке. Закон је изричито предвидео да се одлука не може побијати због непримерености цене за акције које су предмет принудног откупа.

Ово из разлога јер је чланом 521. Закона омогућено сваком акционару који сматра да друштво није утврдило цену у складу са чланом 516. Закона, да у року од 30 дана од дана регистрације одлуке о принудном откупу, тражи да надлежни суд у ванпарничном поступку утврди вредност тих акција у складу са законом. Применом ове одредбе, надлежни суд испитује да ли је друштво утврдило цену акција које су предмет принудног откупа, на основу члана 475. Закона. Практично да ли је друштво по раније важећим одредбама утврдило највишу од тржишне, књиговодствене и процењене вредности. Према новелираним одредбама члана 475. Закона, акције се откупљују по вредности која је једнака тржишној вредности утврђеној у складу са чланом 259. Закона. Ако тржишна вредност не постоји, јер није остварен прописани обим трговања или су у питању акције акционарског друштва које није јавно, акције се откупљују по вредности највишој од књиговодствене и процењене вредности. Сходно томе суд испитује примереност цене са аспекта тржишне цене кад она постоји или са аспекта највише од књиговодствене или процењене цене.

Правноснажна судска одлука којом је утврђена виша цена од цене које је утврдило друштво, има проширено дејство и на преостале акционаре, тако да је откупилац у обавези да на посебан рачун депонује разлику са законском затезном каматом од правноснажности одлуке ради исплати свих акционара чије су акције предмет принудног откупа.

**Изузетак у погледу цене акција у случају
понуде за преузимање**

Одредбом члана 523. Закона о привредним друштвима регулисан је изузетак од основног правила да се цена акција које су предмет принудног откупа утврђује и исплаћује по цени за остваривање права несагласних акционара. Новелираном одредбом (Закон о изменама и допунама Закона о привредним друштвима објављен у "Службеном гласнику РС", број 44/18) прописано је да изузетно од чл. 515. и 516. овог закона откупилац који је путем понуде за преузимање испунио услове из члана 515. став 1. овог закона има право да у року од 3 месеца од дана истека понуде за преузимање поднесе Централном регистру захтев за принудни откуп акција по условима из понуде за преузимање. У овом случају и преостали акционари имају право на продају својих акција у складу са чланом 522. овог закона по условима из понуде у року од 3 месеца од дана истека понуде за преузимање. По истеку овог рока, утврђивање цене акција код остваривање права на принудни откуп и права на продају акција врши се у складу са чл. 515. и 516.

Смисао наведене одредбе је да откупилац који је стекао прописани цензус за остваривање права на принудни откуп путем понуде за преузимање, може у временски ограниченом року да откупи преостале акције са правом гласа по цени из понуде, а по истеку прописаног рока, по цени која се утврђује у складу са правилима о исплати несагласних акционара. Временски ограничено право продаје преосталих акција по цени из понуде за преузимање, успостављено је и за мањинске акционаре као потврда једнаког третмана свих акционара.

Практична примена новелиране одредбе наметнула је као спорно питање, да ли мањински акционари и даље имају право, да захтевају да надлежни суда у ванпарничном поступку испитује да ли су испуњени услови за примену цене из понуде за преузимање, на начин како је то предвиђао раније важећи члан 523. Закона о привредним друштвима као и да ли је могуће испитивати примереност цене са аспекта њеног правилног утврђења из понуде за преузимање.

Према одредби члана 523. став 1. Закона која је важила до 1.10.2018. године, откупилац који је путем понуде за преузимање испунио услов из члана 515. став 1. Закона има право да у року од 3 месеца од дана

истека понуде за преузимање спроведе принудни откуп акција по условима из понуде за преузимање ако је у складу са законом којим се уређује преузимање акционарских друштава: 1. искључиво путем добровољне понуде за преузимање упућене свим преосталим акционарима за све њихове акције стекао најмање 90% акција које су биле предмет те понуде, или 2. ту понуду за преузимање спровео као обавезну. У случајевима из става 1. овог члана, преостали акционари имају право на продају својих акција у складу са чланом 522. Закона, по условима из понуде у року од 3 месеца од дана истека понуде за преузимање (став 2). По истеку рока из ст. 1. и 2. утврђивање цена акција код остваривања права на принудни откуп и права на продају акција врши се у складу са чл. 515. и 516. Закона.

Следи да је и по раније важећим одредбама члана 523. Закона, остваривање права на принудни откуп по цени акција из понуде за преузимање било условљено спровођењем принудног откупа у року од 3 месеца од истека понуде за преузимање, али само ако је откупилац претходно остварио праг принудног откупа путем понуде за преузимање на прописани начин. У ванпарничном поступку вршена је контрола испуњености прописаних услова за остваривање права на принудни откуп акција по цени из понуде за преузимање применом одредаба Закона о преузимању акционарских друштава, односно члана 6. који регулише обавезу објављивања понуде приликом стицања акција са правом гласа циљног друштва. У случају да је утврђено да нису испуњени прописани услови за откуп акција по цени из понуде за преузимање, утврђивала би се цена применом правила о исплати цене несагласним акционарима. Сходно томе, по раније важећем члану био је успостављен механизам судске заштите мањинских акционара од евентуалних злоупотреба у поступку преузимања који је претходио принудном откупу, а које су се рефлектовале на начин утврђења цене акција из принудног откупа.

Из новелиране одредбе члана 523. Закона о привредним друштвима произлази да је једино битна чињеница за примену цене из поступка преузимања као откупне цене да је принудни откуп спроведен у року од 3 месеца од истека понуде за преузимање. Искључена је могућност преиспитивања да ли су акције стечене путем обавезне или добровољне понуде. Наведено има за последицу да мањински акционари више немају право на судску заштиту у примени члана 523. на начин који им је обезбеђен раније важећом нормом. Са друге стране мањински акционари немају

могућност да траже да суд у ванпарничном поступку испитује примереност цене из понуде за преузимање, чију контролу спроводи Комисија за хартије од вредности. Сходно томе, намеће се питање да ли је мањинским акционарима уопште омогућена судска заштита њихових права када је формирање цене у поступку преузимања акција који је претходно принудном откупу последица манипулативних радњи на тржишту.

Закон о преузимању акционарских друштава регулише услове и поступак за преузимање, права и обавезе учесника у поступку преузимања и надзор над спровођењем преузимања. У поступку преузимања циљног друштва гарантује се једнак третман свих акционара и право на потпуно, тачно и правилно обавештење о понуди за преузимање како би имали довољно времена да исправно оцене понуду, дефинишу своје интересе и донесу одлуку о прихватању или одбијању понуде за закључење. Понудилац упућује јавну понуду свим акционарима циљног друштва за куповину свих акција са правом гласа уз услове и на начин предвиђен законом. Обавезна садржина понуде за преузимање прописана је законом, чији је саставни елемент и цена коју се понуђивач обавезује да исплати по акцији. Цена акција у зависности да ли су исте ликвидне или не утврђује се на начин прописан одредбом члана 22. Закона.

Комисија за хартије од вредности врши надзор спровођења поступка преузимања. Према одредби члана 13. наведеног закона, понуђач је обавезан да у прописаном року од дана настанка обавезе објављивања понуде за преузимање поднесе Комисији захтев за одобрење објављивања понуде за преузимање, саму понуду, скраћени текст понуде, текст обавештења о намери за преузимање и исправе из члана 20. став 2. овог закона као и захтев за одобрење објављивањем измене понуде за преузимање. По поднетим захтевима Комисија доноси решења у прописаном року, када утврди потпуност и веродостојност података из понуде за преузимање и исправа поднетих уз захтев за одобрење објављивања понуде у складу са чланом 20. овог закона, да је цена у понуди за преузимање утврђена у складу са овим законом, као и да је понуђач у случају измене понуде у циљу повећања цена осигурао средства за подмирење у складу са чланом 16. овог закона. У случају да Комисија приликом одлучивања о захтеву за одобрење објављивања понуде за преузимање, као и њену измену, утврди одређене неправилности, наложиће понуђачу да уреди захтев и достави документацију која недостаје и утврдиће рок у коме је

дужан да то учини. Ако понуђач у остављеном року не поступи по захтеву, Комисија ће донети закључак којим се захтев понуђача одбацује.

Према одредби члана 43. Закона о преузимању акционарских друштава, акти које доноси Комисија су коначни, против којих незадовољна страна може покренути управни спор.

Следи да се у поступку преузимања врши преузимање управљања у циљном друштву од стране физичког или правног лица под условима и на начин прописан законом, али уз заштиту права и интереса акционара, имаоца акција које су предмет преузимања. Комисија за хартије од вредности у оквиру своје надлежности врши контролу законитости спровођења поступка за преузимање, а у оквиру тога и контролу правилности формирања цене акција са правом гласа из понуде за преузимање. Акционари циљног друштва, укључујући ту и будуће мањинске акционаре, су обзиром на јавни карактер понуде за преузимање, у потпуности упознати са ценом акција које се преузимају. Уколико сматрају да цена није утврђена у складу са чланом 22. Закона, имају могућност да покретањем управног спор пред надлежним судом, оспоравају одлуке Комисије за хартије од вредности.

Сходно томе, мањинским акционарима није ускраћена судска заштита њихових права у поступку преузимања који је претходио принудном откупу, у коме могу да оспоравају правилност утврђене цене ако сматрају да иста није утврђена у складу са законом, односно да је њено утврђење последица манипулативних радњи.

У пресуди Врховног касационог суда Узп 392/18 од 20.12.2019. године изражен је став да је: "правилно становиште Управног суда да су тужиоци активно легитимисани за подношење тужбе у овој правној ствари, у складу са одредбама члана 11. Закона о управном поступку. Ово са разлога јер акционари циљног друштва чије се акције преузимају, као имаоци акција имају на закону заснован интерес за подношење тужбе у управном спору против решења Комисије за хартије од вредности којим се одобрава понуђачу објављивање понуде за преузимање акција циљног друштва. Наведено јер се у поступку прописаном одредбом члана 13. Закона о преузимању акционарских друштава (као фази поступка преузимања акционарског друштва) по захтеву понуђача за одобравање објављивања понуде за преузимање решава и о правном интересу, на закону заснованом, акциона-

ра циљног друштва који произлази из права (пored особених и имовинских права) акционара као имаоца акција које се преузимају."

Такође и у одлуци Уставног суда Уж-1182/2009 од 24.11.2009. године изражен је исти став да: "да иако је заштита правног интереса акционара поверена Комисији, уколико је таква заштита изостала, акционар је овлашћен да захтева од Комисије доношење решења којим се утврђује обавеза понуђача да објави понуду. Полазећи од одредбе члана 208. став 2. Закона о општем управном поступку, суд је оценио да је акционар друштва легитимисан за подношење тужбе због ћутања управе у ситуацији кад Комисија не донесе решење у смислу члана 42. став 1. Закона о преузимању акционарских друштава."

Према израженом ставу у решењу Врховног касационог суда Прев 384/2020 од 23.12.2021. године произлази да применом одредбе члана 523. Закона о привредним друштвима: "нема услова за испитивање да ли је у претходно спроведеном поступку за преузимање циљног акционарског друштва правилно утврђено да су акције акционарског друштва ликвидне. Оваквим тумачењем нису угрожена права и интереси мањинских акционара из разлога што су они активно легитимисани да у складу са законом којим се регулише управни поступак, оспоравају одлуке Комисије за хартије од вредности пред којом се води поступак за акционарског друштва (који поступак мора претходити принудном откупу акција по члану 523. ЗПД-а).

На основу изложеног може се закључити:

Право на судску заштиту права и интереса, укључујући и право на прописану цену акција из члана 22. Закона о преузимању акционарских друштава, мањински акционари могу остварити у поступку за преузимање који је претходио принудном откупу, подношењем тужбе у управном спору против одлука Комисије за хартије од вредности.

Правилност утврђења цене акција циљног друштва у поступку за преузимање акционарског друштва који је претходио принудном откупу акција, не може бити предмет преиспитивања од стране суда у ванпарничном поступку по захтеву мањинских акционара са позивом на члан 523. Закона о привредним друштвима.

Радослава Мађаров

судија Апелационог суда у Новом Саду

НАКНАДА ЗА ОДУЗЕТУ ИМОВИНУ У ЈАВНОМ ИНТЕРЕСУ БЕЗ СПОРОВОЂЕЊА ПОСТУПКА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ

Уводне напомене

Јавни интерес је корист коју остварују сви грађани, односно већина грађана кроз правне и фактичке радње тачно одређених органа власти или организација које врше јавна овлашћења. Значење овог појма је променљиво и зависи од конкретног социополитичког контекста у коме интерес треба остварити, као и начина на који се јавни интерес покушава постићи.

Историјски посматрано, основни Закон о експропријацији "Службени лист ФНРЈ" бр. 28/47) у члану 1. предвиђао је да се непокретна имовина и права на непокретној имовини могу експроприсати кад то тражи општи интерес извођења корисних радова за сврхе друштвено-економског и културног подизања и развоја народа. Потом, Закон о експропријацији ("Службени лист ФНРЈ" бр. 12/57, 53/62 и "Службени лист СФРЈ" бр. 13/65, 5/68 и 7/68) прописивао је чланом 1. да се непокретност може експроприсати када је то потребно ради изградње привредних, стамбених, комуналних, здравствених, просветних и културних објеката, објеката народне одбране и других објеката од општег интереса.

Актуелни Закон о експропријацији ("Службени гласник РС" бр. 53/95, "Службени лист СРЈ" бр. 16/2001 – одлука СУС, "Службени гласник РС" бр. 20/2009, 55/2013 – одлука УС и 106/2016 – аутентично тумачење) у члановима 1. и 2. предвиђа да се непокретности могу експроприсати или се својина на њима може ограничити само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне, при чему се јавни интерес за експропријацију непокретности утврђује законом или одлуком Владе у складу са тим законом.

Први протокол уз Европску конвенцију за заштиту основних људских права и слобода, која је ступила на снагу дана 03. новембра 1953. године, у члану 1. предвиђа да свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине, да нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права и да претходне одредбе ни на који начин не утичу на право државе да примењује законе које сматра потребним да би регулисала коришћење имовине у складу са општим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина и казни.

Када држава без спровођења поступка и доношења одлука надлежних државних органа предвиђених законом контролише коришћење имовине у јавном интересу долази до повреде права на имовину, о коме су се судови протеклих година изјашњавали у бројним одлукама. Правни разлози који се наводе у овим одлукама заслужују стручну пажњу у вези питања меродавног материјалноправног оквира, методологије обрачуна накнаде за одузету имовину, активне легитимације теретног стицаоца некретнине након фактичког одузимања да захтева исплату накнаде, терета доказивања чињеница када је некретнина већ уписана као јавна својина, висине накнаде у светлу решења Закона о враћању одузете имовине и обештећењу ("Службени гласник РС" бр. 72/2011, 108/2013, 142/2014, 88/2015 – одлука УС, 95/2018 и 153/2020).

МАТЕРИЈАЛНОПРАВНИ ОКВИР

На састанку овлашћених представника апелационих судова, Привредног апелационог суда и Врховног касационог суда одржаном дана 24. марта 2017. године у Новом Саду констатовано је да не постоји јединствени став апелационих судова о промени дотадашње судске праксе поводом могућности и даље примене члана 42. Закона о експропријацији у парницама када одузимање или ограничење права на непокретностима није извршено у поступку предвиђеном Законом о експропријацији (тзв. "фактичка експропријација").

Наведена констатација неусаглашене судске праксе последица је законодавне активности. До 27. децембра 2016. године код утврђења да је некретнина у својини грађана фактички приведена планираној намени за јавну површину без спроведеног поступка експропријације, право и виси-

на накнаде утврђивани су позивом на одредбе члана 58. Устава Републике Србије, те чл. 41. и 42. Закона о експропријацији. Одредбама члана 58. ст. 1. до 3. Устава је предвиђено да се јемчи мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона; да право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне; да се законом може ограничити начин коришћења имовине. Одредбом члана 41. став 2. Закона о експропријацији прописано је да се висина накнаде у новцу за експрописане непокретности одређује по тржишној цени, према околностима у моменту закључења споразума о висини накнаде, а ако споразум није постигнут према околностима у моменту доношења првостепене одлуке о накнади. Одредбама члана 42. истог закона прописано је да се накнада за експрописано пољопривредно и грађевинско земљиште одређује у новцу према тржишној цени таквог земљишта, ако законом није друкчије прописано; да процену тржишне цене врши орган надлежан за утврђивање пореза на пренос апсолутних права на непокретностима.

Дана 27. децембра 2016. године Народна скупштина Републике Србије донела је Аутентично тумачење одредаба чл. 1, 5. став 1. и члана 53. ст. 1. и 2. Закона о експропријацији. Аутентично тумачење је објављено у "Службеног гласнику РС" бр. 106/2016 од 28. децембра 2016. године. Одредбом члана 1. Закона о експропријацији прописано је да се непокретности могу експроприсати или се својина на њима може ограничити само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне. Одредбом члана 5. став 1. прописано је да се експропријацијом може установити и службеност на непокретности или закуп на земљишту на одређено време (непотпуна експропријација). Чланом 53. ст. 1. и 2. прописано је да се у случају установљења службености накнада одређује у износу за који је, услед установљења службености, смањена тржишна вредност земљишта или зграда; да се ова накнада одређује по поступку за одређивање накнаде прописане тим законом. По овом тумачењу наведене законске одредбе треба разумети тако да се односе и примењују само на непокретностима које су експроприсане или је својина на њима ограничена у поступку и на начин који је прописан Законом о експропријацији, а у случајевима када је одузимање или ограничење права на непокретности извршено без спроведеног поступка експропријације на исте се не примењују одредбе Закона о експропријацији.

Пракса Врховног касационог суда по овом питању, која је уследила након одржаног састанка у Новом Саду дана 24. марта 2017. године, није отклонила дилеме у погледу даљег поступања.

Део одлука као меродавно материјално право наводи одредбе чл. 41. и 42. у вези са чланом 72. став 2. Закона о експропријацији.

Део одлука као меродавно материјално право наводи одредбе члана 2. став 6. Закона о планирању и изградњи, члана 10. став 2. Закона о јавној својини, члана 2. тачка 11. Закона о јавним путевима, све у вези члана 1. Првог протокола уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Одредбом члана 2. став 6. Закона о планирању и изградњи прописано је да површина јавне намене простор одређен планским документом за уређење или изградњу објеката јавне намене или јавних површина за које је предвиђено утврђивање јавног интереса у складу са посебним законом (улице, тргови, паркови и др). Одредбом члана 10. став 2. Закона о јавној својини прописано је да се добрима у општој употреби у јавној својини, у смислу тог закона, сматрају оне ствари које су због своје природе намењене коришћењу свих и које су као такве одређене законом (јавни путеви, јавне пруге, мост и тунел на јавном путу, пружа или улици, улице, тргови, јавни паркови, гранични прелази и др). Одредбом члана 2. тачка 11. Закона о јавним путевима прописано је да је пут у насељу део јавног пута унутар граница насиља које су одређене планским документом јединице локалне самоуправе.

Део одлука као меродавно право наводи члан 1. Првог протокола уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и члан 58. Устава Републике Србије.

ВИСИНА НАКНАДЕ

У одлукама које за материјалноправни основ имају одредбе чл. 41, 42. и 72. став 2. Закона о експропријацији исказује се становиште да вештачење, као доказ на околност утврђивања висине накнаде, без извештаја пореске управе о процени тржишне вредности некретнине, није довољно. Поједине одлуке садрже констатације да процена тржишне вредности пореске управе представља најнижи износ накнаде. У ситуацији када је вештак проценио нижи износ накнаде од оног који је доставила пореска управа за упоредно земљиште, исказује се становиште да се нак-

нада досуђује најмање у висини тржишне вредности по подацима пореске управе. Ове одлуке су јасне и по питању начина утврђивања висине накнаде, па упућују нижестепене судове да утврђење заснивају на тржишној цени 1м² изузетог, односно експроприсаног земљишта. Искључују другачији методолошки приступ, који судови прихватају са упориштем на налаз вештака. Наиме, уколико се у парници захтева исплата накнаде за сувласнички део, при чему јавној намени није фактички приведено све што је предвиђено планским актом, висина накнаде је утврђивана и тако што је стављан у однос сувласнички део са вредношћу фактички одузете површине некретнине. Наведени разлози условљавају укидање нижестепених пресуда.

Други део одлука, које се позивају на материјалноправне одредбе Закона о планирању и изградњи, Закона о јавној својини и Закона о јавним путевима, односно на члан 1. Првог протокола уз Европску конвенцију и члан 58. Устава РС прихватају као меродавну ону тржишну вредност фактичкиведеног планираној намени утврђену у складу са налазом вештака, без придавања посебног значаја тржишној вредности по процени пореске управе. Овакав приступ за исход има одбијање ревизија.

Због учесталости, не остаје без пажње питање вредности изграђене инфраструктуре од стране трећих лица, односно локалне самоуправе. У низ одлука исказано је се становиште да приликом утврђења висине накнаде треба узети у обзир постојање и утицај инфраструктуре, те да је терет доказивања те чињенице на туженој локалној самоуправи. Међутим, у пракси судова из надлежности Апелационог суда у Новом Саду није примећена ни једна одлука која је умањила утврђену тржишну вредност за вредност улагања у инфраструктуру, мада је у појединим одлукама за то постојала чињенична подлога. Из оваквог пасивног става судова произишло би да се накнада досуђује у висини актуелне тржишне вредности некретнине у време пресуђења, мада је утврђено да у структури ове вредности учествује имовина трећих лица, односно јавна имовина.

**АКТИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА КАДА ЈЕ НАКОН ФАКТИЧКОГ
ОДУЗИМАЊА ТИТУЛАР СВОЈИНЕ ИЗВРШИО
ТЕРЕТНО РАСПОЛАГАЊЕ**

Повреда права у спорном односу настаје фактичком радњом одузимања поседа којом својина на ствари губи садржину, односно суштину.

За разлику од управног поступка експропријације, у оквиру ког по одредбама чл. 4. и 56. Закона о експропријацији пренос својине претходи исплати накнаде, судска пракса је уједначена по питању да сагласно начелу диспозитије у парничном поступку (члан 3. став 1. ЗПП) захтев за исплату накнаде не мора бити праћен истовременим захтевом за упис јавне својине локалне самоуправе у евиденцији непокретности (члан 122. Закона о облигационим односима). На овом месту практично је поменути да је у склопу са расправним начелом из члана 7. став 2. ЗПП оваква судска пракса показала своје слабости. Наиме, у актуелним парницама по каснијим, самосталним тужбама локалних самоуправа према лицима којима је исплаћена накнада по основу судске одлуке, ради уписа јавне својине на некретности за коју је досуђена и исплаћена накнада, нису ретка утврђења да актуелно стање уписа спречава упис јавне својине. Разлог овог утврђења су вишеструка располагања која нису била, а сада јесу спроведена у јавној евиденцији непокретности.

Независно од наведеног, у примарно покренутим парницама за исплату новчане накнаде присутна су различита становишта о постојању активне легитимације за случај теретног располагања својином на некретности, након што је она већ фактички приведена планираној намени. Уписани титулар својине, као претходник нема посед у време теретног располагања, па не постоји објективна могућност да га преда стицаоцу. Предмет промета је својина на некретности по стању јавне евиденције, а не уступање потраживања за фактички експроприсану непокретност.

По једном становишту време стицања својине није од значаја, уписани власник има право на тржишну накнаду.

По другом становишту некретнина је у време промета већ била у јавној својини по сили закона иако није спроведен поступак експропријације, предмет промета нема своју садржину јер стицалац не може бити уведен у посед, па стога он није постао титулар права за чије лишење припада накнада у парничном поступку.

ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА ЧИЊЕНИЦА КАДА ЈЕ НЕКРЕТНИНА ПО ЈАВНОЈ ЕВИДЕНЦИЈИ ВЕЋ У ЈАВНОЈ СВОЈИНИ

За разлику од спорова у којима тужба за чињенични основ има тврдњу да је тужилац уписан на некретнини као титулар својине, нису ретки спорови у којима је спорна некретнина у моменту подношења тужбе већ евидентирана као јавна својина Републике Србије, аутономне покрајине, односно локалне самоуправе. Ове тужбе за чињенични основ имају тврдњу да не постоји акт о експропријацији, односно да је подржављење без појединачног управног акта већ извршено у другом управном поступку (премера катастра и обнове земљишне књиге, арондације, комасације), али да накнада никада није исплаћена.

Судови су усаглашени у становишту да право на новчану накнаду у случају одузимања имовине без исплате тржишне вредности не застаревља. Судови су усаглашени и у становишту да је терет доказивања чињенице да је накнада исплаћена на јавној власти.

Међутим, како захтеве за новчану исплату постављају по правилу правни следбеници, а подржављење је претежно извршено пре више деценија, принцип правне сигурности и једнаког поступања у битно истоврсним чињеничним ситуацијама захтева јасно опредељење распореда терета доказивања битних чињеница.

Чињеница да је непокретна имовина уписана као јавно добро, у јавној својини у правној држави има за претпоставку постојање правног основа, односно правног акта који је послужио за упис промене облика и титулара својине у правној евиденцији непокретности. Изнето произилази из одредби параграфа 4, 26. и 27. Закона о замљишним књигама, које су се као правна правила примењивале, односно примењују до устројавања јединствене евиденције непокретности код Републичког геодетског завода, Службе за катастар непокретности. По овим правилима књижна права могу се стећи, пренети, ограничити и укинути једино уписом у јавну књигу; упис се врши на основу исправа састављених у облику који је прописан за њихову ваљаност; исправе морају садржати ваљан правни основ. Идентична је суштина садржине одредби чл. 6, 22. и 25. Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова ("Службени гласник РС" бр. 41/2018... 15/2020), којима је актуелно регулисан начин уписа стварних права у јавну евиденцију непокретности коју води РГЗ, Служба за катастар непокретности. По одредби члана 238.

став 1. ЗПП јавна исправа доказује истинитост оног што се у њој потврђује или одређује, а по ставу 3. истог члана закона дозвољено је да се доказује да су у јавној исправи неистинито утврђене чињенице и да је јавна исправа неправилно састављена. Стога, по одредби члана 231. став 2. ЗПП следило би да тужилац има обавезу пружања података и предлагања доказа о чињеницама када је и у којој врсти поступка дошло до подржављења имовине, односно да ли постоји правни акт који је послужио као основ уписа или је некретнина подржављена без постојања правног основа у спроведеном управном поступку устројавања или одржавања јавне евиденције непокретности. Наиме, претпоставка је да је у правно уређеној држави поступак који је за исход имао упис јавне својине на некретностима спроведен и окончан. Када се после дугогодишње пасивности титулара приватне својине обара та претпоставка на основу некадашњег уписа својине у јавној књизи која је угашена, тужилац је дужан да за своје тврдње пружи податке и доказе. Његов процесна активност разликује се од активности власника "фактички експроприсане" некретнине, пошто је приватна својина правно престала да постоји и то евидентирано у јавној књизи. Пошто тужилац пружи податке о времену и врсти поступка у коме је дошло до преласка некретнине из приватне у јавну својину, пружи доказе да не може да прибави јавне исправе на спорне околности, постојала би обавеза јавне власти да на предлог тужиоца по одредби члана 240. став 3. Закона о парничном поступку те исправе достави. Стога, пасивно држање тужиоца у парницама у којима је полазиште уписана јавна својина не би могло водити претпоставци да основа уписа нема. Тек по пружању доказа о основу по коме је уписана јавна својина, за случај да је реч о одузимању некретнине без давања натуралног или новчаног еквивалента, активирала би се обавеза тужене јавне власти да доказује да је исплата извршена.

ПОТРЕБА РАЗЛИКОВАЊА ПЕРИОДА ПРЕ И ПОСЛЕ 15. ФЕБРУАРА 1968.ГОДИНЕ

Изнета правила важила би неспорно за период подржављења некретнина после 15. фебруара 1968. године, пошто се не може се занемарити чињеница да је управо у циљу заштите гарантованог права на неометано уживање имовине Република Србија донела Закон о враћању одузете имовине и обештећењу ("Службени гласник РС" бр. 72/2011 ... 153/2020). Право на враћање по одредбама члана 2. тачка 29. тог закона може се остварити за имовину одузету применом Основног закона о експропријацији ("Службени

лист ФНРЈ" бр. 28/47, 12/57 и 53/62 и "Службени лист СФРЈ" бр. 13/65, 5/68, 7/68 и 11/68); бивши власник има право на враћање имовине, односно обештећење у складу са тим законом за имовину одузету на основу прописа о експропријацији који су се примењивали до 15. фебруара 1968. године, ако бившем власнику на име накнаде за експроприсану имовину није уступљена друга непокретност у својину станарско право или други облик најшире правне власти (члан 6. став 2); предмет враћања су подржављене непокретности: грађевинско земљиште, пољопривредно земљиште... (члан 15. став 2); не враћа се грађевинско земљиште на коме се, у складу са тим законом налазе јавне површине или је планским документом важећим на дан ступања на снагу тог закона предвиђена изградња објеката јавне намене, у складу са законом којим се уређује просторно планирање, изградња и грађевинско земљиште, као и грађевинско земљиште на коме су изграђени објекти који нису предмет враћања у натуралном облику у складу са чланом 18. тог закона, као ни неизграђено грађевинско земљиште за које у складу са законом којим се уређује просторно планирање, изградња и грађевинско земљиште постоји правноснажно решење о локацијској дозволи у време ступања на снагу тог закона; не враћа се неизграђено грађевинско земљиште на коме је планским документом важећим на дан ступања на снагу тог закона предвиђена изградња објекта у функцији реализације пројекта економског развоја, објекта који је намењен за социјално становање, у складу са законом којим се уређује социјално становање и у складу са Уредбом о мерама подршке грађевинској индустрији кроз субвенционисање камате по кредитима за финансирање стамбене изградње у 2010. години ("Службени гласник РС" број 4/10), када је инвеститор изградње тих станова Република Србија, у складу са Уредбом о условима и начину под којима локална самоуправа може да отуђи или да у закуп грађевинско земљиште по цени, мањој од тржишне цене, односно закупнине или без накнаде ("Службени гласник РС" бр. 13/10 и 54/11), под условом да у року од 60 дана од дана ступања на снагу тог закона власници земљишта доставе Влади попис катастарских парцела тог грађевинског земљишта и Влада својим актом у року од 60 дана од дана достављања захтева изврши верификацију катастарских парцела за ове намене (члан 22. ст. 3. и 4); одузета имовина враћа се бившем власнику у својину и државину, а ако то према овом закону није могуће, бивши власник има право на обештећење (члан 8. став 1); обештећење се врши у виду државних обвезница Републике Србије и у новцу за исплату аконтације обештећења, износ обештећења утврђује се у еврима, тако што се основица помножи коефицијен-

том који се добија када се стави у однос износ од две милијарде евра и износ укупног збира основица обештећења утврђених решењима о праву на обештећење увећаног за процену неутврђених основица, па се ради регулисања обавезе Републике Србије емитују обвезнице деноминоване у еврима које гласе на име, плативе у року од 12 година од дана емисије (чл. 30, 31. и 35); исправа о подржављењу је обавезан доказ уз захтев за враћање имовине (члан 42).

Наведена права по одредбама чл. 40, 51. и 55. тог закона остварују се пред Агенцијом за реституцију, по правилима општег управног поступка.

Из цитираних законских одредби произилази да се права остварују за случај да је држава издала акт о подржављењу. Градско грађевинско земљиште обухваћено планским документом за јавну површину не подлеже натуралној реституцији, већ се признаје право на обештећење, које не одговара тржишним критеријумима. Стога, за случај да је до 15. фебруара 1968. године држава пропустила да изда акт о подржављењу, следило би да лица којима је имовина одузета не могу остварити своја права по правилима управног поступка, већ једино пред судом редовне надлежности у складу са одредбом члана 1. Закона о парничном поступку.

На судовима редовне надлежности је да се определе да ли лицима којима је имовина у јавном интересу одузета до 15. фебруара 1968. године без акта о подржављењу припада новчана накнада према тржишним критеријумима или су она у истој ситуацији као и лица којима је држава издала акт о подржављењу, па своја права остварују на начин и у обиму предвиђеном Законом о враћању одузете имовине и обештећењу.

ЗАКЉУЧАК

Напред изнета запажања резултат су праћења судске праксе по питању повреде права на имовину у дужем временском периоду. Ова пракса није трпела значајнија одступања у погледу суштине заштите, али је интервенција законодавца Аутентичним тумачењем условила различиту примену права и с тим у вези отворила одређена чињенична питања. Циљ запажања је допринос економичнијем и квалитетнијем раду судова, у коју сврху је и установљено усаглашавање судске праксе жалбених судова путем састанака, односно заузимање правних становишта од стране највише судске инстанце.

Снежана Марић

судија Привредног апелационог суда

"ИЗЛАЗНА" НАКНАДА КОД УГОВОРА О КРЕДИТУ

Увод

У последњих неколико година стручна јавност у земљи заокупљена је бурним расправама о пуноважности одредби уговора о кредиту, а нарочито одредби о уговореној валутној клаузули у швајцарским францима, одредби о променљивости каматне стопе, уговарању стопе затезне камате, трошковима кредита као и другом питањима која су се јављала у пракси судова. Резултат ових расправа су правни ставови Врховног касационог суда заузети на седницама грађанског одељења или кроз појединачне одлуке.

У таквој атмосфери некако је остало непримећено ("скрајнуто") питање пуноважности одредби којима је уговорена тзв "излазна" накнада (провизија, трошкови). Ради се о накнади на чије плаћање се корисник кредита обавезује у случају превремене отплате кредита и која се по правилу уговара у проценту од износа враћеног кредита.

Вероватно је разлог томе релативно мали број предмета у којима се тражи ништваост такве одредбе уговора. Доступна судска пракса у погледу тог питања углавном је уједначена у смислу да су судови потврђивали правну ваљаност ове одредбе. При свему томе, а колико је овом аутору познато, захтев за утврђивање ништавости ове одредбе постављан је уз захтеве за утврђивање ништавости других одредби уговора при чему није било захтева за повраћај новца који је евентуално исплаћен по овој одредби а с обзиром на то да се није радило о превремено отплаћеним кредитима. Није познат ниједан случај да је спор вођен ради наплате ове накнаде по тужби банке.

Међутим, а имајући у виду посебне карактеристике уговора о кредиту, ово питање заслужује посебно разматрање у погледу правне приро-

де поменуте накнаде као и последица које из такве правне природе произлазе а у погледу могућности остварења ове накнаде.

**Појам и правна природа
накнаде за превремену отплату кредита**

Одредбом члана 1068. став 2. Закона о облигационим односима прописано је да корисник кредита може вратити кредит и пре рока одређеног за враћање, али је дужан о томе унапред обавестити банку. Ставом 3. прописано је да у том случају корисник кредита дужан накнадити штету уколико ју је давалац кредита претрпео. Ставом 4. прописана је забрана банци да у случају превремене отплате кредита банка зарачунава камату од дана враћања кредита до дана када је по уговору требало да буде враћен.

Из наведене одредбе јасно произлази да је право корисника кредита да кредит врати пре рока одређеног за враћање при чему банци једино може договати накнаду штете с тим што иста не може бити исказана као камата коју би банка остварила за период од враћања кредита до истека уговора о кредиту. Ова одредба искључује право банке на било коју накнаду сем накнаде штете. Стога накнада за превремену отплату кредита не може бити ништа друго сем накнаде за штету коју је евентуално банка претрпела због превременог враћања кредита.

Одредбом члана 265. став 3. Закона о облигационим односима прописано је да је пуноважна одредба уговора којом се одређује највиши износ накнаде, ако тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом и ако за одређени случај није што друго законом одређено.

Из наведеног следи да је дозвољено уговарање највишег износа накнаде штете под наведеним условима.

Следствено поменути законским одредбама јасно је да банка и корисник кредита могу уговорити износ евентуалне штете настале за банку услед превремене отплате кредита. Како законодавац не познаје нека друга плаћања у случају превремене отплате кредита, уговорена накнада у случају превремене отплате кредита не може по својој правној природи бити ништа друго до накнада штете коју банка евентуално трпи услед превремене отплате и суштински губитка прихода у виду камате коју би остварила да је кредит враћен у уговореном року.

С друге стране, а у складу са регулативом из Закона о облигационим односима, Закон о заштити корисника финансијских услуга ("Службени гласник РС" бр. 36/11 и 139/14) у члану 36. детаљно регулише питање накнаде за превремену отплату кредита.

Одредба члана 36. Закона о заштити корисника финансијских услуга гласи:

"Корисник има право да у било ком моменту, у потпуности или делимично, изврши своје обавезе из уговора о кредиту у ком случају има право на умањење укупне цене кредита за износ камате и трошкова за преостали период трајања тог уговора (превремена отплата).

Банка може да уговори накнаду за превремену отплату кредита ако је за период превремене отплате уговорена фиксна номинална каматна стопа, а код уговора о кредиту чији је предмет куповина непокретности ако је уговорена фиксна или променљива номинална каматна стопа.

Накнада из става 2. овог члана може се уговорити до висине претрпљене штете због превремене отплате, а највише до 1% износа превремено отплаћеног кредита и то ако је период између превремене отплате и рок испуњења обавеза из уговора о кредиту дужи од једне године; ако је овај период краћи ова накнада не може бити већа од 0,5% износа превремено враћеног кредита.

Банка може тражити накнаду из става 2. овог члана под условом да је износ превремене отплате у периоду од дванаест месеци већи од 1.000.000,00 динара.

Накнада из става 2. овог члана не може се захтевати:

- ако се отплата врши на основу закљученог уговора о осигурању чија је намена обезбеђивање отплате;
- у случају дозвољеног прекорачења рачуна или кредитне картице;
- ако се отплата врши у току периода за који је уговорена променљива номинална каматна стопа осим код кредита чији је предмет куповина непокретности.

Накнада из овог члана ни у једном случају не може бити већа од износа камате коју би корисник платио током периода између превремене отплате и рока испуњења обавезе из уговора о кредиту.

Под штетом из овог члана подразумева се разлика између камате уговорене с корисником и тржишне камате по којој банка може да пласира износ добијен превременом отплатом у моменту ове отплате, укључујући и административне трошкове.

Одредбе овог члана примењују се и на уговор о лизингу."

Имајући у виду напред наведене одредбе Закона о заштити корисника финансијских услуга, а у светлу наведених одредби Закона о облигационим односима, накнаду за превремену отплату кредита можемо дефинисати као новчану обавезу која може теретити корисника кредита у случају да изврши отплату кредита пре рока који је уговорен, а по основу штете коју банка трпи услед превремене отплате. Иста штета постоји уколико постоји разлика између стопе уговорене камате и стопе тржишне камате у моменту отплате кредита, при чему се узима у обзир номинална каматна стопа. Номинална каматна стопа исказује чисту зараду банке, а за разлику од ефективне каматне стопе која исказује укупну цену коришћења кредита.

Даље, овде ваља указати да се ради о специфичној врсти апстрактне штете. Из наведене одредбе произлази да обавеза плаћања настаје уколико је заиста штета и настала односно ако је дошло до разлике на коју упућује одредба члана 36. став 7. Закона о заштити корисника финансијских услуга.

По својој правној природи таква уговорна одредба представља споразум о висини накнаде штете и не може имати никакву другу правну природу. Ово значи да иста уговорна одредба производи правно дејство само уколико је штета заиста и настала.

Дакле, сама уговорна одредба којом се уговора плаћање накнаде није извор облигације за ову обавезу већ представља искључиво споразум странака о ограничењу одговорности за штету која би евентуално настала односно споразум о ограничењу висине евентулане штете. Извор облигације је евентуално умањење имовине које банка трпи у смислу члана 36. став 7. Закона о заштити корисника финансијских услуга, односно евентулана штета а не уговорна одредба. Свако другачије тумачење према мишљењу овог аутора било би супротно законској регулативи и природи ове накнаде.

**О ништавости уговорне одредбе
о накнади за превремену отплату кредита**

Имајући у виду напред наведено, а посебно цитирану правну регулативу, јасно је да одредба уговора којом се уговора накнада за превремену отплату кредита сама по себи није ништава. Законом је дозвољено уговорати ову накнаду.

Међутим, приликом оцене пуноважности ове одредбе ваља имати у виду следеће.

Најпре, одредбом члана 19. став 1. тачка 14. Закона о заштити корисника финансијских услуга прописано је да уговор о кредиту мора да садржи услове и начин превремене отплате кредита и висини накнаде у вези са тим.

Одредбом члана 17. став 4. тачка 17. истог закона прописано је да понуда услуге давања кредита на прописаном обрасцу НБС мора да садржи информацију о праву на превремену отплату кредита и праву банке на накнаду.

Из наведеног следи да споразум о висини накнаде за превремену отплату кредита не може бити правно ваљан уколико понуда банке није садржала информације у смислу члана 17. Закона о заштити корисника финансијских услуга. Уколико корисник кредита у предуговорној фази није информисан о праву банке на накнаду не може се прихватити као право ваљана ни уговорна одредба о накнади која је кориснику кредита презентирана путем писаног уговора по принципу "узми или остави". Споразум о висини накнаде је део уговора о кредиту о коме се мора посебно преговарати и уколико таквих преговора није било не може се прихватити ни ваљаност исте уговорне одредбе.

Даље, имајући у виду императивност одредби садржаних у члану 36. Закона о заштити корисника финансијских услуга, јасно је да споразум о ограничењу одговорности за штету односно споразум о ограничењу висине евентуалне накнаде за штету мора бити усклађен са условима из наведеног члана у погледу висине коју превиђа закон. Уколико то није случај не може се говорити о правној ваљаности ове одредбе.

Ово наравно не утиче на право банке да од корисника кредита потражује штету по општим правилима Закона о облигационим односима.

Овде ваља указати на следеће.

Законодавац у наведеној одредби прави јасну разлику између уговарања и захтева за накнаду штете. Ово значи да се одредба којом је уговорена предметна накнада може применити само у ситуацији када је заиста дошло до разлике између стопе уговорене камате и стопе тржишне камате у моменту отплате. Ово такође значи да је у моменту отплате тржишна камата мања од уговорене камате по номиналној каматној стопи у ком смислу банка пласирањем враћених кредитних средстава остварује мању камату од оне коју би остварила да није дошло до превремене отплате. Најзад, ово истовремено значи и да је банка дужна да приликом стављања захтева за плаћање ове накнаде у случају превремене отплате, кориснику кредита презентира јасан и транспарентан обрачун разлике у камати, те да му у предговорној фази јасно укаже да ову накнаду није дужан платити уколико до штете у смислу члана 36. став 7. Закона није дошло.

Јасније речено, уговарањем накнаде не настаје сама по себи обавеза плаћања исте накнаде већ иста зависи од чињеница које ће накнадно настати тј. од чињенице да је у моменту превремене отплате дошло до разлике у каматној стопи.

С друге стране, с обзиром на то да наведена одредба обухвата и административни трошак, ваља указати да у случају захтева за накнаду овог трошка исти мора да буде исказан кориснику кредита јасно и транспарентно и да одговара стварно извршеној услузи. Административни трошак који би овим поводом настао није трошак који је саставни део ефективне каматне стопе, па стога мора бити јасно опредељен по својој висини и садржини. Корисник кредита мора тачно знати како је исти трошак настао.

Формулација ове уговорне одредбе и одсуство ближих информација о овој накнади у смислу наведеног може довести корисника кредита у заблуду да је дужан платити ову накнаду увек приликом превремене отплате кредита, а не само у случају настанка штете како је описује горе цитирана одредба.

Овакво поступање било би супротно свим напред наведеним одредбама, али и одредби члана 12. Закона о облигационим односима, те и читавом низу одредби Закона о заштити потрошача. На тај начин ова би одредба била квалификована као непоштена и неправилна одредба којом се ствара значајна неравнотежа у међусобним обавезама странака.

**О ништавости уговорне одредбе
о накнади за превремену отплату кредита код уговора
закључених пре ступања на снагу Закона о заштити корисника
финансијских услуга**

Право банке на уговарање висине накнаде за превремену отплату кредита детаљно је регулисано чланом 36. Закона о заштити корисника финансијских услуга. Међутим, поставља се питање ваљаности одредбе о овој накнади у уговорима закљученим пре ступања на снагу овог закона. Наиме, у периоду пре 2011. године у уговорима се јавља уговорена накнада у већем проценту од процента који је прописан чланом 36. Закона о заштити корисника финансијских услуга. С обзиром на правила о временском важењу закона оправдано се поставља питање да ли је таква уговорна одредба пуноважна, а посебно имајући у виду императивност одредбе члана 36. Закона о заштити корисника финансијских услуга.

Таква уговорна одредба може бити пуноважна. Одредба члана 36. Закона о заштити корисника финансијских услуга, којом се ограничава висина накнаде за превремену отплату кредита, не може се променити ретроактивно када су у питању уговори који су закључени пре ступања на снагу овог закона у ком смислу би следио закључак да су пуноважни споразуми о висини накнаде у већем проценту од прописане чланом 36. Закона о заштити корисника финансијских услуга. Наведени закон не прописује ретроактивност када је у питању примена члана 36. Закона.

Међутим, чињеница да је уговорена накнада у већем проценту од процента прописаног Законом о заштити корисника финансијских услуга не мења правну природу ове уговорне одредбе. Иста одредба има природу споразума о ограничењу одговорности за специфичан вид апстрактне штете, а не уговорне одредбе која стипулише обавезу корисника кредита без обзира на чињеницу да ли је банка услед превременог враћања претрпела штету. Овакво тумачење произлази из одредбе чл. 1068 и 265. став 3. ЗОО.

С друге стране, с обзиром на то да у моменту закључења уговора ограничење накнаде није било регулисано посебним законом, приликом одлучивања о захтеву банке за накнаду због превремене отплате ваља ценити да ли постоји очигледна несразмера између захтева за накнадом у уговореном проценту и настале штете по основу разлике у уговореној и тржишној камати која није остварена услед превременог враћања.

Овде поновно посебно ваља нагласити да штета никако не може бити исказана у висини обрачунате камате коју би банка остварила да је уговор о кредиту у целости реализован. Ово је изричито забрањено одредбом члана 1068. ЗОО.

"Излазна" накнада и правна лица

Имајућу у виду да се Закон о заштити корисника финансијских услуга примењује у односу на физичка лица, предузетнике и пољопривредна газдинства, оправдано се поставља питање примене одредбе члана 36. у ситуацији када је корисник кредита правно лице.

Одговор на ово питање ваља тражити у одредби члана 265. став 3. ЗОО којом се пуноважност одредбе о ограничењу одговорности за штету условљава о одсуством очигледне несразмере уговорене накнаде са штетом. Питање очигледне несразмере је свакако фактичко питање, али је став овог аутора да у случају правних лица ваља имати у виду одредбу члана 36. Закона о заштити корисника финансијских услуга којом се постављају одређени стандарди у погледу уговарања ове накнаде. У то смислу у сваком конкретном случају требало би ценити да ли је уговорена накнада несразмерна насталој штети.

Наравно, приликом оцене правне ваљаности уговорне одредбе о висини накнаде свакако ваља ценити да ли је приликом уговарања повређено начело информисаности о природи ове накнаде, а о чему је горе било речи. Повреда начела информисаности садржано је у повреди начела из члана 12. ЗОО.

Пракса судова у вези са "излазном" накнадом

У досадашњој пракси судова, кроз релативно мањи број одлука, судови опште надлежности и привредни судови изразили су јединствен став да одредба којом се уговора накнада за превремену отплату кредита није ништава с обзиром на одредбу члана 1068. ЗОО али одредбу члана 265. став 3. ЗОО. У својим одлукама судови су навели да уговарање ове накнаде не подлеже ништавости у смислу члана 103. ЗОО, те да примереност висине тако одређене накнаде може бити предмет оспоравања у поступку реализације исте одредбе.

Тако Привредни апелациони суд у својој пресуди Пж-1072/19 од 21.5.2020. године указује на одредбе чл. 1068. и 265. став 3. ЗОО, те наводи да је корисник кредита био упознат са обавезом плаћања накнаде, а да примереност исте накнаде може бити предмет преиспитивања у поступку реализације уговорне одредбе. У пресуди Пж-4135/19 од 1.10.2020. године Привредни апелациони суд указује да накнада за превремену отплату нема карактер трошкова већ унапред уговореног износа штете. Исти став заузима Привредни апелациони суд у пресуди Пж-3043/2019 од 26.11.2020. године где указује да се ради о уговореном износу штете, а не уговорној казни, те да у току поступка тужилац као корисник кредита није доказао да је накнада превисоко одмерена.

Уставни суд Републике Србије у одлуци Уж-1419/2016 од 25.1.2018. године посебно наводи да је уговорна одредба о накнади за превремену отплату кредита дозвољена, те да њено уговарање није недопуштено.

Из наведеног следи да је пракса углавном била на линији ставова који су изнети у овом тексту.

Међутим, без обзира на то што су судови констатовали да је корисник кредита био упознат са предметном уговорном одредбом, није уочено да су судови приликом испитивања пуноважности ове одредбе испитали да ли је иста била саставни део понуде, те да ли је уговорна накнада презентирана кориснику кредита као споразум о висини накнаде евентуалне штете. Аутор нема сазнање у постојању предмета у којима је тражено преиспитивање пуноважности одредбе о "излазној" накнади са становишта ограничења постављених чл.36 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

У том смислу сугестија је овог аутора да се приликом одлучивања о пуноважности ове уговорне одредбе узму у обзир и околности на које је указано овим текстом.

Закључак

Из наведеног следи:

- да уговорна одредба којом се уговара накнада за превремену отплату кредита, процентуално или у фиксном износу, има правну природу

ду споразума о ограничењу висине накнаде за штету коју банка трпи услед превремене отплате;

- да иста уговорна одредба сама по себи није ништава уколико је понуда банке садржала јасне и потпуне информације о праву банке на накнаду услед превремене отплате и то тако да корисник кредита не може бити доведен у заблуду да је исту накнаду дужан платити, сем уколико је заиста дошло до штете услед превремене отплате;

- да висина накнаде за превремену отплату кредита не може бити уговорена супротно чл.36 Закона о заштити корисника финансијских услуга;

- да уговарањем ове накнаде корисник кредита не преузима безусловну обавезу према банци да накнаду плати, већ је плаћање условљено постојањем штете на страни банке услед превремене отплате; иста штета има карактер апстрактне штете која произлази из чињенице да је у моменту превремене отплате тржишна номинална каматна стопа мања од уговорене номиналне каматне стопе;

- приликом испостављања захтева за наплату банка је дужна да кориснику презентира јасан обрачун настале штете укључујући и настале административне трошкове који морају бити јасно и транспарентно исказани као стварно извршена услуга;

- уколико је у питању уговор закључен пре ступања на снагу Закона о заштити корисника финансијских услуга, одредба о "излазној" накнади не може бити у очигледној несразмери са насталом штетом;

- банка сноси терет доказивања садржине понуде, промена у каматној стопи и структуре административног трошка;

- корисник кредита сноси терет доказивања несразмере између уговорене накнаде и стварно настале штете.

Бранка Жерајић

судија Привредног апелационог суда

СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ У ПОСТУПКУ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ

1. Увод

Предмет анализе овог реферата је својинска трансформације кроз поступак приватизације, односно поступак претварања друштвене и државне имовине у приватну својину, као и начин поступања судова у поступцима у којима је тражено утврђење права својине на имовини која је била предмет приватизације.

Повод за писање реферата је чињеница да су привредна друштва формирана након спроведеног поступка приватизације, пред привредним судовима иницирали значајан број поступака против Републике Србије, са тужбеним захтевима којима се тражи утврђење права својине на непокретностима која су пописана и процењена у поступку приватизације, на којима је субјект приватизације имао уписано или фактичко право коришћења.

У образложењу поднетих тужби наводи се да на основу приватизационог уговора, формирана акционарска друштва, не могу да изврше упис права својине на имовини која је била процењена код куповине капитала, јер РГЗ-Служба за катастар непокретности одбија упис права својине са образложењем да не постоје услови за упис у смислу члана 83. Закона о државном премеру и катастру непокретности, јер подносиоци захтева не достављају исправу подобну за упис права својине, у смислу члана 86. истог Закона. Наиме, привредна друштва формирана након приватизације друштвених предузећа, сходно Закону о приватизацији, као основ за упис права својине код надлежне Службе за катастар непокретности прилажу Уговор о купопродаји друштвеног капитала методом јавне аукције или Уговор о купопродаји друштвеног капитала методом јавног тендера, са пратећом приватизационом документацијом (програм прива-

тизације са проценом имовине, решење Агенције за приватизацију о процени и верификацији капитала, решење о прихватању програма приватизације и сл). Како се наведеним уговором о купопродаји друштвеног капитала, продаје капитал субјекта приватизације, а не имовина која је процењена ради утврђења купопродајне цене капитала, јасно је да се у наведеном уговору не наводе катастарске ознаке и опис непокретности који су процењени ради формирања купопродајне цене. Опис непокретности, која је била предмет пописа и процене, може да буде наведена проспекту (уколико се ради о имовини која спада у пет најзначајнијих објеката) док се целокупна пописана и процењена непокретност налази евидентирана у програму приватизације који садржи попис и процену целокупне имовине и имовинских права субјекта приватизације (у ком се такође не морају навести сви катастарски подаци) који је прихваћен решењем Агенције за приватизацију, и на основу чије процене је извршена верификација вредности капитала субјекта приватизације који се продаје.

Република Србија је, по правилу оспорава тужбени захтев. Најчешћи разлог оспоравања је да субјекат приватизације није доказао да је стекао својину, да није имао право коришћења (или да наведено право није било уписано) због чега наведена имовина није могла бити предмет процене па самим тим и продаје, што значи и да иста није била предмет приватизације.

Судови нису имали јединствен став по наведеном питању, што је узроковало различиту судску праксу, чему је допринела и чињеница да су се поступци за утврђење права својине на непокретносима, иницирани против Републике Србије водили и пред судовима опште надлежности. У одлукама у којима је одбијен тужбени захтев за утврђење права својине као најчешћи разлог одбијања се наводи да привредно друштво, формираног након спроведеног поступка приватизације, није доказало да има основ за стицање права својине пре приватизације (уговор о купопродаји, доказ о изградњи и сл), без обзира да ли је наведена имовина обухваћена у програму приватизације и да ли је била предмет пописа и процене имовине код утврђивања цене капитала, затим да привредно друштво није било уписано са правом трајног коришћења друштвене имовине или да је имовина била у режиму државне имовине и да није могла бити предмет приватизације.

По ставу аутора реферата имовина која је била предмет приватизације је постала имовина привредног друштва формираног након приватизације на основу закона, у смислу члана 20. у вези члана 21. Закона о основама

својинско правних односа. Наиме чланом 20. наведеног Закона прописано је да се право својине стиче по самом закону, на основу правног посла и наслеђивањем, као и одлуком државног органа, на начин и под условима одређеним законом, док је чланом 21. прописано је да се по самом закону право својине стиче стварањем нове ствари, спајањем, мешањем, грађењем на туђем земљишту, одвајањем плодова, одржањем, стицањем од невластника, окупацијом **и у другим случајевима одређеним законом**. У описаном случају привредно друштво формирано након спроведеног поступка приватизације стекло је имовину на основу закона којим је регулисана својинска трансформација тј. **Закона о приватизацији**.

У овом реферату обрађен је начин стицање својине на имовини која је била предмет приватизације по Закону о приватизацији ("Службени гласник РС" бр. 38/2001...) имајући у виду да су спорови, на које је претходно указано, проистекли из примене наведеног закона.

2. Историја

Поступак својинске приватизације у Републици Србији, назива се и период транзиције, и има за циљ уређење друштвеног система на тржишним условима са јасно дефинисаним имовинским односима, одустајући од колективног облика својине, односно друштвене својине.

Уставом Републике Србије ("Службени гласник РС" број 98/2006) и то чланом 86. јамчи се приватна, задружна и јавна својина. Јавна својина је државна својина, својина аутономне покрајине и својина јединице локалне самоуправе. Сви облици својине имају једнаку правну заштиту. Постојећа друштвена својина претвара се у приватну својину под условима, на начин и у роковима предвиђеним законом.

То значи да је трансформација капитала у Републици Србији обавезна, па је у поступку преласка друштвене и државне имовине у друге облике својине, део државне и друштвене имовине постао јавна својина, а део је поступком приватизације променио облик у приватну својину.

Поступак промене друштвене и државне имовине у друге облике својине, сада је регулисан **Законом о приватизацији** ("Службени гласник РС", бр. 83/2014, 46/2015, 112/2015 и 20/2016 – аутентично тумачење) који је ступио на снагу 13.8.2014. године, који у члану 1. прописује да се тим

законом уређују услови и поступак промене власништва друштвеног и јавног капитала и имовине, док је у члану 2. тачка 3. истог Закона прописано да је предмет приватизације друштвени, односно јавни капитал и имовна у предузећима и другим правним лицима, укључујући и јавна предузећа и јавни капитал исказан у акцијама или уделима; акције, односно удели после раскида уговора о продаји капитала; имовна у предузећу код којих је раскинут уговор о продаји капитала и акције односно удели Акционарског фонда, као и Фонда за развој РС и Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања, а када се продају заједно са акцијама, односно уделима Акционарског фонда.

Међутим, својинска трансформација друштвеног и државног капитала започета је доношењем **Закона о друштвеном капиталу** ("Службени лист СФРЈ", бр. 84/89 и 46/90) а у Републици Србији доношењем **Закона о претварању друштвене својина на пољопривредном земљишту у друге одлике својине** ("Службени гласник РС" број 49/92) и **Закона о условима и поступку претварања друштвене својине у друге облике својине** ("Службени гласник РС" број 51/94) од 1.8.1994. године.

Законом о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине регулисан је начин приватизације пољопривредног земљишта, тако што су пољопривредна предузећа, земљорадничке задруге и друга правна лица, под надзором надлежног министарства, морала да изврше попис земљишта које користе као и основ и начин стицања права коришћења, односно да ли је земљиште стечено по основу Закона о аграрној реформи и прописима о национализацији пољопривредног земљишта у државној својини, или је правно лице наведено земљиште стекло по основу правног посла. У зависности од начина стицања зависио је и даљи поступак, па је тако само земљиште стечено правним послом могуће продавати у поступку трансформације капитала. У том смислу правила исказана у овом тексту се не односе на пољопривредно земљиште, јер уколико би у поступку трансформације капитала продајом било обухваћено пољопривредно земљиште које је Законом изузето од приватизације, таква продаја је противна императивном законском пропису.

Закон о условима и поступку претварања друштвене својине у друге облике својине је био у примени до ступања на снагу Закона о својинској трансформацији тј. до 31.10.1997. године. Сходно наведеном закону, претварање друштвене својине у друге облике својине било је пре све-

га добровољно и иницирано је доношењем одлуке самог предузећа. Уколико предузеће донесе одлуку о претварању друштвене својине у приватну било је дужно да изврши процену вредности друштвеног капитала истовремено организујући се у деоничко друштво у складу са Законом о предузећима ("Службени лист СФРЈ" бр. 77/88, 40/89, 46/90 и 61/90 и "Службени лист СРЈ", бр. 24/94 – др). Промена капитала је вршена издавањем и продајом деоница ради продаје капитала, издавањем и продајом деоница ради повећања капитала и продајом предузећа или дела предузећа. Организовање предузећа као деоничких друштава као и сам поступак својинске трансформације вршен је под контролом посебно формиране Републичке агенције за процену капитала и Фонда за развој Србије.

Доношењем **Закона о својинској трансформацији** ("Службени гласник РС" бр. 32/97 и 10/20012) одустало се од принципа добровољности приватизације, с тим што у наведеном закону није орочен период до када је било нужно и спровести својинску трансформацију. Контролу и верификацију процене вредности и структуре капитала, као и контролу начина и поступка својинске трансформације вршила је Дирекција за процену вредности капитала образована наведеним Законом, у оквиру Министарства за економску и власничку трансформацију, а сам поступак трансформације је спровођен у предузећу. Својинска трансформација у предузећу се вршила аутономно (по одлуци надлежног органа), са изузетком својинске трансформације која се вршила према посебном програму (по одлуци Владе РС) или уз сагласност оснивача (предузећа која обављају делатност од општег интереса). Предузећа су била у обавези да правну форму ускладе сходно одредбама Закона о предузећима ("Службени лист СФРЈ" бр. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001), па су се деоничка друштва организовала као акционарска друштва. Модели својинске приватизације били су продаја акција ради продаје капитала (са или без попуста), продаја акција ради прикупљања додатног капитала (са попустом), познатија као докапитализација као и путем конверзије дуга у акције повериоца (са попустом), који модел је највише користила држава као највећи поверилац друштвених предузећа.

3. Закон о приватизацији ("Сл. гласник РС" бр. 38/2001)

3.1 Предмет, рок и органи

До доношења Закона о приватизацији, који је ступио на снагу 7.7.2001. године ("Службени гласник РС" број 38/2001), дошло је до трансформације дела друштвене имовине, али је због инфлације у периоду примене претходно наведених закона и ревалоризације друштвеног капитала, у предузећима која су организована као акционарска друштва где је вршена продаја акција, са или без попушта, или продаја акција уз докапитализацију, у већем проценту остао друштвени капитал, тако да значајан део друштвене и државне имовине, до дана стапања на снагу наведеног закона, није приватизован.

Закон о приватизацији је предвидео да се неприватизовани део друштвеног и државног капитала приватизује прама одредбама овог Закона у року од четири године од дана ступања на снагу. Рок у коме је потребно спровести приватизацију је изменама и допунама продужаван, а сада важећим Законом о приватизацији предвиђено је да се друштвени капитал субјекта приватизације мора приватизовати најкасније до 31. децембра 2015. године.

Даном доношења Закона о приватизацији престала је са радом Дирекција за процену капитала, а образована је Агенција за приватизацију, као орган који продаје капитал односно имовину, промовише, иницира, спроводи и контролише поступак приватизације, која има својство правног лица и послује у складу са прописима о јавним службама. Истим законом основан је и Акцијски фонд, као правно лице на које се преносе акције ради продаје, који је наведене послове обављао до 15.5.2010. године, када је изменама и допунама Закона о приватизацији ("Службени гласник РС" број 30/2010) исти избрисан као субјекат у поступку приватизације. Законом је као субјекат приватизације предвиђен и Централни регистар хартија од вредности, који садржи јединствену базу података о издатим акцијама и променама тих података, које је пословало као акционарско друштво са већинским државним капиталом сходно Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, а сада сходно Закону о тржишту капитала. При министарству надлежном за послове приватизације формиран је Приватизациони регистар у коме се евидентира део капитала субјекта приватизације изражен у акцијама, који

се преноси грађанима без накнаде, у складу са овим Законом. Надзор над применом одредаба овог закона и прописа донетих на основу њега врши министарство надлежно за послове приватизације, односно Влада РС.

3.2 Начела и предмет приватизације

Закон о приватизацији ("Службени гласник РС", број 38/2001) је први прокламовао начела на којима се заснива приватизација а то су: стварање услова за развој привреде и социјалну стабилност, обезбеђење јавности, флексибилност и формирање продајне цене према тржишним условима. Постојање начела на којима се заснива приватизација омогућило је лакше и правилније тумачење уговорних одредби закључених у поступку приватизације, па и попуњавање правних празнина у самом Закону било судском праском или поступањем самих уговорних странака.

Чланом 3. став 1. Закона о приватизацији прописано је да је предмет приватизације друштвени, односно државни капитал у предузећима и другим правним лицима, ако посебним прописима није другачије одређено. Изменама и допунама Закона о приватизацији ("Службени гласник РС", број 123/2007) које се примењују од 3.1.2008. године, предвиђено је да је предмет приватизације и државни капитал који је исказан у акцијама или уделима, ако услови и поступак продаје тог капитала нису уређени посебним прописом, као и капитал и имовина у друштвеним предузећима основаним од делова предузећа у РС чије је седиште на територији републике бивше СРФЈ.

3.3. Иницијатива и проспект

Чланом 16. Закона о приватизацији, прописано је да се поступак приватизације иницира у самом предузећу, доношењем иницијативе за приватизацију и израдом проспекта приватизације, који се доставља Агенцији за приватизацију. Иницијативу је могло да поднесе и надлежно министарство или и сам купац, у ком случају је предузеће било дужно да сачини проспект и достави га Агенцији за приватизацију у року од седам дана од дана пријема иницијативе.

Почетни акт при спровођењу приватизације је одлука о приватизацији и израда проспекта. Проспект изграђује субјекат приватизације (члан 18) који садржи приказ основних података о субјекту приватизације пре-

ма последњем финансијском извештају. Образац проспекта прописује министар надлежан за послове приватизације и исти је одређен Правилником о обрасцу проспекта ("Службени гласник РС", бр. 44/2001 и 45/2002). Проспект поред општих идентификационих података садржи и податке о имовини, која подразумева податке о најзначајнијим објектима, земљишту као и грађевинском земљишту, податке о опреми и броју запослених, финансијски извештај који подразумева стање активе, стање обавеза, пословни приход и расход, као и податке о вредности и проценту капитала који се нуди на продају.

Агенција за приватизацију доноси одлуку о начину приватизације, а субјект приватизације припрема документацију, зависно од тога да ли се приватизује путем јавног тендера или јавне аукције.

3.4 Метод приватизације

По Закону о приватизације ("Службени гласник РС", број 38/2001), приватизација се спроводи путем продаје и преносом без накнаде. Продаја капитала се врши путем јавне аукције или путем јавног тендера. Пренос капитала без накнаде је условљен претходно спроведеном продајом капитала, односно након спроведене продаје, део капитала субјекта приватизације се преноси без накнаде запосленим и грађанима.

У субјекту приватизације који се приватизује путем јавне аукције утврђује се распон вредности капитала. Уредбом о методологији за процену вредности капитала и имовине ("Службени гласник РС", бр. 45/2001 и 45/2002) прописана је методологија за утврђивање вредности капитала, односно имовине у предузећима и другим правним лицима са друштвеним и државним капиталом. Процену вредности капитала, односно имовине, врши предузеће које припрема програм приватизације, и то тако што утврђује основну вредност укупног капитала, односно имовине, као и доњу и горњу границу распона вредности укупног капитала, односно имовине. Вредност капитала субјекта приватизације, по правилу, процењује се применом методе кориговане књиговодствене вредности (ККВ), али у случају негативног салда или значајнијег одступања од тржишне вредности, Агенција за приватизацију може вредност капитала утврдити и применом корективног метода и то применом дисконтовања новчаних токова (ДНТ) или методом ликвидационе вредности (ЛВ).

Основна коригована вредност капитала (ККВ) утврђује се тако што се укупна актива умањује за износ губитака и износ укупних обавеза, на основу последњег годишњег рачуна субјекта приватизације, након чега се утврђује доња и горња граница распона вредности капитала. Доња граница вредности капитала утврђује се тако што се основна коригована вредност капитала множи коефицијентом 0,5 док се горња граница распона вредности капитала добија тако што се основна коригована вредност капитала множи коефицијентом 1. Закључак о вредности укупног капитала субјекта приватизације представља распон између доње и горње границе вредности укупног капитала.

Уредбом о продаји капитала јавном аукцијом из 2001. као и Уредбом из 2005. прописано је да се наведеном уредбом уређује поступак и начин продаје друштвеног и државног капитала, односно имовине јавном аукцијом. Агенција за приватизацију доноси одлуку о продаји капитала путем аукције и о томе обавештава субјекат приватизације, након чега Агенција организује и контролише поступак припреме аукције и објављује јавни позив за учешће на аукцији, на прописан начин, те образује Комисију која спроводи продају.

3.5. Поступак продаје

Физичким и правним лицима која изразе интерес за учешће на аукцији, а која могу бити купци у смислу члана 12. Закона о приватизацији, продаје се аукцијска документација, која садржи: 1. програм приватизације, 2. уговор о чувању поверљивих података, 3. нацрт уговора о продаји и 4. пријаву учешћа на аукцији.

Након спроведених припремних радњи и заказивања аукције, сам поступак продаје на јавној аукцији води аукционар. Продајна цена је последња цена утврђена на аукцији, с тим што је почетна цена на првој аукцији 20% од горње границе распона вредности капитала, односно имовине, која се нуди на продају, а коју је потврдила Агенција за приватизацију. Уколико се продаја не изврши на првој аукцији, почетна цена на другој јавној аукцији је 20% од доње границе распона вредности капитала, а уколико се продаја не изврши и на другој аукцији, продаја се сматра неуспелом.

3.6 Програм приватизације

Основни документ аукцијске документације представља Програм приватизације, чија садржина је прописана чланом 22. Закона о приватизацији. Програм приватизације израђује субјект приватизације и садржи основне податке о субјекту приватизације, податке о стању средстава и обавеза, анализу досадашњег пословања субјекта приватизације, податке о процени вредности капитала, као и прилоге.

Остали елементи Програма приватизације зависе од метода приватизације. Уколико се приватизација спроводи јавном аукцијом, исти мора да садржи све елементе прописане чланом 46. Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом ("Службени гласник РС", бр. 45/2001, 45/2002, 19/2003, 59/2004-одлука УС и 98/2004), и исти садржи основне податке о субјекту приватизације, податке о стању средстава и обавеза, анализу досадашњег пословања субјекта приватизације, податке о процени вредности капитала и прилоге.

Основни подаци о субјекту приватизације су: фирма, седиште и адреса, матични број, делатност, име и презиме директора, облик организовања и телефон и факс.

Подаци о стању средстава и обавеза садрже: биланс стања, преглед некретнина (врста, намена и површина објекта, намена и површина земљишта), преглед најважније опреме, преглед имовине и потраживања у спору, предмет обавезе у спору, преглед имовине под хипотеком и права по основу хипотеке.

Анализа досадашњег пословања садржи преглед организационе структуре са бројем запослених, старосном и квалификационом структуром, преглед основних производа и услуга, преглед укупног прихода по врстама и структури, преглед трошкова и структура биланса успеха по годишњем обрачуну за последње три године.

Подаци о процењеној вредности капитала садрже укупну процењену вредност капитала, процењену вредност капитала, вредност приватног капитала као и процењену вредност капитала који се приватизује у распону од најниже до највише вредности.

Уз програм приватизације субјекат приватизације обавезно прилаже и документацију, која чини саставни део програма приватизације, а

између којих и оверене фотокопије извода из земљишних књига, односно имовинско-правну документацију за непокретности на којима субјекат приватизације има право својине или трајно право коришћења.

Ако је Програм приватизације урађен у складу са Законом и Уредбом, Агенција доноси решење о одобравању Програма приватизације.

Уредбом о продаји капитала и имовине путем јавног тендера ("Службени гласник РС", бр. 45/2001, 59/2003, 110/2003, 52/2005, 126/2007, 96/2008, 107/2008 и 98/2009) уређен је поступак, услови и критеријуми у којем се понуде јавно отварају, прихватају и одбацују. Продаја тендером обухвата припрему за продају, подношење и пријем понуда, отварање и оцену понуда, закључивање уговора и затварање трансакције, под којом се подразумева завршетак продаје капитала, односно имовине по испуњењу свих услова за пренос власништва над капиталом, односно имовином који су предвиђени уговором о продаји. Припрема тендера подразумева припрему тендерске документације и објављивање јавног позива, а као део тендерске документације представља и информациони меморандум о субјекту приватизације који садржи: назив и адресу субјекта приватизације, опис претежне делатности, организациону и власничку структуру, укупну књиговодствену вредност капитала, односно имовине изражену у динарима и противвредности у еур-има, информације о пословању и бонитету субјекта приватизације. Тендер може да се организује као тендер са јавним надметањем, тендер са једним учесником и тендер по скраћеном поступку.

3.7 Уговор

По окончању поступка продаје како путем јавне аукције, тако и продајом јавним тендером, у Законом прописаним роковима, закључује се уговор о продаји, на основу кога купац остварује власничка права на начин и у року одређеном у тендерској документацији и уговору о продаји.

4. Право коришћења (право трајног коришћења)

Сходно изнетом, следи да је предмет приватизације друштвени, односно државни капитал у предузећима. То значи да је погрешан закључак да друштвени капитал не може бити предмет приватизације. При утврђивању вредности друштвеног или државног капитала, који се продаје јавном аукцијом или јавним тендером, пописује се и процењу имовина

на којој је субјекат приватизације имао уписано право својине, али и имовина на којој је субјект приватизације имао трајно право коришћења.

У пракси се јавило спорно која имовина улази у капитал субјекта приватизације, односно на којој имовини субјект приватизације има право својине, а на којој има право трајног коришћења, који термин користи Уредба о продаји капитала и имовине јавном аукцијом, односно шта представља појам трајног права коришћења. Да ли се уписано "право коришћења" или уписно "корисник" тумачи као право трајног коришћења, као и да ли је субјект приватизације имао трајно право коришћења имовине на којој има фактичко право коришћења, које није уписано у јавни регистар, те да ли је наведена имовина била предмет приватизације?

Ради разјашњења појма права коришћења потребно је указати да је исти преузет из Закона о удруженом раду ("Службени лист СФРЈ", број 11/88), који је био у примени до 31.12.1988. године, а који је као основу социјалистичког удруженог рада прокламовао друштвену својину на средствима за производњу, наводећи да у самоуправном друштвено-економским односима радници удружују свој рад и средстава у друштвеној својини, у различите облике удруживања и међусобне сарадње. Тадашњи привредни субјекти основани као Организације удруженог рада су биле у друштвеној својини, и сва имовина коју су стекли и користили је била друштвена својина, без обзира на начин стицања. Организације удруженог рада су издвајањем дела оствареног прихода куповали пословне зграде, опрему, станове и слично, али је у јавним регистрима тј. земљишним књигама и катастру непокретности имовина уписана као друштвена својина, а организација удруженог рада као корисник друштвене имовине. Организације удруженог рада су право коришћења могле стећи и партиципирањем у Фондовима, (напр. Фонд солидарности) када су одвајале преко надлежне друштвено политичке заједнице (обично општине) новчана средства те им је учешћем у заједничком финансирању код поделе изграђених објеката општина уступала имовину на коришћење. Такође, организације удруженог рада су имале обавезу запошљавања одређеног броја лица, приправника и сл. тако да су им друштвено политичке заједнице преносиле право коришћења (теретно или без теретно) на имовини потребној за обављање делатности.

Међутим, независно на који начин је стечено право коришћења, као и да ли је наведено право евидентирано у јавним регистрима, у књиги-

водству организација удруженог рада наведена имовина је увек књижена као имовина организација удруженог рада (актива), што је подразумевало право трајног коришћења, управљања и право располагања. Код располагања наведеном имовином између организација удруженог рада нису закључивани уговори о купопродаји већ о преносу права коришћења, јер је имовина остајала у друштвеној својини. У случају продаје имовине лицу које није у друштвеној својини, када је имовина из друштвене прелазила у приватну, предвиђен је посебан поступак продаје (јавно оглашавање, прикупљање понуда, учешће друштвеног правобраниоца итд).

Доношењем првог Закона о предузећима ("Службени лист СФРЈ", бр. 77/88, 40/89, ... "Службени лист СРЈ", број 24/94), у примени од 1.1.1989 до 4.7.1996. године, основне организације удруженог рада су организоване као друштвена предузећа, која су наставила рад и пословање са истим правима и обавезама која су имала по Закону о удруженом раду, када је и започета припрема за поступак својинске трансформације. Евиденција права и обавеза, укључујући и евиденцију непокретности је задржана иста. Евиденција непокретности вршена је у земљишним књигама које су водили судови опште надлежности, као и у катастру непокретности коју води Републички геодетски завод.

Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретности ("Службени гласник РС", бр. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96 и 15/96), који је био у примени у време важења првог Закона о предузећима, у члану 42. став 1. прописано је да лист непокретности садржи податке о 1) земљишту (А лист), 2) носиоцу права на земљишту (Б лист), 3) згради, стану и пословној просторији, као посебним деловима зграде и другим грађевинским објектима и носиоцима права на њима (В лист) и 4) теретима и ограничењима (Г лист). **Ставом 3. истог члана прописано је да се носиоцем права, у смислу овог закона, сматра власник непокретности, носилац права коришћења на непокретностима у државној својини, односно носилац права у погледу располагања, коришћења и управљања на непокретностима у друштвеној својини.**

У односу на поступање судова код вођења земљишних књига, у недостатку законског прописа који би регулисао наведену област, а сходно члану 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6.4.1941. године и за време непријатељске окупације, судови су упућени на приме-

ну појединих правних правила садржаних у Закону о земљишним књигама из 1930. године.

Из наведеног произлази да су субјекти приватизације, друштвена предузећа, обзиром на свој статус друштвеног предузећа, **могли бити уписани само као носиоци права коришћења на друштвеној имовини и то у катастру**, јер је такав упис предвиђен Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретности.

То даље значи да субјекат приватизације **није могао имати уписано право својине**, јер за такав упис у време стицања наведеног права није постојала законска могућност. Друштвена предузећа су пословала друштвеном имовином, па је и имовина коју су стицали или која им је додељена била у друштвеној својини. Уколико је субјект приватизације имао уписано право својине, наведени упис је извршен супротно тада важећим правилима, и мора се тумачити као право коришћења друштвене имовине. Међутим, у тим ситуацијама, и ако се ради о упису супротно позитивним прописима, није било сумње да је та имовина била предмет приватизације.

Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретности није познавао термин трајно право коришћења, који термин користи Уредба о продаји капитала и имовине јавном аукцијом, већ искључиво право коришћења друштвене имовине. То значи да уколико је на имовини која је пописана и процењена у поступку приватизације, субјекат приватизације био уписан као корисник или носилац права коришћења, то је подразумевало да има право трајног коришћења у смислу Уредбе о продаји капитала и имовине јавном аукцијом. Израз трајно право коришћења које користи Уредба само појашњава врсту права које је субјекат приватизације имао, указујући да је право субјекта приватизације имало трајан карактер. Из наведеног следи да субјекти приватизације, који су уписани као корисници друштвене имовине, нису могли бити уписани као носиоци трајног права коришћења, јер такав упис, такође, није био прописан, али се право коришћења које су имали подразумевало да је трајно, јер је подразумевало неограничено и слободно право коришћења и управљања и располагања на законом прописан начин.

Такође, уколико је субјекат приватизације уписан само као корисник, то подразумева да је имао уписано право коришћења, а да је за упис наведеног права употребљен синоним, обзиром да није постојала могућ-

ност уписа различитих врста права коришћења, већ искључиво право коришћења у смислу Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретности.

Као спорно се јавило питање и да ли је предмет приватизације била имовина која није уписана у јавни регистар, односно имовина на којој субјект приватизације није имао уписано право коришћења друштвене имовине, те да ли на наведеној имовини субјект приватизације има трајно право коришћења.

Ту се разликују ситуације када је имовина уписана као друштвена имовина, без уписаног корисника друштвене имовине, или када постоји разлика уписа у земљишним књигама и катастру, као и када имовина уопште није евидентирана у јавном регистру.

У ситуацији када је имовина уписана, али постоји различит упис у катастру и земљишним књигама, право коришћења друштвене својине може се доказивати уписом у било ком регистру. Упис права коришћења друштвене својине обично је уписиван у катастру непокретности, док такав упис најчешће није био извршен у земљишним књигама. У тој ситуацији треба прихватити да је субјект приватизације имао уписано право коришћења, јер је наведени упис предвиђен Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретности. Не ретко у земљишним књигама је и даље остајао упис као што је општенародна имовина. Почетком приватизације општенародна имовина није била предвиђена као уставом прописани облик својине. Правни режим општенародне имовине остао је изван уставноправне регулативе још од доношења Устава Социјалистичке Федеративне Републике Југославије из 1963. године, који у члану 8. прокламује да су средства за производњу и друга средства друштвеног рада, као и рудна и друга природна богатства, друштвена својина, из чега произлази да је имовина, уписана у земљишним књигама као општенародна, могла представљати само друштвену имовину, па је самим тим на њој могло бити установљено право коришћења и могла је бити предмет приватизације.

Такође, предмет приватизације може бити, и била је, и имовина на којој субјект приватизације није имао уписано право коришћења, било да се наведена имовина у јавном регистру водила као друштвена или државан имовина или да иста уопште није била уписана у јавни регистар. Чланом 3. став 1. Закона о приватизацији прописано је да је предмет приватизације дру-

штвени, односно државни капитал у предузећима и другим правним лицима. Закон не прописује обавезу да се вредност капитала процењује само на основу имовине која је уписана у јавни регистар, као друштвена или државна на ком је установљено право коришћења. Следи да су субјекти приватизације били стварни корисници друштвене или државне имовине, која није била уписана у јавни регистар, коју су трајно користили. Да је то тако произлази и из чињенице да је имовина коју су субјекти приватизације користили, уписана у јавни регистар или не, у књиговодству наведених предузећа евидентирана као имовина предузећа (актива), односно вођена је као имовина субјекта приватизације. Књиговодствена евиденција је представљала основу за израду програма приватизације и проспекта приватизације.

5. Продавац и предмет продаје

Носилац права располагања друштвене и државне имовине је Република Србија, а друштвена предузећа, су корисници друштвене имовине. Република Србија, као носилац права располагања наведеном имовином је, Законом о приватизацији и подзаконским актима донетим на основу наведеног закона, предвидела начин и поступак продаје друштвене и државне имовине, кроз продају капитала субјекта приватизације, и у том циљу основала Агенцију за приватизацију, која ће у њено име обављати наведене послове, као продавац.

Која имовина ће бити предмет процене ради продаје капитала у поступку приватизације је такође у надлежности Републике Србије. То значи да Агенција за приватизацију не мора да процењује ради продаје сву имовину коју користи одређени субјект приватизације. Имовина од јавног значаја и имовина коју користе јединице локалне управе, је изузета од приватизације, и иста је прешла у јавну својину. Остала имовна треба приватизацијом да промени облик у приватну својину. На тај начин ће сва имовина прећи у Уставом загарантован облик својине у Републици Србији.

То значи да сва остала друштвена и државна имовина, која није променила облик у јавну својину, треба, и мора, да буду предмет приватизације, па самим тим и предмет продаје односно преноса без накнаде, након спроведеног поступка продаје. Наиме, како је то претходно и образложено, приватизација, односно претварање друштвене и државне својине, у друге облике својине, сходно Закону о приватизацији врши се прода-

јом у поступку јавне аукције или јавног тендера, а након извршене продаје део капитала се преноси без накнаде запосленима и грађанима.

Закључењем Уговора о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције, Република Србије је, посредством Агенције за приватизацију, продала капитал одређеног субјекта приватизације у вредности процењене имовине која је наведена у програму приватизације. Након испуњења уговора и плаћања купопродајне цене, Агенција за приватизацију је део капитала пренела без накнаде запосленим и грађанима у поступку и проценту предвиђен Законом о приватизацији.

Укупан капитал који се приватизује, је сходно процени вредности капитала, за који је Агенција донела одлуку о верификацији, подељен у акције, тако да је купац капитала, исплатом купопродајне цене стекао број акција које су биле предмет продаје (70% капитала који се продаје) док је одређени број акција подељен, без накнаде запосленим и грађанима (30% капитала који се продаје).

На такав начин је Република Србија, теретним правним послом, закључењем уговора о продаји са купцем капитала и преносом без накнаде запосленим и грађанима, располагала целокупним капиталом који је био предмет приватизације, а имовина која је процењена ради утврђења вредности капитала је променила облик, па је из друштвене односно државне својине прешла у приватну својину и то својину акционарског друштва. Купац капитала је постао власник акција које су биле предмет продаје, а запослени односно грађани, су постали власници акција које су им пренете без накнаде.

Одлучујући о тужбеним захтевима којим је тражено утврђење права својине на непокретностима које су биле предмет приватизације, у појединим одлукама тужбени захтев је одбијен са образложењем да субјект приватизације није могао продати друштвену имовину за коју нема доказ о стицању права својине, што свакако није правилан закључак. Продају друштвеног и државној капитала врши Република Србија, посредством Агенције за приватизацију, која и закључује уговор о продаји као продавац. Субјект приватизације није уговорна страна, и нема статус продавца, већ је предмет продаје, односно предмет продаје је друштвени и државни капитал који користи и који је процењен приликом утврђивања вредности капитала који се продаје. Такође, субјект приватизације и није могао имати право својине, јер је пословао имовином која је

била у друштвеној или државној својини, а да ли је дошло до својинске промене на имовини зависи искључиво од тога да ли је иста процењена приликом утврђивања вредности капитала који се продаје.

6. Закључак

Претварање друштвене и државне имовине у друге облике својине спроводи се у поступку приватизације.

Приватизација се спроводи продајом капитала привредних субјеката који послују у режиму државне и друштвене својине.

Продају капитала друштвених предузећа врши Република Србије преко Агенције за приватизацију, који продаје капитал односно имовину, промовише, иницира, спроводи и контролише поступак приватизације, и закључује уговоре о продаји, као продавац.

Цена капитала, односно цена предмета продаје, утврђује се у поступку процене вредности капитала, која се спроводи проценом имовине коју користи субјект приватизације.

Имовина која се процењује је имовина у режиму друштвене или државне својине, на којој је субјект приватизације имао право трајног коришћења (уписано или фактичко) која је евидентирана у књиговодству субјекта приватизације као имовина наведеног привредног субјекта и води се у билансу стања као имовина-актива.

Након спроведене продаје, зависно од постигнуте продајне цене, утврђена је и вредност акција новоформираног привредног друштва, правног следбеника субјекта приватизације, тако да је капитал субјекта приватизације постао капитал новоформираног привредног друштва, имовина која је била предмет процене и продаје је постала имовина новоформираног привредног друштва.

Купац капитала и запослени су власници акција привредног друштва а Република Србија је престала да буде власник приватизоване имовине, тј. имовине која је пописана и процењена ради утврђивања вредности капитала који се продаје, која је сада променила својински облик и постала имовина привредног друштва формираног као акционарско друштво.

Вања Родић

саветник за примену међународних стандарда
у области заштите људских права

Милан Бајић

виши саветник за европске интеграције, међународну сарадњу
и праћење и хармонизацију судске праксе

**ПРАВО НА СУД ОБРАЗОВАН НА ОСНОВУ ЗАКОНА
У СВЕТЛУ ЗАШТИТЕ ПРЕМА ЧЛАНУ 6. СТАВ 1.
ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ
ПРАВА: ПРИКАЗ ДВЕ ОДАБРАНЕ ПРЕСУДЕ
ИЗ НОВИЈЕ ПРАКСЕ ЕВРОПСКОГ СУДА
ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

I Увод

Суд образован на основу закона

Европски суд за људска права је недавно дефинисао право на "суд образован на основу закона", као самостално право по основу члана 6. ЕКЉП¹. Захтев да суд буде "образован на основу закона" значи да: (а) мора постојати домаће законодавство којим се прописује и уређује успостављање и надлежност судских органа; и (б) то законодавство мора бити поштовано у пракси.

Израз "образован на основу закона" има за циљ да обезбеди да организација судства у демократском друштву не зависи од волунтаризма, слободног нахођења извршне власти, већ да је уређена законом, усво-

¹ Кроз пресуду Великог већа ЕСЉП у предмету *Гудмундур Андри Астрадасон против Исланда* (*Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*), од 1. децембра 2020. године, бр. представке 26374/18.

јеним од стране парламента.² Иако представља самостално право, оно је, отуда "веома блиско узајамно повезано" са јемствима "независности и непристрасности".³

Упркос томе што Суд подсећа на његов "веома блиски међуоднос" са гаранцијама независности и непристрасности, **утврђеност чињенице** да одређени суд није "образован на основу закона", **сама по себи** може бити разлог да Европски суд утврди **повреду члана 6**, без потребе да разматра да ли је том суду заиста и недостајало независности и непристрасности у конкретном случају.⁴

Суд Европске уније⁵ је ово оценио аргументом везаним за јавни поредак који заинтересовани судови треба да разматрају *sua sponte*, на сопствену иницијативу⁶, односно без формалног захтева странке.

Поступак избора/именовања судија саставни је део концепта "образовања" суда на основу закона.⁷

Кроз пресуду Великог већа ЕСЉП у предмету *Гудмундур Андри Астрадсон* против Исланда, ЕСЉП је установио критеријуме – троделни тест, којима се утврђује да ли је суд образован на основу закона, па ће у даљем тексту бити приказана ова пресуда, а затим и од ње још новија пресуда *Речкович против Пољске*⁸, од 22. јула 2021. године у којој је ЕСЉП ове критеријуме применио, на случај Пољске.

² Видети ставове **211** и **214** пресуде Великог већа у предмету *Гудмундур Андри Астрадсон против Исланда*.

³ Видети став **231** пресуде Великог већа у предмету *Гудмундур Андри Астрадсон против Исланда*.

⁴ Видети став **295** пресуде Великог већа у предмету *Гудмундур Андри Астрадсон против Исланда*.

⁵ Court of Justice of European Union

⁶ Видети ставове. **44-50** пресуде Великог већа Суда ЕУ у предмету *Хронопост и Ла Пост против УФЕКС и осталих (Chronopost and La Poste v. Union Française de l'Express (UFEX))*, од 1. јула 2008. године, бр. C-341/06 Р и C-342/06 Р.

⁷ Видети став **227** пресуде Великог већа у предмету *Гудмундур Андри Астрадсон против Исланда*.

⁸ *Речкович против Пољске (Reczkowicz v. Poland)*, од 22. јула 2021. године, бр. представке 43447/19.

**II Приказ пресуде Европског суда за људска права
у предмету Гудмундур Андри Астрасон (*Guðmundur Andri Ástráðsson*)
против Исланда бр. 26374/18, пресуда Великог већа
од 1. децембра 2020. године**

- Право на суд образован на основу закона, повреда утврђена на основу троделног теста члана 6. став 1. Конвенције због неправилности приликом избора судија и последично због непостојања суда "образованог на основу закона"

Поведа члана 6. став 1. Конвенције због непостојања суда "образованог на основу закона" је утврђена због повреде домаћих правила приликом избора судије услед незаконитог дискреционог поступања представника извршне власти. Велико веће је одлуку донело већином од дванаест гласова, док је пет судија било против.

Чињенично-правна подлога

Апелациони суд је одбацио жалбу подносиоца представке у вези са његовом кривичном осудом. Он се жалио да је једна од судија у већу које је поступало, била изабрана у супротности са домаћим правилима. Врховни суд је потврдио да је избор судије био неправилан у два аспекта. Прво, министарка правде је четири кандидата (са листе од петнаест, коју је предложио Евалуациони комитет, као најбоље квалификоване), заменила другим кандидатима, без спровођења процене или давања одговарајућег образложења за такву одлуку. Друго, Парламент није посебно гласао о сваком појединачном кандидату, у складу са законом, већ је гласао за целу листу коју је министарка предложила. Међутим, Врховни суд је ипак сматрао да ове неправилности не могу довести до поништавања избора и да је подносилац представке имао правично суђење (став 208. пресуде).

Оцена Суда

У марту 2019. године седмочлано Веће је пресудило да је дошло до повреде права на суд који је "образован на основу закона" како је зајемчено чланом 6. Конвенције. Велико веће је такође утврдило повреду овог аспекта члана 6. Конвенције.

ЕСЈП је разматрајући релевантно право, између осталог узео у обзир више одлука које је донео Суд Европске уније (ст.138,139).⁹

Велико веће је своје разматрање ограничило на *утврђивање последица наведених повреда домаћег права у смислу члана 6.став 1 Конвенције*, односно на утврђивање да ли је учешће судије А.Е. у већу Апелационог суда, упркос утврђеним неправилностима приликом избора, лишило подносиоца представке права да му суди "суд образован на основу закона" (став 210. пресуде).

Велико веће је указало да није позвано да разматра систем избора судија који постоји на Исланду позивајући се и на то да према подацима Венецијанске комисије постоје различити системи селекције и избора судија у Европи, те да нема јединственог модела који би се могао применити на све државе. Суд с тим у вези понавља да иако појам поделе власти између извршне власти и судства добија све већи значај у пракси ЕСЈП, именовање судија од стране извршне или законодавне власти је дозвољено према Конвенцији, под условом да на изабране судије нема утицаја или притиска при вршењу њихове судијске функције (став 207.).

Велико веће позивајући се на своју ранију праксу, подсећа на значење појма "суда образованог на основу закона" и разјашњава да овај појам подразумева не само правни основ за постојање "суда" већ се односи и на усклађеност тог суда са посебним правилима којима је уређен његов рад као и на састав већа у сваком предмету (ст. 211 - 213.).¹⁰ЕСЈП

⁹ Пресуда Великог већа Суда Европске уније, од 19.новембра 2019.г. бр. предмета C-624/18 (*Joined Cases C 585/18, C-624/18, C-625/18*), Пресуда Великог већа Суда Европске уније, од 24. јуна 2019. године (C-619/18).

¹⁰ Став 64 пресуде *Јоргић против Немачке*, бр. представке 74613/01; став 114 пресуде у предмету *Лавентс (Lavents) против Летоније*, од 28. новембра 2002.године, бр.представке 58442/00; став 68 пресуде у предмету *Горгуиладзе (Gorguiladze) против Грузије*, од 20. октобра 2009. године, бр.представке 4313/04; став 104 пресуде у предмету *Панджикидзе (Pandjigidze) и други против Грузије*, од 27 октобра 2009, године, бр.представке 30323/02; став 38 пресуде у предмету *Конталексис (Kontalexis) против Грчке*, од 31.маја 2011.године, бр.представке 59000/08; став 24 пресуде у предмету *Сокурентко (Sokurenko) и Стругин (Strugin) против Украјине*, од 20. јула 2006.године, бр. 29458/04 и 29465/04; став 43 пресуде у предмету *Рихерт (Richert) против Пољске*, од 25.октобра 2011.године, бр. представке 54809/07; став 38 пресуде у предмету *Езгета (Ezgeta) против Хрватске*, од 7 септембра 2017.године, бр. представке 40562/12.

даје преглед своје раније праксе у којој је разматрао различите аспекте повреде права на "суд образован на основу закона" (ст. 216-217).

Велико веће је анализирано како свака од три компоненте концепта "суда образованог на основу закона" треба да буде тумачена како би се на најбољи начин одразила сврха ове одредбе и осигурало да заштита коју пружа буде делотворна. У погледу "суда", поред судијске функције и стандарда независности и непристрасности, неодвојиво је од самог појма и то да суд морају чинити судије изабране на основу заслуга у строгом поступку како би се осигурало да најквалификованији кандидати – како у погледу компетенција тако и у погледу моралног интегритета – буду изабрани. При томе, што је виши суд у судској хијерархији, услови за избор треба да буду захтевнији (ст. 219-221).

У погледу појма "образован (установљен)" Велико веће уочава да је сврха овог појма да заштити судство од незаконитог мешања споља, посебно у односу на извршну власт. У том смислу, поступак за избор судија представља неодвојиви елемент услова постојања "суда образованог на основу закона", а повреде правила приликом избора могу довести до тога да учешће одређеног судије приликом испитивања предмета, буде "нерегуларно".

Велико веће је затим разматрало трећу компоненту – "на основу закона" и разјаснило да трећа компонента - "на основу закона" – такође значи "у складу са законом", тако да одредбе о избору судија треба да буду недвосмислене, у мери у којој је то могуће, како би се спречило произвољно мешање, посебно извршне власти. У исто време, сама чињеница да извршна власт има пресудан утицај на именовање – у многим државама чланицама Савета Европе не мора се сама по себи сматрати проблематичном¹¹ имајући у виду правну културу уздржаности извршне власти и механизам одговорности, заједно са дугогодишњом праксом одабира висококвалификованих кандидата, па у том смислу не може сама по себи угрозити карактеристике суда образованог на основу закона (став 230).

На крају, с обзиром на врло блиску међусобну повезаност и заједничку сврху коју имају услови независности / непристрасности и постоја-

¹¹ Видети и став 144 пресуде Великог већа у предмету *Рамос Нуњез де Карваљо е Са (Ramos Nunes de Carvalho e Sá) против Португалије*, од 6. новембра 2018. године, бр.представке 55391/13.

ња "суда образованог на основу закона", испитивање овог последњег подразумева да се мора испитати **да ли је наводна неправилност у датом случају била толико тешка да подрива темељна начела владавине права и поделе власти и угрожава независност конкретног суда.** "Независност" се односи на неопходну личну и институционалну независност потребну за непристрасно доношење одлука. Њу карактерише и стање духа судије који није подложен спољном притиску, а што је питање моралног интегритета, као и институционална и оперативна уређеност која подразумева и поступак за избор судија што осигурава независност судија и критеријуме селекције који се заснивају на заслугама. При томе, морају постојати гаранције од незаконитог утицаја и/или мешања друге гране власти, како у иницијалном поступку избора, тако и приликом вршења њихове судијске функције (став 234. пресуде).

ЕСЈП је разматрајући *начело правне сигурности* (став 238.) указао да се ово начело манифестује у различитим облицима и контекстима. Тако на пример, оно подразумева да закон буде јасан и предвидљив у својој примени¹². Такође ЕСЈП је указао да ово начело подразумева да када су судови коначно одлучили о некој ствари, њихова одлука не треба да се доводи у питање.¹³ Поштовање принципа пресуђене ствари (*res judicata*) има за циљ да осигура стабилност судског система и допринесе поверењу јавности у судове. Према устаљеној пракси ЕСЈП иако правна сигурност и снага пресуђене ствари нису апсолутни¹⁴ одступање од тог принципа оправдано је само када је неопходно услед околности суштинског и убедљивог карактера.¹⁵

ЕСЈП је затим размотрио принцип непреместивости судија за време трајања њиховог мандата. Овај принцип се уопштено посматра као последица независности судија – што је предуслов владавине права – и

¹² Став **80** пресуде Великог већа у предмету *Медведев (Medvedyev) и други против Француске*, бр.. 3394/03, у контексту члана 5 ЕКЈП.

¹³ Став **61** пресуде Великог већа у предмету *Брумареку (Brumărescu) против Румуније*, бр.представке 28342/95.

¹⁴ Видети нпр. у кривично-правној области став **62** пресуде Великог већа у предмету *Мореира Фереира (Moreira Ferreira) против Португалије* бр. 2, од 11 јула 2017.године, бр. представке 19867/12.

¹⁵ Видети на пример, став **52** пресуде у предмету *Рјабик (Ryabykh) против Русије*, бр.представке 52854/99 и одлуку у предмету *ООО Линк Оил Спб (ООО Link Oil SPB) против Русије*, од 25. јуна 2009.године, бр.представке 42600/05.

према томе, обухваћен јемствима из члана 6. став 1. Конвенције.¹⁶ Ипак, указује се да као што је недавно потврђено и пресудом Суда правде Европске уније (у предмету Комисија против Пољске)¹⁷, принцип непреместивности судија такође није апсолутан. Изузетак би био прихватљив "ако је оправдан легитимним циљем, сразмеран том циљу и није такав да би довео до разумне сумње појединца у погледу о подложности конкрет-ног суда спољним факторима и његове неутралности у односу на интересе који су пред њим."

Полазећи од принципа правне сигурности и поштовања *res iudicata*, те имајући у виду принцип непреместивости судија током трајања њиховог мандата као последицу њихове независности (став 239), Велико веће је развило три критеријума који се кумулативно примењују да би се оценило да ли је дошло до повреде права на "суд образован на основу закона" имајући у виду циљ и сврху овог концепта (наиме, да би се осигурала способност судства да обавља своје дужности без незаконитог утицаја).

1) *Да ли је дошло до очигледне повреде домаћег права?*

Прво, мора се показати да је дошло до *очигледне повреде домаћег права*, односно да се то кршење може *објективно идентификовати*. Међутим, одсуство таквог кршења не искључује могућност повреде, јер поступак који наизглед може бити у складу са правилима, може ипак довести до резултата који није у сагласности са наведеним циљем и сврхом (ст.234-245). С тим у вези ЕСЉП указује, између осталог да ће прихвати тумачење домаћих судова о томе да ли је дошло до повреде домаћег права, осим ако је та повреда "флагрантна", односно уколико се ставови националних судова могу сматрати произвољним или очигледно неразумним.¹⁸

¹⁶ Видети у вези са начелима о непреместивости судија **став 49** пресуде у предмету *Мактуф (Maktouf) и Дамјановић против БиХ*, бр.представке 2312/08 и 34179/08; став **145** пресуде у предмету *Фруни (Fruni) против Словачке*, од 21. јуна 2011.године, бр.представке 8014/07; видети такође **став 20** *Општег коментара бр. 32. Комитета УН за људска права*, став 57 *Мишљења бр.1 Консултативног већа европских судија*, те такође ставове **72-87** пресуде Великог већа у предмету *Бака против Мађарске (Baka v. Hungary)*, од 23. јуна 2016.године, бр. представке 20261/12, где се наводе меродавни међународни извори.

¹⁷ Пресуда Суда Европске уније - Комисија против Пољске (С-619/18)

¹⁸ Видети слично, став **149**. Пресуде Великог већа у предмету *Радомиља и други против Хрватске*, од 20. марта 2018.године, бр. представке 37685/10 и 22768/12; став

2) *Да ли је дошло до повреде основних правила поступка за избор судија?*

Друго, од значаја су само оне повреде које се односе на основна правила поступка за избор судија (односно оне повреде које утичу на суштину права у питању): на пример, избор за судију лица које не испуњава потребне критеријуме или слично. Повреде чисто техничке природе не прелазе потребан праг (ст. 246 -247).

3) *Да ли су домаћи судови ефективно испитали наводне повреде у складу са конвенцијским стандардима?*

Треће, испитивање правних последица повреде домаћих правила о именовању/избору судија од стране домаћих судова мора се извршити на основу релевантних стандарда Конвенције. Велико веће се с тим у вези посебно осврнуло на примену принципа супсидијарности у примени Конвенције, према коме државе чланице имају примарну одговорност да обезбеде примену права и слобода зајемчених Конвенцијом и Протоколима уз њу. ЕСЉП наглашава да принцип супсидијарности подразумева подељену одговорност између држава чланица и Суда, и да националне власти и судови морају тумачити и примењивати домаће право у складу са Конвенцијом.¹⁹ Приликом разматрања да ли је дошло до повреде релевантних домаћих прописа, у датом предмету, ЕСЉП ће у принципу прихватити тумачење и примену домаћих прописа. Међутим, када је установљено да је дошло до повреде домаћих прописа, оцена домаћих судова о правним последицама повреде, мора се заснивати на релевантној судској пракси и ставовима које је развио ЕСЉП. Уколико су домаћи судови правилно оценили чињенице и притужбе у светлу конвенцијских стандарда, и успоставили равнотежу интереса у питању, те извукли одговарајуће закључке, ЕСЉП би морао да има јаке разлоге због којих би својом оценом заменио оцену домаћих судова (ст. 248-251).

148 пресуде Великог већа у предмету *C.B. и A. против Данске* ((S., V. and A. v. Denmark), од 22 октобра 2018.године, бр. 35553/12 и др.

¹⁹ У вези са начелом супсидијарности ЕСЉП упућује на декларације усвојене у Брајтону (https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf) и Измиру (https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf), као и на **ставове 120-22** одлуке Великог већа у предмету *Бурмич (Burmich) и други против Украјине*, од 12. октобра 2017.године, бр. 46852/13 и др.

ЕСЈП наглашава да се мора постићи *правична равнотежа* како би се утврдило да ли је постојала хитна, значајна и убедљива потреба, која оправдава, у посебним околностима предмета, одступање од принципа правне сигурности и од непреместивости судија. Протеком времена очување правне сигурности ће имати све већу тежину приликом успостављања те равнотеже (став 252).

Разматрајући **околности конкретног предмета** Велико веће је утврдило да је суштина права подносиоца представке на "суд образован на основу закона" била повређена због тога што је у суђењу учествовао судија у погледу кога је приликом избора дошло до тешких повреда фундаменталних домаћих правила која имају за циљ да ограниче утицај извршне власти и ојачају независност судства. Велико веће у том смислу закључује да су били испуњени први и други критеријум. Наводи се посебно да је министарка правде пропустила да објасни зашто је изабрала друге кандидате, а не оне који су били предложени. Имајући у виду политичке везе између ње и супруга судије чији избор је оспорен, поступање министарке је било такве природе да изазива објективно оправдану забринутост да је тако поступила из политичких мотива. Штавише, министарка је била члан политичке партије која је имала већину у коалиционој Влади, и чијим гласовима је њен предлог усвојен у Парламенту. Што се тиче поступка у Парламенту, не само да је Парламент пропустио да затражи од министра образложење за дате предлоге, већ није поступио ни у складу са правилима о гласању, чиме је је угрожена његова надзорна улога у односу на незаконито дискреционо поступање извршне гране власти (ст. 254 – 258.). Уверење подносиоца представке да је одлука Парламента донета првенствено из политичких разлога, не може се сматрати неоправданим. Овакво поступање је било довољно да угрози легитимитет и транспарентност целокупног поступка избора (ст. 260 – 272).

Што се тиче трећег критеријума, ЕСЈП је детаљно разматрао приступ Врховног суда који је претходно утврдио спорне неправилности у поступку избора судија. Врховни суд је био надлежан да исправи последице наведених неправилности на право подносиоца на правично суђење тако што би утврдио да подносиоца није саслушао "суд образован на основу закона", а због учешћа конкретног судије. Такође је могао да укине спорну пресуду Апелационог суда. Даље се анализира поступање Врховног суда који се ограничио на утврђење да избор судије А.Е. није

довео до *ништовости* према праву Исланда, и да упркос пропустима у процедури подносиоцу ипак није било ускраћено право на правично суђење пред независним и непристрасним судом (ст.278- 279). ЕСЈП указује на уздржаност Врховног суд који није спровео оцену у складу са Конвенцијом и успоставио правичну равнотежу између различитих интереса, пре свега принципа правне сигурности с једне стране и поштовања закона с друге, што није било специфично за овај предмет, већ представља устаљену праксу Врховног суда. Велико веће је сматрало да је оваква пракса проблематична из два разлога: умањује значај улоге коју има судство у у одржавању механизма узајамне контроле власти који карактерише систем поделе власти. Друго, последице оваквих повреда не ограничавају се само на појединачне кандидате који нису изабрани, већ и на јавност у целини. ЕСЈП је подсетио на своје ставове о значају судства као гаранта правде и његову фундаменталну вредност у држави у којој постоји владавина права, које према томе, мора уживати поверење јавности како би успешно обављало своју функцију (став 283.).

Примена члана 46. Конвенције

Велико веће није досудило подносиоцу накнаду нематеријалне штете сматрајући утврђење повреде довољним (током расправе пред Великим већем заступник подносиоца представке се изјаснио да он неће тражити понављање уколико би била утврђена повреда Конвенције). ЕСЈП је сматрао да у складу са обавезама које проистичу из члана 46. Конвенције на туженој држави је да извуче одговарајуће закључке и предузме потребне мере општег карактера које би спречиле будуће сличне повреде. Међутим, ЕСЈП је нагласио да утврђивање повреде у овом предмету, као такво, не може да наметне туженој држави обавезу понављања свих сличних предмета који су до тада постали *res judicata* у складу са законима Исланда (став 314.).

III Приказ пресуде у предмету Речкович против Пољске (*Reczkowicz v. Poland*), од 22. јула 2021. године, бр. 43447/19

Теже неправилности у поступку именовања/избора судија у ново Дисциплинско веће Врховног суда, установљено након законодавне реформе; пресудом је утврђена повреда члана 6. став 1. ЕКЈП

Правно-чињенична подлога

У јулу 2017. године подносиатељици представке, адвокату по професији, изречена је мера привремене забране обављања адвокатске професије у трајању од три године, у вези са различитим кршењима Кодекса професионалне етике адвоката, као резултат дисциплинског поступка. У њеном је предмету у последњем степену поступало Дисциплинско веће Врховног суда, новоустановљено након реорганизације тог Суда, спроведене Законом о изменама и допунама Националног савета судства²⁰ из 2017. године ("НСС") и Законом о Врховном суду²¹ из 2017. године у склопу широке законодавне реформе пољског правосудног система, покренуте од стране пољске Владе 2017. године. У састав Дисциплинског већа именоване су судије кроз поступак у ком је поступао и нови НСС. Подносиатељица представке се жалила да је судије тог Дисциплинског већа именовао председник Пољске, на препоруку НСС, очигледним кршењем домаћег закона, те начела **владавине права, поделе власти и независности судства**.

Национални савет судства је уставни орган, чија је главна улога, у складу са Уставом, очување независности судова и судија²². Пре измена и допуна, чланове Националног савета судства из реда судија бирале су саме судије, према правилу, чврсто утврђеном у пољском правном поретку, потврђеном недвосмислено и од стране Уставног суда у одлуци од 18. јула 2007. године. Уставни суд је, међутим, преиначио ову одлуку 20. јуна 2017. године. Након реформе из 2017. године, чланове **Националног савета судства из реда правосуђа**, бира **Сејм (парламент)**²³. У складу са меродавним домаћим одредбама читаним у целини, судије се именују, у све врсте судова и на свим инстанцама, укључујући и Врховни суд, од стране председника Пољске, на основу препоруке издате од стране Националног савета судства. Савет издаје ову препоруку после конкурсног изборног поступка, кроз који се кандидати вреднују и предлажу.

²⁰ *Krajowa Rada Sądownictwa – пандан Високом савету судства.*

²¹ *Ustawa o Sądzie Najwyższym – Закон о највишем суду.*

²² Видети **став 6.** пресуде ЕСЈП у предмету *Речкович против Пољске*, односно чл. 186 и 187, **став 1** Устава Пољске, којима се регулише састав 25-чланог пољског Високог савета судства (са 17 чланова из реда судија, а уз 8 чланова изабраних или именованих од стране законодавне или извршне гране власти).

²³ 3/5 већином од присутних народних посланика (видети подробније **став 12** горе наведене пресуде ЕСЈП у предмету *Речкович против Пољске*).

Поступајући по захтевима за претходно одлучивање (*Request for Preliminary Ruling*)²⁴ упућеним у три предмета од стране пољског Врховног суда, Суд Европске уније установио је 19. новембра 2019. године да Дисциплинско веће није испунило услове независности.

Дана 5. децембра 2019. године Врховни суд је одлучио у наведеним предметима, нашавши да Национални савет судства није пружио довољна јемства независности од законодавне и извршне власти у поступку именовања/избора судија. У погледу Дисциплинског већа, Врховни суд је оценио, на основу смерница датих пресудом Суда Европске уније²⁵, да се исто не може сматрати "судом", у смислу домаћег закона, те члана 6. Конвенције. Овакав став је 23. јануара 2020. године потврдила седница већа Врховног суда заједничким закључком²⁶. Према том закључку, судска тела образована кроз поступак у којем је било поступања пред Националним саветом судства – непрописно су састављена²⁷.

Дана 28. јануара 2020. године, Уставни суд је донео привремено решење (*postanowienie*) којим се обуставља извршење поменутог закључка Врховног суда и оспорава надлежност Врховног суда да усваја закључке који се тичу: усклађености са домаћим или међународним правом или судском праксом међународних судова; састава Националног савета судства; поступака именовања судија које то тело спроводи; те овлашћења председника Републике да именује судије. Уставни суд је 20. априла 2020. године донео одлуку²⁸ којом је закључак седнице већа Врховног суда од 23. јануара 2020. године огласио неусклађеним са Уставом, Уговором о Европској унији и чланом 6, став 1. ЕКЈП; сматрајући, посебно, да одлуке председника Пољске о именовању судија не могу бити предмет било које врсте преиспитивања, укључујући и оно од стране Врховног суда. Ово начело потврдио је одлуком од 21. априла 2021. године о "сукобу

²⁴ До извесне мере пандан српском поступку решавања спорног правног питања из чл. 180. Закона о парничном поступку (*прим.прир.*)

²⁵ Од 19. новембра 2019.г. (видети детаљније у напоменама бр. 9 и 36).

²⁶ *Interpretative Resolution* у енглеском тексту пресуде ЕСЈП, чија је сврха "да се отклоне разлике у тумачењу закона, које постоје у судској пракси Врховног суда" (видети **став 89** пресуде ЕСЈП у предмету *Речкович против Пољске*).

²⁷ Видети **став 50** пресуде у предмету *Речкович против Пољске* (*Reczkowicz v. Poland*).

²⁸ Израз "одлука" користи се као домаћи пандан, у складу са чл. 44. Закона о уставном суду, где се у акте које доноси Уставни суд у српском правном систему убрајају одлуке, решења и закључци.

надлежности између Сејма и Врховног суда, те између председника Пољске и Врховног суда".

Меродавност члана 6. став 1. ЕКЉП

Задатак Суда у овом предмету био је да оцени околности од значаја за поступак именовања судија у Дисциплинско веће Врховног суда, након ступања на снагу *Закона о Врховном суду* из 2017. године којим је то веће установљено, а не да разматра легитимност реорганизације пољског правосуђа у целини.

(а) *Меродавност* – Није било основа да се одступи²⁹ од добро утврђеног начела – да дисциплински поступци чијим је предметом право на даље обављање професије доводе до "**одлучивања**" (тј. "**спора**") **о грађанским правима и обавезама**³⁰. Примена овог начела се, такође, односи на поступке који се воде пред разним струковним дисциплинским органима, укључујући ту и: судије³¹, тужиоце³², адвокате³³. Те се овде, стога, члан 6. став 1. ЕКЉП примењује у оквиру свог грађанскоправног аспекта. Није³⁴, напротив, било основе за оцену да се дисциплински поступак против подносиоца ове представке односио на утврђивање основаности неке кривичне оптужбе против ње, у границама значења овог појма према члану 6. став 1. Конвенције.

(б) *Основаност* – Европски суд је испитивао да ли је усмена расправа о предмету подносиоца ове представке пред Дисциплинским већем довела до повреде њеног права на "суд образован на основу зако-

²⁹ Видети **став 183** (горе наведене) пресуде у предмету *Речкович против Пољске*, те **став 62** пресуде Великог већа у предмету *Вилхо Ескелинен и други против Финске*, бр. представке 63235/00.

³⁰ Израза којим је оивичен опсег члана 6, ст. 1. Конвенције, исказано у њеном српском преводу (односно редакцијама текста оригинала Конвенције на два њена изворна, службена језика).

³¹ Видети **ставове 104-105** пресуде Великог већа у предмету *Бака против Мађарске* (*Baka v. Hungary*), од 23. јуна 2016.г., бр. представке, 20261/12.

³² Видети **став 160** пресуде у предмету *Пољак и други против Украјине* (*Polyakh and Others v. Ukraine*), од 17. октобра 2019.г., бр. 58812/15, здружену са 4 друге представке.

³³ Видети **став 39** пресуде у предмету *Малек против Аустрије* (*Malek v. Austria*), од 12. јуна 2003.г., бр. представке 60553/00.

³⁴ Видети **став 184** пресуде у предмету *Речкович против Пољске* (*Reczkowicz v. Poland*), од 22. јула 2021.г., бр. представке 43447/19.

на", у светлу **трodelног теста**, формулисаног у пресуди Великог већа у водећем предмету *Гудмундур Андри Астрадсон против Исланда* и општих принципа онамо изложених.

1. Да ли је дошло до очигледног кршења домаћег права – Суд се, у вези са овим питањем, суочио са два из корена супротна гледишта највиших пољских судова. Његов задатак био је да преиспита да ли су ови судови у својим одлукама **остварили неопходну равнотежу између различитих погођених интереса** и да ли су, остварујући ту равнотежу, при доношењу своје оцено, посветили дужну пажњу конвенцијским стандардима, поштујући њихове захтеве у односу на "суд образован на основу закона"³⁵. Надаље, *Закон о изменама и допунама* из 2017. године, као саставни део законодавства о реорганизацији пољског правосуђа, морао се посматрати у контексту координисаних измена домаћег закона у ту сврху, а имајући у виду чињеницу да су те измене и њихов утицај на пољски правосудни систем скренуле пажњу изазвавши забринутост бројних међународних организација и тела и постале предметом неколико обједињених поступака³⁶ пред Судом Европске уније.

Врховни суд је у својој пресуди од 5. децембра 2019. године и закључку од 23. јануара 2020. године утврдио неколико флагрантних повреда домаћег закона. Изложио је, уз опсежно образложење, своју оцену, до које је дошао након темељног анализирања и пажљиве оцено меродавног домаћег права из перспективе основних стандарда Конвенције и права ЕУ, као и применом смерница Суда Европске уније и његове судске праксе. Извршио је подробну оцену свих елемената релевантних за један "независан и непристрасан суд образован на основу закона", у светлу уставних начела којима се уређује рад Националног савета судства, укључујући начела поделе и равнотеже законодавне и извршне власти и судске власти и принцип независности судства.

Међутим, то није био случај са Уставним судом у његовим одлукама од 20. јуна 2017. године и 20. априла 2020. године.

³⁵ Видети **став 231** горе наведене пресуде у предмету *Речкович против Пољске* (*Ręzkowicz v. Poland*).

³⁶ Пресуда Суда Европске уније од 19. новембра 2019.г. (у три здружена предмета: C-585/18, C-624/18, C-625/18)

С обзиром на очигледно одсуство свеобухватне, уравнотежене и објективне анализе околности, у смислу Конвенције, оцена Уставног суда се мора сматрати **произвољном** и као таква **не може имати никакву тежину** при извођењу закључка од стране Европског суда о томе да ли је постојало очигледно кршење – објективно и стварно идентификовано као такво – домаћег закона у процедури за именовање судија у Дисциплинско веће. Штавише, ову одлуку требало је посматрати у склопу општег контекста, у којем је Уставни суд деловао од краја 2015. године и његовим радњама које су биле усмерене на подривање оцено исказане закључком Врховног суда о очигледном кршењу домаћег и међународног права због мањкавости процедуре именовања судија, у којој је учествовао Национални савет судства. Ове мере су започеле привременим решењем без преседа од 28. јануара 2020. године. Ова врста мешања у рад правосудног органа, са циљем да се онемогући у вршењу судске функције у примени и тумачењу Конвенције и других међународних уговора, морала је бити окарактерисана као напад на владавину права и независност судства. Коначна одлука Уставног суда по том питању, донета 21. априла 2020. године, продужила је овакво стање.

Имајући у виду претходно изнето, а посебно убедљиве и снажне аргументе Врховног суда, изнете у његовој пресуди од 5. децембра 2019. године и закључку од 23. јануара 2020. године, као и његове оцено да је поступак именовања судија у Дисциплинско веће у супротности са законом – Европски суд је оценио утврђеним да је дошло до очигледног кршења домаћег закона.

2. Да ли је дошло до повреде основних правила поступка за избор судија које су поткопале саму суштину права на "суд образован на основу закона"?

Што се тиче степена независности Националног савета судства, као и да ли је било неоправданог мешања законодавне и извршне власти у поступак именовања, Европски суд се, најпре, позвао на различита – и суштински једногласна – мишљења међународних организација и тела, према којима су измене у процедури избора за чланове Националног савета судства из реда судија, уведене у складу са Законом о изменама и допунама из 2017. године, довеле до тога да Национални савет судства **више није независан**, нити у стању да испуњава своју уставну обавезу **очувања судске и судијске независности**. У том контексту је такође узео у

обзир околности под којима је конституисан нови Национални савет судства, нарочито: очигледан бојкот избора од стране правничке струке као резултат малог броја кандидата; шест од петнаест именованих судија је у протеклих шест месеци министар правде именовао за председнике или заменике председника судова; већина чланова садашњег Националног савета судства била је повезана или препоручена од стране владајуће странке; већину кандидата за избор предложила је извршна власт; те немогућност да се провери да ли су кандидати имали потребан број потписа (због првобитног необјављивања одобрених спискова од стране извршне власти). У вези са овим последњим, став је Суда, да би ситуација у којој јавности није дато званично појашњење да ли је испуњен формални услов прибављености довољне подршке кандидатима за Национални савет судства могла изазвати сумњу у законитост процеса избора његових чланова. Штавише, **недостатак контроле** о томе ко је подржао кандидате могао би да изазове сумње у погледу квалификација чланова и њихових директних или индиректних веза са извршном влашћу. Према информацијама сада доступним у јавности, Национални савет судства је изабран уз подршку уске групе судија са јаким везама са извршном влашћу, а како је и указао Врховни суд, било је и сумњи да ли су сви изабрани чланови Националног савета судства испунили законски услов да их је подржало двадесет пет активних судија.

С обзиром на наведено, Суд је утврдио да су, на основу Закона о изменама и допунама из 2017. године којим је правосуђу одузето право да номинује и бира чланове Националног савета судства из реда судија – право које му је било дато претходним законодавством и признато међународним стандардима – законодавна и извршна власт оствариле су одлучујући утицај на састав Националног савета судства. Закон је практично укинуо не само дотадашњи представнички систем, већ и јемства независности судства у том погледу, омогућавајући извршној и законодавној власти да се директно или индиректно мешају у процедуру избора/именовања судија, при чему су ту могућност ове две гране власти искористиле. Ово, примерице, показују околности у вези са пружањем подршке кандидатима из реда судија за Национални савет судства. Истовремено, лишење прве председнице Врховног суда овлашћења да расписује конкурс за упражњена места у овом суду, уз преношење тог овлашћења председнику Пољске, у складу са Законом о Врховном суду из 2017. године, додатно је

ослабило укљученост правосуђа у поступак избора судија, а посебно избора у Врховни суд.

Ценећи све горе изнете околности у целини, Суд је утврдио да је повреда домаћег закона сама по себи бацила сенку на оспорени поступак избора, јер је, као последица те повреде, **овлашћење да даје препоруке кандидата из реда судија за именовање** у Дисциплинско веће поверено Националном савету судства, као органу **који није имао довољне гаранције независности од законодавне и извршне власти**. Поступак за именовање судија који, као што је то био случај у овом предмету, открива непримерен утицај законодавне и извршне власти на именовање судија, несагласан је са чланом 6. став 1. Конвенције и као такав довео до темељних неправилности које су неповољно утицале на цео поступак и угрозиле легитимитет суда састављеног од тако изабраних судија.

Дакле, кршења процесних правила у поступку именовања судија у Дисциплинско веће **била су таквог значаја** да су нарушила саму срж права на "суд образован на основу закона".

3. *Да ли су домаћи судови делотворно испитали наводе у вези са правом на "суд образован на основу закона" и да ли је било права на правни лек*

По пољском закону **није било таквог поступка** којим би подносиатељица представке могла оспорити наводне недостатке у поступку за именовање судија у Дисциплинско веће Врховног суда. Следствено томе, није било прописаних правних лекова.

Оцена ЕСЉП

ЕСЉП је закључио да Дисциплинско веће Врховног суда, које је разматрало предмет подносиатељице представке, није било "суд образован на основу закона", а према троделном тесту, који је горе изложен. У складу с тим једногласно је утврђена повреда **члана 6. став 1. ЕКЉП**.

У складу са чланом 41. Конвенције ЕСЉП је досудио износ од 15.000 евра, на име нематеријалне штете, док је тужбени захтев за накнаду материјалне штете одбијен.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

**БИЛТЕН Врховног касационог
суда** / главни и одговорни уредник *Јасминка
Станојевић*. - 2010, бр. 1-.... - Београд
(Алексе Бачванског 6) : Intermex,
2020 - (Београд : "Cicero")
Тромесечно. - Је наставак: Билтен судске
праксе Врховног суда Србије = ISSN 0354-4109
ISSN 2217-3676 = Билтен судске праксе
Врховног касационог суда
COBISS.SR-ID 178980876