Врховни касациони суд

БИЛТЕН

бр. 3/2012

intermex
Software & Communications

Београд

БИЛТЕН ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

ПРИРЕЂИВАЧ: **Врховни касациони суд**
За приређивача: Ната Месаровић, председник

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

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

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

У приређивању Билтена учествују судије и саветници Врховног касационог суда.

РЕДАКЦИЈА: Снежана Андрејевић, Стојан Јокић, Власта Јовановић, Анђелка Станковић и Снежана Живковић, судије Врховног касационог суда

СЕКРЕТАР РЕДАКЦИЈЕ: Звездана Говедарица Царић, саветник Врховног касационог суда

РЕДАКЦИЈСКА ПРИПРЕМА: Сузана Марковић, редакцијски сарадник

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

ШТАМПАРИЈА: "**CICERO**", Београд

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

САДРЖАЈ

РЕЧ РЕДАКЦИЈЕ 7

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА 9

Реферати Врховног касационог суда

Весна Поповић
ПОСТУПАК ЗА РЕШАВАЊЕ
СПОРНОГ ПРАВНОГ ПИТАЊА 13

Јелена Боровац
НЕКЕ НОВИНЕ ЗАКОНА
О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ У ПРАКСИ 28

Власта Јовановић
СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА И ПРАВНА СХВАТАЊА
ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА 43

Љубица Милутиновић
ДЕЛИМИЧНО ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА 67

Снежана Андрејевић
ПРИМЕНА ЗАКОНА О РАДУ
И НОВЕ СУДСКЕ ПРОЦЕДУРЕ 91

Лидија Ђукић
ПРАВНА ЗАШТИТА ЗБОГ ЗЛОСТАВЉАЊА НА РАДУ
(МОБИНГА) 121

Мирјана Ђерасимовић
КОНВЕНЦИЈА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА О УГОВОРИМА
О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ 136

Реферати Привредног апелационог суда

Младен Николић
НЕКА СПОРНА ПИТАЊА У ПОСТУПКУ ИЗВРШЕЊА
НА НЕПОКРЕТНОСТИ 161

Јасмина Стаменковић
НОВЧАНА ПОТРАЖИВАЊА ПО ТУЖБИ
ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЖИГА - ОСТВАРЕЊЕ И ОБЕЗБЕЂЕЊЕ 178

Реферати Апелационог суда у Београду

Јасминка Станојевић
ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ШТЕТУ
ЗБОГ НЕОСНОВАНЕ ОСУДЕ И НЕОСНОВАНОГ
ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ 215

Боривоје Живковић
ПРАВО НА ОТПРЕМНИНУ
И ПОТРАЖИВАЊЕ ОТПРЕМНИНЕ.....235

Реферат Апелационог суда у Крагујевцу

Божидар Вујичић
УЈЕДНАЧАВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ
У ГРАЂАНСКОПРАВНОЈ МАТЕРИЈИ - ПРОБЛЕМИ
И МОГУЋА РЕШЕЊА.....263

Реферат Апелационог суда у Нишу

Зоран Ђорђевић
ПРИМЕНА ЗАКОНА О ОДРЕЂИВАЊУ
МАКСИМАЛНОГ БРОЈА ЗАПОСЛЕНИХ
У ЛОКАЛНОЈ АДМИНИСТРАЦИЈИ 277

Реферати Апелационог суда у Новом Саду

Мирјана Андријашевић
ПРИПРЕМНО РОЧИШТЕ
И ОДРЕЂИВАЊЕ ВРЕМЕНСКОГ ОКВИРА 321

Персида Јовановић
УГОВОР О РАДУ 331

Реферат Вишег суда у Београду

Предраг Васић
РЕХАБИЛИТАЦИЈА - СТАНДАРДИ И КРИТЕРИЈУМИ.....361

УПРАВНА СЕКЦИЈА.....375

Реферати Управног суда

Олга Ђуричић
СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА У ВЕЗИ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА
О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ.....377

Јелена Ивановић
ВАНРЕДНО УКИДАЊЕ РЕШЕЊА
У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ 407

Стево Ђурановић
ОДЛАГАЊЕ ИЗВРШЕЊА УПРАВНОГ АКТА
ОД СТРАНЕ СУДА 419

Павел Јонаш
СХОДНА ПРИМЕНА НЕКИХ ОДРЕДБИ
НОВОГ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ
У УПРАВНИМ СПОРОВИМА 429

Зорица Китановић
ЗАШТИТА ПРАВА НА ИМОВИНУ ПРЕМА ПРАКСИ
ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА 445

Маријана Тафра Мирков
ОВЛАШЋЕЊА ЦАРИНСКОГ ОРГАНА У ПОСТУПКУ
НАКНАДЕ КОНТРОЛЕ ДЕКЛАРАЦИЈЕ.....457

Поштовани,

Настављајући традицију, Врховни касациони суд организује овогодишње саветовање судија Републике Србије на Златибору, од 7. до 10. октобра 2012. године и објављује два тематска броја Билтена, са стручним радовима: један посвећен казненом праву из кривичне и прекршајне материје (Билтен 2/2012), а други посвећен грађанском и управном праву (Билтен 3/2012).

У рефератима о спорним правним питањима, објављеним у овим тематским бројевима Билтена Врховног касационог суда изражени су лични ставови аутора.

Објављени стручни радови треба да допринесу усвајању правних схватања и ставова ради уједначавања судске праксе и остварења законске функције Врховног касационог суда у вршењу судске власти.

Редакција

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Реферати
Врховног касационог суда

Весна Поповић,
судија Врховног касационог суда

ПОСТУПАК ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРНОГ ПРАВНОГ ПИТАЊА

Увод

Поступак за решавање спорног правног питања уведен је као нови процесни институт у Закон о парничном поступку,[1] ради остварења циља из члана 6. Европске конвенције о људским правима и основним слободама а у складу са препоруком Комитета министара Савета Европе R/95/5, глава IV, члан 7, тачка Д (улога и деловање суда трећег степена). По овој директиви „Државе чланице треба да размотре увођење система у коме ће трећестепени суд моћи директно да узме у разматрање одређени предмет, тако што ће му се на пример проследити предмет за решавање о претходном правном питању.“

Овај институт у наш правни поредак уведен је по узору на поступак за решавање претходног питања пред Европским судом правде.

Поступак за решавање претходног питања пред Европским судом правде

Европски суд правде води порекло од суда правде који је установљен Уговором о европској заједници за угаљ и челик (ECSC) од 18.04.1951. године. Суд је добио задатак да се у тумачењу и примени уговора поступа по праву, имао је овлашћење да поништи одређене акте других органа формираних на основу уговора, да одлучи о жалбама на новчане казне, о захтевима за накнаду штете због пропуста у раду тих органа као и да донесе одлуку о претходном питању везаном за ваљаност акта донетог од стране Високе власти или Савета када је његова ваљаност доведена у питање у поступку који се води пред националним судом или трибуналом. Потписивањем Уговора о европској економској заједници (TEC), и Уговора о европској унији (TEU) – уговори из Мастрихта, 1992.

[1] „Сл. гласник РС“, број 125/2004

године, суд је добио нова овлашћења и надлежности нарочито после потписивања амстердамског уговора 1997. године у области правде и унутрашњих послова, а дефинисано је и поступање суда приликом одлучивања о претходном питању (члан 68. ТЕС). У случају кад се пред националним судом против чије одлуке не постоји правни лек по националном праву, води поступак у коме се поставило питање тумачења уговора национални суд ће затражити релевантну одлуку Европског суда правде ако нађе да је она неопходна за правилно пресуђење у тој правној ствари.

За рад Суда значајни су поред одредаба члана 220-245 Уговора и Протокол из Нице о Статуту Суда (амандмани на ТЕС и ТЕU из 2000. године), Правила процедуре и Директиве за рад.

Поступак за решавање претходног питања је посебна врста поступка пред европским судом, не ради се о класичном грађанско-правном спору, то је поступак *sui generis* за пружање правне помоћи националним судовима.

Да би Европски суд прихватио да решава претходно питање морају бити испуњени услови: 1) питање које се упућује суду на решавање треба да буде спорно, 2) питање треба да буде постављено у поступку који је у току пред националним судом и 3) питање треба да буде од прејудицијелног значаја за одлуку о предмету поступка пред судом који треба да реши конкретну правну ствар на правно обавезујући начин. Претходно питање је апстрактно правно питање које се поставља пред неким од националних судова, а тиче се права Европске уније. Европски суд је једини суд који је овлашћен да одлучује о свим питањима која се тичу права Европске уније. Питање се не може односити на чињенице или примену националног права, оно исто тако не може бити ни хипотетично ни привидно спорно. Може се тицати тумачења или ваљаности правних аката права Европске уније. Странке из поступка који је у току пред националним судом немају право да покрену поступак за решавање претходног питања, али могу дати иницијативу да национални суд покрене тај поступак. Национални суд то чини у форми неке врсте замолнице која треба да садржи кратак резиме до тада утврђеног стања ствари, преглед дотадашњег тока поступка, тужбени захтев, суштину одговора на тужбу, главне аргументе странака о питањима која се тичу права Европске уније, разлоге због којих суд тражи одлуку о претходном питању. У појединим захтевима национални судови износе и сопствено тумачење одредаба права

Европске уније и указују на меродавне одредбе националног права, да би Европски суд могао да прецизно дефинише питање које је спорно.

Поводом захтева за решавање претходног питања отвара се усмена расправа којој могу присуствовати лица и заступници органа који су упознати са захтевом за решавање претходног питања. Расправи присуствује и „општи правобранилац“, чији је задатак да суду презентује независно и непристрасно мишљење о предмету и то, пошто стране изнесу све доказе и поднеске, пре него што суд донесе одлуку. Он је равноправан члан суда и судије му нису надређене, а мора да испуњава услове у погледу стручности и независности као и за судију (члан 223. ТЕС). Његово правно мишљење о предмету спора је у највећем броју случајева и основ за одлуку Суда.

Једно од питања упућених суду било је питање Касационог суда Италије[2], да ли је обавеза националног суда последње инстанце из члана 234. став 3. ТЕС да затражи мишљење Европског суда безусловна. Одговор суда је био да је обавеза националног суда да цени да ли му је претходна одлука Европског суда неопходна да би донео одлуку у предметној ствари.

У следећем случају[3], установљена је пракса суда на основу које је суд касније донео упутство о захтеву суду у процедури одлуке о претходном питању, а наиме да национални суд дефинише чињенични и правни оквир за питање које поставља, односно да објасни околности на којима заснива питање. Како овај конкретан захтев није садржао потребне податке суд је одлучио да нема потребе да одговори на постављено питање.

Европски суд није федерални или врховни суд. Он не пресуђује предмет спора већ само даје одговоре на питања која су му постављена од националних судова.

Спорно правно питање – појам и законска решења

Спорно правно питање представља спорно питање о правом значењу правне норме, било материјалне, било процесне, која треба да се примени на конкретно чињенично стање. Реч је о тумачењу права ради његове примене.

---

[2] Case 283/81 (ECR 3415/82),Cilfit Srl and Lanificio di gavardo spA v.Ministry o Health

[3] Joined Cases C-320/90, C-321/90, C- 322/90 (ETR 393/93), Judgment of the Court of 26.01.1993. g. Telemarsicabruzzo spA v Circostel and Ministero delle Poste e Telecomunicazioni and Ministero della Difesa

Већ је на почетку речено да је у Закон о парничном поступку из 2004. године уведен нови процесни институт – поступак за решавање спорног правног питања (глава XIV, чланови 176-180), у складу са препорукама Комитета министара Савета Европе.

Кад се у поступку пред првостепеним судом, у већем броју предмета, појави потреба да се заузме став о спорном правном питању које има прејудицијелни значај за одлучивање о предмету поступка, првостепени суд ће, по службеној дужности или на предлог странке, покренути поступак пред Врховним судом ради решавања спорног правног питања. Захтев за решавање спорног правног питања има одређену садржину (кратак приказ утврђеног стања ствари у конкретној правној ствари, аргументе странака о спорном правном питању и разлоге због којих се суд обраћа са захтевом). Суд може, али и не мора да изнесе и сопствено тумачење спорног правног питања (члан 177). Суд који је покренуо поступак застаје са поступком док Врховни суд не одлучи о спорном правном питању. Врховни суд је дужан да реши спорно правно питање у року од 90 дана од дана пријема захтева, а одбиће да заузме став о спорном питању, ако оно није од значаја за одлучивање у већем броју предмета. Ако одлучи да решава спорно правно питање Врховни суд ће одлуку о томе објавити у свом Билтену или на други погодан начин, а о захтеву одлучује по правилима поступка за усвајање правних ставова (члан 178). У правном схватању које заузима, поводом захтева за решавање спорног правног питања, разматра спорно правно питање и износи разлоге којима образлаже своју одлуку. Одредбом члана 180. прописано је да странке у поступку у коме се поставља исто претходно питање немају право да поново траже његово решавање у парници која је у току.

Ове одредбе биле су предмет разматрања Уставног суда Србије по предлогу и иницијативи за утврђивање неуставности.

У предлогу је између осталог наведено да правила о решавању спорног правног питања садржана у одредбама члана 176-180. ЗПП-а, нарушавају начело независности суда и двостепеног одлучивања, да су у супротности са Уставом, јер „отварају могућност“ да се суди и на основу правних схватања Врховног суда, те да и одредница „поступак за решавање спорног правног питања“, указује да се ради о нарочитој врсти одлучивања пре доношења судске одлуке.

Уставни суд је својом одлуком I У 181/2005[4] одбио предлог и није прихватио иницијативу за утврђивање неуставности одредаба члана 176-180. ЗПП-а. По оцени Уставног суда, Врховни суд, решавајући спорно правно питање, не одлучује о предмету спора, већ се одредбама о решавању спорног правног питања даје могућност Врховном суду да заузме став о правном питању које се појави као спорно у поступку пред првостепеним судом под условом да се одређено правно питање појавило као спорно у већем броју предмета и да је то од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима. Такође, по ставу Уставног суда, из одредбе члана 177. став 1. Закона, произилази да првостепени суд у обраћању Врховном суду може да изнесе и „сопствено тумачење спорног правног питања", што даље значи, да се не ради о успостављању прецедента, већ о заузимању правног става о одређеном правном питању које је од прејудицијелног значаја за одлуку у већем броју предмета. У правном схватању које заузима, став Врховног суда нема карактер одлуке о конкретној правној ствари на коју се може уложити правни лек, већ се као деперсонализовано правно схватање објављује у Билтену Врховног суда. По оцени Уставног суда оспорени правни институт из одредаба члана 176-180 ЗПП, представља механизам којим се кроз заузимање правног схватања Врховног суда обезбеђује правна сигурност и једнакост у поступцима пред нижестепеним судовима као и суђење у разумном року. Како се овим одредбама не искључује могућност улагања правних лекова на појединачне одлуке првостепених судова, то се по схватању Уставног суда, њима не нарушава ни начело независности суда и двостепености одлучивања нити се мимо одредбе члана 96. став 1. Устава Републике Србије уводи суђење на основу правних схватања Врховног суда Србије.

Одлучивањем на изложени начин Уставни суд је оценио да Врховни суд Србије као највиши суд у Републици Србији остварује своју уставну улогу обезбеђивања јединствене примене закона и других прописа утврђивањем правних схватања у поступку решавања спорног правног питања, чиме се не нарушавају уставна начела, независности суда и двостепености у одлучивању.

[4] „Сл. гласник РС", број 106/2006 од 24.11.2006. године

Нова решења садржана у Закону о парничном поступку из 2011. године[5]

Овај процесни институт задржан је из Закона о парничном поступку из 2004. године и смештен такође у глави XIV, чланови 180-186, али су уведене и неке новине.

Ако у поступку пред првостепеним судом у већем броју предмета постоји потреба да се заузме став о спорном правном питању које је од значаја за одлучивање о предмету спора (не више од прејудицијелног), првостепени суд ће по службеној дужности или на предлог странке захтевом да покрене пред Врховним касационим судом поступак ради решавања спорног правног питања.

Без обзира на овакву формулацију одредбе члана 180. став 1. ЗПП, сматрам да спорно правно питање које се поставља Врховном касационом суду мора бити од прејудицијелног значаја за одлучивање у већем броју предмета. У супротном тражење одговора на било које друго спорно питање довело би до изигравања овог процесног института.

Суд који је покренуо поступак дужан је да застане са поступком до окончања поступка пред Врховним касационим судом.

Захтев, као и у ранијем ЗПП-у, треба да садржи кратак приказ утврђеног стања ствари у конкретној правној ствари, наводе странака о спорном правном питању и разлоге због којих се суд обраћа са захтевом за решавање спорног правног питања. За разлику од ранијег решења, сада је суд дужан да приложи и сопствено тумачење спорног правног питања. Оваква формулација давала је могућност првостепеном суду да овај институт користи да би прибавио мишљење од Врховног суда о одређеном правном питању иако за то нису постојали законом прописани услови.

Када поступак покреће суд по службеној дужности, он га не доставља странкама на изјашњење већ само у случају да једна од странака предложи покретање поступка, предлог се може доставити супротној страни на изјашњење у року од 15 дана од дана достављања предлога. Првостепени суд је дужан да уз захтев достави и предмет Врховном касационом суду. Новим одредбама овлашћен је Врховни касациони суд да захтев одбаци као непотпун или недозвољен. На овај начин законодавац је прихватио већ изграђену праксу Врховног суда Србије у том погледу.

[5] „Сл. гласник РС“, број 72/2011

Захтев је непотпун ако не садржи све што је прописано чланом 181. став 1. а недозвољен ако је о таквом захтеву Врховни касациони суд већ донео одлуку (члан 182). Врховни касациони суд је дужан да спорно правно питање реши у року од 60 дана, за разлику од ранијег решења, када је тај рок износио 90 дана од пријема захтева.

Одлука о спорном правном питању објављује се на интернет страници Врховног касационог суда или на други погодан начин. Врховни касациони суд решава спорно правно питање по правилима поступка за усвајање правних ставова. У овом делу направљена је дистинкција у формулацији јер Врховни касациони суд сада решава спорно правно питање док је по ранијим одредбама заузимао правно схватање.

Иако ова формулација може да изазове дилеме у пракси, сматрам да Врховни касациони суд ипак заузима правни став о спорном правном питању јер то произилази из одредбе члана 182. став 1. ЗПП да Врховни касациони суд решава спорно правно питање по правилима поступка за усвајање правних ставова.

Пословником о уређењу и раду Врховног касационог суда[6] предвиђена је процедура утврђивања правних схватања. Тако је чланом 35. предвиђено да се на седници судских одељења утврђују правна схватања о спорним правним питањима. Чланом 36. је одређено да се на седници одељења спорна правна питања разматрају на основу реферата, кореферата, извештаја и предлога прописа и аката који се достављају уз позив за седницу. Подносилац иницијативе за заузимање правног схватања писмено образлаже потребу за заузимање правног схватања, уколико раније није постојало или потребу за измену усвојеног правног схватања. Одлука је донета у смислу члана 37. Пословника када за њу гласа већина од укупног броја судија из одељења, а правна схватања, ставови и закључци усвојени на седници одељења обавезују сва већа у саставу одељења.

Претходно питање, питање од прејудицијелног значаја

Претходно питање дефинисано је чланом 12. Закона о парничном поступку. Под претходним питањем у смислу наведене законске одредбе подразумева се питање о постојању или непостојању неког права или правног односа од кога зависи одлука суда у конкретној правној ствари а

[6] „Сл. гласник РС“, број 37/10

о том питању још није донео одлуку суд или други надлежан орган. Парнични суд може сам решити претходно питање и одлука о томе има декларатoран карактер. Она не подлеже правноснажности јер се не уноси у изреку пресуде већ је део образложења. Под одређеним претпоставкама претходно питање у текућој парници може се решавати као самосталан захтев. У том случају одлука о претходном питању је део изреке пресуде и подлеже правноснажности. То може бити инцидентни декларатoрни захтев који тужилац поставља у парници и прејудицијелна противтужба туженог. Уколико суд донесе одлуку о претходном питању у виду самосталне пресуде, она подлеже правноснажности. (На пример када се о захтеву за исплату одређеног износа мора решити претходно питање основаности тужиочевог потраживања суд може међупресудом утврдити да наведени основ постоји. Тада ће постојање основа тужиочевог потраживања правноснажно бити решено ако међупресуда постане правноснажна под условима који важе за правноснажност сваке пресуде)[7].

Из дефиниције претходног питања (члан 12. Закона о парничном поступку), произилази да је претходно питање само оно питање које је подобно да чини предмет грађанског спора или да буде главно питање у неком другом поступку. Ту природу немају на пример питања као што је питање да ли је један износ довољан за издржавање, да ли је једно потраживање застарело, да ли је неки рок примерен, да ли је један стан одговарајући итд.

Правно питање улази у област нормативитета. Оно се односи на правно правило као целину или поједине појмове који улазе у његов склоп. Као правно треба узети пре свега питање које се тиче важења једне норме или се односи на њен смисао. Уколико парнични суд одлучи да сам не решава претходно питање, може прекинути поступак у текућој парници (члан 223. став 1. тачка 1. ЗПП-а). Дужан је да застане са поступком уколико покрене поступак за решавање спорног правног питања пред Врховним касационим судом (члан 180. став 2. ЗПП), до окончања поступка пред Врховним касационим судом. На који ће начин суд поступити (да ли ће сам решити претходно питање или прекинути поступак и сачекати исход поступка о претходном питању пред судом или другим државним органом), је питање целисходности и зависи од околности конкретног слу-

[7] Члан 347. и 359. ЗПП („Сл. гласник РС“, број 72/11).

чаја, стадијума једног и другог поступка, при чему мора водити рачуна о суђењу у разумном року.

Уколико парнични суд сам решава претходно питање то није сметња да се о том питању као главном одлучује пред другим државним органом у одговарајућем поступку. У том случају тај орган није везан одлуком парничног суда о претходном питању јер она не подлеже правноснажности а сваки орган поступа и одлучује у стварима из своје законске надлежности.

Ако се у парници појави сумња да је учињено кривично дело, суд ће одредити прекид поступка и сачекати исход кривичног поступка, а сагласно члану 13. ЗПП-а у погледу постојања кривичног дела и кривичне одговорности учиниоца везан је за правноснажну пресуду кривичног суда којом је оптужени оглашен кривим.

Постојање кривичног дела и кривичне одговорности нема природу претходног питања које решава суд у парничном поступку.

Ослобађајућа пресуда кривичног суда није од прејудицијалне важности у погледу имовинске одговорности ослобођеног лица за штету проузроковану одређеним делом. Оваквом пресудом се редовно не утврђује да оптужени није крив, да није учинио одређено кривично дело, већ се ослобађа када нема довољно доказа за његову кривичну одговорност, што значи да то лице може да одговара у парници за накнаду штете[8].

Претходно питање и прејудицијелно питање у домаћој правној теорији представљају синониме, па се тако за претходно питање користи термин прејудицијелно, инцидентно, прејудицијум[9].

Има аутора по којима ови термини нису синоними[10]. По мишљењу овог аутора „претходно и прејудицијелно питање имају заједнички именитељ у условљавајућем карактеру односа који се пред судом појављују

[8] Проф. др Душко Медић, *Претходно или прејудицијелно пиатање у парници,* Правни живот број 13/2008.

[9] Боривоје Познић, В.Ракић-Водинелић, *Грађанско-процесно право,* Шеснаесто измењено и допуњено издање, Савремена администрација Београд 2010. године, Др Синиша Трива, *Грађанско парнично процесно право,* Народне новине Загреб 1980. година.

[10] М. Салма, *Претходно питање у грађанском судском поступку,* Нови Сад, 1995. година.

везано за решење спора у току. Међутим, разлика иако није оштра ипак је видљива: термин претходно питање означава неизвесност постојања или непостојања условљавајућег односа, а прејудицијелно питање је такво условљавајуће питање за које суд или закон сматра да би било макар целисходно, ако не и обавезно да се о њему изјасни надлежни суд или орган у одговарајућем поступку у коме ће се оно разматрати као самостално питање. Претходно питање је претежно правно, а прејудицијелно питање има и чињенична обележја".

Сматрам да ово разликовање треба прихватити, јер управо одредбе Закона о парничном поступку о решавању спорног правног питања на то упућују (формулација члана 176. став 1. ЗПП[11], који се примењује на основу члана 506. став 1. ЗПП)[12].

Претходно питање у ванпарничном поступку

Одредбом члана 22. Закона о ванпарничном поступку[13], прописано је да кад одлука суда зависи од претходног решења питања да ли постоји неко право или правни однос, а о том питању још није донео одлуку суд или други надлежни орган (претходно питање), суд може сам решити то питање, ако овим или другим законом није друкчије одређено. Одлука суда о претходном питању има правно дејство само у ванпарничном поступку у коме је то питање решено.

Из наведене законске одредбе, а и одредбе члана 30. став 2. истог Закона, да се у ванпарничном поступку сходно примењују одредбе ЗПП-а, ако овим или другим Законом није другачије одређено, произилази да се и у ванпарничном поступку примењују правила о претходном питању, односно питању од прејудицијелног значаја и то само ако су правне природе (ако су чињенично спорне законодавац овлашћује ванпарнични суд да странке упути да та питања реше у парници)[14]. Када ванпарнични суд сам

[11] „Сл. гласник РС", број 125/04.
[12] „Сл. гласник РС", број 72/11.
[13] „Сл. гласник СРС", број 25/82..."Сл. гласник РС", број 18/05.
[14] Члан 23. ЗПП. Ако су међу учесницима спорне чињенице важне за решење претходног питања суд ће их упутити да у одређеном року покрену парницу или поступак пред управним органом ради решења спорног права, односно правног односа (став 1). Суд ће упутити на парницу, односно на поступак пред

одлучује о претходном питању важе иста правила као и у парничном поступку, што значи да одлуку о претходном питању не уноси у изреку решења, већ је она део образложења и не подлеже правноснажности. Међутим, када о претходном питању одлучује као о главном питању оно је део изреке решења и подлеже правноснажности.

Претходно питање у извршном поступку

Да ли се може поставити претходно питање у поступку извршења? На први поглед чини се да не може, јер извршни суд само спроводи извршење правноснажне судске одлуке. Постојање или непостојање правног односа којим је била условљена основаност тужбеног захтева решена је у парници и део је образложења пресуде. Међутим, одредбама члана 21. Закона о извршењу и обезбеђењу[15], прописано је извршење стране извршне исправе. У случају да извршни поверилац покрене поступак извршења пред надлежним судом у Републици Србији, и на основу стране извршне исправе која није претходно призната пред домаћим судом, извршни суд о признању те исправе одлучује као о претходном питању (члан 21. став 3. ЗИО). Међутим, не би се могло узети као и у ванпарничном поступку да у овом случају важе иста правила као и у парничном поступку, да се одлука о претходном питању не уноси у изреку решења, већ само у образложење. Целисходно је да се приликом извршења стране судске одлуке, о признању те одлуке решава о претходном питању као главном питању и уноси у изреку решења о извршењу. Тада та одлука подлеже правноснажности и не би могла више бити предмет признања у ванпарничном поступку под условима за признање стране судске одлуке из Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља[16].

Као што се претходно питање може поставити у ванпарничном и извршном поступку, о чему је напред било речи, тако се и у овим поступцима може поставити захтев за решавање спорног правног питања. На то упућују одредбе члана 30. став 2. Закона о ванпарничном поступку и члана 10. Закона о извршењу и обезбеђењу о сходној примени одредаба Закона о парничном поступку. И у тим поступцима за решавање спорног прав-

управним органом оног учесника чије право сматра мање вероватним, ако овим или другим законом није друкчије одређено (став 2).

[15] „Сл. гласник РС“, број 31/2011.

[16] „Сл. лист СФРЈ“, број 43/82....“Сл. гласник РС“ број 46/06.

ног питања важе правила о решавању спорног правног питања садржана у Закону о парничном поступку.

Поступак решавања спорног правног питања пред Врховним судом Србије и Врховним касационим судом

Поводом захтева првостепених судова, Врховни суд Србије је у периоду од 2005. заузео више правних схватања у поступку решавања спорног правног питања:

- Надлежност судова опште надлежности, пасивна легитимација Државне заједнице Србија и Црна Гора и право војних и цивилних лица на плату по одредбама члана 75. и 137. Закона о Војсци Југославије (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено на седници од 31. маја 2005. године);

- Право запосленог на накнаду штете због немогућности стицања бесплатних акција по Закону о својинској трансформацији (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено на седници од 31. маја 2005. године);

- Учешће акционара у подели годишње добити (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено на седници од 31. маја 2005. године);

- Стицање права на дивиденду по Закону о предузећима (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено на седници од 14. јуна 2005. године);

- Располагање предузећа са већинским друштвеним капиталом у поступку приватизације без сагласности Агенције Републике чланице надлежне за послове приватизације (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено на седници од 28. јуна 2005. године);

- Застарелост неутврђеног потраживања разлике зараде и принудно поравнање у стечају (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено на седници од 12. јула 2005. године);

- Право на исплату старосне пензије утврђене правноснажним решењем Републичког фонда ПИО (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено на седници од 15. новембра 2005. године);

- Примена одредбе члана 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији у извршном поступку (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено на седници од 07. новембра 2006. године);

- Прекид поступка приватизације према субјекту приватизације у реструктурирању, као извршном дужнику и поступак извршења (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено и верификовано на седници од 22. децембра 2006. године);

- Постојање парнице о захтеву ради утврђивања потраживања оспореног у поступку ликвидације (стечаја) над туженим (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено на седници одржаној 23. јануара 2007. године);

- Права извршних поверилаца који нису отпустили дуг према субјекту приватизације као извршном дужнику (правно схватање Грађанског одељења ВСС утврђено и верификовано на седници од 25. октобра 2007. године)[17].

У већем броју случајева Врховни суд Србије је одбио захтеве првостепених судова за заузимање правних схватања јер је постављено питање било у домену тумачења и непосредне примене било материјалног било процесног права у пресуђењу конкретних спорова, што је произилазило из формулације питања и садржине захтева првостепених судова. Међутим, због значаја постављених питања, броја заинтересованих, Врховни суд Србије је донео правне закључке:

- Пресуда због изостанка (члан 176. ЗПП) – спор мале вредности (Закључак Грађанског одељења усвојен на седници од 26.04.2007. године),

- Права државних службеника и намештеника на накнаду трошкова за исхрану у току рада и регреса за коришћење годишњег одмора (Правни закључак Грађанског одељења ВСС од 22.04.2008. године),

- Право запослених на увећану зараду за рад у сменама (Правни закључак Грађанског одељења ВСС, усвојен на седници од 28. априла 2009. године),

- Решење стечајног суда о преносу потраживања на стечајне повериоце (Правни закључак Грађанског одељења ВСС од 25.06.2009. године).

Један број захтева за решавање спорног правног питања Врховни суд Србије је одбацио, било због тога што нису испуњавали услове прописане законом, било због тога што их нису поставили првостепени судови,

[17] Билтен Врховног касационог суда број 1/2011.

већ непосредно странке односно њихови пуномоћници, што је и резултирало изменом ЗПП-а у том делу (члан 181. и 182). У једном броју захтева Врховни суд Србије, иако је захтеве одбацио из формалних разлога, дао је одговоре на постављена питања приликом обилазака нижестепених судова и на годишњем саветовању судија.

Из напред изложеног произилази да је Врховни суд Србије користио и друге модалитете да реши спорно правно питање када је закључио да је то од значаја за уједначавање судске праксе.

Врховни касациони суд је наставио праксу Врховног суда Србије у поступку решавања спорног правног питања. Један број захтева за решавање спорног правног питања Врховни касациони суд је одбио, због тога што је и поред већег броја предмета, постављено питање у домену непосредне примене материјалног или процесног права, или што се о постављеном питању Врховни суд изјаснио кроз одлуке о ванредним правним лековима, односно доношењем правних схватања или закључака. У једном случају Врховни касациони суд је одбио захтев за заузимање правног става о спорном правном питању, али је због значаја питања донео закључак:

- Извршна вансудска хипотека из члана 15. Закона о хипотеци[18].

Већи број захтева у поступку за решавање спорног правног питања, Врховни касациони суд је одбацио због тога што су захтеви били неуредни јер нису садржавали приказ утврђеног стања ствари у конкретној правној ствари, аргументе странака о спорним питањима и разлоге због којих се суд обраћа са захтевом за њихово решавање или зато што су поднети од неовлашћених лица (странака или њихових пуномоћника). У једном броју захтева, због тога што се постављеним питањима захтевала одлука о конкретним предлозима странака а не разјашњење општег правног питања.

У 2012. години Грађанско одељење Врховног касационог суда је заузело два правна става у поступку решавања спорног правног питања:

- Тужба за утврђење (утврђен на седници Грађанског одељења ВКС од 21.05. а верификован 26.06.2012. године),
- Висина продајне цене након неуспелог јавног надметања (утврђен на седници Грађанског одељења ВКС 25.06. а верификован 29.06.2012. године).

[18] Билтен Врховног касационог суда број 1/2010.

Оба правна става објављена су на интернет страници Врховног касационог суда.

Закључак

Нема сумње да овај процесни институт, уведен у наш правни систем, представља са једне стране афирмацију судске праксе и правних схватања Врховног касационог суда као највишег суда у Републици Србији и са друге стране помоћ првостепеним судовима да обезбеде стандард једнакости, правне сигурности и суђења у разумном року. Истовремено, омогућава странкама да у истој или сличној чињенично-правној ситуацији предвиде исход парнице и на лакши, бржи и ефикаснији начин заштите своја повређена субјективна права пред судовима.

Литература:

- Др Боривоје Познић, *Грађанско-процесно право,* 11 допуњено издање, 1989. година, Савремена администрација Београд,
- Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско-процесно право*, 16 измењено и допуњено издање, Савремена администрација Београд 2010. година,
- Проф др сци Михајло Дика *„Претходно питање у парничном поступку“*, Правни факултет у Ријеци, Зборник, 2005. година,
- др Гордана Станковић, *Грађанскопроцесно право*, Правни факултет у Нишу, 2010. година,
- Проф др Душко Медић, *„Претходно или прејудицијелно питање у парници“,* Правни живот број 13/2008,
- Марија Салма, *„Претходно питање у грађанском судском поступку“*, Нови Сад, 1995. година,
- Зоран Радовић, *„Европски суд правде и одлуке о претходном питању“,* Копаоничка школа природног права, 2006. година.

Јелена Боровац,
судија Врховног касационог суда

НЕКЕ НОВИНЕ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ У ПРАКСИ

У овом раду биће изложене измене и допуне основног текста Закона о парничном поступку („Службени гласник РС" 125/04 од 22.11.2004. године) и Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку („Службени гласник РС" 111/09 од 29.12.2009. године), у даљем тексту ЗПП из 2004.

Презентовање неких од новина Закона о парничном поступку[1] у даљем тексту: нови ЗПП, је учињено на начин и са намером да се на практичан начин приближе заинтересованима нова правила и да се дају смернице за њихову лакшу примену. Став аутора је да је рано за критику новог ЗПП-а јер је нових решења много, а време примене кратко. Нови ЗПП је ту, међу нама практичарима, и само ће његова правилна примена указати која су решења добра, а која треба мењати и у ком обиму.

На избор новина које су презентоване у раду су значајно утицала питања и дилеме колега који већ примењују нови ЗПП.

1. Странке и њихови заступници

У пракси су примећене честе грешаке у употреби појмова/термина заступника правног лица и законског заступника што је био разлог да се у новом ЗПП-у дефинише појам законског заступника у члану 76, а заступника правног лица у члану 77. У уводном делу многих пресуда је наведено да правно лице заступа њен законски заступник. И не само у уводу пресуда већ и у записницима са рочишта приликом констатовања ко је приступио на рочиште као и приликом констатација изјава на записник те и у другим приликама.

Новим ЗПП-ом су ови појмови јасно дефинисани на следећи начин:

Странку која нема парничну способност заступа њен законски заступник (члан 76).

[1] „Службени гласник РС" 72/11, ступио на снагу 01.02.2012. године,

Заступник правног лица у поступку је лице које је уписано у одговарајући регистар, а одређено је посебним прописом, општим и појединачним актом правног лица или одлуком суда (чл. 77).

Ко је заступник правног лица је прописано Законом о привредним друштвима[2]. Заступник правног лица не мора да буде дипломирани правник, а ако јесте, не мора да има положени правосудни испит.

2. Пуномоћници

Чланови 84. и 85. ЗПП из 2004. су измењени утолико што је постулациона способност странке још више сужена. Тако је члан 85. новог ЗПП-а прописано да странке могу да предузимају радње у поступку лично или преко пуномоћника који мора да буде адвокат.

Очекује се да ће се на овај начин допринети гаранцији веће стручности у пружању заштите странкама и ефикасности судског поступка. Такође се заштићује адвокатска струка од надриписарства и отклоњена је обавеза суда да оцењује да ли се неко лице бави надриписарством да би му ускратио заступање. Стога су брисане одредбе о надриписарству из члана 85. ЗПП из 2004. Међутим, ова је одредба изазвала велике полемике и покретање поступка за оцену уставности пред Уставним судом. У упоредном праву наилазимо на решења да је дозвољено истакнутим правницима (професори права, адвокати у пензији, судије у пензији или активни, правни експерти и сл.) да заступају сроднике до одређеног степена сродства или да лично изјаве ванредни правни лек. Странку мора да заступа адвокат по ванредним правним лековима, изузев ако је сам адвокат (члан 85. став 3). Међутим, адвокат у пензији мора да ангажује адвоката за изјављивање ванредног правног лека. Будући на правило по коме странку мора да заступа адвокат по ванредним правним лековима, брисан је став 2. из члана 89. ЗПП из 2004, којим је било прописано да је адвокату увек потребно посебно пуномоћје за подношење предлога за понављање поступка.

Изузетак од правила да пуномоћник мора да буде адвокат је пуномоћник правног лица који мора да буде стално запослен у том правном лицу и да је дипломирани правник са положеним правосудним испитом (члан 85. став 2). Термин „стално запослен" је изазвао дилеме. Законодавац није објаснио зашто је употребио тај термин. Тај термин није познат у Закону о раду.

[2] „Службени гласник РС" 125/2004 и 36/2011

Дипломирани правник са положеним правосудним испитом запослен у правном лицу на одређено време моћи ће да заступа то правно лице пред судом. Рад на одређено и на неодређено време по својој садржини је изједначен по Закону о раду. Али правна лица неће моћи да ангажују по уговору о делу дипломираног правника са положеним правосудним испитом ради заступања пред судом. Мораће да ангажује адвоката или ће га заступати заступник.

Ново правило да пуномоћник правног лица мора да има положен правосудни испит је код једног броја судија изазвало дилему да ли треба да траже доказ у виду потврде о положеном испиту па је у неким случајевима и тражен. Одговор је негативан. Брисана је одредба из члана 91. став 2. ЗПП-а из 2004. којом је прописано да ће суд ако посумња у истинитост писменог пуномоћја, решењем да наложи пуномоћнику да поднесе оверено пуномоћје. Међутим, уколико неко пуномоћје изазива сумњу или уколико супротна страна приговори уредности пуномоћја, такву пуномоћ суд треба да провери (по потреби затражи и доказ о положеном испиту), али више неће захтевати оверену пуномоћ. У свим осталим случајевима судија не треба да проверава чињенице из пуномоћја, али увек треба да провери да ли је оно уредно. На тај начин отклониће жалбени разлог због битне повреде поступка из члана 374. став 2. тачка 9, поготово што се недостаци ове природе односе не само на странку која је изјавила жалбу већ и на ону која није.

Обим пуномоћја одређује странка (члан 88. став 1) и та одредба је остала непромењена. Прецизиран је само обим замене пуномоћника од стране адвокатског приправника утолико што приправник не може да замењује у поступцима по правним лековима (члан 88. став 3). То практично значи да приправник неће моћи да замењује адвоката на рочиштима пред другостепеним судовима.

Одредба о томе које радње пуномоћник може да предузме ако странка није ближе одредила овлашћење у пуномоћју је допуњена овлашћењем садржаним у тачка 4. члана 89. новог ЗПП-а утолико што је пуномоћник овлашћен да од противне странке прими и наплати досуђене трошкове.

У појединим судовима у поступцима извршења од пуномоћника повериоца судије захтевају[3] специјалну пуномоћ за пријем главнице са законском каматом под претњом последица пропуштања. Такво поступање нема

[3] Допис Првог основног суда у Београду бр. 10-И-24147/12 од 16.07.2012. године и допис од истог суда бр. 9-И-24140/12 од 28.05.2012

упориште ни у једном законском пропису, а ствара непотребни трошак за странку (такса за оверу, а и трошкове превоза до суда), нелагоду и непотребно потрошено време. Све то није потребно уколико је у пуномоћју наведено да је пуномоћник овлашћен да прими досуђени новац. Пријем трошкова поступка више не мора да се наводи јер се они подразумевају у оквиру уобичајеног пуномоћја (без ближе одређених овлашћења) као што је горе истакнуто. Нису познати разлози зашто судови траже од странака више него што је законом предвиђено. Заштита странке није аргумент јер се на овај начин странка не штити. Напротив, странка се излаже непотребним активностима и задире се у њен уговорни однос са изабраним адвокатом, а то није задатак суда осим ако је то предмет посебног спора.

Одредба о престанку пуномоћја је допуњена тако што осим што пуномоћје престаје смрћу физичког лица, престаје и проглашењем за умрлог и губитком пословне способности (члан 93. став 1). Одредба о престанку пуномоћја које је издало правно лице је допуњена тако што осим што пуномоћје престаје престанком правног лица, престаје и отварањем стечајног поступка и поступка ликвидације (члан 94. став 1). Судска пракса је већ тако и поступала па је овом допуном усклађен закон са судском праксом.

3. Поднесци

Закон о електронском потпису и Закон о електронском документу су неминовно утицали да се и у парнични поступку уведу досттигнућа савремене технологије као што је електронска пошта. Чланом 98. став 2. је прописано да писану форму испуњавају и поднесци упућени суду телеграмом и електронском поштом, у складу са посебним законом.

Нова одредба је става 5. у члану 98. којим је прописано да се писани поднесци подносе искључиво изван рочишта и то најкасније 15 дана пре дана одржавања рочишта. На тај начин ће бити онемогућена уочена лоша пракса да се на рочиштима прилажу поднесци што доводи до одлагања тог рочишта јер супротна страна тражи рок да би се изјаснила о наводима из поднеска са чијом садржином не може да се упозна одмах на самом рочишту. Често се дешава да се на рочишту само дистрибуирирају поднесци између пуномоћника странака иако је било довољно времена да се доставе суду много раније пре тог рочишта и на тај начин се опструише рад суда јер се рочиште у тој ситуацији одлаже. Прописани рок ће омогућити суду да поднесак достави противној странци благовремено пре рочишта како би се супротна странка

благовремено упознала са садржином поднеска, припремила за следеће рочиште и по потреби одговорила на наводе из поднеска.

Неблаговремени поднесак суд неће узети у обзир, а неке евентуалне предлоге истакнуте у њему неће уважити. Није потребно да се решењем одбацује као неблаговремен јер то није прописано. Међутим, потребно је да се у образложењу пресуде наведе кратко образложење разлога зашто поднесак није узет у обзир.

Приликом извођења доказа вештачењем не важи правило из члана 98. став 5. којим је прописано да се писани поднесци подносе искључиво изван рочишта и то најкасније 15 дана пре дана одржавања рочишта. Ово стога што је чланом 263. новог ЗПП-а прописано да предлог за извођење доказа вештачењем (члан 260), писани налаз и мишљење које странка прилаже суду (члан 261) као и изјашњење супротне странке се подносе суду најкасније до завршетка припремног рочишта или првог рочишта за главну расправу, ако припремно није одржано. Друго одступање од правила видимо у члану 271. став 1. којим је прописано да странка доставља примедбе на налаз и мишљење судског вештака у писаном облику у року који суд одреди за изјашњење. Овај члан је повезан са чланом 270. став 2. којим је прописано да суд доставља странкама налаз и мишљење вештака најкасније осам дана пре заказане расправе.

Према томе, ако суд достави странкама налаз на изјашњење осам дана пре заказане расправе, може да им одреди веома кратак рок за давање примедби на налаз укључујући и време доставе примедби и то све пре рочишта. Чини се да ови рокови нису пажљиво усаглашени и да ће странке оправдано приговарати да нису имале довољно времена да се припреме и да се користе правом из члана 271. став 2. да ангажују стручњака или другог вештака који ће да сачини примедбе на налаз или сачини потпуно нов налаз и мишљење у писаном облику. Поготово нема времена за доставу супротној странци било путем суда било непосредно (могућност из члана 130). Улога суда ће у овим ситуацијама бити захтевна. Са једне стране везани већ одређеним временским оквиром и заказаним рочиштима са већ утврђеним распоредом извођења доказа, а са друге стране, неусаглашеним и кратким роковима. Стога је потребно да се решења о одређивању вештачења доносе уз прецизан план активности које ће да уследе. Вештаци треба да налаз и мишљење доставе суду у року који не може да буде дужи од 60 дана (члан 269. став 2.) па је на судији да време из овог

члана и напред поменутих одредаба тако распореди да странке не дођу у ситуацију да немају времена да се користе својим правима. Уколико се рокови ипак не уклопе на задовољавајући начин, суд може да из овог разлога одложи рочиште због извођења доказа, али ће морати и да одреди нови временски оквир (члан 108).

Одредба о новчаном кажњавању лица која вређају суд у поднеску (члан 104. ЗПП-а из 2004) је премештена у главу XV-непоштовање процесне дисциплине, где јој је и место па је тиме унапређена систематика новог закона.

4. Одлагање рочишта

Одредба о одлагању рочишта (члан 108.) је допуњена одредбом да суд може изузетно да одложи рочиште ако је то потребно ради извођења доказа или због спречености судије. Ово правило конкретно значи да пуномоћници странка не могу са успехом да траже одлагање рочишта јер таква могућност није предвиђена. Законодавац се одлучио за овакву норму јер адвокату, у случају личне спречености да приступи на заказано рочиште, стоји на располагању више могућности. Тако, адвокат може да обезбеди замену у личности другог адвоката, да упути приправника уколико се рочиште држи пред првостепеним судом, да упути странку коју заступа да лично приступи у суд или да обавести суд о неприступању са предлогом да се рочиште одржи и без његовог присуства. Пуномоћника правног лица може да замени други пуномоћник, заступник правног лица или да правно лице ангажује адвоката. Циљ је да се заказано рошите одржи, да се не ремети временски оквир сем у изузетним случајевима које је закон предвидео.

Приликом одлагања рочишта, суд ће увек да одреди нов временски оквир, који не може да буде дужи од једне трећине првобитно одређеног временског оквира (члан 108. став 2). Другим ставом овог члана је прописано да ће приликом одлагања рочишта, суд увек да одреди нов временски оквир, који не може да буде дужи од једне трећине првобитно одређеног временског оквира. Одредница „увек“ даје посебан тон овом ставу и не оставља могућност да се у сваком конкретном случају процени да ли је потребно да се одређује нови оквир. Свакако ће постојати ситуације да ће одложено рочиште моћи да се закаже и за неки термин у оквиру већ одређеног временског оквира. Није ли тада сувишно одређивање новог временског оквира? Овакво правило сугерише да се тако не поступа већ да се рочиште обавезно закаже у термину који је након утврђеног временског окви-

ра и тако наступи оправданост обавезе да се одреди нови временски оквир. Да је то тако произилази и из садржине следећег става којим је прописано да ће суд кад се рочиште одложи, одмах да одреди место и време одржавања одложеног рочишта у оквиру временског оквира из става 2. овог члана. Чини се да је ово правило у супротности са намером законодавца да скрати време трајања парница и са спровођењем начела суђења у разумном року. Рационалније би било да суд, када наступи услов, у свакој конкретној ситуацији процењује да ли је потребан нови временски оквир или не.

Прописивањем правила да ће приликом одлагања рочишта суд одмах одредити време одржавања новог рочишта у оквиру временског оквира је онемогућено одлагање рочишта на неодређено време. Некадашња уобичајена пракса одлагања рочишта на неодређено време која је многе предмете учинила „старим“ више неће бити могућа. Очекује се да ће ове нове одредбе битно утицати на скраћење времена трајања парнице што је један од циљева новог ЗПП. Са друге стране се обезбеђује уредна достава проглашењем решења на рочишту које се одлаже и смањење трошкова око одашиљања позива и разних комликација које тиме могу настати.

5. Достављање писмена

У досадашњој судској пракси су уочени значајни проблеми везани за радњу достављања који су успоравали рад суда. Законодавац је у покушају да побољша стање понудио низ нових решења и поједноставио је доставу тамо где је то било могуће. Свако побољшање у овом домену је добродошло јер је веома битна уредна достава која омогућава судији да оствари суђење у унапред одређеном временском оквиру и да се онемогући злоупотреба процесних овлашћења која је евидентна баш код доставе.

5.1. Начин достављања

Битна новина је да се писмена достављају и преко лица са јавним овлашћењима (члан 128). То се конкретно односи на бележнике и приватне извршитеље преко којих суд може да изврши спорне доставе.

Лица која достављач затекне на месту на коме треба да се изврши достављање су дужна да на његов захтев пруже податке о свом идентитету (члан 128. став 2).

Битна новина је да је надлежни орган полиције дужан да на захтев суда помогне приликом обављања послова достављања. Они су до сада

помагали парничном суду по доброј вољи јер нису били обавезни. Ова одредба ће умногоме помоћи у успешном достављању. Помоћ полиције ће суд да затражи у оним случајевима када се исцрпу сви напори да се достава изврши лицу које је упорно избегава.

Достављање може да се врши и електронским путем у складу са посебним прописима уз услов да је могуће да се обезбеди повратни податак да је лице примило писмено (члан 129). Потврда о пријему писмена достављеног електронским путем представља одштампани електронски запис о дану и часу када је уређај за електронски пренос података забележио да је писмено послато примаоцу, назив пошиљаоца и примаоца и назив писмена.

Странке могу непосредно и благовремено да упућују поднеске и друга писмена једна другој и да поднесак и друга писмена, заједно са доказом о достављању, поднесу суду (члан 130). Ограничење се односи на писмена за које је прописано лично достављање. Очекује се да ће се на овај начин постићи убрзање поступка и смањити трошкови.

Физичким лицима се достављање врши на адресу која је означена у тужби, односно на адресу пребивалишта или боравишта уписану код органа надлежног за вођење евиденције о личним картама (члан 131. став 1). Имаоцу радње или другом предузетнику који у виду регистрованог занимања обавља одређену делатност, достављање ће се вршити као физичком лицу.

Правним лицима се достављање врши предајом писмена у просторијама правног лица запосленом лицу у правном лицу, односно заступнику правног лица на адресу из јавног регистра, односно на адресу његовог пребивалишта (члан 131. став 4). Из ЗПП из 2004 је изостављено правило да се достављање врши лицу које је овлашћено за пријем писмена. Према томе, достављач у просторијама правног лица може да изврши доставу било ком запосленом. Ову одредбу треба повезати са чланом 128. став 2. којим је прописана дужност лица која достављач затекне на месту на коме треба да се изврши достављање, да на његов захтев пруже податке о свом идентитету. Те податке би достављач требао да констатује на доставници како би се касније избегло порицање пријема што се у пракси дешава код нечитких потписа примаоца. Корисна је новина та што се заступнику правног лица достава може извршити и на адресу његовог пребивалишта.

Начин достављања јавном бележнику и извршитељу је изједначен са начином достављања адвокату (члан 136. став 3).

Значајна новина је увођење могућности да се правним лицима и адвокатима достављање писмена може да врши у суду полагањем у посебан преградак на њихов захтев и по одлуци председника суда (члан 137), а достављање врши овлашћено лице суда. Адвокат, односно овлашћени представник правног лица који преузима судска писмена из судског прегратка, дужан је да преузме сва писмена која су положена у преградак (члан 138. став 1). Уколико адвокат, односно овлашћени представник правног лица не преузме писмена из судског прегратка у року од осам дана од дана полагања у судски преградак, достављање се врши истицањем писмена на огласну таблу суда и достављање се сматра извршеним по истеку рока од осам дана од дана истицања писмена на огласну таблу суда (члан 138. став 2). Адвокат може да овласти лице које је запослено у његовој адвокатској канцеларији да писмена преузме из судског прегратка (члан 138. став 3).

5.2. Лично достављање

Тужба, решење о платном налогу, пресуда, решење против ког је дозвољена посебна жалба и правни лек су писмена која се морају лично доставити странци, односно законском заступнику или пуномоћнику (члан 141. став 1.).

Примећујемо да се сада сви правни лекови лично достављају за разлику од претходних решења по којима су се само ванредни правни лекови лично достављали. Такође је изостала одредница да ће се остала писмена доставити лично када је то овим или другим законом изричито одређено, или када суд сматра да је због приложених исправа потребна већа опрезност. Тако је до новела ЗПП-а из 2009, било прописано да се позив ради саслушања странке доставља лично странци или лицу које ће се за странку саслушати, међутим тада је брисан став 1. из члана 266. И новим ЗПП-ом позив за саслушање странке се не доставља странци лично.

Изостављено је раније правило да достављач заказује лицу коме треба писмено да се достави нови термин доставе и да поново долази ради исте доставе. Сада је прописано да у случају када лице коме писмено мора лично да се достави не затекне тамо где достављање треба да се изврши, под условом да је адреса тачна, достављач ће да остави обавештење да писмено може да се преузме у суду у року од 30 дана од дана покушаног достављања. У том случају копија писмена се истиче и на огласној табли суда. По протеку рока сматра се да је достављање извршено (члан 141. ст. 2. и 3).

Обавештење садржи: име и презиме лица коме је покушано достављање, својство у поступку, датум и час када је покушано достављање, адресу на којој је покушано достављање, назнаку да писмено може да преузме у суду у року од 30 дана, да ће копија писмена бити истакнута на огласној табли суда, као и да ће по протеку овог рока да се сматра да је достављање извршено.

Приликом личног достављања на адресу на коју је достављање већ извршено (а имајући у виду обавезу странке и њеног законског заступника да известе суд о промени адресе и да су дужни да у случју одсуствовања дужем од 30 дана поставе пуномоћника за пријем писмена), не очекују се компликације у пракси и негативне последице у примени члан 141. ст. 2. и 3. Међутим, код личне доставе иницијалног акта када га лице не очекује, а одсуствује дуже од 30 дана (одмах након тог рока ће истећи време обавештења и писмено ће се скинути са огласне табле, а достава сматрати извршеном), можемо да очекујемо да грађани доживе врло непријатна изненађења због тога што ће без њиховог знања, воље и немогућности да се користе правним средствима наступити по њих негативне последице (у виду донетих пресуда због изостанка, пресуда због пропуштања и др.). Услов за овакаву процедуру доставе је да је адреса тачна. Озбиљно се поставља питање како ће достављач да утврди да ли је адреса тачна када доставља иницијални акт и први пут га доставља будући да не значи да је адреса из тужбе аутоматски тачна. Судови ће зато у тим ситуацијама морати врло пажљиво да поступају по предлозима за враћање у пређашње стање или по предлозима за понављање поступка из члана 426. став 1. тачка 2 (пропуштањем достављања странци није било омогућено да расправља пред судом).

Писмена која се лично достављају државним органима, органима аутономне покрајине и јединицама локалне самоуправе се достављају предајом писмена у просторији за пријем писмена или писарници. Као дан достављања се сматра дан предаје писмена. Лична достављања правним лицима се врши предајом писмена у просторијама правног лица запосленом лицу у правном лицу, односно заступнику правног лица на адресу из јавног регистра, односно на адресу његовог пребивалишта што значи да је код државних органа и правних лица изједначена лична са обичном доставом.

5.3. Утврђивање и промена адресе

Новина је враћање некадашњег решења (ЗПП из 1977[4]) да ће суд од надлежног органа да прибави потребне податке ако странка којој је суд наложио да допуни поднесак навођењем тачне адресе противне странке којој писмено треба да се достави, није у могућности да сама сазна адресу и о томе поднесе суду доказе (члан 143). Пракса је показала да странке најчешће нису могле да поступе по наредби суда јер нису у могућности да саме прибаве адресу супротне странке што их је у крајњој линији онемогућавало да остваре своја права. Да би им се у томе помогло било је нужно враћање старог решења.

Тачна адреса је или она која је означена у тужби или адреса евидентирана код надлежног органа који води евиденцију о пребивалишту односно адреса из регистра правних лица. Негативне последице непријављивања промене адресе пребивалишта или боравишта надлежном органу и мењање фактичих места становања, сносиће то лице. јер није задатак суда да истражује где неко лице фактички станује.

Брисана је одредба о безуспешном достављању из члана 140. ЗПП из 2004. године, али је прописана обавеза за странку или њеног законског заступника која одсуствује дуже од 30 дана са адресе на коју је достављање већ извршено, да о томе обавести суд и одреди пуномоћника за примање писмена (члан 145). Одредба о безуспешном достављању је била и нејасна и применљива у суштини само за случај сада регулисан чланом 145. новог ЗПП-а. Странке се овом одредбом обавезују на процесну дисциплину, а све у циљу неометаног рада у предмету и суђења у разумном року

Брисана је одредба о споразуму о адреси достављања из члана 143. ЗПП из 2004. јер је пракса показала да ова одредба није примењивана и као сувишна није нашла место у новом ЗПП.

5.4. Истицање на огласну таблу

Остало је старо правило да ће суд да одреди да се сва даља достављања у парници врше истицањем на огласну таблу суда ако странка или њен законски заступник промене адресу, а о томе не известе суд до правноснажног окончања парнице. Достављање се сматра извршеним по про-

[4] „Службени лист СФРЈ“ 4/77, ступио на снагу 1. јула 1977. године

теку рока од осам дана од дана истицања на огласну таблу (члан 144. ст. 1, 2. и 3). Дакле, у овој ситуацији суд одређује будућа истицања на огласну таблу у виду решења (члан 327. став 1).

Новина је истицање на огласну таблу суда копије писмена у случају неуспелог достављања из члана 141. став 2. У тој ситуацији је достављач тај који копију писмена истиче на огласну таблу суда, а странци оставља обавештење да писмено може да преузме у суду у року од 30 дана од дана покушаног достављања. Истицањем на огласну таблу суда, достава се сматра извршеном по протеку рока од 30 дана од дана покушаног достављања. То значи да је достављач дужан да истог дана када остави обавештење, писмено истакне на огласну таблу суда. О свим тим дешавањима, судија нема сазнања све док не протекне рок од 30 дана јер није прописано да судија одређује истицање писмена на огласну таблу суда. Сматрам да је исувише дугачак временски период у коме судија није у току са исходом радње достављања у поступку.

5.5. Достављање преко поште

Достављање преко поште је само један од начина достављања предвиђен чланом 128. став 1. и проблеми који постоје неће бити решени ни презентованим новинама у новом ЗПП-у јер се одредбе ЗПП-а не примењују када се достављање врши преко поште. У ситуацији неуредне доставе преко поште и код поновљене доставе, судији стоји на располагању да доставу изврши другим начинима предвиђеним наведеним чланом. Уколико у месту доставе постоји приватни извршитељ или јавни бележник (од 1. септембра 2012. године) треба их користити за доставу. Као што смо напред навели, надлежни орган полиције је дужан да на захтев суда помогне приликом обављања послова достављања па је делотворно да се судови код спорних достава преко поште обраћају органу полиције у месту доставе.

6. Пресуда и јавно објављивање

Новим ЗПП-ом је отклоњен пропуст свих ранијих ЗПП-а који нису прописивали да је чињенично стање обавезан део образложења пресуде. Сада је члан 355. став 4. допуњен правилом да образложење пресуде мора да садржи чињенично стање које је утврдио. И одредбе о спору мале вредности су допуњене правилом да писано израђена пресуда у образложењу садржи утвр-

ђено чињенично стање (члан 477. став 3), мада се жалбом не може побијати због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

6.1. Пресуда због изостанка

Пресуда због изостанка из ЗПП–а из 1977 је враћена као општи правни институт. Ова пресуда је средство процесне дисциплине. Када је ЗПП-ом из 2004 уведена нова пресуда због пропуштања, законодавац је сматрао да пресуда због изостанка има мањи значај и задржао ју је само у споровима мале вредности, али у измењеном облику. Члан. 476. ЗПП-а из 2004 је у пракси стварао дилему јер нису били предвиђени услови за њено доношење као што је то било предвиђено у шест тачака у ЗПП-у из 1997.

Садашња пресуда због изостанка (члан 351.) може се донети у оним парницама у којима тужба није достављена на одговор, под кумулативним условима прописаним у овом члану. У парницама за сметање државине је уведена као решење због пропуштања (члан 450. став 2). У споровима мале вредности се доноси под условима из члана 351. (члан 475. став 2). Суд ће ову пресуду донети и без предлога тужиоца (какво је решење било у ЗПП-у из 1977), када оцени да су испуњени услови за њено доношење.

6.2. Објављивање пресуде

Значајна је новина и у томе што се све пресуде објављују и то је прописано чланом 352. Не постоји могућност да се та обавезе избегне. Пажљивим читањем члана 339. ЗПП из 2004. и члана 335. ЗПП-а из 1997. видимо да је та обавеза и тада била прописана, али је дозвољавала два изузетка. Први се односио на ситуацију када суд одлучи да закључи главну расправу, а прибавља спис или записник о доказим изведеним пред замољеним судом. Друга ситуација се односила на сложеније предмете у којима суд може да одложи доношење пресуде за осам дана и тада се пресуда не објављује. У пракси се управо овај други изузетак користио на неправилан начин па пресуде у претежном броју нису објављиване иако нису били у питању сложенији предмети и мада суд није одлагао доношење пресуде за осам дана. Та лоша пракса је постала тако чврста да је чак и у споровима мале вредности најчешће поступано супротно члану 477. став 1. ЗПП-а из 2004. којим је прописано да се пресуда одмах објављује по закључењу главне расправ, па и у тим парницама није објављивана.

Како је законодавац избрисао оба изузетка у којима се пресуда не објављује произилази да се све пресуде морају објавити, једино је за сложеније предмете могуће да се објављивање одложи за осам дана.

Ако суд не објави пресуду учинио је битну повреду парничног поступка из члана 374. став 1. ЗПП-а (битна повреда одредаба парничног поступка постоји ако суд у току поступка није применио или је неправилно применио одредбу овог закона, а то је било или је могло да буде од утицаја на доношење законите и правилне пресуде) јер није применио чл. 352. и 353. ЗПП-а. Међутим, другостепени суд приликом одлучивања о жалби мора да процени да ли је ова незаконитост имала утицај на правилност пресуђења. Уколико није, пресуда ће опстати. Чак је тешко замислити хипотетички случај у коме необјављивање пресуде има утицај на правилност пресуђења па се може на мах закључити да фактички нема санкције за незаконито поступање. Уколико постоји још нека битна повреда поступка или разлог за укидање пресуде, овај пропуст ће бити разлог заједно са другим за укидање пресуде. Међутим, судије морају да рачунају на то да ће се овакве неправилности/незаконитости у раду ценити приликом вредновања њиховог рада.

Следеће питање које се поставља је да ли и како објавити пресуду када ниједна странка не дође у заказано време за објављивање? Чак и у тој ситуацији суд ће пресуду да објави, али је неће образлагати јер нема коме. У записнику ће консатовати одсуство странака и њихових пуномоћника и да је пресуда објављена.

Правило о објављивању свих пресуда има за последицу да ће суд одлуку о поновном отварању главне расправе моћи да донесе само у оквиру рока од осам дана од дана закључења расправе, будући да након објављивања пресуде то више није могуће. Ово је свакако позитивно јер се на овај начин спречава ружна пракса која је постојала, а то је да је главна расправа отварана након неколико месеци од њеног закључења и то из разних разлога, а не оних које прописује члан 320. ЗПП-а из 2004.

7. Сходна примена Закона о парничном поступку

У прелазним одредбама новог ЗПП-а (члан 506. став 1.) је прописано да ће се поступци започети пре ступања на снагу овог закона спровести по одредбама Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“

125/04 и 111/09), а према члану 508. закон је ступио на снагу 1. фебруара 2012. године.

Честа су питања везана за сходну примену ЗПП-а у поступцима стечаја, управним споровима, поступцима извршења и обезбеђења итд. Има дилема око тога који ЗПП треба применити на поступке који су покренути пре 1.фебруара 2012. године.

Чланом 7. Закона о стечају[5] је прописано да се на питања која нису посебно уређена овим законом, сходно примењују одговарајуће одредбе закона којим се уређује парнични поступак.

Чланом 10. Закона о извршењу и обезбеђењу[6] је прописано да се у поступку извршења и обезбеђења сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку, ако овим или другим законом није другачије одређено.

Чланом 74. Закона о управним споровима[7] је прописано да ће се на питања поступка решавања управних спорова која нису уређена овим законом сходно примењивати одредбе закона којим се уређује парнични поступак.

Одговор је исти. Који ће се ЗПП применити зависи од тога када је покренут стечајни поступак, односно када је поднет предлог за извршење и обезбеђење, односно када је поднета тужба у управном спору. Ако је то учињено пре 1. фебруара 2012. године, примениће се ЗПП из 2004., а ако је после овог датума онда нови ЗПП. То произилази из цитираног члана 506. став 1. и односи се на све поступке. Није у духу ових одредби да се на пример, у управном спору који је почео пре неколико година и сходно се примењивао ЗПП из 2004. то напусти 1. фебруара 2012. године и започне примена новог ЗПП-а када се то не чини ни у парничном поступку који је започео пре овог датума.

[5] „Службени гласник РС“ 104/2009, 99/2011
[6] „Службени гласник РС“ 31/2011
[7] „Службени гласник РС“ 111/2009

Власта Јовановић,
судија Врховног касационог суда

СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА И ПРАВНА СХВАТАЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

Увод

Врховни касациони суд по Уставу и Закону највиши суд у Републици Србији, у вршењу судске власти има законом прописану надлежност у суђењу и изван суђења (чл.30. и 31. Закона о уређењу судова)[1].

По Пословнику о уређењу и раду Врховног касационог суда у Врховном касационом суду образована су одељења: Кривично одељење, Грађанско одељење са специјализованим већем за управну материју и Одељење судске праксе.

Грађанско одељење Врховног касационог суда има пет већа, од којих је једно специјализовано веће за управну материју.

Грађанско одељење је у току 2011. године одржало 11 седница, а у периоду од 01.01.2012. закључно са 30.06.2012. године 7 седница, на којима је разматрано функционисање одељења, праћен рад нижестепених судова, примена закона и других прописа, разматрана бројна актуелна спорна правна питања, усвојено 6 правних схватања, 2 правна става и утврђено 18 сентенци.

Тежиште активности Грађанског одељења Врховног касационог суда су биле усмерене на даље унапређење институтионалне ефикасности, остварење главних начела Националне стратегије развоја правосуђа из маја 2006. године (независност, транспарентност, одговорност и ефикасност), те успостављању правне сигурности и владавине права.

Грађанско одељење Врховног касационог суда наставља добру праксу и традицију да учеснике годишњег саветовања и најширу правничку јавност информише и упозна са разматраним спорним правним питањима на седницама Грађанског одељења Врховног касационог суда и са

[1] „Сл. гласник РС“, број 116/08, 104/09

усвојеним правним схватањима, правним ставовима и утврђеним сентенцама, кроз писани реферат[2].

Усвојена правна схватања и правни ставови на седницама грађанског одељења

Пратећи и проучавајући праксу нижестепених судова у смислу члана 38. став 2. Закона о уређењу судова, уочена су бројна спорна правна питања чије различито тумачење од стране нижестепених судова је имало за последицу недоследну и неуједначену судску праксу.

Ради остварења и обезбеђења јединствене судске примене права, уједначавања судске праксе и у циљу побољшања ефикасности и делотворности судских поступака, Грађанско одељење Врховног касационог суда је на основу писаних реферата усвојило правна схватања која решавају одређена актуелна спорна правна питања.

Правна схватања

1. Правно схватање о примени Анекса Г Споразума о питању сукцесије

„Анекс Г Споразума о питањима сукцесије се примењује на питања имовине делова предузећа у Републици Србији која имају седиште на територијама држава сукцесора бивше СФРЈ“, под условима постојања фактичког реципроцитета“.

2. Правно схватање о рачунању рока за изјављивање жалбе или другог правног лека, када странка има више законских заступника, односно пуномоћника

„Ако странка има више законских заступника, односно пуномоћника, а суд није користио овлашћења из члана 132. став 2. ЗПП-а, већ је отправљање истовремено извршено свим законским заступницима, односно пуномоћницима, рок за изјављивање правног лека почиње да тече засебно од дана када је судска одлука достављена свакоме од њих.“

Ова правна схватања под бр. 1. и 2. од 07.02.2011. године усвојена су на основу реферата објављених у Билтену ВКС-а број 1/2011.

[2] Судијски помоћници са звањем саветника у евиденцији судске праксе за грађанску и управну материју су допринели припреми материјала.

3. „Дужник, који при делимичној уплати потраживања за утрошену електричну енергију у коме је садржан и део застарелог потраживања, не назначи коју обавезу је уплатио, платио је обавезе по редоследу доспећа за испуњење".

4. „Дужник који при делимичној уплати потраживања за утрошену електричну енергију у коме је садржан и део застарелог потраживања, назначи да само плаћа незастарело потражиавње, уплатом не прекида застарелост већ застарелог потраживања".

5. „Споразумом о одлагању плаћања утрошене електричне енергије, којим се дужник обавезао да повериоцу плати и застарело потраживање, дужник се одрекао застарелости која поново почиње да тече од дана прекида застаревања (признање дуга)".

6. „Плаћањем дела у рачуну исказаног незастарелог потраживања, дужник прекида застарелост сваком уплатом".

Правна схватања под бр. 3, 4, 5. и 6. усвојена су на VI седници Грађанског одељења ВКС-а одржаној дана 18.06.2012. године.

Правни ставови усвојени у поступку решавања спорног правног питања

1. Тужба за утврђење

Основни суд у Крагујевцу покренуо је поступак пред Врховним касационим судом ради решавања спорног правног питања на основу чл. 176-180 ЗПП-а.

Врховни касациони суд је закључио да се ради о спорном правном питању од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка у већем броју предмета што оправдава заузимање правног става у смислу одредби члана 176-180. ЗПП-а.

Правни став усвојен на V седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној дана 21.05.2012. године, гласи:

1. „Није дозвољена тужба за утврђење, којом потрошач (купац) у спору против испоручиоца (продавца) електричне енергије, захтева да се утврди да испоручилац нема право да од потрошача наплати одређени новчани износ по испостављеном рачуну за тачно одређени период због

застарелости потраживања и да нема право да тужиоцу као регистрованом потрошачу обустави испоруку електричне енергије;

2. „У поступку који се води пред судом ради наплате новчаног потраживања за испоручену електричну енергију по тужби испоручиоца (продавца), дужник се од неоснованог захтева може бранити истицањем материјално-правних приговора, а не тужбом за утврђење непостојања дуга (потпуно или делимично) услед застарелости потраживања.

3. „Право потрошача (купца) на подношење приговора испоручиоцу у случају обуставе испоруке електричне енергије због неизмирених обавеза из уговора о продаји не искључује надлежност суда да суди у спору по тужби потрошача (купца) за извршење уговора и наставак испоруке електричне енергије.“

2. Висина продајне цене након неуспелог јавног надметања

Први основни суд у Београду је покренуо поступак за решавање спорног правног питања у складу са одредбом чл. 176. и 177. ЗПП-а. Врховни касациони суд је размотрио захтев Првог основног суда у Београду и закључио да су испуњени законски услови за заузимање правног става у смислу члана 178. став 3. ЗПП-а.

Правни став усвојен на VII седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној дана 25.6.2012. године гласи:

„Када се продаји непосредном погодбом приступа након два неуспела јавна надметања висина продајне цене се одређује споразумно, без ограничења.“

Због значаја овог правног става за поступање свих извршних судова у Републици Србији, наводи се битни део из образложења:

Покретне ствари се могу продати јавним надметањем и непосредном погодбом. Који начин ће бити изабран зависи од процене суда, тј. извршитеља, у погледу могућности да се постигне најповољније уновчење ствари. Продаја путем надметања се одређује када се ради о стварима веће вредности, односно када се може очекивати да ће се ствари продати по цени већој од процењене вредности. С друге стране, извршни поверилац и извршни дужник се могу током целог поступка споразумети да се ствар прода непосредном погодобом у којем случају ће се споразумети и о условима те погодбе. Ако се ствар продаје јавним надметањем оглас се објављује на

огласној табли и на интернет страници суда најкасније осам дана пре дана одржавања. Саме странке га могу објавити и на други погодан начин.

Када је у питању продаја непокретности, суд има обавезу, да у складу са чланом 119. ЗИО, закључак о продаји непокретности објави на огласној табли и интернет страници суда и на други уобичајени начин (у тиражном листу који покрива територију РС).

Спорно питање односи се на ситуацију у којој је првобитно одређено да се ствари продају на јавном надметању, а ствари се нису могле продати ни на другом надметању. Почетна цена на другом надметању не може бити нижа од 30% од процењене вредности. То значи да се почиње са 30% вредности, а да ли ће се постићи виша или нижа цена зависи од самог исхода јавног надметања. Ако се ствари нису могле продати ни на другом надметању, прелази се на продају непосредном погодбом. Међутим продаји путем непосредне погодбе ће се у случају неуспелог јавног надметања приступити само ако се на захтев суда, односно извршитеља, извршни поверилац изјасни у року од пет радних дана да предлаже продају непосредном погодобом. Из наведеног следи, да је даље кретање поступка продаје путем непосредне погодбе зависно пре свега од диспозиција извршног повериоца. Извршни поверилац може и предложити да се намири досуђењем ствари у којем случају се сматра да је намирен у висини која одговара износу 30% процењене вредности ствари.

Сама продаја покретних ствари путем непосредне погодбе након неуспелог другог надметања за јавну продају (члан 97. ЗИО) не може се поистоветити са продајом путем непосредне погодбе коју је као такву иницијално одредио суд, или су се о продаји путем непосредне погодбе споразумели извршни поверилац и извршни дужник (члан 96. ЗИО). Наиме, закључак о продаји ствари путем непосредне погодбе суд, односно извршитељ, доноси и објављује само када је такав начин продаје иницијално одређен, односно када су се о продаји непосредном погодбом споразумели извршни поверилац и извршни дужник, а које право они имају током целог поступка (члан 96. став 3. ЗИО).Доношење и објављивање закључка о продаји путем непосредне погодбе тада има значај публицитета и обавештавања свих заинтересованих лица која би желела да купе ствари.

Када се покретне ствари нису могле продати ни на другом надметању за јавну продају, доношење посебног закључка о продаји путем непосредне погодбе не би остварило исту сврху, као и у горе наведеном слу-

чају када се ствари први пут продају путем непосредне погодбе. У ситуацији у којој се покретне ствари нису могле продати ни на другом надметању за јавну продају, доношење и објављивање тог закључка не би било у функцији публицитета, имајући у виду да је оглас о јавној продаји покретних ствари већ два пута објављиван и на огласној табли суда и на његовој интернет страници, а и саме странке су могле да га објаве, на пример, у средствима јавног информисања. Доношење и објављивање закључка о продаји путем непосредне погодбе у описаној ситуацији би било нецилисходно, а осим тога, доношење таквог закључка не прописује ни сам ЗИО. Сва заинтересована лица већ су била обавештена о могућности да купе ствар на два рочишта за јавно надметање, а та лица ће бити и обавештена да јавно надметање није успело и да ће се приступити продаји путем непосредне погодбе. Тада продаја путем непосредне погодбе није посебан начин продаје покретних ствари (члан 96. ЗИО), већ само наставак продаје путем јавног надметања, која је била неуспешна. Другим речима, продаја путем непосредне погодбе у наведеном случају представља завршетак продаје путем јавног надметања где су два рочишта (чије је одржавање било унапред објављено и са чиме се свако заинтересован могао упознати), била неуспешна. Због свега наведеног сматрам да је доношење и објављивање закључка о продаји покретних ствари путем непосредне погодбе нецелисходно и без основа у ЗИО. Исправно је гледиште да у тој ситуацији суд позове извршног повериоца закључком да му у року од 15 дана достави споразум о продаји непосредном погодбом, при чему би сва заинтересована лица могла да преговарају са извршним повериоцем. Указујем да ЗИО прописује рок од 15 дана за закључење уговора о продаји непосредном погодбом и његову реализацију.

Када се ради о цени, ЗИО не одређује цене по којима ће се продавати покретне ствари, како на јавном надметању тако и у случају када се ствари продају путем непосредне погодбе. Уколико се ствари продају путем јавног надметања ЗИО одређује почетну цену на првом надметању 60% процењене вредности, а на другом 30% процењене вредности. То не значи да се ствари не могу продати по вишој односно нижој цени. Да ли ће се продати по вишој или нижој цени зависи од исхода јавног надметања. Исти принцип би важио и у ситуацији у којој друго јавно надметање није успело, па се приступа продаји путем непосредне погодбе, јер је у складу са напред наведеним продаја непосредном погодбом у тој ситуацији само наставак неуспелог јавног надметања. Висина цене ће тада зависи-

ти од исхода преговора који заинтересована лица буду водила са извршним повериоцем. То прописује и сам ЗИО. Ако се продаји непосредном погодбом приступи након два неуспела јавна надметања, продајна цена је предмет договора између страна у купопродајном односу и за њу се не тражи сагласност извршног дужника (члан 97. став 6. ЗИО). То значи да се цена формира путем преговора при чему се може ићи и испод износа од 30% процењене вредности.

ЗИО не помиње могућност да суд не прихвати споразум о продаји путем непосредне погодбе. ЗИО само говори о року за закључење уговора и његову реализацију у том случају. Одредба члана 3. став 3. ЗПП-а, прописује да суд неће дозволити располагање странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала. У случају да се ствар продаје непосредном погодбом закључује се уговор о купопродаји (који остварује одређена дејства и у извршном поступку) између купца с једне стране и судског извршитеља, односно извршитеља са друге стране. Требало би имати у виду и одредбу члана 10. ЗОО, по којој су странке слободне да уређују своје односе у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја. Извршни суд треба да има у виду и одредбу члана 9. став 2. ЗПП-а, у вези са чланом 10. ЗИО (сходна примена ЗПП-а у поступку извршења) по којој је суд дужан да спречи и казни сваку злоупотребу права које имају странке у поступку.

Следом изнетога, цена би могла да иде и испод 30% а извршни суд има овлашћења из наведених прописа да сузбије евентуалне злоупотребе.

Све напред наведено односи се и на продају непокретности непосредном погодбом, у случају два неуспела јавна надметања (члан 123. ЗИО).

Утврђене сентенце на седницама грађанског одељења

Утврђене сентеце треба да допринесу јединственој и једнакој примени права у идентичним чињенично-правним ситуацијама.

У овом извештајном периоду у смислу члана 35. Пословника о уређењу и раду Врховног касационог суда утврђено је 18 сентенци.

Сентенце се односе на грађанско-процесно право, облигационо право, наследно право, радно право, породично право и управно право (процесно и материјално).

1. Сентенце из грађанског процесног права

- Стварна надлежност привредног суда према седишту правног лица у ликвидацији: „За суђење у спору физичког лица са правним лицем у ликвидацији стварно је надлежан привредни суд“.

- Стварна надлежност у поступку одлучивања о предлогу за понављање поступка: „Нема атракције надлежности стечајног суда у поступку одлучивања о предлогу за понављање поступка правноснажно завршеног пред судом опште надлежности“.

- Стварна надлежност привредног суда после брисања радње предузетника из АПР-а: „Датум подношења тужбе је релевантан моменат за одређивање стварне надлежности привредног суда када је у току спора радња предузетника брисана из регистра АПР-а“.

- Непотпуна ревизија: „Ревизија је непотпуна, када не садржи потпис или печат адвоката подносиоца ревизије“.

2. Сентенца из облигационог права

- Одговорност лекара: „Лекар је одговоран за накнаду штете настале методом лечења која није призната од савремене медицинске науке“.

3. Сентенца из наследног права

- Завештајно располагање супружника заједничком имовином: „Кад супружници завештањем располажу заједничком имовином, ваљаност завештајног располагања сваког од завешталаца цени се независно једно од другог.“

4. Сентенце из радног права

- Неостваривање резултата рада као разлог за отказ уговора о раду: „Послодавац може запосленом отказати уговор о раду ако и после датих инструкција и остављеног рока да побољша резултате рада, настави да обавља посао на незадовољавајући начин.“

- Отпремнина и решење о отказу уговора о раду: „Тужилац није преклудиран у праву да захтева исплату отпремнине у већем износу од оног који је утврђен коначним и правноснажним решењем о престанку радног односа“.

5. Сентенца из породичног права

- Оспоравање очинства утврђивањем неистинитости чињенице рођења уписане у матичну књигу рођених: „Очинство мушкарца који је

уписан у матичну књигу рођених као отац детета може бити оспорено само у парници пред судом опште надлежности ради оспоравања очинства, у законским роковима, а не у поступку за утврђивање неистинитости података уписаних у матичну књигу рођених.“

6. Сентенце из управног права

а) Сентенце из управно-процесног права

- За одлучивање по тужбама за заштиту права из здравственог осигурања поднетим против одлука донетих по Закону о здравственом осигурању („Сл. гласник РС“ 18/92...45/05), који је био у примени до 10.12.2005. године, стварно је надлежан Виши суд;

За одлучивање по тужбама за заштиту права из здравственог осигурања поднетим против одлука донетих по Закону о здравственом осигурању („Сл. гласник РС“ 107/05, 109/05 и 106/06), који је ступио на снагу 10. децембра 2005. године, стварно је надлежан Виши суд, када је одлучивано о праву на здравствену заштиту из члана 34. до члана 46. овога закона, а када је одлучивано о праву из здравственог осигурања, стварно је надлежан Управни суд.

- Захтев за преиспитивање правноснажне одлуке Управног суда може да се поднесе против правноснажног решења Управног суда донетог по тужби у управном спору уколико су за његово подношење испуњени услови прописани чланом 49. ст. 2. и 3. Закона о управним споровима („Сл. гласник РС“ 111/09).

- Дозвољен је захтев за преиспитивање судске одлуке поднет на основу члана 49. став 2. тачка 3. Закона о управним споровима, против правноснажне одлуке Управног суда донете у управном спору о оцени законитости одлуке Савета РРА по приговору.

- Привредни суд у првом степену суди у споровима који произилазе из примене Закона о привредним друштвима или примене других прописа о организацији и статуту привредних субјеката, као и у споровима о примени прописа о приватизацији.

- Одлучивање о самосталном тужбеном захтеву који се односи на обавезивање послодавца на уплату доприноса из обавезног социјалног осигурања не спада у надлежност суда опште надлежности јер се не ради о спору из члана 1. Закона о парничном поступку.

- Против одлуке Врховног касационог суда донете по тужби за понављање поступка спроведеног пред Врховним касационом судом није дозвољен захтев за преиспитивање судске одлуке.

- За одлучивање у споровима поводом избора (именовања) и разрешења члана Управног одбора јавног предузећа, стварно је надлежан виши суд.

б) Сентенце из управног материјалног права

- Својство цивилног инвалида рата на основу Закона о правима цивилних инвалида рата („Сл. гласник РС“ 52/96) може се признати само лицима код којих је оштећење организма наступило под околностима из члана 2. овога закона као последица ране, повреде или озледе задобијене на територији Републике Србије.

- Испуњеност услова за доношење акта о престанку професионалне војне службе по потреби службе, након поништаја тог акта, донетог применом Закона о Војсци Југославије, у управном спору, цени се према Закону о Војсци Србије.

Сукоби надлежности

После ступања на снагу и почетка примене Закона о уређењу судова у пракси судова опште и посебне надлежности поставила су се као спорна бројна правна питања узрокована различитим дефинисањем и тумачењем правила о надлежности.

Пракса Врховног касационог суда у решавању сукоба надлежности је разноврсна и сложена.

Реферат даје приказ на који начин је Врховни касациони суд решио предмете сукоба надлежности који су преовлађујући по бројности и својој актуелности.

1. Сукоби надлежности између виших и апелационих судова

Сукоби надлежности између виших и апелационих судова у споровима мале вредности у поступцима по жалбама

Законом о уређењу судова[3] одређене су две врсте судова за одлучивање о жалбама против одлука основних судова у грађанскоправним

[3] „Службени гласник РС“ 116/2008 ... 101/2011

споровима. Виши судови су надлежни за одлучивање о жалбама против свих одлука основних судова у споровима мале вредноти[4], а апелациони судови против пресуда основних судова које нису донете у споровима мале вредности[5].

За оцену да ли се ради о спору мале вредности релевантна је врста спора и вредност предмета спора. Неке врсте спорова, независно од вредности предмета спора, не могу бити спорови мале врдности, док је за неке врсте спорова релевантна вредност предмета спора, па се у истој врсти спора може поступати и по правилима спорова мале вредности и по првилима општег (редовног) парничног поступка.

Спорови о непокретностима, спорови из радних односа и спорови због сметања државине не могу бити спорови мале вредности[6], независно од вредности предмета спора.

За остале врсте спорова у којима се тужбени захтев односи на потраживање у новцу релевантна је вредност предмета спора. Спорови у којима се тужбени захтев односи на потраживање у новцу које не прелази динарску противвредност 3.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе су спорови мале вредности[7]. Спорови мале вредности су и спорови у којима се тужбени захтев не односи на потраживање у новцу ако је тужилац у тужби навео да пристаје да уместо испуњења одређеног захтева прими одређени новчани износ који не прелази износ предвиђен за спорове мале вредности[8].

Према претходно важећем Закону о парничном поступку спорови мале вредности су и спорови у којима је предмет тужбеног захтева предаја покретне ствари за коју је тужилац у тужби навео да јој вредност не

[4] Члан 23. став 2. тачка 2. Закона о уређењу судова

[5] Члан 24. став 1. тачка 3. Закона о уређењу судова

[6] Члан 469. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 72/2011) и члан 468. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 125/2004, 111/2009)

[7] Члан 468. став 1. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 72/2011) и члан 467. став 1. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 125/2004, 111/2009)

[8] Члан 468. став 3. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 72/2011) и члан 467. став 2. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 125/2004, 111/2009)

прелази износ предвиђен за спорове мале вредности[9]. Законом о парничном поступку који је на снази проширена је примена те одредбе на све спорове у којима предмет тужбеног захтева није новчани износ, али је тужилац у тужби навео да је вредност предмета спора износ који не прелази износ предвиђен за спорове мале вредности[10].

Законске одредбе које дефинишу спорове мале вредности по својој садржини изазивају правне дилеме, због чега је и долазило до честих сукоба надлежности виших и апелационих судова, које је решавао Врховни касациони суд (у даљем тексту ВКС), као заједнички непосредно виши суд[11]. Све одлуке ВКС које су наведене у овом раду донете су на основу претходно важећег Закона о парничном поступку зато што до завршетка писања овог рада у судској пракси нису евидетиране одлуке којима је ВКС одлучивао о сукобу надлежности између виших и апелационих судова применом Закона о парничном поступку који је на снази. Собзиром да између одредаба о споровима мале вредности у претходно важећем Закону о парничном поступку и Закону о парничном поступку који је на снази не постоје велике разлике, приказана пракса је релевантна и за Закон о парничном поступку који је на снази за одредбе које нису измењене.

На основу предмета које је решавао ВКС могу се уочити две групе спорних питања релевантних за надлежност виших и апелационих судова за одлучивање по жалбама: одређивање новчаног износа за спорове мале вредности и да ли одређени спор према својој врсти може бити спор мале вредности.

Да ли се ради о спору мале вредности цени се према динарској противвредности евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе[12]. У Закону о парничном поступку који је на снази унета је нова одредба да промена курса након подношења тужбе није реле-

---

[9] Члан 467. став 3. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 125/2004, 111/2009)

[10] Члан 468. став 4. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 72/2011)

[11] Члан 22. став 1. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 72/2011) и члан 23. став 1. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 125/2004, 111/2009)

[12] Члан 468. став 1. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 72/2011) и члан 467. став 1. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 125/2004, 111/2009)

вантна за примену правила о споровима мале вредности[13]. Иако у раније важећем Закону о парничном поступку није постојала та одредба, према пракси ВКС није било спорно да промена курса после подношења тужбе нема утицаја за оцену да ли се ради о спору мале вредности.

Закон о парничном поступку који је на снази, као и претходно важећи Закон о парничном поступку, садрже одредбе о значају преиначења тужбе и смањења тужбеног захтева на спорове мале вредности. Преиначењем тужбе тако да вредност предмета спора прелази динарску противврдност 3.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе, спор престаје да буде спор мале вредности, а смањењем тужбеног захтева тако да вредност премета спора више не прелази динарску противвредност 3.000 евра, спор постаје спор мале вредности[14]. Упоређивањем одредаба Закона о парничном поступку који је на снази[15] и претходно важећег Закона о парничном поступку[16] у овом делу, уочава се да су у Закону о парничном поступку који је на снази брисане речи „на дан подношења тужбе“.

Према пракси ВКС ако је тужба преиначавана, динарска противвредност спора утврђивана је према курсу евра у време преиначења тужбе[17], а ако је смањиван тужбени захтев према курсу у време подношења тужбе[18] зато што смањење тужбеног захтева није преиначење тужбе.

За оцену да ли се ради о спору мале вредности није значајна вредност предмета спора оспорена жалбом, већ вредност предмета спора постављена тужбеним захтевом[19].

---

[13] Члан 468. став 2. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 72/2011)

[14] Члан 476. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 72/2011) и члан 474. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ 125/2004, 111/2009)

[15] Члан 476.

[16] Члан 474.

[17] Решења ВКС Р 626/10 од 18.1. 2011. године, Р 125/11 од 17. 3. 2011. године, Р 404/11 од 29. 9. 2011. године, Р 38/12 од 22.2.2012. године, Р1 214/12 од 28. 6. 2012. године

[18] Решења ВКС Р 209/11 од 19.5. 2011. године и Р 418/11 од 6.10. 2011. године

[19] У образложењу решења ВКС Р 396/10 од 1.9.2010.године је наведено: Како је у конкретном случају предмет тужбеног захтева износ од 4.500 евра у динарској противвредности, предметни спор није спор мале вредности. Без значаја је

Ако је више лица поднело једну тужбу, или више лица једном тужбом тужено, али се не ради о јединственим, већ обичним супаричарима, вредност предмета спора се одређује према вредности сваког појединог захтева[20], зато што су обични супарничари самосталне странке, па њихове парничне радње немају значаја за друге странке.

Решавајући сукобе надлежности између виших и апелационих судова, ВКС је изразио ставове да се следећи спорови не могу сматрати споровима мале вредности, независно од вредности предмета спора, зато што се ради о споровима из радних односа: спорови ради накнаде штете коју запослени учини на раду[21]; спорови ради накнаде штете због изгубљене зараде, накнаде за топли оброк и регрес за годишњи одмор и повраћај отпремнине[22]; спорови ради накнаде штете због неисплаћених трошкова превоза и топлог оброка[23]; спорови ради уплате доприноса за пензијско и инвалидско осигурање[24]; спорови ради накнаде штете због неисплаћене зараде за време суспензије[25]; спорови ради накнаде погребних трошкова по основу смрти лица које је било у радном односу код туженог[26]; спорови ради исплате разлике плате по чину и положајне плате[27].

Одређивањем виших судова за одлучивање о жалбама, ВКС је изразио правне ставове да се следећи спорови не сматрају споровима из радних односа: спорови ради исплате накнаде за боловање од Републичког завода за здравствено осигурање[28]; спорови ради исплате по основу угово-

вредност предмета спора жалбом побијаног дела пресуде, који је у конкретном случају испод цензуса динарске проттврдности 3.000 евра, јер је за одређивање да ли се ради о спору мале вредности меродавна вредност постављеног тужбеног захтева.

[20] Решења ВКС Р 428/11 од 19.10. 2011. године, Р 429/11 од 13. 10. 2011. године, Р 527/11 од 22. 12. 2011. године, Р 56/12 од 23.2.2012. године

[21] Решења ВКС Р 596/10 од 16.12. 2010. године, Р 27/11 од 26. 1. 2011. године, Р 77/11 од 24. 2. 2011. године, Р 227/11 од 26.5.2011. године

[22] Решење ВКС Р 414/10 од 22.9. 2010. године

[23] Решење ВКС Р 293/11 од 7.7. 2011. године

[24] Решење ВКС Р 481/10 од 20.10. 2010. године

[25] Решење ВКС Р 7/12 од 12.1.2012. године

[26] Решење ВКС Р 180/10 од 28.4.2010. године

[27] Решење ВКС Р 539/11 од 18.1.2012. године

[28] Решење ВКС Р 466/11 од 16.11.2011. године

ра који није закључен према Закону о раду[29]; спорови ради исплате по основу уговора о делу[30].

Ако су оспорене одлуке основних судова по врсти - решења, независно од врсте спора и вредности предмета спора, за одлучивање о жалбама надлежни су виши судови[31] [32] [33] [34] [35].

Решавајући сукобе надлежности између виших и апелационих судова, ВКС је изразио правне ставове да се због врсте спора следећи спорови независно од вредности предмета спора, не могу сматрати споровима мале вредности: спорови ради утврђења[36], спорови у којима поред тужбеног захтева који се односи на потраживање у новцу постоји и захтев ради

[29] Решење ВКС Р 534/11 од 12.1.2012. године

[30] Решење ВКС Р 257/11 од 15.6.2011. године, у коме је наведено: Како је уговор о делу у смислу члана 199. Закона о раду обављање послова ван делатности послодавца, а који имају за предмет самосталну израду или оправку одређене ствари, самостално извршење одређеног физичког или интелектуалног посла, овај спор не представља спор из радног односа, па је за поступање по жалби надлежан виши суд.

[31] Члан 23. став 2.тачка 2. Закона о уређењу судова

[32] Решење ВКС Р 270/10 од 24.6.2010. године, у коме је наведено: Како се жалбама странака побијају решења првостепеног суда садржана у ставовима 1. и 4. изреке првостепене пресуде, за одлучивање о жалбма надлежан је виши суд.

[33] Решење ВКС Р 76/11 од 17.2.2011. године, у коме је наведено: Будући да је жалба изјављена против ршења основног суда којим је исправљена првостепена пресуда, за поступање по жалби надлежан је виши суд.

[34] Решење ВКС Р 36/11 од 27.1.2011. године, у коме је наведено: Како се жалбама тужених изјављеним против пресуде општинског суда побија решење о трошковима поступка садржано у изреци првостепене пресуде, за одлучивање је надлежан виши суд.

[35] Решење ВКС Р 410/11 од 29.9.2011. године, у коме је наведено: Како је основни суд решењем одбацио предлог за издавање платног налога за обавезивање тужених да исплате тужиоцима укупан износ од 33.037,63 и 150.438,55 америчких долара и оглсио се ненадлежним за поступање, за одлучивање о жалби надлежан је виши суд.

[36] Решење ВКС Р 141/11 од 31.03.2011. године, у коме је наведено: Предмет тужбеног захтева у овој парници је утврђење, с тим што се чинидба не састоји у плаћању, а имовински спорови по тужбама за утврђење не сматрају се споровима мале вредности, без обзира на означену вредност предмета спора.

чинидбе[37]; спорови ради утврђења ништавости споразума закљученог између странака и обавезивање на исплату накнаде за коришћење дела зграде и закупнине[38]; спорови ради поништаја вансудског поравнања[39]; спорови ради уписа својине на непокретностима[40]; спорови са основним тужбеним захтевом за поништај рачуна за коришћење телефонског броја и евентуалним захтевом за утврђење да не постоји право туженог да за коришћење телефонског броја наплати износ већи од опредељеног[41]; спорови ради утврђења права својине на акцијама[42]; спорови ради деобе заједничке имовине стечене у браку[43]; спорови ради утврђења непостојања обавезе плаћања трошкова грејања[44]; спорови ради утврђења неистинитости ис-

[37] Решење ВКС Р 424/10 од 6.10.2010. године, у коме је наведено: Собзиром да је првостепеном пресудом, поред тужбеног захтева који се односи на пораживање у новцу, одлучено и о захтеву ради чинидбе (отклањање узрока квашења плафона и зида у кухињи) и да тужилац није пристао да уместо испуњења чинидбе прими одређени новчани износ, за одлучивање о изјављеној жалби надлежан је апелациони суд.

[38] Решење ВКС Р 221/11 од 25.5.2011. године

[39] Решење ВКС Р 272/11 од 30.6.2011. године

[40] Решење ВКС Р 263/11од 16.6.2011. године, у коме је наведено: Предмет спора по тужби и противтужби су новчана потраживања у износима који би се према динарској протиттврности могли сматрати споровима мале вредности, међутим, имајући у виду да тужени противтужбеним захевом тражи и да се упише као власник на спорној парцели, за одлучивање о жалби надлежан је апелациони суд.

[41] Решење ВКС Р 269/11 од 6.7.2011. године

[42] Решење ВКС Р 419/11 од 23.1.2012. године, у коме је наведено: Ради се о спору који се не може сматрати спором мале вредности, без обзира на укупну номиналну врденост акција, зато што је предмет спора утврђење права на акцијама (утврђујућа тужба), а не исплата новачног износа, односно предаја покретних ствари.

[43] Решење ВКС Р 460/11од 14.12.2011. године, у коме је наведено: Предмет тужбеног захтева је утврђење да је тужиља сувласник на једној половини девизних новчаних средстава, без кокретизације тог износа, који се воде на означеном девизном рачуну туженог, а по основу заједничке имовине стечене током брака, па како се ради о неновчаном потраживању, не ради се о спору мале вредности.

[44] Решење ВКС Р 523/11од 27.12.2011. године, у коме је наведено: тужилац је поставио тужбени захтев за утврђење да нема обавезу плаћања трошкова грејања и захтев да се обавеже тужена да изда књижно одобрење у корист тужиоца, па се не ради о спору мале вредности.

праве о утрошку електричне енергије или непостојања потраживања за утрошену електричну енергију[45]; спорови ради предаје исправе[46].

2. Сукоби надлежности између основних и привредних судова

Стварна надлежност у споровима поводом стечаја и ликвидације, ако је стечај отворен над тужиоцем у парници која се водила пред судом опште надлежности

Законом о стечају ("Службени гласник РС" 104/2009, 99/2011) уређују се услови и начин покретања и спровођења стечаја над правним лицима (члан 1). По члану 2. закона циљ стечаја јесте најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине. По отварању, стечајни поступак спроводи суд по службеној дужности (члан 6. закона).

Стечајни суд пружа правну заштиту повериоцима стечајног дужника због чега се успоставља посебна релација између суда и сваког учесника у стечајном поступку. Тај процесни однос окупља у процесну заједницу све стране различитих материјално-правних односа који су настали између стечајног дужника и његових поверилаца.

Пред нижестепеним судовима се поставило као спорно питање концентрације суђења пред стечајним судом када је стечајни поступак отворен над тужиоцем. Основи судови у тренутку наступања правних последица отварања поступка стечаја, прекидају поступак у односу на тужиоца – стечајног дужника (члан 88. закона), настављају поступак када стечајни управник обавести суд пред којим се води поступак да је преузео поступак (члан 89. став 1. закона), оглашавају се стварно ненадлежним за даље поступање, и предмет достављају привредним судовима који спроводе стечај над тужиоцем. Привредни судови, углавном, не прихватају своју стварну надлежност образлажући да нема атракције стварне надлежности у корист привредног суда ако је стечај отворен над тужиоцем у

[45] Решења ВКС Р 32510 од 2.9.2010. године, Р 81/11 од 2.3.2011. године и Р1 194/12 од 13.6.2012. године.

[46] Решење ВКС Р1 177/12 од 31.5.2012. године у коме је наведено: Како првостепеном пресудом није одлучено о тужбеном захтеву за предају ствари, већ за предају исправе као доказа о закљученом уговору, спор се не сматра спором мале вредности.

парници која се водила пред судом опште надлежности зато што Закон о стечају не садржи одредбе о атракцији стварне надлежности када је стечајни поступак отворен над тужиоцем, за разлику од одредби из члана 91. ст.3. и 4. закона, који садржи специјалне норме којима се уређују процесна питања стварне и месне надлежности у парничном поступку када је стечајни поступак отворен над туженим.

Врховни касациони суд је свој правни став по овом питању изнео у одлукама[47] у којима је решавао сукоб стварне надлежности између привредних и основних судова. На седници Грађанског одељења Врховног касационог суда је такође разматрано ово питање и прихваћен је став изражен кроз наведене и бројне друге одлуке Врховног суда Србије и Врховног касационог суда.

Према досадашњој пракси Врховног суда Србије и Врховног касационог суда, а сагласно раније важећем Закону о судовима ("Службени гласник РС" 46/91) и сада важећем Закона о уређењу судова ("Службени гласник РС" 116/2008) за суђење у споровима поводом стечаја стварно надлежан је привредни суд који спроводи поступак стечаја над стечајним дужником без обзира да ли је стечајни дужник тужилац или тужени.

Овакав став Врховног касационог суда заснива се на члану 25. став 1. тачка 4. важећег Закона о уређењу судова којим је прописано да привредни суд у првом степену суди у споровима о страним улагањима; о бродовима и ваздухопловима, пловидби на мору и унутрашњим водама и споровима у којима се примењују пловидбено и ваздухопловно право, изузев спорова о превозу путника; о заштити фирме; поводом уписа у судски регистар; поводом стечаја и ликвидације.

Овакав став Врховног касационог суда има потпору и у прокламованом циљу у једном од основних начела стечајног поступка.

Члан 2. Закона о стечају прописује да је циљ стечаја најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.

Такође, начело економичности прописано чланом 5. Закона о стечају прецизира да се стечајни поступак спроводи тако да омогући остваривање највеће могуће вредности имовине стечајног дужника и највећег

[47] Р1 29/12, Р1 28/12 ...

могућег степена намирења поверилаца у што краћем времену и са што мање трошкова.

Цитирани законом прокламовани циљ и начело оправдавају атракцију надлежности и у случају када је стечајни дужник тужилац, с обзиром да би свако другачије решење проузроковало додатне трошкове стечајног управника и стечајне масе, а што би онемогућило најповољније намирење стечајних поверилаца тужиоца над којим је отворен стечај.

3. Сукоби надлежности између Управног и виших и основних судова

Сукоби надлежности између Управног и виших и основних судова у споровима поводом избора (именовања) и разрешења члана управног одбора јавног предузећа

Уставом Републике Србије[48] прописано је да судска власт у Републици Србији припада судовима опште и посебне надлежности, а да се оснивање, организација, надлежност, уређење и састав суда уређује законом.

Законом о уређењу судова[49] који се примењује од 1. јануара 2010. године, предвиђено је оснивање судова опште и посебне надлежности и одређена њихова надлежност за суђење, као и надлежност за одлучивање о сукобу надлежности између судова. Истим законом одредбом члана 30. став 2. прописано је да Врховни касациони суд одлучује о сукобу надлежности између судова, ако за одлучивање није надлежан други суд, као и о преношењу надлежности судова ради лакшег вођења поступка или других важних разлога.

Законом о парничном поступку[50] одредбама чл. 15. и 17, прописано је да суд оцењује по службеној дужности, одмах по пријему тужбе, да ли је надлежан и у којем је саставу надлежан, на основу навода у тужби и на основу чињеница које су суду познате, као и да суд у току целог поступка по службеној дужности пази на своју стварну надлежност. Одредбом члана 22. став 2. истог закона, прописано је да сукоб надлежности између судова разне врсте решава Врховни касациони суд.

[48] „Сл. гласник РС“ 98/2006
[49] „Сл. гласник РС“ 116/2008...101/2011
[50] „Сл. гласник РС“ 125/04....36/2011

Годишњим распоредом послова судија Врховног касационог суда одређено је веће за решавање сукоба надлежности између Управног суда као суда посебне надлежности и основног и вишег суда као судова опште надлежности.

У предметима о којима решава ово веће до изазивања сукоба надлежности најчешће долази због дилеме око правне природе акта чија се законитост спори, а од тога зависи и стварна надлежност суда. Највећи број предмета, са интенцијом да се тај број повећа, у којима је изазван сукоб надлежности између Управног суда и виших и основних судова се односи на спорове настале поводом одлука о именовању и разрешењу органа јавних предузећа које доносе њихови оснивачи. Основни и виши судови сматрају да те одлуке имају карактер управног акта, те да о њима треба да одлучује Управни суд у управном спору, док Управни суд сматра да правна природа таквих одлука нема карактер управног акта донетог у управној ствари, па да у спору насталом поводом њих треба да одлучује суд опште надлежности.

Због великог броја ових предмета и значаја одлуке на праксу судова, одлука Врховног касационог суда Ус 18/12 од 05.06.2012. године[51] донета поводом изазваног сукоба надлежности размотрена је и на седници Грађанског одељења ВКС-а од 25.06.2012. године, те по основу те одлуке утврђена следећа сентенца:

„За одлучивање у споровима поводом избора (именовања) и разрешења члана управног одбора јавног предузећа стварно је надлежан виши суд.“

Релевантни прописи

Одредбом члана 29. Закона о уређењу судова, прописано је да Управни суд суди у управним споровима и врши и друге послове одређене законом.

Одредбом члана 3. Закона о управним споровима[52] прописано је да у управном спору суд одлучује о законитости коначних управних аката, осим оних у погледу којих је предвиђена другачија судска заштита. У управном

[51] Решење ВКС, Ус 18/12 од 05.06.2012. године
[52] „Сл. гласник РС“ 111/2009

спору суд одлучује о законитости коначних појединачних аката којима се решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу, у погледу којих у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита. Суд у управном спору одлучује и о законитости коначних других појединачних аката, када је то законом предвиђено. Одредбом члана 4. истог закона, прописано је да управни акт у смислу овог Закона, јесте појединачни правни акт којим надлежни орган, непосредном применом прописа, решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге странке у управној ствари, док је чланом 5, прописано да управна ствар, у смислу овог закона, јесте појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произилази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди.

Одредбом члана 1. тач. 1, 2. и 3. Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса[53] прописано је да је јавно предузеће, предузеће које обавља делатност од општег интреса, а које оснива држава, односно јединица локалне самоуправе или аутономна покрајина. Јавно предузеће се оснива и послује у складу са овим законом и законом којим се уређују услови и начин обављања делатности од општег интереса. На пословно име, седиште, заступање и статусне промене јавног предузећа, као и на друга питања која нису посебно уређена овим законом, односно законом којим се уређују услови и начин обављања делатности од општег интереса, сходно се примењују одредбе закона којим се уређује правни положај привредних друштава који се односе на друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво (у даљем тексту друштва капитала). Члановима 11. и 12. став 1. истог закона прописано је да су органи јавног предузећа управни одбор, као орган управљања, директор као орган пословођења и надзорни одбор као орган надзора, а да председника и чланове управног одбора јавног предузећа именује и разрешава оснивач.

Одредбом члана 23. став 1. тачка 8. Закона о уређењу судова је прописано да виши суд у првом степену суди у споровима поводом штрајка; поводом колективних уговора ако спор није решен пред арбитражом; поводом обавезног социјалног осигурања ако није надлежан други суд; поводом матичне евиденције; поводом избора и разрешења органа правних лица ако није надлежан други суд.

[53] „Сл. гласник РС“ 25/2000...123/2007

Карактер акта о избору (именовању) и разрешењу члана Управног одбора јавног предузећа

Утврђивање правне природе акта је битна и комплексна активност како за њихове доносиоце, тако и за судове који проверавају њихову законитост, а најбитнија је за странке јер од правне природе акта зависи врста судске заштите која је обезбеђена, а самим тим и одређење суда који је надлежан да је пружи.

На основу цитираних прописа, веће за решавање сукоба надлежности између Управног суда и вишег и основног суда је закључило, да одлука о избору (именовању) члана управног одбора јавног предузећа нема карактер управног акта донетог у управној ствари из чл. 4. и 5. Закона о управним споровима, чија се законитост испитује у управном спору.Ово због тога што оснивач јавног предузећа у доношењу таквог акта иступа као оснивач, а не орган власти, односно доноси га у вршењу оснивачких права а не јавних овлашћења. Овом акту недостаје елемент ауторитативности из члана 5. Закона о управним споровима, јер његов доносилац не иступа према лицу које се именује односно разрешава са јачом вољом у вршењу власти, па се у конкретном случају ради о акту пословања.

Како је одредбом члана 23. став 1. тачка 8. Закона о уређењу судова између осталог прописано да виши суд суди у споровима поводом избора и разрешења органа правних лица, ако није надлежан други суд, а јавно предузеће је правно лице, из тога следи закључак да је за одлучивање у споровима поводом избора (именовања) и разрешења члана управног одбора јавног предузећа стварно надлежан виши суд, јер ниједним другим законом за ове спорове није прописана надлежност другог суда.

Понављање поступка на основу одлуке Уставног суда

Грађанско одељење Врховног касационог суда је у извршавању законске обавезе да разматра рад судова, прати и проучава праксу судова и обезбеђује јединствену примену права, на IV седници одржаној дана 02. априла 2012. године, донело закључак да се не прихвата правно схватање апелационих судова усвојено на заједничком састанку од 17.02.2011. године које гласи: „У складу са одредбама члана 422. став 1. тачка 11. ЗПП, одлука Уставног суда Србије којом је утврђена повреда или ускраћивање људског и мањинског права и слободе зајемчене Уставом може бити раз-

лог за понављање поступка само у парничном поступку у коме је та одлука донета“.

Врховни касациони суд је у погледу лица овлашћених за подношење предлога за понављање поступка изразио свој правни став кроз отправљене одлуке, што је био разлог због којег није прихваћено наведено правно схватање усвојено од апелационих судова.

Став Врховног касационог суда у отправљеним одлукама је да су лица: овлашћена да траже понављање поступка странке у парничном поступку чије су уставне жалбе усвојене као и лица која нису поднела уставну жалбу а налазе се у истој правној ситуацији.

Из судске праксе Грађанског одељења Врховног касационог суда

Врховни касациони суд је одлучивао по ревизијама у једној групи истоврсних предмета у којима су нижестепени судови одбили предлоге за понављање поступка[54].

Предлоге за понављање поступка у овим предметима тужиоци су засновали на одлукама Уставног суда Уж 95/2008 од 26.11.2009. године и Уж 143/2007 од 16.07.2009. године. Наведеним одлукама Уставни суд је усвојио уставне жалбе С.С. и М.Л. и утврдио повреду права на правично суђење из члана 32. став 1. Устава и право на правичну накнаду за рад из члана 60. став 4. Устава. Тужиоци, подносиоци предлога за понављање поступка нису били странке, односно подносиоци уставне жалбе у поступку пред Уставним судом. Нижестепени судови су одбили поднете предлоге за понављање поступка, налазећи да нису испуњени услови из члана 422. став 1. тачка 11. ЗПП-а, јер су наведене одлуке Уставног суда на које се у предлогу тужиоци позивају донете на основу уставних жалби изјављених против пресуда које су донете у другим предметима и које су поднела лица која нису странке у овим поступцима.

Имајући у виду стање у списима предмета и релевантно право (члан 87. Закона о уставном суду), Врховни касациони суд је укинуо нижестепена решења и предмете вратио на поновни поступак. У образложењу ревизијских решења је наведено:

[54] Рев2 834/11 од 03.11.2011. године; Рев2 854/11 од 09.11.2011. године; Рев2 62/12 од 08.02.2012. године; Рев2 489/12 од 14.06.2012. године.

„Према одредби члана 422. став 1. тачка 11. ЗПП ("Службени гласник РС" 125/04 и 111/09) поступак који је одлуком суда правноснажно завршен може се по предлогу странке поновити ако је у поступку по уставној жалби, Уставни суд утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајамчене Уставом у парничном поступку.

Одредбом члана 87. Закона о Уставном суду ("Службени гласник РС" 109/07) прописано је да ако је појединачним актом или радњом повређено или ускраћено Уставом зајамчено људско или мањинско право слободе виша лица, а само неки од њих су поднели уставну жалбу, одлука Уставног суда односи се и на лица која нису поднела уставну жалбу, ако се налазе у истој правној ситуацији.

Стога, понављање поступка се може тражити на основу одлуке Уставног суда по уставној жалби којом је утврђено кршење људског или мањинског права и слободе зајамчено Уставом у парничном поступку од стране сваког лица које се налази у истој правној ситуацији. Небитно је да ли се одлука Уставног суда о уставној жалби којом је утврђена наведена повреда односи на одлуку која је донета у парничном поступку чије се понављање тражи.

Ради доношења правилне и законите одлуке неопходно је утврдити да ли се тужиља налази у истој правној ситуацији, што је у конкретном случају изостало. Уколико се утврди да се тужиља и подноситељка уставне жалбе налазе у истој правној ситуацији, онда би тужиља имала право да основу одлуке Уставног суда Уж бр.143/07 тражи понављање поступка у смислу члана 422. став 1. тачка 11. ЗПП, без обзира што она лично није подносила уставну жалбу.“

Закључак

Грађанско одељење Врховног касационог суда је одлучивањем о ванредним правним средствима, у другим стварима одређеним законом и сукобима надлежности, усвајањем правних схватања и правних ставова, разматрањем примене закона и других прописа, своје активности усмерило на изградњу и развој судске праксе, са циљем обезбеђења јединствене судске примене права и судске заштите зајемчених људских права. На тај начин се доприноси успостављању владавине права и правне сигурности. Све ово ради потпуног остварења, унапређења и поштовања зајемчених људских права.

Љубица Милутиновић,
судија Врховног касационог суда

ДЕЛИМИЧНО ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Свако има право да слободно одлучује о рађању деце[1]. Та одлука подразумева слободу рађања деце али и одлуку против рађања. Све док се дете не роди, не постоји родитељско право. Након рођења детета, родитељи стичу родитељско право. Титулари тог права су оба родитеља. Ипак, постоје случајеви кад родитељско право припада само једном родитељу и они представљају изузетак од правила. То ће се догодити, кад је други родитељ умро, није познат или је лишен родитељског права. У прва два случаја ради се о објективним околностима које су ван домашаја активних радњи и пропуштања родитеља а лишење родитељског права подразумева низ субјективних и субјективно-објективних околности које могу довести до те последице. Лишење може бити потпуно и делимично. У овом раду ћемо се бавити питањима делимичног лишења родитељског права.

Појам родитељског права

Родитељско право је лично право родитеља према детету. Оно је изведено из дужности родитеља и постоји само у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета[2]. Родитељско право не може имати нико други осим родитеља – оца и мајке заједно, односно само мајке или само оца у случајевима када родитељско право припада само једном родитељу. Родитељско право може стећи поред родитеља једино усвојитељ над усвојеником, пошто усвојењем настају односи који постоје између детета и родитеља[3]. Ипак, одредбе о лишењу родитељског права

[1] Устав Републике Србије - "Службени гласник РС" 98/2006, члан 63. став 1; члан 5. став 1. Породичног закона („Службени гласник Републике Србије" 18/2005)

[2] Члан 67. Породичног закона

[3] Члан 104. Породичног закона; члан 7. став 4. Породичног закона - Марија Драшкић, *Како устав види породицу?* Зборник радова Систем породично правне заштите у Србији, страна 34, Глосаријум, Београд 2009. године; Марија Драшкић, *Породично право и права детета,* Уџбеник у издању Чигоја штампе, Београд 2005. године, страна 278

се не односе на усвојитеља, и у том случају остаје отворено питање шта се догађа када усвојитељ грубо крши права усвојеника, злоупотребљава права из корпуса родитељског права или их несавесно врши.

Родитељско право је у суштини скуп посебних дужности и права која су нормама објективног права поверена родитељима да их врше споразумно у првенственом интересу детета, старањем о личности, правима и интересима и имовини детета[4]. Већи значај у садржини родитељског права се придаје дужностима него правима родитеља, јер дужности имају за крајњи циљ оспособљавање детета за одрастање у корисног и морално исправног члана друштва а права родитеља омогућавају што боље остваривање припадајућих дужности и заштиту детета од незаконитих и неовлашћених поступака других лица у остварењу родитељског права, чиме се посебно афирмише принцип да су родитељи пре свих других позвани да се старају о детету[5]. На овај начин се и у законодавству афирмише принцип одговорног родитељства, заснован на одговорном вршењу права и дружности из садржине родитељског права[6].

Родитељско право постоји само у односу на малолетно дете и изузетно у односу на пунолетно дете ако је на основу законом прописаних разлога дошло до продужења родитељског права[7]. Родитељско право је непреносиво право, родитељи се тог права не могу одрећи а ако се врши у складу са законом нико не сме да омета родитеље у вршењу тога права. Оно се може ограничити и одузети само под условима и на начин прописан законом[8]. Поред родитеља држава је одговорна да предузме све мере за заштиту детета од занемаривања, физичког, сексуалног и емоционалног злостављања и сваке врсте експлоатације[9]

Садржину родитељског права чине права и дужности родитеља која се односе на: 1) личност детета, 2) заступање детета, 3) издржавање детета и 4) имовину детета. У дужности и права родитеља нарочито спадају: брига о животу и здрављу детета; чување и подизање детета; васпи-

[4] Слободан Панов, *Породично право,* уџбеник у издању Правног факултета Универзитета у Београду, друго измењено и допуњено издаље, година 2010. страна 156
[5] Члан 60. став 1. ПЗ, члан 7. став 1. Конвенције о правима детета
[6] Препорука Савета Европе No R (84)4
[7] Члан 85. Породичног закона
[8] Чл. 81, 82. и 273. Породичног закона
[9] Члан 6. став 2. Породичног закона

тање и образовање детета[10], као и одређивање личног имена и одређивање пребивалишта детета. Када дете не живи у заједници са оба родитеља право је и дужност родитеља са којим дете не живи да одржава личне односе са дететом јер на тај начин може активно да учествује у васпитавању и подизању детета, а тиме се развијају и односи љубави, поверења и узајамног поштовања између родитеља и деце[11]. Право на образовање је пре свега право детета а потом и дужност и право родитеља да детету обезбеде услове за остварење тог права према својим могућностима а у складу са способностима, жељама и склоностима детета[12] .

Родитељи су законски заступници свог малолетног детета јер је законско заступање детета право и дужност родитеља у циљу заштите личних и имовинских интереса детета. Пошто родитељско право припада и једном и другом родитељу, оба родитеља се сматрају законским заступницима. Заступање не мора увек бити заједничко (могућ је споразум родитеља), а ако родитељско право припада само једном родитељу, онда је он законски заступник детета. Ако постоји сукоб интереса између родитеља и детета, орган старатељства поставиће детету колизијског старатеља за тај случај и док та потреба постоји. У осталим односима родитељи остају законски заступници детета[13] . Саставни део родитељског права је и право и дужност родитеља на издржавање детета као и управљање и располагање имовином детета, а што зависи од начина стицања те имовине и висине вредности имовине[14].

Вршење родитељског права

Одговорно вршење дужности и права из садржине родитељског права подразумева не само законодавну интервенцију у смислу посматрања права родитеља као њихових дужности, већ и кроз нормирање одговорности родитеља за подизање и развој детета.

---

[10] Чл. 68-72 Породичног закона

[11] Члан 70. Породичног закона

[12] Члан 71. став 1. Породичног закона у вези са чланом 63. Породичног закона

[13] Слободан Панов, *Породично право,* уџбеник у издању Правног факултета Универзитета у Београду, страна 209 и 210, година издања 2010; Марија Драшкић, *Породично право и права детета,* уџбеник у издању 2005. године, страна 286, 287; чл. 72, 265. Породичног закона

[14] Члан 72. Породичног закона, чл. 192. и 193. Породичног закона

Родитељска одговорност је заједничка, они су равноправни у вршењу родитељског права, усвојитељи имају правни положај родитеља, а злоупотреба родитељског права је забрањена[15] . Вршење родитељског права може бити заједничко и споразумно када родитељи воде заједнички живот као и када не воде заједнички живот ако закључе споразум о заједничком вршењу родитељског права, а суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета[16], а може бити и самостално вршење родитељског права. Споразум о заједничком вршењу родитељског права односи се на споразумно вршење свих права и дужности из садржине родитељског права. Саставни део тог споразума је споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета[17] .

Самостално вршење родитељског права постоји када је други родитељ умро или је непознат или је лишен родитељског права или пословне способности[18]. Самостално вршење родитељског права постоји и у случајевима:

- када родитељ живи са дететом а суд још није донео одлуку о вршењу родитељског права;

- на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот, а нису закључили споразум о вршењу родитељског права;

- када родитељи не воде заједнички живот а закључили су споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, али суд процени да тај споразум није у најбољем интересу детета;

-и на крају један родитељ сам врши родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот, ако закључе споразум о самосталном вршењу родитељског права и ако суд процени да је тај споразум у најбољем интересу детета[19].

Родитељи могу постићи споразум о самосталном вршењу родитељског права који обухвата споразум родитеља о поверавању заједничког детета једном родитељу, споразум о висини доприноса за издржавање детета од

[15] Члан 7. Породичног закона
[16] Члан 75. Породичног закона
[17] Члан 76. Породичног закона
[18] Члан 77. став 1. Породичног закона
[19] Члан 77. ст. 2, 3, 4. и 5.

другог родитеља и споразум о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем. Тим споразумом преноси се вршење родитељског права на оног родитеља коме је дете поверено а родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право. Питањима која битно утичу на живот детета сматрају се нарочито: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности[20].

Када родитељи заједнички и споразумно врше родитељско право они су друштвено невидљиви, али дете као производ заједничког подухвата родитеља на његовом подизању у корисног и часног члана овог друштва, биће права потврда њиховог правилног и несебичног ангажовања. У тим околностима важи потпуна приватност породичног живота. Међутим, судска пракса, а живот још више, бележе мноштво случајева невршења или неадекватног вршења родитељског права, па чак и злоупотреба од стране једног или оба родитеља. У том случају се активира одговорност државе за предузимање потребних мера за заштиту детета[21]. Ваља напоменути, да је држава поред родитеља дужна да створи услове за правилно подизање и развој детета.

Интервенција државе у породичне, родитељско-дечије односе мора бити обазрива, сразмерна, пропорционална циљу који се жели постићи, а ако са њом не може остварити циљ заштите права детета, онда мере државне интервенције морају посегнути и у родитељско право, у законом утврђеним границама и законом прописаном поступку. Пре свега ће се активирати превентивни и корективни надзор над вршењем родитељског права који обавља орган старатељства[22], а ако он не произведе жељени циљ заштите, следи лишење родитељског права, потпуно или делимично.

Лишење родитељског права

Лишење родитељског права је најтежа породично-правна санкција која се изриче родитељима ради заштите личности, права и интереса ма-

[20] Члан 78. Породичног закона
[21] Члан 6. став 2. Породичног закона
[22] Члан 79. и 80. Породичног закона

лолетног детета[23]. Она се изриче онда када се у судском поступку утврди да је понашање родитеља према детету друштвено неприхавтљиво, јер се њиме повређују личност, достојанство, права и интереси детета. Породични закон користи правне стандарде да изрази то друштвено неприхватљиво понашање као што су: 1) злоупотреба права, 2) грубо занемаривање дужности, 3) несавесно вршење права и дужности.

Породични закон разликује два облика лишења родитељског права и то:

1) потпуно лишење родитељског права и

2) делимично лишење родитељског права.

Потпуно лишење родитељског права

Потпуно лишење родитељског права је најтежа породична правна санкција за родитеља који злоупотребљава родитељско право тако да његови поступци до те мере угрожавају интересе детета, да је угрожен физички, морални и интелектуални развој детета или грубо занемарује родитељске дужности тако што уопште не брине о детету нити подмирује његове основне животне потребе. Конретни пропусти родитеља набројани су примера ради[24], због чега суд има тешку и одговорну улогу да у радњама или пропуштањима родитеља препозна наведене основе за потпуно лишење родитељског права.

Злоупотреба права из садржине родитељског права представља противправно понашање изражено чињењем а грубо занемаривање дужности и садржине родитељског права представља противправно понашање изражено нечињењем[25]. Породични закон као злоупотребу права из садржине родитељског права наводи следећа чињења: 1) Ако физички, сексуално или емоционално злоставља дете; 2) ако израбљује дете силећи га на претерани рад, или на рад који угрожава морал, здравље или образовање детета, односно на рад који је забрањен законом; 3) ако подстиче дете на вршење кривичних дела; 4) ако навикава дете на одавање рђавим скло-

[23] Марија Драшкић, *Породично право и права детета,* уџбеник Породичног права штампан у издању Чигоја штампе у Београду 2005. године, страна 305.

[24] Члан 81. Породичног закона

[25] Ранка Вујовић, Семинарски рад под насловом *Поступак за лишење родитељског права,* брањен на Правном факултету Универзитета у Нишу

ностима; 5) ако на други начин злоупотребљава права из садржине родитељског права. Као грубо занемаривање дужности из садржине родитељског права наводе се следећа пропуштања: 1) ако је напустио дете; 2) ако се уопште не стара о детету са којим живи; 3) ако избегава да издржава дете или да одржава личне односе са дететом са којим не живи, односно ако спречава одржавање личних односа детета и родитеља са којим дете не живи; 4) ако с намером и неоправдано избегава да створи услове за заједнички живот са дететом које се налази у Установи социјалне заштите за смештај корисника; 5) ако на други начин грубо занемарује дужности из садржине родитељског права.

Основ за доношење одлуке о потпуном лишењу родитељског права може бити и било који други случај вршења права на начин супротан циљу због кога је то право дато родитељу. Суд ће у сваком конкретном случају узимајући у обзир све околности случаја и то како субјективне тако и објективне, оценити да ли се конкретно понашање или радња родитеља може сматрати злоупотребом права или грубим занемаривањем дужности. Судска одлука о потпуном лишењу родитељског права лишава родитеља свих права и дужности из садржине родитељског права, осим дужности да издржава дете[26].

Мера лишења родитељског права је привременог карактера те се родитељу може вратити родитељско право када престану разлози због којих је био лишен родитељског права[27] . Лишење родитељског права се може односити на сву децу или само једно или више деце. Лишење се може односити на једног или на оба родитеља. Ако је само један родитељ лишен родитељског права то право припада другом родитељу и он га врши сам, а ако ова санкција погађа оба родитеља, дете се сматра малолетником без родитељског старања, обавезно се ставља под старатељство о смешта у другу породицу или установу[28]. Уз одлуку о лишењу родитељског права, суд може изрећи једну или више мера заштите од насиља у породици.

Родитељ лишен родитељског права нема право и дужност да дете чува, подиже, васпитава, заступа, стара се о његовом образовању или да управља имовином. Од тог родитеља се не тражи ни пристанак за усвоје-

[26] Члан 81. став 4. Породичног закона
[27] Члан 83. Породичног закона
[28] Марија Драшкић, исто , страна 307.

ње детета[29]. Судска одлука о лишењу родитељског права уписује се у матичну књигу рођених, а ако дете има непокретности и у одговарајући јавни регистар о непокретностима[30].

Делимично лишење родитељског права

Делимично лишење родитељског права је породично правна санкција за родитеља који несавесно врши права и дужности из садржине родитељског права. Судска одлука о делимичном лишењу родитељског права може лишити родитеља једног или више права и дужности из садржине родитељског права, осим дужности да издржава дете[31], зависно од тога да ли он у време доношења судске одлуке врши или не врши родитељско право. Уколико врши родитељско право може бити лишен права и дужности на чување, подизање, васпитавање, образовање и заступање детета, те на управљање и располагање имовином детета, а уколико не врши родитељско право може бити лишен права на одржавање личних односа са дететом и права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета[32].

Делимично лишење родитељског права је лакша породично правна санкција од потпуног лишења родитељског права, јер несавесно вршење права и дужности из садржине родитељског права подразумева мањи степен родитељске неодговорности од злоупотребе права и грубог занемаривања дужности. Одлука ће зависити од тога да ли је родитељ поступао несавесно у погледу више права и дужности из садржине родитељског права или у погледу само неких од њих, али не може бити делимично лишен родитељског права у погледу свих права и дужности из садржине родитељског права[33].

Иако по правној природи делимично лишење родитељског права представља лакшу породично-правну санкцију од потпуног лишења родитељског права, доношење одлуке о делимичном лишењу родитељског права отвара бројне дилеме. Законодавац је у члану 81. Породичног закона примера ради навео чињења која представљају злоупотребу права, не

[29] Члан 96. став 1. тач. 1. и 2. Породичног закона
[30] Члан 87. Породичног закона.
[31] Члан 82. став 2. Породичног закона
[32] Члан 82. ст. 3. и 4. Породичног закона
[33] Марија Драшкић, исто, страна 310

затварајући листу могућих, као и нечињења која представљају грубо занемаривање дужности из садржине родитељског права, такође не затварајући листу могућих пропуштања. На тај начин је судији олакшао посао да у сваком конкретном случају препозна могуће радње и пропуштања која се могу квалификовати и подвести под ове правне стандарде.

Међутим, када је у питању делимично лишење родитељског права набрајања ни примера ради не постоје, већ се у првом ставу члана 82. Породичног закона као основ за делимично лишење родитељског права наводи само правни стандард несавесно вршење права и дужности из садржине родитељског права, а у наредним ставовима се наводи којих права и дужности из садржине родитељског права родитељ може бити лишен и шта садржи судска одлука. Зато је пред судијом можда и тежи задатак да препозна понашање које се може сматрати несавесним, од понашања која представљају злоупотребу права и грубо занемаривање дужности. Савесност је морална категорија која није нигде експлицитно формулисана. Правни теоретичари из области породичног права нису се много бавили овим питањем или бар аутор овог реферата није пронашао теоријску грађу о овом питању. Ипак, савесност као правни стандард изграђен кроз судску праксу, представља поступање у складу са дужностима и обавезама на начин прихватљив у конкртним околностима и према схватању средине.

Судија при доношењу одлуке о делимичном лишењу родитељског права мора да се руководи комплементарним принципима: 1) принципом недискриминације, 2) најбољег интереса детета, 3) заштите права на живот, опстанак и развој и 4) поштовања мишљења детета. Увек када има дилему како да поступи у конкретном случају, треба да покуша да одговори на наведена четири питања које произилази из ових принципа.

Пошто судија у породичном спору није ограничен начелом диспозиције странака, напротив има дужност да се руководи најбољим интересом детета, да ако је потребно детету постави привременог заступника, да му омогући да изрази своје мишљење ако је у могућности да га формира, да се стара да дете добије сва обавештења која су му потребна, да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелошћу (осим ако би то очигледно било у супротности са најбољим интересом детета), да му омогући да изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелошћу

детета[34], судија се не може олако позивати на примену правила о терету доказивања, ако сам претходно није предузео све што је у његовој моћи и што му налаже Породични закон и други прописи из области породичних односа као и његова судијска савест.

Породични закон је читав један одељак посветио правној регулативи права детета, предвиђајући да дете има право на сазнање свог порекла[35]; на живот са родитељем[36]; на одржавање личних односа са родитељем са којим не живи и сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост[37]; на обезбеђење најбољих могућих животних и здравствених услова за правилан развој[38]; на образовање у складу са својим способностима, жељама и склоностима[39]; на закључивање правних послова[40]; на слободно формирање и изражавање мишљења[41]. Са друге стране, родитељи су дужни да се старају о детету[42]; чувају и подижу дете[43]; васпитавју детета[44]; да му обезбеде образовање[45]; да га заступају у правним пословима[46]; да га издржавају[47] и управљају његовом имовином[48].

Дужности родитеља су у корелативном односу са правима детета, док права родитеља нису у корелативном односу са дужностима детета. Дете нема правне обавезе према родитељима због малолетства и неспособности за самосталан живот, због чега се и законске одредбе о дужности деце да се старају о родитељима којима је потребна помоћ, те да родитељима помажу у складу са годинама и зрелошћу, могу схватити као препорука и пожељно понашање у односима између родитеља и детета, а не

[34] Члан 266. Породичног закона
[35] Члан 59. Породичног закона
[36] Члан 60. Породичног закона
[37] Члан 61. Породичног закона
[38] Члан 62. Породичног закона
[39] Члан 63. Породичног закона
[40] Члан 64. Породичног закона
[41] Члан 65. Породичног закона
[42] Члан 68. Породичног закона
[43] Члан 69. Породичног закона
[44] Члан 70. Породичног закона
[45] Члан 71. Породичног закона
[46] Члан 72. Породичног закона
[47] Члан 73. Породичног закона
[48] Члан 74. Породичног закона

правна обавеза[49]. Законска обавеза детета према његовим родитељима састоји се у обавези пунолетног детета као и малолетника старијег од 15 година који радом стиче зараду или има приходе од имовине, да издржава своје родитеље под условима одређеним законом[50]. То је истовремено и једина законска обавеза детета према родитељима.

Да би утврдио адекватност понашања родитеља у односу на дете у вршењу родитељских дужности и права према детету суд је дужан да у сваком конкретном случају испита понашање родитеља у складу са законским правима детета, његовим могућностима, дужностима родитеља, ради конкретне оцене савесности родитеља у поступању према детету, имајући у виду и чињеницу да ли се ради о родитељу који врши родитељско право или родитељу који не врши родитељско право[51]. Примера ради навешћемо одредбу члана 69. ст. 3. и 4. Породичног закона према којој родитељи не смеју остављати без надзора дете предшколског узраста а другом лицу могу поверити дете само ако то лице испуњава услове за старатеља. Ако родитељи прекрше ове одредбе њихово понашање може бити санкционисано на различите начине зависно од околности случаја и наступелих последица. Ако није било никаквих лоших последица, могућ је корективни надзор над вршењем родитељског права који обавља орган старатељства, упозоравајући родитеље на недостатке у вршењу родитељског права или примењујући друге мере из члана 80. Породичног закона зависно од околности случаја. Ако пак дође до озбиљних последица које су трауматске по дете или родитељ не схвата своју грешку па прети опасност од поновљеног таквог или сличног понашања, могуће је применити и делимично лишење родитељског права (на пример права на чување и подизање детета) а ако се родитељ континуирано оглушује о законске дужности, могуће је и потпуно лишење родитељског права, јер тада смо на терену било злоупотребе права и дужности из корпуса родитељског права, било на грубом занемаривању дужности из родитељског права[52].

При одлучивању о изрицању било које породично-правне санкције у односу на родитеља који крши родитељска права и дужности суд ће

[49] Марија Драшкић, исто, страна 278-279
[50] Члан 66. став 2. Породичног закона
[51] Члан 82. ст. 3. и 4. Породичног закона
[52] Пример је наведен из уџбеника *Породично право,* С. Панова у издању Правног факултета Универзитета у Београду, година 2010, страна 197.

се увек руководити најбољим интересом детета. Ову дужност Породични закон експлицитно предвиђа у члану 6. став 1. према којој одредби је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета. Према ставу 2. држава има обавезу да предузима све потребне мере за заштиту детета од занемаривања, физичког, сексуалног и емоционалног злостављања те од сваке врсте експлоатације, као и обавезу да поштује, штити и унапређује права детета. Одредбе о заштити најбољег интереса детета у свему су истоветне са одредбама Конвенције о правима детета[53] и прожимају цео Породични закон. Најбољи интерес детета као стандард за заштиту његових права и интереса уз омогућавање детету да изрази своје мишљење и поштовање израженог мишљења детета гарантују остваривање права детета предвиђених овим законом.

Може се десити да родитељи не могу да се споразумеју о важним питањима, да се међу њима континуирано јављају опречни ставови у погледу вршења родитељског права, чиме су интереси детета битно угрожени. Таква ситуација може се решити делимичним лишењем родитељског права родитеља који не врши родитељско право и то његовим лишењем права да одлучује о важним питањима, која битно утичу на живот детета, а то су нарочито: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике вредности[54]. У том случају други родитељ има и могућност да тражи измену одлуке о начину вршења родитељског права, због промењених околности али и делимично лишење родитељског права родитеља који не врши родитељско право. Родитељ који не врши родитељско право може бити лишен и права на одржавање личних односа са дететом, ако несавесно врши права и дужности. То право – право на одржавање личних односа увек се може ограничити кад је то у најбољем интересу детета, а посебно ако постоје разлози за потпуно лишење родитељског права и ако је извршено насиље у породици. У том случају суд доноси одлуку о ограничењу права на одржавање личних односа[55]. По регулативи из Породичног закона мере којима се дете одваја од родитеља може донети само суд за разлику од ранијих решења из Закона о браку и породич-

[53] „Службени лист СРЈ“ – Међународни уговори 15/90 и 4/96

[54] Члан 78. став 4. Породичног закона

[55] О овом питању више у уџбенику *Породично право,* аутора Гордане Ковачек-Станић, издање Правног факултета у Новом Саду, 2005. година, страна 304.

ним односима Србије који је одређена овлашћења давао и органу старатељства. Судска надлежност установљена је ради заштите битних питања која се односе на положај родитеља и деце, значи ради се о правима и обавезама о којима треба да одлучује суд. Ово је у сагласности и са чланом 6. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода[56] Уставом Републике Србије. Према оба наведена правна документа 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. У породичним односима то су управо најбитнија питања која се тичу заштите дечијих права и правилног вршења родитељских права, те о њима свакако треба да одлучује суд. То је у складу и са чланом 9. Конвенције о правима детета који предвиђа судски надзор над одлуком о одвајању детета од родитеља[57].

Судском одлуком о делимичном лишењу родитељског права могу бити одређене и мере заштите детета од насиља у породици. Лишење родитељског права се не може односити једино на издржавање детета. Поступак у спору за лишење родитељског права је парнични за разлику од ранијег лишења из Закона о браку и породичним односима[58] који је предвиђао ванпарнични поступак. Активно легитимисани за тужбу ове врсте су дете, други родитељ, јавни тужилац и орган старатељства, а за тужбу за враћање родитељског права и родитељ који је био лишен родитељског права. Све дечије, здравствене и образовне установе или установе социјалне заштите, правосудни и други државни органи, удружења и грађани имају право и дужност да обавесте јавног тужиоца или орган старатељства о разлозима за лишење родитељског права[59]. Орган старатељства и јавни тужилац имају значајну улогу у поступцима за лишење родитељског права. Они су овлашћени на покретање поступка, а наведени државни органи, установе и сви грађани имају обавезу да обавесте орган старатељства и јавног тужиоца о разлозима за лишење родитељског права. У спору за заштиту права детета и спору за лишење родитељског права као и вршење родитељског права, суд је увек дужан да се руководи нај-

[56] „Службени лист СЦГ“ – Међународни уговори 9/2003

[57] Више о томе видети у цитираном уџбенику Гордане Ковачек Станић, страна 318

[58] „Службени гласник СР Србије“ 22 од 07.06.1980. године, ступио на снагу 8 дана од дана објављивања а примењује се од 1.10.1981. године са изменама и допунама објављеним у „Службеном гласнику СР Србије“ 11/88, 22/93, 35/94

[59] Члан 264. Породичног закона

бољим интересом детета, обезбеди му уредно заступање, постави привременог заступника ако је то потребно, и омогући му формирање и изражавање свога мишљења[60]. Пре него што донесе одлуку о заштити права детета или о лишењу родитељског права, суд је дужан да затражи налаз и стручно мишљење од органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима[61]. Ово је истовремено један од најбољих начина, али не и једини да се провери најбољи интерес детета. Суд је дужан да изведе све доказе и провери све околности конкретног случаја, јер кад то не би учинио, одлуку о заштити права детета или лишењу родитељског права суштински би доносио неки други орган а не суд.

Одлука о лишењу родитељског права, потпуно или делимично, могућа је и у спору за вршење родитељског права као и у било ком другом спору за заштиту права детета, у спору о материнству и очинству и у брачном спору[62]. Да би правно заинтересована лица била информисана о променама у родитељском праву, правноснажна судска одлука о лишењу или враћању родитељског права уписује се у матичну књигу рођених, и у регистар непокретности уколико дете има непокретности[63]. Начела овог поступка као што су: нарочита хитност, начело официјелности, истражно и расправно начело, саслушање странака, једнакост странака, принцип отвореног правосуђења, начело дискреције и искључења јавности, начело најбољег интереса детета, омогућавају да се поступак спроведе на најбољи могући начин уз утврђивање свих потребних чињеница битних за доношење правилне одлуке а уз потпуно поштовање приватности и породичног живота детета.

Судска пракса

Како је живот компликованији од свих законских и теоријских решења, ради сагледавања овог проблема, навешћемо неке примере из судске праксе.

1) Пресудом општинског суда тужена је потпуно лишена родитељског права у односу на своју малолетну ћерку и обавезана да на име издр-

[60] Члан 266. Породичног закона
[61] Члан 270. Породичног закона
[62] Чл. 273. став 2, 260. став 2. и 226. став 2. Породичног закона
[63] Члан 87. Породичног закона

жавања плаћа одређени износ. Пресуда је донета након утврђеног чињеничног стања да тужена није запослена, није пријављена Служби за запошљавање, не поседује непокретну имовину, завршила је основну школу, из првог брака има малолетно дете које је након развода брака њој поверено на чување и васпитање али га је она напустила кад му је било 14 месеци, дете сада живи са оцем. Из другог брака има малолетну ћерку која такође живи са оцем. Решењем Градског центра за социјални рад одређен јој је привремени старатељ, а дете задржано у смештају у Центру за заштиту одојчади, деце и омладине. Ради заштите интереса малолетног детета Центар за социјални рад је позивао тужену, и стручни тим центра предузео све мере ради мотивисања тужене као мајке да прихвати дете. Она није показала ни минимум интересовања за преузимање родитељске улоге. Због тога су нижестепени судови закључили да треба усвојити тужбени захтев па су тужену лишили родитељског права у потпуности применом члана 81. ст. 1. и 3. тачка 1. Породичног закона. Врховни суд Србије укинуо је наведену пресуду у делу који се односи на лишење родитељског права наводећи да према члану 2. став 2. Породичног закона свако има право на поштовање свог породичног живота, које право је гарантовано и чланом 8. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода („Службени лист СЦГ“- Међународни уговори 9/03). У спору за заштиту права детета и спору за вршење односно лишење родитељског права суд је увек дужан да се руководи најбољим интересом детета, која обавеза је предвиђена и чланом 3. Конвенције Уједињених Нација о правима детета („Службени лист СРЈ“ – Међународни уговори 15/90 и 4/96). Потпуно лишење родитељског права представља озбиљно мешање у право на породични живот, како тужене као родитеља тако и детета, те да би овако изречена мера била оправдана, мора се испитати да ли је она у сразмери са оправданим циљем, односно заштитом најбољег интереса детета, да ли постоје довољни разлози који оправдавају озбиљно мешање у породични живот, те да ли се неопходна заштита дететових интереса могла постићи и неком блажом мером. Врховни суд сматра да није у потпуности разјашњења мотивација тужене за напуштање детета по његовом рођењу, то јест да ли се ради о њеном здравственом стању после порођаја као и материјалним и породичним приликама а из образложења решења Градског центра за социјални рад произилази да се тужена више пута распитивала за дете и да је дете једном посетила, те да је процес ревитализације личности мајке у току. Чак и у случају постојања разлога за

лишење родитељског права, у поступку није утврђено да постоје разлози за потпуно искључење контакта тужене са малолетним дететом, а о ограничавању контакта детета са мајком суд ће одлучити уколико је то у најбољем интересу детета. Првостепени суд пре доношења одлуке о лишењу родитељског права тужену није саслушао као странку, па тужена није била довољно укључена у поступак доношења судске одлуке, а што је било неопходно управо ради утврђивања да ли постоји раст мотивације за прихватање детета и родитељске улоге, као и разлога за занемаривање детета од стране тужене [64].

2) Пресудом основног суда тужени је делимично лишен родитељског права у домену давања дозволе за путовање у иностранство према својој ћерки, а за одређени период. Истом пресудом уређен је начин виђања оца са малолетном ћерком. Пресуда је донета на основу утврђеног чињеничног стања да је малолетно дете поверено на негу, бригу, старање и васпитање мајци након развода брака. Брачна заједница је фактички престала када је малолетно дете имало 11 месеци. Малолетна ћерка до данас живи заједно са својом мајком. Мајка је засновала ванбрачну заједницу а касније се и удала за ванбрачног партнера. Нови муж мајке добио је усавршавање у САД-у због чега је тужиља – мајка желела са малолетном ћерком да отпутује у САД, а чему се тужени противио. Малолетне дете има одређена обољења психосоматске природе због чега би према мишљењу стручњака одвајање од мајке могло да буде трауматично за психичко здравље детета. Малолетно дете је способно да формира своје мишљење, изразило се да жели да са мајком оде у Америку. Материјални и стамбени услови у којима би дете живело у Америци су одговарајући, због чега су нижестепени судови утврдили да боравак малолетног детета у Америци за одређено време у условима у којима може да се школује и усавршава а што одговара и њеним стварним жељама омогућавају да она за одређено време промени пребивалиште, отпутује у иностранство са мајком. Пошто се отац противи њеном одласку, судови су усвојили захтев за делимично лишење родитељског права туженог и то само у домену давања дозволе за путовање у иностранство за одређени период. У образложењу се наводи да према одредби члана 61. став 2. Породичног закона право детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи може бити ограничено само судском одлуком кад је то у најбољем интересу детета, а суд може донети одлуку о ограничавању

[64] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3567/08

права детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи ако постоје разлози да се тај родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права. У корпус права детета спадају и право на развој, образовање и формирање мишљења, те тако у смислу члана 62. Породичног закона дете има право на обезбеђење најбољег из могућих животних и здравствених услова за свој правилан и потпун развој, право на образовање у складу са својим способностима, жељама и склоностима у смислу члана 63. Породичног закона а у смислу члана 65. истог закона и право да формира своје мишљење и слободно га изрази. Родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право (члан 78. став 3. Породичног закона). Питањима која битно утичу на живот детета сматрају се нарочито образовање детета, предузимање већих медицинских захвата, промена пребивалишта, располагање имовином велике вредности. Како према одредби члана 82. Породичног закона родитељ који несавесно врши права или дужности из садржине родитељског права може бити делимично лишен родитељског права и то права на одржавање личних односа са дететом и права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, у конкретном случају ради се о промени пребивалишта као једном од питања која битно утичу на живот детета, а родитељ се противи одласку детета и промени пребивалишта, иако је то супротно најбољем интересу детета и формираном и израженом мишљењу детета, онда је усвајање тужбеног захтева за делимично лишење родитељског права само у том делу било основано. Најбољи интерес детета проверен је и кроз извештаје стручних тимова центра за социјални рад и одговарајућих стручњака. Пролонгирање судске одлуке представља покушај оца да задржи дете у земљи, примарно следећи своје сопствене интересе, што по мишљењу стручног тима центра за социјални рад није у интересу детета. Иако отац до момента доношења ове одлуке није нарушавао право и интерес свога детета на други начин осим противљења одласку у иностранству, све остале чињенице укључујући и мишљење стручњака да би одвајање детета од мајке оставило значајне психичке последице на дете имајући у виду да болује од бронхијалне астме која је психосоматско обољење и да би ово одвајање било трауматично, стављањем у пропорционални однос понашања туженог – оца и заштиту интереса малолетног детета, судови су дали предност заштити интереса малолетног детета кроз правну последицу која се тиче делимичног лишења ро-

дитељског права туженог у домену давања дозволе за путовање у иностранство за одређени период[65]. Лични контакти оца и ћерке нису прекинути, већ су одлуком суда утврђена правила одржавања њихових контаката.

3) Пресудом општинског суда тужени је потпуно лишен родитељског права према малолетној ћерки. У поступку је утврђено да је малолетно дете поверено мајци након развода брака родитеља на самостално вршење родитељског права и уређен начин одржавања личних односа малолетног детета са туженим као оцем, као и одлучено о доприносу за издржавање малолетног детета. Испред зграде центра за социјални рад у присуству малолетног детета тужени је усмртио њену мајку што је код детета изазвало кумулацију напетости, немира, страха и других негативних емоција које могу веома погубно да утичу на њен психофизички развој а постоји и опасност транс- генерацијског преношења трауме, што произилази из извештаја стручног тима центра за социјални рад. Због тога су судови усвојили тужбени захтев за потпуно лишење родитељског права туженог у односу на малолетно дете с позивом на члан 81. ст. 1. и 2. тачка 1. Породичног закона јер су закључили да наведени догађај представља емоционално злостављање малолетног детета од стране туженог. Овим догађајем тужени је малолетно дете лишио родитељског старања, мајчинске љубави, бриге и пажње, убиством мајке и тиме злоупотребио права и грубо занемарио дужности из садржине родитељског права, што је довело до тешког оштећења интереса малолетног детета[66].

4) Пресудом основног суда одбијен је захтев за потпуно лишење родитељског права мајке малолетног детета као и за делимично лишење родитељског права оца малолетног детета. Пресудом апелационог суда усвојена је жалба тужиоца – центра за социјални рад и првостепена пресуда преиначена тако што су тужени – оба родитеља делимично лишени родитељског права у погледу чувања, подизања, васпитања, образовања, заступања, управљања и располагања имовином детета, као и права да одлучује о питањима која битно утичу на његов живот, задржавајући право на одржавање личних односа, вићање детета у контролисаним условима, према моделу који одреди надлежни орган старатељства. Према утврђеном чињеничном стању малолетно дете странака рођено је у ванбрачној заједници тужених. Тужени отац из

[65] Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 200/12
[66] Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2918/08

претходног брака има малолетног сина који је поверен на старање баки по мајци, а тужени отац је лишен родитељског права у односу на то дете. Тужена мајка из ранијег брака има двоје малолетне деце која су после развода поверена на старање оцу. Тужени су живели у породичној кући која је у сувласништву туженог - оца са његовом сестром. Тужена мајка често је долазила у сукоб са сестром туженог као и са туженим нарочито када је био алкохолисан, па су ове ситуације доводиле до јаке психичке узнемирености тужене која би изводила дете у шетњу дању и ноћу, некада је излазила из куће сама и дете остављала са оцем који је под дејством алкохола. Након једне од свађа тужена је напустила кућу и туженог супруга у намери да изнајми други стан, али се предомислила и вратила након чега је дошло до свађе између тужених у присуству детета, што је дете узнемирило па је почело да плаче. Снаха туженог није желела да дете остави са оцем који је у алкохолисаном стању, па га је одвела у станицу милиције, да би по позиву из станице милиције центар за социјални рад дете привремено сместио у Дом за незбринуту децу. Центар за социјални рад малолетном детету је поставио привременог старатеља и признато му је право на смештај у другу – хранитељску породицу. Виђање тужених са малолетним дететом одређено је у контролисаним условима у просторијама центра за социјални рад. Малолетно дете је са три године укључено у предшколску установу где се успешно уклопило. На основу утврђених чињеница судови су закључили да тужени не испољавају психопатолошке феномене који би децидно искључили њихову подобност за родитељство, али да су се несавесно односили према родитељским дужностима у односу на малолетно дете, да је изостало адекватно родитељско старање у узрасту који изискује континуирано чивање од прибране одрасле особе, због чега је збрињавање детета повремено бивало угрожено неодговарајућим понашањем родитеља, те да у конфликтним породичним приликама родитеља и то због прекомерног алкохолизма туженог и психичке нестабилности мајке, ни један од родитеља малолетног детета није подобан да у овом моменту преузме вршење родитељског права а да је останак детета у хранитељској породици најбоље решење. Врховни суд је прихватио закључак нижестепених судова налазећи да је правилно примењено материјално право када су тужени делимично лишени родитељског права због несавесног вршења права и дужности из садржине родитељског права уз задржавање права само на одржавање личних односа са дететом – виђењем у контролисаним условима да би се евентуално створила могућност за враћање родитељског права у смислу члана 83. Породичног закона, када престану разлози због којих су овог

права лишени и то тужени отац лечењем од алкохолизма, а тужена мајка редовном контролом код ординирајућег психијатра и придржавањем прописаног третмана и терапије[67].

5) Пресудом основног суда усвојен је тужбени захтев и тужени у потпуности лишен родитељског права у односу на своју малолетну децу и изречена забрана приближавања туженог малолетној деци у односу на њихова пребивалишта као и у односу на место њиховог школовања на удаљености мањој од 100 метара као и забрана њиховог узнемиравања речима, конкулдентним радњама и путем мобилног телефона. У поступку је утврђено да су пресудом о разводу брака малолетна деца – три ћерке и три сина, поверени мајци на самостално вршење родитељског права уз обавезу туженог – оца да доприноси издржавању малолетне деце за свако дете. Вићање деце одређено је уз корективни надзор стручних лица центра за социјални рад. У току трајања заједнице живота тужени је вршио психичко насиље над децом почев од 2000. године па надаље говорећи им да ће их мајка напустити, што је децу јако узнемиравало, а затим и агресивним понашањем, батинама и навођењем деце на крађу у продавницама и тезгама као и вербалним насиљем – претњама. Све ово представља грубо кршење права деце од стране родитеља што води њиховом неадекватном развоју и способности да развију блиске и адекватно братско – сестринске односе као и друштвено прихватљиво понашање. Све ове чињенице утврђене су у току поступка а о битним околностима су се изјаснили психолог, педагог, социјални радник о чему сведоче и службене белешке полицијске станице, извештај здравственог центра, искази сведока и исказ мајке деце. Против туженог су у току кривични постпци због обљубе злоупотребом положаја, три кривична дела недозвољене полне радње и три продужена кривична дела насиља у породици, због чега се тужени налази у притвору који му је продужен и након укидања првостепене кривичне пресуде којом је био осуђен на дугогодишњу затворску казну. Судови су закључили да су се на основу законских одредаба из члана 81. Породичног закона стекли услови за доношење одлуке о потпуном лишењу родитељског права туженог јер злоупотребљава права из корпуса родитељског права и грубо занемарује дужности из садржине родитељског права. Судови су закључили да чињеница што кривични поступак није правноснажно окончан, није од битног утицаја на одлуку у овом спору јер одлука није заснована на кривичноправној одго-

[67] Пресуда Врховног касационог суда, Рев 60/12

ворности туженог за кривично дело за које је неправноснажном пресудом био оглашен кривим већ је на основу осталих изведених доказа утврђено постојање околности које оправдавају доношење одлуке о потпуном лишењу родитељског права у односу на туженог. Судови су утврдили да су радње туженог усмерене према деци биле неадекватне родитељском понашању, да су грубо кршена права деце, излагани су ризику по живот и здравље, а тужени није пружио никакве доказе којима би се утврдиле чињенице супротне од оних које су утврђене на основу изведених доказа и спроведеног доказног поступка[68]. Врховни касациони суд је прихватио овакав закључак нижестепених судова.

6) Пресудом основног суда усвојен је тужбени захтев тужиоца и тужена лишена родитељског права над малолетним дететом због грубог занемаривања дужности из садржине родитељског права спречавањем одржавања личних односа детета и оца са којим дете не живи. Другим ставом изреке пресуде измењена је раније донета пресуда општинског суда па је малолетно дете додељено на даљу негу, чување и васпитање оцу а тужена је обавезана да дете преда оцу. Тужена је обавезана да доприноси издржавању малолетног детета. Апелациони суд је одбио жалбу тужене и потврдио првостепену пресуду. Према утврђеном чињеничном стању након развода брака малолетно дете странака поверено је на негу, чување и васпитање мајци која ће самостално вршити родитељско право а тужени обавезан да доприноси издржавању малолетне ћерке, одбијен је захтев оца да се дете њему додели на старање и уређен начин виђања малолетне ћерке са оцем. Тужена мајка спречавала је одржавање личних односа малолетног детета са оцем, због чега је он покренуо извршни поступак пред општинским судом ради извршења пресуде. Током тог поступка тужена није дозволила тужиоцу виђање са малолетном ћерком, која ситуација је трајала све до закључења расправе у овој парници. Центар за социјални рад изрекао је туженој меру корективног надзора у вршењу родитељског права и упозорена је на дужност поштовања права детета и то на одржавање личних односа са родитељем са којим малолетно дете не живи – оцем, тако што ће му омогућити уредан и континуиран контакт са оцем у складу са одлуком суда, неће негативно утицати и спречавати дете у успостављању емотивног односа са оцем и бити у обавези да сарађује са тимом Завода за ментално здравље. Тужена није поступила ни у складу са обавезама из тог решења, исписала је дете из

[68] Пресуда Врховног касационог суда , Рев 1221/11

основне школе и отпутовала у иностранство одакле је депортована. У кривичном поступку изречена јој је новчана казна због извршеног кривичног дела одузимање малолетног лица, непоштовања судских одлука односно спречавања одржавања личних односа малолетног детета и оца. Изречену новчану казну није платила па јој је замењена казном затвора у трајању од 60 дана. Малолетна ћерка странака и сада живи са мајком и са њеним супругом у задовољавајућим стамбеним условима. Тужилац је власник две породичне куће где живи са родитељима. Према извештају центра за социјални рад тужена утиче на осећања малолетне ћерке недозвољавајући јој да изгради позитиван став према оцу.

Код оваквог чињеничног стања нижестепени судови су закључили да постоје услови за лишење родитељског права тужене, јер грубо занемарује дужности родитеља на тај начин што детету онемогућава виђење са оцем и негативно утиче на живот, здравље и психофизички развој детета. Међутим, Врховни суд није прихватио овакав став нижестепених судова па је укинуо нижестепене одлуке сматрајући да нису у потпуности испитане све околности које се тичу доношења одлуке о потпуном лишењу родитељског права из члана 81. Породичног закона а посебно није заштићен најбољи интерес детета тиме што суд није прибавио мишљење детета преко стручне установе или на други одговарајући начин, изражавајући став да само околност неизвршавања судских одлука и онемогућавања виђања детета са оцем не може довести до лишења родитељског права и рестриктивне примене члана 81. Породичног закона. Осим тога нижестепеним одлукама је измењена одлука о вршењу родитељског права које је сада поверено оцу, без датих разлога за такву одлуку[69].

Пажљивом анализом утврђеног чињеничног стања у напред цитираним одлукама, може се закључити да доношење одлуке о потпуном или делимичном лишењу родитељског права није ни мало једноставан посао, и да свака од одлука носи и један печат односа судије према вредновању одређених критеријума и понашања. Међутим, и сваки случај је случај за себе, па су околности конкретног случаја увек мерило која и каква одлука ће бити донета. Судија мора да детаљно испита све околности конкретног случаја не руководећи се само предлозима странака, већ напротив укључујући све државне огране и друге институције предвиђене Породичним

[69] Решење Врховног касационог суда, Рев 577/12

законом који имају своју улогу у оваквој врсти спорова, да својим стручним мишљењем, подршком или старањем помогну да се конфликтне ситуације на прави начин разреше. То не значи уплитање државе у смислу нарушавања приватности породице, већ у смислу стварања повољних услова да се породични неспоразуми превазиђу и створи атмосфера у којој дете може нормално да се развија а родитељи да савесно и одговорно врше своје родитељске дужности. У овим споровима не постоји инструмент за „мерење јачине конфликта“, али једино судском праксом може да се изгради правни стандард несавесног поступања родитеља, због чега смо сматрали да је битно указати на одређене животне ситуације, без навођења имена странака, поштујући њихову приватност и чувајући њихов морални интегритет, без обзира на који начин и колико смо неко од њихових поступања прогласили несавесним.

Потпуним усвојењем заснива се родитељско дечији однос између усвојитеља и усвојеника. Права и дужности усвојеника и усвојиоца изједначена су са правима родитеља и деце. Међутим, у одељку о лишењу родитељског права усвојитељ и усвојеник се не помињу. Основи за престанак усвојења су ништавост усвојења и рушљивост[70]. У ситуацији када између родитеља и деце настају конфликти, неспоразуми, потреба за уређењем њихових односа па и лишењем родитељског права незамисливо је да усвојитељ неће ни у једном случају покушати или учинити неки гест који би могао представљати грубо занемаривање дужности из корпуса родитељских обавеза или несавесно поступање. Без обзира што усвојитељи пролазе посебну обуку за усвојитеље, што се врши његов одабир по посебно утврђеном програму, жив човек се мења на боље али и на горе, што је условљено друштвено-економским и социјалним окружењем, психичком основом личности и многим другим факторима, па дете може постати жртва у једном таквом односу који је идентичан родитељско дечијем. Зато сматрамо да све одредбе Породичног закона које се односе на заштиту права детета, па и оне које се односе на вршење родитељског права, лишење родитељског права, изрицање мера заштите од насиља у породици, на исти начин морају бити примењен и у односу између усвојитеља и усвојеника. Ово питање се није посебно постављало у пракси, али о њему треба размислити и третирати га на исти начин.

[70] Чл. 106, 107. и 108. Породичног закона

Уместо закључка

Питања лишења родитељског права су врло деликатна питања јер задиру у најосетљивије поре породичног живота родитеља и деце.

Држава пружа посебну заштиту малолетној деци, јер је развој деце у здравој животној и породичној средини предуслов одрастања поштених и честитих људи, чланова нашег друштва. Суд и други државни органи нису пре свега органи санкционисања, већ разрешавања животних проблема у овој области. Зато сваки конфликт који настане у овим односима мора бити решаван на време, на одговарајући начин без закашњења али и без сувишног уплитања тамо где то није преко потребно. Лежерност и опуштеност неког родитеља у односу на своје родитељске дужности не треба одмах санкционисати лишењем родитељског права. Треба покушати путем превентивног и корективног надзора у вршењу родитељског права исправити недостатке, а ако се појави потреба за посезањем за најтежим санкцијама као што су потпуно или делимично лишење родитељског права, треба детаљно сагледати све околности случаја и не изрицати тежу меру уколико се лакшом може постићи жељени циљ. Али, ако је извесно да лакша мера неће дати прави резултат у правом моменту, посезање за тежом мером има своје оправдање. Тим пре, што ни једна од ових мера нема трајни карактер. Исправљено понашање родитеља може довести до враћања родитељског права у законом предвиђеном поступку у каквом иначе и долази до одузимања родитељског права.

Снежана Андрејевић,
судија Врховног касационог суда

ПРИМЕНА ЗАКОНА О РАДУ И НОВЕ СУДСКЕ ПРОЦЕДУРЕ

Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року. Суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења, у складу са предходно одређеним временским оквиром за предузимање парничних радњи [1]

Спор пред надлежним судом правоснажно се окончава у року од шест месеци од дана покретања спора [2]

Право на рад - зајемчено је Уставом[3] и остварује се у складу са законом. Свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа. Нико се тих права не може одрећи.

Закон о раду (ЗОР) у члану 1. прописује да се права, обавезе и одговорности по основу рада уређују овим законом и посебним законом у складу са ратификованим међународним конвенцијама, колективним уговорима и уговорима о раду, а правилником о раду, односно уговором о раду – само када је то овим законом одређено.

Одредбе Закона о раду примењују се, у смислу члана 2. став 2. овог закона, на запослене који раде на територији Републике Србије, код домаћег или страног правног односно физичког лица, као и на запослене који су упућени на рад у иностранство од стране послодавца, на запослене у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, ако законом није другачије одређено и на запослене стране држављане и лица без држављанства који раде код послодавца на те-

[1] Члан 10. ст. 1. и 2. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС" 72/2011)
[2] Члан 195. став 3. Закон о раду ("Службени гласник РС" 24/2005, 61/2005, 54/2009)
[3] Устав Републике Србије ("Службени гласник РС" 98/2006)

риторији Републике Србије. То је матични закон Србије у области радних односа. Он садржи опште прописе о радним односима. Посебни прописи налазе се у разним законима с тим што је најцеловитији био Закон о радним односима у државним органима, који је наставио да се примењује на запослене у органима територијалне аутономије и локалне самоуправе. За запослене у државним органима, на извршилачким радним местима, почев од 1.7.2006. године то је Закон о државним службеницима[4].

Првостепени поступак

Заштиту повређеног права из радног односа могу да захтевају и запослени и послодавац, али су правила поступка која се примењују у овим споровима различита. Генерички појам за обе ове правне ситуације је - спор из радног односа.

Судска пракса **радним спором** сматра спор по тужби запосленог, а **спором из радног односа** – и спор по тужби запосленог и спор по тужби послодавца против запосленог.

На радне спорове – по тужби запосленог против послодавца, примењују се посебна правила поступка прописана матичним законом, посебним законима, специјалним законима и посебна правила парничног поступка, у зависности од режима радних односа (код привредних субјеката, у државним органима, јавним предузећима, установама или органима територијалне аутономије и локалне самоуправе).

На спорове по тужби послодавца против запосленог примењују се општа правила парничног поступка.

Према члану 195. Закона о раду (ЗОР) против решења којим је повређено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом.

[4] Закон о државним службеницима ("Службени гласник РС" 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009)

Рок за покретање спора је 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права[5], а спор пред надлежним судом треба правноснажно да се оконча у року од шест месеци од дана покретања спора, што значи да је у овим споровима изражено *начело хитности*. Зато ће се и оцена о остваривању права на заштиту у разумном року заснивати на поштовању рокова за решавање ових спорова и ко је све од учесника у поступку допринео дужем трајању поступка.

Посебна правила парничног поступка

Законом о парничном поступку (ЗПП) који је ступио на снагу 1.2.2012. године (глава XXIX, чл. 436. – 441) прописано је, између осталог да ће у поступку у парницама из радних односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд посебно водити рачуна о **потреби хитног решавања радних спорова** и да може и по службеној дужности **одредити привремене мере** које се примењују у извршном поступку ради спречавања насилног поступања или ради отклањања ненакнадиве штете[6], што представља одступање од начела диспозиције странака у парничном поступку. Одлуку о одређивању привремене мере по предлогу странке суд треба да **донесе у року до осам дана** од дана предаје предлога. Против решења о одређивању привремене мере **није дозвољена посебна жалба**. У парницама из радних односа поступак у првом степену **суди судија појединац**. У пресуди којом налаже извршење неке чинидбе суд ће одредити рок од осам дана за њено извршење.

Ако тужени не дође на рочиште за главну расправу, а уредно је позван, суд ће да одржи рочиште и одлучи на основу утврђеног чињеничног стања. Овакво законско решење представља ограничење права расправљања и отвара питање несагласности ове норме са одредбама о

[5] "Рок од 90 дана рачуна се од достављања решења, а кад решење није достављено – од сазнања за повреду права" - *(Из пресуде Врховног суда Србије Рев 2. 1809/06)*

[6] Ради обезбеђења новчаног потраживања суд може да одреди привремене мере обезбеђења из члана 294 Закона о извршењу и обезбеђењу ("Службени гласник РС" 34/2011, 99/2011), а ради обезбеђења неновчаног потраживања привремене мере из члана 297. овог закона, између осталог, и привремену меру плаћања накнаде зараде запосленом у току спора о незаконитости одлуке о престанку радног односа или привремено враћање запосленог на рад;

временском оквиру и плану усменог расправљања ако је за извођење доказа било планирано више рочишта. Ово решење није довољно разрађено и захтевало би тумачење наведених одредаба рецимо у складу са правилима о доказивању и терету доказивања, као да битне чињенице од стране туженог нису ни оспорене, с тим што извођење неких доказа – планираних за то рочиште, чини се да није искључено.

О свим последицама изостанка са рочишта за главну расправу суд мора упозорити туженог у позиву за рочиште[7].

Рок за изјављивање жалбе није више одређен овим посебним правилима парничног поступка, што значи да је **рок за жалбу и у радном спору 15 дана, *а* ревизија је дозвољена** само у парницама о споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа[8].

Временски оквир

Суд је дужан да се стара да се предмет спора свестрано расправи, да се поступак не одуговлачи и да се расправа по могућности доврши на једном рочишту, односно у одређеном временском оквиру.

Временски оквир представља прелиминарни план усменог расправљања који се састоји од одређивања броја и дана одржавања рочишта и распореда радњи на рочиштима у оквиру стадијума главне расправе, али се једним делом односи и на писмене радње, јер укључује и одређивање судских рокова[9].

Суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења, **у складу са претходно одређеним временским оквиром за предузимање парничних радњи** и са што мање трошкова. Непоступање судије у временском оквиру је основ за покретање дисциплинског поступка у складу са одредбама Закона о судијама.

Ако рокови нису одређени законом, одређује их суд с обзиром на околности случаја у складу са временским оквиром. Одредбе о времен-

[7] Члан 440. став 2. и члан 105. ст. 3. и 4. ЗПП
[8] Члан 441. ЗПП
[9] Проф. др Весна Ракић-Водинелић, *Закон о парничном поступку Србије 2011,* Правни записи, број 2, Београд 2011, страна 517
Види чл. 10, 102, 105, 108, 199, 233,303, 308, 309, 315, 326, 383, 398, 431, 432,

ском оквиру односе се на заказивање рочишта, одлагање рочишта, преиначење тужбе, доказе, отварање расправе, расправу пред другостепеним судом, односно преиначење тужбе у поновљеном поступку и на понављање правоснажно окончаног поступка. Приликом одлагања рочишта, суд ће увек да одреди нов временски оквир, који не може да буде дужи од једне трећине првобитно одређеног временског оквира.

У позиву за припремно рочиште странке се упозоравају на дужност изношења свих чињеница и предлагања доказа којима се те чињенице потврђују, као и на дужност предлагања временског оквира и налаже им се да на рочиште донесу све исправе које им служе за доказ и предмете које треба разгледати у суду.

Странка је дужна да најкасније на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу ако припремно рочиште није обавезно (члан 302) предложи временски оквир за спровођење поступка. Суд ће на овом рочишту да одлучи која ће доказна средства да изведе на главној расправи и решењем одреди временски оквир за спровођење поступка (члан 10. став 2). **Решење о одређивању временског оквира** нарочито садржи: број рочишта, време одржавања рочишта, распоред извођења доказа на рочиштима и предузимања других процесних радњи, судске рокове, као и укупно време трајања главне расправе.

Оваква садржина решења о одређивању временског оквира представља по својој правној природи решење о управљању поступком – које странке не би могле побијати жалбом, осим у делу који се односи на одбијање извођења појединих доказа – за које се законодавац изричито изјаснио да против тог решења није дозвољена посебна жалба (члан 308. став 5)

Надлежност и састав суда

Надлежност основног суда за решавање спорова из радних односа одређена је чланом 22. став 3. Закона о уређењу судова[10] који прописује да тај суд у првом степену суди: у споровима поводом заснивања, постојања и престанка радног односа: о правима, обавезама и одговорности из радног односа: о накнади штете коју запослени претрпи на раду и у вези

[10] Закон о уређењу судова ("Службени гласник РС" 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011)

са радом: у споровима поводом задовољовања стамбених потреба на основу рада.

Виши суд у првом степену суди у споровима: поводом штрајка; поводом колективних уговора, ако спор није решен пред арбитражом; поводом обавезног социјалног осигурања, ако није надлежан други суд; поводом матичне евиденције; поводом избора и разрешења органа правних лица, ако није надлежан други суд[11].

У другом степену виши суд одлучује и о жалбама на одлуке основних судова и то: на решења у грађанскоправним споровима, као и о жалби на решење о привременој мери[12], али је ступањем на снагу Закона о извршењу и обезбеђењу престала надлежност вишег суда за одлучивање нпр. о жалби на решење о извршењу.

Закључком Грађанског одељења Врховног касационог суда од 23.3.2010. године утврђено је да:

"Одлучивање о самосталном тужбеном захтеву који се односи на обавезивање послодавца на уплату доприноса из обавезног социјалног осигурања не спада у судску надлежност суда опште надлежности јер се не ради о спору из члана 1. Закона о парничном поступку.

Кад се тужбени захтев односи на исплату зараде, накнаде зараде и других примања из радног односа и накнаде штете због изгубљене зараде уз обавезивање послодавца на уплату доприноса из обавезног социјалног осигурања надлежан је основни суд у првом степену на основу члана 22. став 3. Закона о уређењу судова у вези члана 105. став 2. и 191. став 2. Закона о раду".

Апелациони суд, у смислу члана 24. Закона о уређењу судова одлучује о жалбама на пресуде основних судова у грађанскоправним споровима, ако за одлучивање о жалби није надлежан виши суд. Како се, према

---

[11] *Исто,* члан 23. став 1. тачка 3.
Види и члан 25. став 1. тачка 3. Закона о уређењу судова који прописује да у споровима који произлазе из примене Закона о привредним друштвима или примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, суди привредни суд. То значи да је виши суд надлежан да суди у споровима поводом избора и разрешења органа правних лица која нису привредни субјекти (установе и сл)

[12] Види члан 399. став 3. ЗПП

одредбама члана 469. ЗПП спорови из радних односа не сматрају споровима мале вредности, о жалби изјављеној против пресуде основног суда у оваквој врсти спорова, надлежан је да одлучује апелациони суд. Апелациони суд одлучује и о жалбама на одлуке виших судова.

Врховни касациони суд одлучује о ванредним правним средствима изјављеним на одлуке судова Републике Србије и у другим ставрима одређеним законом, у већу састављеном од три судије.

У парницама из радних односа поступак у првом степену суди судија појединац. У инстанционом поступку суди веће савстављено од троје судија.

Тужба

Тужба, у смислу члана 192. ЗПП, мора да садржи одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице, вредност предмета спора, као и друге податке које мора имати сваки поднесак.

Суд ће поступати по тужби и кад тужилац није навео правни основ тужбеног захтева, а ако је тужилац навео правни основ, суд није везан за њега.

Лице која намерава да поднесе **тужбу против Републике Србије**, дужно је да пре подношења тужбе Републичком јавном правобранилаштву достави предлог за мирно решавање спора, **осим ако је посебним прописом предвиђен рок за подношење тужбе**. Одредбе ст. 1. до 5. члана члана 193 ЗПП не примењују се ни ако је посебним законом прописан поступак за мирно решавање спора или медијације, који се односи на спорове са Републиком Србијом.

Предлог за мирно решавање спора мора да садржи све податке из члана 192. ЗПП, а подношењем оваквог предлога настаје застој рока застарелости у трајању од 60 дана. Ако у овом року Републички јавни правобранилац не одговори на предлог, сматра се да предлог није прихваћен и у том случају лице из члана 193 ЗПП може да поднесе тужбу надлежном суду.

Суд ће да одбаци тужбу као недозвољену, ако није поднет предлог из става 1. члана 193 ЗПП, односно ако није протекао рок из става 2. овог члана.

Споразум постигнут између Републичког јавног правобраниоца и лица из става 1. члана 193 ЗПП има снагу извршне исправе.

Одредбе ст. 1. до 5. члана 193. ЗПП сходно се примењују и у случају подношења **тужбе против јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе**, када се предлог за мирно решавање спора подноси надлежном правобранилаштву, односно овлашћеном заступнику јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе. Међутим, ову обавезу немају и тужиоци који тужбе подносе против јавних предузећа, без обзира што су им оснивачи Република, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе.

Правно дејство оваквих норми чије је непоштовање санкционисано одбачајем тужбе чини се да ограничава и условљава право на приступ суду који је странкама гарантован ради остварења ове врсте грађанскоправне заштите у смислу члана 32 Устава републике Србије и члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Законодавац је уместо овог решења требало да се определи за застој судског поступка а не за одбачај тужбе и ускраћивање права странкама на приступ суду.

Захтев за заштиту права странке остварују подношењем одговарајуће тужбе надлежном суду: (декларaторне - утврђујуће; кондемнаторне - осуђујуће; конститутивне - преображајне или тужбе са више захтева - комбиноване).

У *тужби за утврђење (деклараторној тужби) из члана 194. у вези члана 1 ЗПП* тужилац може да тражи да суд само утврди постојање, односно непостојање неког права или правног односа, повреду права личности или истинитост, односно неистинитост неке исправе. Тужба за утврђење може да се поднесе ако тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког спорног права или правног односа, пре доспелости захтева за чинидбу из истог односа или истинитост односно неистинитост неке исправе, или ако тужилац има неки други правни интерес. Тужба за утврђење може да се поднесе *ради утврђивања постојања, односно непостојања чињенице*, ако је то предвиђено законом или другим прописом. Тужба за *утврђење повреде права личности* може да се поднесе без обзира да ли је постављен захтев за накнаду штете или други захтев, у складу са посебним законом (тужбе због повреде начела опште забране дискриминације и др)

Суд у поступку претходног испитивања тужбе, у смислу члана 294. став 1. тачка 6. ЗПП, доноси решење којим се тужба одбацује ако утврди да не постоји правни интерес тужиоца за подношење тужбе за утврђење.

Захтев за утврђење у току парнице из члана 195. ЗПП - тужилац може, поред постојећег захтева, ако одлука о спору зависи од тога да ли постоји или не постоји неки правни однос, који је у току парнице постао споран, истаћи и захтев да суд утврди да такав однос постоји, односно да не постоји, ако је суд пред којим парница тече надлежан за такав захтев, а истицање оваквог захтева не сматра се преиначењем тужбе.

Тужба са више тужбених захтева (члан 197. ст. 1. и 2. ЗПП) - у једној тужби тужилац може истаћи више захтева против истог туженог кад су сви захтеви *повезани истим чињеничним и правним основом*. Ако захтеви нису повезани истим чињеничним и правним основом, они се могу истаћи у једној тужби против истог туженог само кад је исти суд стварно надлежан за сваки од ових захтева и кад је за све захтеве одређена иста врста поступка. Тужилац може два или више тужбених захтева у међусобној вези истаћи у једној тужби, и тако да суд усвоји следећи од тих захтева ако нађе да онај који је испред њега истакнут није основан.

Уредност и благовременост тужбе

Ако је поднесак тужбе неразумљив или непотпун (члан 98 ЗПП) суд ће, у смислу члана 101. ЗПП, странци која нема пуномоћника да врати поднесак ради исправке, осим ако законом није другачије прописано.

Ако поднесак буде исправљен, односно допуњен и предат суду у року одређеном за допуну или исправку, сматраће се да је поднесен суду оног дана кад је први пут био поднет. Сматраће се да је поднесак повучен ако не буде враћен суду у одређеном року, а ако буде враћен без исправке, односно допуне, одбациће се.

Ако је поднесак, који је у име странке поднео *пуномоћник*, односно **јавни правобранилац** или **јавни тужилац** неразумљив или непотпун суд ће да га одбаци.

Како пуномоћник физичког лица, у смислу члана 85. став 1. ЗПП мора да буде адвокат, а изузетно пуномоћник правног лица може да буде дипломирани правник са положеним правосудним испитом, који је стално запослен у том правном лицу, чини се да се **одредбе члана 101. став 5. ЗПП** о одбачају неразумљивог или непотпуног поднеска који су сачинили **односе и на дипломиране правнике** са оваквим својствима а не само на адвокате, јавне правобраниоце и јавне тужиоце. Синтагма *стално запо-*

слен – подразумева радни однос на неодређено време. Радни однос на одређено време се у овом контексту не може сматрати сталним, без обзира што је по својој садржини, док траје, изједначен са радним односом на неодређено време. Другачије мишљење упућивало би на обавезу суда да стално проверава да ли радни однос на одређено време траје у време предузимања парничних радњи јер се на правилност заступања пази по службеној дужности.

Спорно је да ли ове одредбе искључују примену одредаба члана 195 ЗОР-а које прописују, између осталог, да спор може да покрене и представник синдиката ако га запослени овласти. Како се спор покреће у име запосленог, чини се да би представник синдиката имао и даље ово овлашћење по правилима *lex specialis derogat legi generali.*

Да би суд дозволио заштиту повређеног појединачног права запосленог тужба из члана 195. ЗОР мора бити благовремена. То се односи на спорове за оцену законитости одлуке о праву, односно одговорности запосленог, а не и на спорове за исплату зараде, накнаде зараде или других примања или накнаду штете.

Ако последњи дан рока за подношење тужбе пада на државни празник или у недељу, или у неки други дан кад суд не ради, рок истиче протеком првог наредног радног дана, а ове одредбе из става 4. члана 103*,* **примењују се и на рок у коме се по посебним прописима мора подићи тужба као и на рок застарелости потраживања или неког другог права (Члан 103. став 5).** То значи да рок за подношење тужбе у радном спору није више материјалноправни и може се под наведеним условима продужити, да би се и формално обезбедио странкама приступ суду, у смислу члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Истеком рока прописаног за подношење тужбе у радном спору наступа преклузија, па ће неблаговремену тужбу суд одбацити на основу овлашћења из члана 294. став1. тачка 2. ЗПП.

Чињенично стање

У парничном поступку суд одлучује у границама захтева који су постављени у поступку. Суд, у смислу члана 4. став 1. ЗПП, одлучује о захтеву по правилу на основу усменог, непосредног и јавног расправља-

ња.Тако је и новим Законом о парничном поступку ограничено начело усмености парничног поступка[13].

Странке могу слободно располагати захтевима које су поставиле у току поступка. Оне се могу одрећи свог захтева, признати захтев противне странке и поравнати се. Суд неће дозволити располагања странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала и **добрим обичајима**[14].

Странке су, у смислу члана 7. ЗПП дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице.

Суд разматра и утврђује само чињенице које су странке изнеле и изводи само доказе које су странке предложиле, ако законом није другачије прописано.

Суд је овлашћен да утврди и чињенице које странке нису изнеле и изведе доказе које странке нису предложиле само ако из резултата расправљања и доказивања произлази да странке располажу захтевима којима не могу располагати (члан 3. став 3) или кад је то посебним прописима предвиђено.

Свака странка је дужна да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којим оспорава наводе и доказе противника што значи да свака странка треба у својим излагањима да изнесе све чињенице потребне за образложење својих предлога, да предложи доказе потребне за утврђивање својих навода као и да се изјасни о наводима и понуђеним доказима противне странке, јер суд не може своју одлуку засновати на чињеницама које странке нису изнеле или доказима које странке нису предложиле, осим када је законом другачије прописано.

Суд се, у смислу члана 313, ЗПП само постављањем питања стара да се у току главне расправе пруже потребна обајшњења, да би се утврдиле чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева. Овом новелом ограничено је и начело официјелности у коришћењу раније допунске методе коришћене ради разјашњења навода и околности важних за доношење одлуке.

Доказивање обухвата све чињенице које су важне за доношење одлуке, а суд одлучује који ће се докази извести ради утврђивања битних чињеница.

[13] Види члан 331. ЗПП
[14] Члан 3. ЗПП

Не доказују се чињенице које је странка признала пред судом у току парнице, односно **чињенице које није оспорила**[15].

Суд може одлучити да се доказују и признате чињенице ако сматра да странка њиховим признањем иде за тим да располаже захтевом којим не може располагати (члан 3. став 3). Не доказују се ни чињенице које су општепознате. Али ЗПП више не садржи одређење које се чињенице сматрају општепознатим.

Ако суд на основу изведених доказа (члан 8) не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, о постојању чињенице закључиће применом **правила о терету доказивања**[16]: која одређују да странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, а странка која оспорава постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице која је спречила настанак или остваривање права или услед које је право престало да постоји, ако законом није другачије прописано.

Раније право пуног *beneficium novorum* у првостепеном поступку **сада је ограничено – до припремног рочишта**, односно **правог рочишта за главну расправу**. Странка је, у смислу члана 308 ЗПП, дужна да најкасније на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу ако припремно рочиште није обавезно (члан 302) **изнесе све чињенице** потребне за образложење својих предлога, да **предложи доказе** којима се потврђују изнете чињенице, да се **изјасни о наводима** и понуђеним доказима противне странке, као и да **предложи временски оквир** за спровођење поступка.

Суд ће на рочишту из става 1. члана 308 ЗПП да утврди које су чињенице неспорне, односно општепознате и које су чињенице спорне и која би правна питања требало да се расправе, да одлучи која ће доказна средства да изведе на главној расправи и решењем одреди временски оквир за спровођење поступка. Предлоге за извођење доказа које не сматра битним за доношење одлуке суд ће да одбије решењем против кога није дозвољена посебна жалба.

[15] Члан 230. ЗПП
[16] Члан 231. ЗПП

Странке могу, у поднесцима или на каснијим рочиштима, све до закључења главне расправе, **да износе нове чињенице и предлажу нове доказе, само ако учине вероватним да без своје кривице нису могле да их изнесу, односно предложе** на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу, ако припремно рочиште није одржано. Суд не узима у обзир чињенице и доказе који су изнети, односно предложени супротно ставу 1. члана 314 ЗПП.

Ограничење права на предлагање нових чињеница и нових доказа важи и за случај кад је **првостепена пресуда укинута**. Поступак се наставља по правилима Закона о парничном поступку који је ступио на снагу 1.2.2012. године, без обзира када је поступак био покренут, а на новој главној расправи, странке **могу да износе нове чињенице и предлажу нове доказе о истом захтеву, само ако учине вероватним да без своје кривице нису могли да их изнесу, односно предложе**, односно ако подносилац жалбе није био странка или није имао положај странке (умешач) до укидања пресуде, осим ако законом није другачије прописано. Странка нема право ни да на новој главној расправи *преиначи тужбу*, тако што ће да промени истоветност захтева или истакне други захтев уз постојећи, а који не произлази из истог чињеничног стања.

Ако пресуда буде укинута због тога што је пресуду донео ненадлежан суд, нова расправа пред првостепеним судом одржаће се по одредбама које важе за одржавање главне расправе у случају кад се промени веће (члан 331).

Сведоци

Сведоци[17] се, по правилу, саслушавају непосредно на рочишту.

Суд може решењем да одлучи да се изведе доказ **читањем писане изјаве сведока**, у којој се наводе сазнања о битним спорним чињеницама, одакле су му оне познате и у каквом је односу са странкама у поступку. Писана изјава сведока мора да буде оверена у суду или од стране лица које врши јавна овлашћења. **Пре давања изјаве, лице које узима изјаву мора да упозори сведока са правима и дужностима сведока прописаним овим законом**. Писану изјаву сведока може суду да поднесе странка или суд може да је затражи од сведока. Суд може увек да позове сведока

[17] Види чл. 245. и 246. ЗПП

који је дао писану изјаву или чија је изјава снимљена да своје сведочење потврди пред судом на рочишту.

Није одређено да ли ће се овера исправе о изјави сведока сачињавати по Закону о овери потписа рукописа и преписа или по правилима ванпарничног поступка за састављање или потврђивање исправе, обзиром на обавезу лица које исправу о сведочењу оверава да сведока упозори на правне последице прописане ЗПП за сведоке које се односе на давање њихових исказа, јер се не ради само о овери потписа сведока.

Вештачење

Суд ће да изведе доказ вештачењем[18] ако је ради утврђивања или разјашњења неке чињенице потребно стручно знање којим суд не располаже.

Странка која предлаже извођење доказа вештачењем дужна је да у предлогу назначи предмет вештачења, а може да предложи и одређено лице за вештака. Суд ће супротној странци да достави овај предлог ради изјашњавања. Ако ни једна странка не предложи вештачење или у остављеном року не обезбеди трошкове за вештачење или се не подвргне вештачењу суд ће о тим чињеницама да одлучи, применом правила о терету доказивања (члан 231. став 1).

Странка може суду да приложи писани налаз и мишљење вештака одговарајуће струке, у вези са чињеницама из члана 259. овог закона. Такав налаз и мишљење суд ће да достави супротној странци на изјашњавање. Суд може решењем да одреди да се извођење доказа вештачењем спроведе читањем писаног налаза и мишљења које је странка приложила након изјашњавања супротне странке (члан 260. став 2).

Предлог из члана 260. овог закона, писани налаз и мишљење вештака из члана 261. овог закона, као и изјашњавање супротне странке, **подносе се суду најкасније до завршетка припремног рочишта или првог рочишта за главну расправу, ако припремно рочиште није одржано**. Извођење доказа вештачењем по службеној дужности суд може да одреди ако је то прописано законом.

[18] Види чл. 259. до 263. ЗПП

Индивидуални спорови

Спорови о заснивању, постојању и престанку радног односа – су тростепени, месна надлежност је изберива, а стварна надлежност одређена Законом о уређењу судова. О благовремености судске заштите у споровима о престанку радног односа суд води рачуна по службеној дужности, као и о дозвољености судске заштите и испуњености материјалноправних услова за судску заштиту.

У овим споровима тужилац је - запослени а тужени је – послодавац. Постулациона способност странака није ограничена, осим по ванредним правним лековима и у тим поступцима мора их заступати адвокат, **изузев ако је сама странка адвокат.**

Спорови о заснивању радног односа – односе се најчешће на онемогућавање ступања на рад (члан 30. став 1. ЗОР), а овакав спор покреће се тужбом за осуду на чинидбу или на ступање на рад без закљученог уговора о раду (члан 34. став 2. ЗОР).

Спорови о постојању радног односа – односе се, по правилу, на преображај радног односа на одређено време у радни однос на неодређено време (члан 37. став 3. ЗОР), а овакав спор покреће се тужбом за утврђење или тужбом за враћање запосленог на рад код матичог послодавца или привременог упућивања на рад код другог послодавца, у случају мировања радног односа (члан 79. ЗОР)

Спорови о престанку радног односа – односе се, најчешће, на престанак радног односа независно од воље запосленог и воље послодавца (члан 176. тачка 3. ЗОР) или отказ уговора о раду од стране запосленог или послодавца (чл. 178, 179. ЗОР), а овакав спор покреће се преображајном тужбом и тужбом за осуду на чинидбу.

Спорови о правима обавезама и одговорностима из радног односа - су по правилу двостепени. Према врсти ових спорова ревизија није дозвољена, осим ако се ради о новчаном захтеву – кад од вредности предмета спора зависи дозвољеност ревизије или се захтева поништај уговора о раду у целини - јер се тада последице ништавости односе и на радноправни статус тужиоца.

Спорови о ништавости уговора о раду – покрећу се преображајном тужбом због нетачног обавештења, као и кад су поједине одредбе уговора о раду неповољније од закона (члан 9. став 2. у вези члана 11.

ЗОР) или је појединим одредбама уговора утврђена дискриминација (члан 20. став 2. ЗОР).

Спорови у вези са заштитом личних података – покрећу се тужбом за осуду на чинидбу (члан 83. ЗОР), обзиром да запослени има право увида у документе који садрже личне податке који се чувају код послодавца и право да захтева брисање података који нису од непосредног значаја за послове које обавља, као и исправљање нетачних података.

Спорови поводом зараде, накнаде зараде и других примања (чл. 104. до 120. ЗОР) - покрећу се тужбом за осуду на чинидбу, као и **спорови за накнаду штете**, с тим што тужилац у парници ради накнаде штете може бити и послодавац, ако му је запослени проузроковао штету. Ради се о споровима пуне јурисдикције, али је тужба за накнаду штете против запосленог условљена предходно спроведеним поступком утврђивања одговорности код послодавца. Ако поступак код послодавца није спроведен суд је по члану 219 ЗПП новелираног 2009. године могао да застане са поступком. Како по новом ЗПП из 2011. године нема услова за прекид поступка а застој може да се одреди само ако је то законом прописано, у случају кад поступак утврђивања материјалне одговорности код послодавца није спроведен, решење треба тражити у правилима која се односе на испуњеност материјалноправних услова за подношење тужбе.

Вишак запослених – узрокује разне спорове који се најчешће воде, по преображајним тужбама и тужбама за осуду на чинидбу, ради поништаја отказа уговора о раду (члан 179. став 1. тачка 9), отказа због непримењивања мера за запошљавање (члан 155. став 1. тач. 3, 4. ЗОР) или због неисплаћене отпремнине (члан 158. ЗРО).

У случају **удаљења (обавезног или факултативног)** *из члана 165. ЗОР* - запослени може захтевати поништај решења о удаљењу (преображајном тужбом) или враћање на рад ако му је притвор укинут или је протекао рок прописан законом за трајање суспензије.

Премештај на друге послове – спорови у вези са чланом 171. став 1. тач. 1. и 2. ЗОР, покрећу се преображајном тужбом или тужбом за осуду на чинидбу и двостепени су, јер у оваквим споровима ревизија није дозвољена.

Упућивање код другог послодавца – узрокује спорове у вези члана 171. став 1. и члана 174. ЗОР против оба послодавца, а покрећу се преображајном тужбом и тужбом за осуду на чинидбу.

Поступак у парницама поводом колективних уговора

У одредбе чл. 442. - 447. ЗПП имплементирана је и препорука МОР-а број 92. о добровољном мирењу и арбитражи.

Поступак у парницама поводом колективних уговора - уређен је тако да се може примењивати заједно са посебним законима из ове области. Одредбе ове главе нису у супротности са решењима из посебних прописа које се односе на поступак мирног решевања колективних спорова, нити тај закон искључује примену одредба ЗПП-а о медијацији. У поступку у парницама поводом колективних уговора суд може да застане са поступком најдуже до 30 дана да би странке покушале да спор реше мирним путем.

У поступку у парницама поводом колективних уговора учесници у закључивању колективног уговора остварују заштиту права кад настане спор о појединим спорном питању у поступку закључивања, односно измена и допуна закљученог колективног уговора под условом да спор о спорном питању није решен мирним путем или путем арбитраже коју су образовали учесници колективног уговора у складу са одредбама посебног закона.

Суд увек приликом одређивања рокова и рочишта у поступку у парницама поводом колективних уговора посебно води рачуна о потреби хитног решавања *ових спорова. Рок за изјављивање жалбе је осам дана, а рок за доношење одлуке о жалби је 60 дана.*

Најважнија измена односи се на садржину изреке првостепене пресуде па тако: "Пресудом у парницама поводом колективних уговора суд изриче како гласи одредба у колективном уговору којом се уређује спорно питање из колективног уговора. Изрека пресуде представља саставни део колективног уговора све док он важи"[19].

У парницама поводом колективних уговора ревизија је дозвољена.

Врсте пресуда – општа правила

Пресудом суд одлучује о захтеву који се однос на главну ствар и споредна тражења. Ако постоји више захтева, суд ће о свим захтевима, по правилу, да одлучи једном пресудом. Ако је више парница спојено ради

[19] Члан 445. ЗПП

заједничког расправљања, а постоје услови да се коначно одлучи је само о једној парници, може се донети пресуда само у погледу те парнице[20].

Суд може да наложи туженом да изврши одређену чинидбу само ако је она доспела до закључења главне расправе. Ако суд усвоји захтев за накнаду штете у виду ренте због изгубљене зараде или других прихода по основу рада или због изгубљеног издржавања, може наложити туженом и чинидбе које нису доспеле (члан 343. ст. 1. и 2. ЗПП).

Суд је овлашћен да о захтеву одлучује доношењем свих меритор-них одлука одређених ЗПП-ом: пресудом - члан 342. ЗПП, делимичном пресудом - члан 346. ЗПП, међупресудом - члан 347. ЗПП, пресудом на основу признања - члан 348. ЗПП, пресудом на основу одрицања - члан 349. ЗПП, пресудом због пропуштања - члан 350. ст. 1. и 2. ЗПП), пресудом због изостанка – члан 351. ЗПП, као и пресудом без расправљања – члан 291. став 2 ЗПП.

Писмена израда, обавезно објављивање и достављање пресуде[21]

Пресуда се **мора објавити** одмах по закључењу главне расправе. У сложенијим предметима суд може да **одложи објављивање** пресуде за осам дана од дана закључења главне расправе. Ако је расправа закључена у смислу члана 319. ЗПП пресуда ће се обајавити најкасније у року од осам дана од дана пријема списа, односно записника. Приликом објављивања пресуде председник већа јавно чита изреку, а ако је могуће треба укратко да саопшти разлоге пресуде

Како примену ових одредаба није могуће отклонити или супституисати писаним отправком, императивне одредбе о обавезном објављивању судских пресуда се морају примењивати. Пресуда чија изрека није јавно објављена – правно не постоји без обзира на писану формулацију у отправку који је достављен странкама. Овај недостатак се због тога не може отклонити као битна повреда поступка – у инстанционом поступку. Да би постојала – изрека пресуде мора бити јавно објављена, а потом у писаном облику и обазложена. Ако пресуда није објављена, а увод мора да садржи датум објављивања пресуда, донето писмено нема правну снагу и нема

[20] Члан 342. ЗПП
[21] Чл. 352 - 355 ЗПП

правно дејство пресуде која може постати правоснажна али би то ваљало констатовати и посебном одлуком – стављањем таквог писмена ван снаге.

Пресуда мора да се писано изради у року од осам дана о дана објављивања . У сложенијим предметима суд може да одложи писану израду за још 15 дана. Суд је дужан да отпреми оверени препис пресуде наредног дана од дана истека наведених рокова. Странкама се доставља оверен препис пресуде са упутством о праву на изјављивање правног лека против пресуде, а писано израђена пресуда мора имати увод, изреку и образложење.

Увод пресуде садржи - назначење да се пресуда изриче у име народа [22], назив суда, име и презиме председника и чланова већа, односно судије појединца, име и презиме, пребивалиште, или боравиште, односно седиште странака, њихових заступника и пуномоћника, вредност предмета спора, кратко означење предмета спора, дан закључења главне расправе, назначење странака, њихових заступника и пуномоћника који су тој расправи присуствовали, као и **дан кад је пресуда објављена.**

Изрека пресуде садржи - одлуку суда о усвајању или одбијању појединих захтева који се тичу главне ствари и споредних тражења и одлуку о постојању или непостојању потраживања истакнутог ради пребијања (члан 359).

У образложењу суд ће изложити - захтеве странака и њихове наводе о чињеницама на којима се ти захтеви заснивају, доказе, чињенично стање које је утврдио као и прописе на којима је суд засновао пресуду, ако законом није друкчије прописано.

У образложењу пресуде због пропуштања, пресуде на основу признања, пресуде на основу одрицања, пресуде због изостанка и пресуде донете на основу члана 291. став 2 ЗПП изнеће се само разлози који оправдавају доношење оваквих пресуда.

Пресуда **не садржи образложење** ако су се странке одрекле права на правни лек, ако посебним законом није другачије прописано.

Правила при писању одлука и других писмена из члана 122. Судског пословника[23] прописују да, у свом раду, суд користи изразе из закона

[22] Устав Републике Србије у члану 145. прописује да се судске одлуке доносе у име народа

[23] Судски пословник ("Службени гласник РС" 110/2009, 70/2011)

и избегава стране речи и речи које нису општеусвојене у раду суда, да језички израз одлука и других писмена мора бити јасан и разумљив и да се у изреци и образложењу одлуке странке увек означавају њиховим пуним именом, а не по реду набрајања (прворедни тужилац, другооптужени и сл.). Новчани износи означавају се у изреци одлуке - словима.

Према члану 145. став 2. Устава Републике Србије судске одлуке се заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона.

Допунска пресуда (члан 356. - 358. ЗПП)

Ако је суд пропустио да одлучи о свим захтевима о којима се мора одлучити пресудом, или је пропустио да одлучи о делу захтева, странка може у року од 15 дана од пријема пресуде да предложи парничном суду да се изврши допуна пресуде. Суд ће, без одржавања рочишта одбацити неблаговремени односно одбити неосновани предлог за допуну пресуде. Ако странка не предложи доношење допунске пресуде у законом прописаном року, **сматраће се да је тужба у том делу повучена.**

Врсте пресуда у споровима из радног односа

Пресудом се мериторно одлучује о захтеву тужбе у радном спору, па од карактера тужбе зависи и карактер пресуде.

Конститутивној – преображајној тужби одговара *конститутивна – преображајна пресуда*, којом се поништава појединачни акт послодавца у радном спору за оцену законитости. "Поништавање појединачног акта делује *ex tunc,* па престају и све последице тог акта. Зато се конститутивном пресудом успоставља стање другачије од оног које је настало појединачним актом..."

Кондемнаторној тужби (односно тужби за осуду на чинидбу) одговара *кондемнаторна пресуда*. Њоме се послодавцу налаже извршење неке новчане или неновчане обавезе. "За све ове кондемнације потребно је да постоји захтев запосленог. О њима суд не одлучује по службеној дужности. То важи за враћање запосленог на рад после поништавања појединачног акта о престанку радног односа…"

Декларативној тужби (односно тужби за утврђење) одговара *декларативна пресуда*. Њоме се утврђује постојање неког права или правног односа. Постојање права може се, на пример, тицати права на годишњи

одмор, права на рад са скраћеним радним временом или права из програма за решавање вишка запослених. Постојање правног односа се, најчешће, тиче преображаја радног односа на одређено време у радни однос на неодређено време.

Комбинованом тужбеном захтеву одговара "*пресуда са комбинованом изреком*. Њоме се, на пример, поништава акт о престанку радног односа и послодавац обавезује да запосленог врати на рад, поништава акт о престанку радног односа и послодавац обавезује да запосленом исплати накнаду штете у висини изостале зараде и других примања, утврђује постојање радног односа и послодавац обавезује да надлежном фонду уплати доприносе за пензијски и инвалидско осигурање, поништава акт о престанку радног односа на одређено време, утврђује да је успостављен радни однос на неодређено време, одређује враћање запосленог на рад и налаже послодавцу да му накнади штету у висини изостале зараде итд…"[24].

Другостепени поступак

Право на жалбу [25] - против пресуде првостепеног суда, као уставно право, није ограничено општим нормама овог закона, а против решења – ограничено је у случајевима прописаним законом. *Садржина жалбе* (чл. 370. – 372. ЗПП) - остала је, у погледу прописаних елемената иста. Кад се не може утврдити која се пресуда побија или кад није потписана (непотпуна жалба), суд ће решењем да одбаци жалбу као непотпуну (члан 101. став 5)[26].

Ако је поднесак жалбе упућен телеграфским путем, сматраће се да је дат у року само ако уредан поднесак накнадно буде предат суду или буде упућен суду препорученом пошиљком у року од три дана од дана предаје телеграма пошти (члан 104. став 3). Ако поднеска нема, нема ни благовремене ни уредне жалбе.

Приговори – које жалилац може употребити у првостепеном поступку, као што је приговор застарелости, компензациони приговор или приговор ради пребијања се у жалби не могу истицати, будући да је чла-

[24] Проф др Зоран М. Ивошевић, Милан З. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, "Службени гласник", Београд 2006, стр. 406,407

[25] Члан 367. ЗПП

[26] Члан 371. ЗПП

ном 372. ЗПП прописано да се у жалби не могу истицати материјалноправни приговори.

У жалби, у смислу члана 372. став1. ЗПП, се не могу износити нове чињенице и предлагати нови докази, осим ако подносилац жалбе учини вероватним да без своје кривице није могао да их изнесе, односно предложи до закључења главне расправе.

Првостепена пресуда се и даље може побијати из сва три разлога, изузев пресуде због пропуштања и пресуде због изостанка које се не могу побијати због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања. Разлози побијања пресуде на основу признања и на основу одрицања остали су исти.

Када су у питању **битне повреде**[27] разлози који се односе на:

- тачку другу - допуњени су **одбијањем суда да одлучује о захтеву за који је надлежан;**

- право на употребу језика – и одређују да жалилац мора указати на ову повреду допуњена је тако да апсолутно битну повреду представља и **ако парнични поступак није вођен на службеном језику националне мањине иако су за то биле испуњене законске претпоставке**[28].

- када су у питању битне повреде која се односи на својство странке и заступање оне се сада **не морају односити на странку која се жали**;

Погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање и погрешна примена материјалног права - остали су исто дефинисани, али је суштина разлога кад је у питању чињенично стање измењена због ограничења предлагања нових доказа и изношења нових чињеница и у првостепеном поступку, терета доказивања и начина прикупљања чињеничне грађе, која је од значаја за одлуку о захтевима странака.

Радње које по пријему жалбе предузима првостепени суд - остале су исте, али су за неке од њих сада прописани рокови, у складу са Препо-

[27] Види члан 374. ЗПП

[28] Уставом Републике Србије, у члану 32. став 2, прописано је да се свакоме јемчи право на бесплатног преводиоца, ако не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду, а припадницима националних мањина, сагласно члану 79, и право да употрбљавају свој језик и писмо, као уставно право којим се обезбеђује очување њихове посебности.

руком Комитета министара земљама чланицама Савета Европе Р (95) 5 члан 6. тачка (ф).

Судија известилац - у складу са нешто измењеном улогом другостепеног суда, припрема извештај већу ради разматрања предмета по жалби, а и даље је овлашћен да од првостепеног суда захтева достављање извештаја о повредама поступка или спровођење извиђаја.

Правило је да другостепени суд одлучује о жалби без расправе - али кад веће другостепеног суда нађе да је ради правилног утврђења чињеничног стања потребно да се пред другостепеним судом *понове већ изведени докази* и даље је овлашћен да закаже усмену расправу пред другостепеним судом, оцени их и донесе одлуку о жалби.

Обавезно заказивање расправе пред другостепеним судом – важи за случајеве прописане чланом 383. став 4. ЗПП: када је у истој парници првостепена пресуда већ једанпут била укинута; ако је побијана пресуда сада заснована на погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном стању или су у поступку пред првостепеним судом учињене битне повреде одредаба парничног поступка, осим ако се побија пресуда на основу признања, пресуда због одрицања, пресуда због пропуштања, пресуда због изостанка, као и пресуда донета без одржавања главне расправе, односно ако се ради о пресуди у спору мале вредности. Тада другостепени суд одлучује о жалби и о захтевима странака.

Међутим, паушалним прописивањем изузетака – за које обавезно заказивање расправе пред другостепеним судом не важи, кад су у питању и спорови мале вредности – чини се погрешним и отвара недоумице у погледу начина одлучивања од стране другостепеног суда. Да ли то значи да и за ове изузетке важи забрана вишеструког укидања – кад је ранија пресуда већ једанпут била укинута или не, те какву ће одлуку донети суд кад постоје битне повреде које не може одржавањем расправе да отклони, а због забране вишеструког укидања не може да донесе одлуку којом ће вратити предмет првостепеном суду на поновни поступак. Наравно да обавезно заказивање расправе у инстанционом поступку не може бити одређено због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања за пресуде које су наведене као изузеци, али би се неке битне повреде могле отклонити заказивањем овакве расправе, посебно што закон не забрањује одржавање расправе ако постоје битне повреде и у случају ових изузетака, већ је само не прописује као обавезну. Таквим тумачењем би се, чини

се, поштовала истовремено и забрана вишеструког укидања пресуда која је императивног карактера.

Другостепени суд, према општем пропису из члана 383. став 3. ЗПП, није овлашћен да заказује расправу ради извођења доказа који нису били изведени у првостепеном поступку, јер би то било супротно прокламованом начелу временског ограничења изношења процесног материјала, а такво овлашћење није имао ни раније.

Расправа пред другостепеним судом [29] је усмена, на њу се позивају странке, односно њихови законски заступници или пуномоћници, као и они сведоци и вештаци за које другостепени суд одлучи да се саслушају.

Расправа почиње извештајем известиоца, који излаже стање ствари не дајући своје мишљење о основаности жалбе. После извештаја судије известиоца чита се пресуда, цела или део пресуде на који се жалба односи, а по потреби чита се и записник о главној расправи пред првостепеним судом. Жалилац затим образлаже своју жалбу, а противна страна одговор на жалбу.

Следи саслушање појединих сведока или вештака, за које доказе је другостепени суд одлучио да се понове, а затим и извођење нових доказа – ако су за њихово извођење испуњени законски услови: **за које је жалилац учинио вероватним да их без своје кривице није могао изнети, односно предложити до закључења главне расправе што се, наравно, односи и на доказе које је првостепени суд, због погрешне оцене, одбио да изведе у току првостепеног поступка**[30].

Расправа пред другостепеним судом може се одвијати на једном или на више рочишта и у тој фази странке могу суду упућивати припремне поднеске, али све у временском оквиру одређеном у смислу члана 383. став 5. ЗПП. На расправу и поступак пред другостепеним судом сходно се примењују одредбе ЗПП-а о главној расправи пред првостепеним судом одређене чланом 385. ЗПП.

Рад у већу другостепеног суда уређен је и одредбама 194 – 201. Судског пословника којима је између осталог предвиђено да судија известилац израђује писани реферат у сложенијим предметима. Нацрт одлуке израђује

[29] Члан 384. ЗПП
[30] Члан 308. став 5. ЗПП

на захтев чланова већа и доставља пре одржавања седнице већа ради припреме за седницу, а у другим предметима на захтев председника већа.

Одредбе о расправи пред другостепеним судом не односе се на поступак по жалби против решења, осим у парницама због сметања државине.

Границе испитивања првостепене пресуде (члан 386) – Раније редукована обавеза другостепеног суда да по службеној дужности пази на апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка допуњена је још једним разлогом – *тачком 3* у *члан 374. став 2. (поред тачака 1,2, 5,7. и 9*), па другостепени суд по службеној дужности пази на: састав суда и судије, апсолутну ненадлежност суда, благовременост тужбе, незаконито располагање странака у смислу члана 3. став 3, онемогућавање расправљања, страначку способност и заступање.

Одлуке другостепеног суда по жалби (387. – 398. ЗПП) - другостепени суд није везан предлогом жалбе и може донети све одлуке као и по садашњем закону, уз поштовање забране *reformatio in peius*, али може одлучити и на још један нови начин, тако што првостепену пресуду може укинути само у погледу износа тужбеног захтева, значи не и у погледу основа тужбеног захтева (била би то *нека врста другостепене међупресуде*), кад нађе да у погледу одлуке о основу тужбеног захтева не постоје разлози због којих се пресуда побија, као ни разлози на које пази по службеној дужности (члан 373. став 2). **Последњим новелирањем ЗПП-а, што је задржано и у новом ЗПП-у изречена је и забрана поновног укидања пресуде ако је она већ једанпут била укинута – по било ком пропису**[31]

Треба посебно указати да је *у случају укидања* првостепене одлуке због битних повреда *другостепени суд дужан да у својој одлуци наведе све уочене недостатке* који су од утицаја на доношење правилне одлуке (члан 382. став 2). А ако првостепену пресуду укида због погрешне примене материјалног права због које је чињенично стање непотпуно утврђено, *другостепени суд ће указати и зашто су нове чињенице и нови докази од утицаја на доношење правилне одлуке* (члан 382. став 4).

[31] Решење Врховног касационог суда Р 301/10 од 6.7.2010. године, Билтен ВКС 1/2010 о сукобу надлежности између основног и апелационог суда:
"За одлучивање о захтевима странака кад је у жалбеном поступку пресуда већ једном била укинута стварно је надлежан апелациони суд"

Новина је и да против решења другостепеног суда није дозвољена жалба, изузев против решења из члана 186, члана 187. став 1, члана 189, члана 243. став 1, члана 257. ст. 1. и 2, члана 267. ст. 1. до 3, члана 272, члана 333. став 1. и члана 334. став 1. овог закона. У случају да је решење из става 4. члана 399. **ЗПП донело веће апелационог суда о жалби против тог решења одлучује друго веће од троје судија тог суда.**

Поступак пред највишим судом

Ревизија

Ревизија[32], као ванредни правни лек, није више дозвољена у свим споровима. Закон сада прописује да против правноснажне пресуде донете у другом степену, странке могу изјавити ревизију у року од 30 дана од дана достављања пресуде али да ревизија није дозвољена о имовинскоправним споровима кад се тужбени захтев односи на утврђење права својине на непокретностима, потраживање у новцу, предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора побијеног дела не прелази динарску противвредност 100.000 € по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе.

Ревизија је увек дозвољена када је то посебним законом одређено.

Посебна ревизија - Имамо и нову законску презумпцију о изузетно дозвољеној ревизији због погрешне примене материјалног права и овлашћењу Врховног касационог суда **да одлучи и о ревизији против другостепене пресуде која се не би могла побијати** ревизијом (чл 404. ЗПП) ако је по оцени апелационог суда, односно Врховног касационог суда, потребно да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе као и када је потребно ново тумачење права. Ново решење је у складу са Препоруком Комитта министара СЕ Р (95) 5 глава 4, члан 7, тачка (ц) о начелима грађанског поступка за унапређење и остваривање правде од 7.2.1995. године, које треба да омогући Врховном касационом суду остваривање нове улоге у реформисаном правном систему.

О дозвољености посебне ревизије решењем одлучује апелациони суд у већу од троје судија који нису учествовали у доношењу другостепе-

[32] Види чл. 403. до 420. ЗПП

не пресуде. Против решења апелационог суда којим се не дозвољава ревизија, дозвољена је жалба Врховном касационом суду[33].

Одредбе о границама испитивања побијане пресуде од стране ревизијског суда, по службеној дужности (члан 408. ЗПП) – односе се на поступање Врховног касационог суда по службеној дужности тако да највиши суд пази на битну повреде из члана 374. став 2. тачка 2. ЗПП и да ли је материјално право правилно примењено, али се због битних повреда из члана 374. став 2. тач. 6, 8, 10. и 11. ЗПП **ревизија може изјавити само под условом да су истицане у жалби, односно да су учињене у поступку пред другостепеним судом.**

Ревизијски суд и даље *не мора детаљно да образлаже одлуку којом ревизију одбија*, ако се у ревизији понављају жалбени разлози или кад се образлагањем не би постигло ново тумачење права нити допринело уједначеном тумачењу права. Овакво решење је у складу и са Препоруком Комитета министара СЕ Р (95) 5 члан 7 тачка (ц) о начелима грађанског поступка за унапређење и остваривање правде од 7.2.1995. године.

Проширена су и овлашћења ревизијског суда - кад је у питању ревизија дозвољена по посебном пропису (члан 403. став 2.) па ако Врховни касациони суд нађе да је у оваквом случају чињенично стање погрешно или непотпуно утврђено, укинуће другостепену пресуду и вратиће предмет другостепеном суду на поновно одлучивање.

Захтев за преиспитивање правноснажне пресуде

Против правноснажне пресуде **донете у другом степену** Републички јавни тужилац може да поднесе Врховном касационом суду захтев за преиспитивање правноснажне пресуде [34]. Захтев може да се поднесе против правноснажне пресуде којом **је повређен закон на штету јавног интереса**, у року од три месеца од дана правноснажности пресуде. Друго-

[33] До сада је о изузетно дозвољеној ревизији одлучивано сагласно Закључку Грађанског одељења Врховног касационог суда од 9.2.2010. године утврђено је да: Апелациони суд у седници већа даје оцену изузетне дозвољености ревизије по члану 395. ЗПП, у форми образложеног решења чија изрека гласи: "Предлаже се Врховном касационом суду одлучивање о изјављеној ревизији у смислу члана 395. ЗПП". Против овог решења није дозвољена посебна жалба.

[34] Види чл. 421. до 425. ЗПП

степени суд, против чије пресуде је поднет захтев, дужан је да у року од 30 дана од дана подношења захтева достави списе предмета Врховном касационом суду.

Закон о парничном поступку не одређује ни врсте повреда закона на штету јавног интереса нити одређује појам јавног интереса што би, за диспозитиван поступак какав је парнични, било нужно, при чему ово правно средство може користити само Републички јавни тужилац – јер је то право странкама ускраћено. Овакви недостаци би морали бити отклоњени будући да се према бројним пресудама Европског суда за људска права[35] мешање државе у диспозитивне поступке у којима је право странке да непосредно уложи правно средство против судске одлуке – сматра кршењем права на приступ суду и повредом Конвенције, посебно треба имати у виду и да су судови дужни, у смислу члана 18. став 3. Устава Републике Србије, одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.

Врховни касациони суд одлучује о захтеву за преиспитивање правноснажне пресуде без расправе, а побијану одлуку испитује само у границама захтева. Врховни касациони суд може да одбије или усвоји захтев за преиспитивање правноснажне пресуде.

Понављање поступка

Понављање правоснажно окончаог поступка[36] могуће је из истих разлога као и раније, али су у члану 426. сатв 1. тач. 11. и 12. ЗПП прописани још неки посебни разлози због којих се поступак може поновити: ако странка стекне могућност да употреби одлуку Европског суда за људска права којом је утврђена повреда људског права, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке; ако је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке.

[35] *Брумареску против Румуније и др.*
[36] Види чл. 426. до 433. ЗПП

Према члану 87 Закона о Уставном суду ако је појединачним актом или радњом повређено или ускраћено Уставом зајемчено људско или мањинско право и слобода више лица, а само неки од њих су поднели уставну жалбу, одлука Уставног суда односи се и на лица која нису поднела уставну жалбу, ако се налазе у истој правној ситуацији. То значи да су **и лица која нису поднела уставну жалбу легитимисана да захтевају понављање правоснажно окончаног поступка ако се налазе у истој чињеничној и правној ситуацији, без обзира да ли је то одредио и Уставни суд доносећи одлуку о начину отклањања последица насталих повредом или ускраћивањем зајемчених права**, о чему се Врховни касациони суд већ изјашњавао у својим одлукама и како је то утврђено закључком Грађанског одељења Врховног касационог суда од 2.4.2012. гоине[37].

Овим допунама извршена је имплементација препорука СЕ Р (2000)2, Р (2002) 13, Р (2004) 4, 5. и 6. и Декларације усвојене на министарском састанку 12.5.2004. године, да би се обезбедила потпуна реституција због утврђеног кршења права по доношењу одлуке Европског суда за људска права.

Прелазне и завршне одредбе новог Закона о парничном поступку

Нови Закон о парничном поступку – примењује се на поступке започете после 1.2.2012. године и у случају да првостепена одлука буде укинута после његовог ступања на снагу 1.2.2012. године.

На све остале поступке примењују се новелиране одредбе Закона о парничном поступку који је ступио на снагу 29.12.2009. године са ретроактивном применом у жалбеном и ревизијском поступку и кад је првостепена одлука донета пре новелирања, које су озбиљно нарушиле систем правне сигурности, као битног елемента демократског друштва и условиле неједнако поступање у истим чињеничним и правним ситуацијама.

[37] На овој седници ГО ВКС донет је и закључак: "Не прихвата се правно схватање апелационих судова, усвојено на заједничком састанку 17.02.2011. године које гласи: У складу са одредбама члана 422. став 1. тачка 11. ЗПП одлука Уставног суда Србије којом је утврђена повреда или ускраћивање људског и мањинског права и слободе зајемчене уставом, може бити разлог за понављање поступка само у парничном поступку у коме је та одлука донета"

Остало је отворено и питање супсидијарне примене Закона о парничном поступку у ванпарничном, извршном, стечајном или управном поступку будући да се до сада нови закон увек примењивао на нерешене предмете, као ситуације у току а да се одредбама новог Закона о парничном поступку примена закона везује за време покретања поступка, што је изричито .....се односи на парнични поступак (члан 506. став 1). Уколико се ове одредбе тумаче у ширем смислу онда би се по истом принципу као и за парнични поступак примена новог закона везивала за поступке започете после 1.2.2012. године и за поступке у којима је одлука укинута и кад се ради о поступцима у којима се ЗПП супсидијарно примењује. Отворено је и питање спајања поступака и примене ЗПП кад су неки поступци започели пре а неки после ступања на снагу новог ЗПП-а.

Уместо закључка

Убрзање парничне процедуре, без обзира на реформске захвате, увек мора бити у функцији остваривања законите, једнаке и правичне заштите права странака, у разумном року, али брзина окончања судског поступка не сме угрозити право странке на правично суђење.

Лидија Ђукић,
судија Врховног касационог суда

ПРАВНА ЗАШТИТА ЗБОГ ЗЛОСТАВЉАЊА НА РАДУ (МОБИНГА)

1. Увод

1.1. Пре неколико месеци једне дневне новине[1] објавиле су чланак под насловом „Надређени злостављају, запослени манипулишу“ са наднасловом „Баук мобинга кружи Србијом“ у коме су, поред осталог, дати статистички подаци да је око 43% запослених у Србији изложено различитим видовима узнемиравања на послу у дужем периоду, док је европски просек 9% (највише у Финској 15%, а најмање у Италији и Португалији 4%), да у Немачкој за 1.000 самоубистава годишње криве мобинг и да сваки радник током радног века има 25% шанси да бар једном буде жртва мобинга.

1.2. С обзиром на то да није наведен извор ових статистичких података, изостаће њихово разматрање, међутим, како је тема мобинга веома присутна у медијима последњих година, може се закључити да је то питање несумњиво актуелно и значајно. У таквој ситуацији је од велике важности чињеница да Република Србија спада у ред малобројних европских земаља, поред Шведске, Финске, Данске, Француске, Белгије и Холандије, које су ову област регулисале посебним прописом. То је Закон о спречавању злостављања на раду[2] који је ступио на снагу 5.6.2010. године, а примењује се од 4.9.2010. године.

2. Међународни документи

2.1. Мобинг, као негативан феномен везан искључиво за радну средину, препознао је и формулисао почетком осамдесетих година прошлог века шведски психолог немачког порекла др Ханц Лејман[3], па засад

[1] “Блиц“, 6.6.2012, стр. 8
[2] „Службени гласник РС“ 36/10
[3] Leymann H. *The mobbing encyclopaedia:* доступно на http:///www.leymann.se, приступљено 26.8.2012.

нема међународних уговора (докумената) чији је предмет искључиво или претежно мобинг. Међутим, у многобројним међународним документима има одредаба које пружају заштиту и од мобинга, а то су одредбе које штите лични интегритет, односно достојанство на раду на које вредности се атакује мобингом.

2.2. Право на достојанство, односно право на достојанство на раду штите: Универзална декларација о правима човека[4] у члану 1. прописује: сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима; Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (1966)[5] чланом 2. забрањује дискриминацију; Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (1950)[6] чланом 14. забрањује дискриминацију (Протокол број 12 из 2000. године се односи на забрану дискриминације); Европска социјална повеља (1961, ревидирана 1996)[7] чланом 26. прописује да сви радници имају право на достојанство на раду.

2.3. Резолуција Европског парламента о узнемиравању на радном месту 2001/2339 (ИНИ) указује на значај злостављања на раду и позива земље чланице (ЕУ) да се националним законодавством боре против ове појаве. Европска фондација за побољшање услова живота и рада се интензивно бави овим питањем. Саветодавни одбор (Европске комисије) за сигурност, хигијену и здравствену заштиту је 2001. године усвојио „Мишљење о насиљу на радном месту“ које је значајно, јер даје једноставну дефиницију мобинга: мобинг је негативан облик понашања између колега или између хијерархијски надређених и подређених, којим се појединац излаже поновљеном понижавању и напада директно или индиректно од стране једне или више особа са сврхом и циљем његовог отуђења“. У праву ЕУ стандарди о овој појави успостављени су Оквирним колективним уговором о злостављању и насиљу на раду који су 2004. године закључили европски социјални партнери (удружења синдиката и послодаваца). Значајна је и Директива 89/391 о здрављу на радном месту као и Директива 8/391 којом се подиже ниво одговорности послодаваца у области заштите на радном месту у сваком аспекту рада, а Европска комисија је у

[4] Усвојена 10.12.1948. године у Паризу на седници Генералне скупштине УН
[5] „Службени лист СФРЈ“, број 7/71
[6] „Службени лист СРЈ – Међународни уговори“ 9/03
[7] „Службени гласник РС“ 42/09

оквиру Стратегије за здравље и безбедност 2007-2013, нагласила значај менталног здравља на радном месту.

3. Национални нормативни оквир

3.1. Право запосленог на поштовање достојанства на раду је уставно право: свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа; нико се тих права не може одрећи (члан 60. став 4. Устава РС)[8].

3.2. Посебна заштита наведеног права започета је антидискриминационим одредбама у Закону о раду[9], који чланом 18. прописује забрану сваког облика дискриминације запосленог и лица које тражи запослење, а одредбом члана 21. забрањено је узнемиравање и сексуално узнемиравање уз дефинисање ових појмова врло слично каснијем одређењу мобинга, односно злостављања на раду у Закону о спречавању злостављања на раду.

3.3. Закон о забрани дискриминације[10] који је ступио на снагу 7.4.2009. године, прописује да је забрањена дискриминација у области рада, односно нарушавање једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада, као што су право на рад, на слободан избор запослења, на напредовање у служби, на стручно усавршавање и професионалну рехабилитацију, на једнаку накнаду за рад једнаке вредности, на правичне и задовољавајуће услове рада, на одмор, на образовање и ступање у синдикат, као и на заштиту од незапослености (члан 16. став 1).

3.4. Закон о спречавању злостављања на раду даје целовит нормативни основ не само за спречавање злостављања на раду, већ и за заштиту лица која су (била) изложена злостављању на раду или у вези са радом (жртве злостављања) и зато је неопходно указати на нека питања која су значајна за правилну примену његових одредаба.

[8] „Службени гласник РС“ 83/06
[9] „Службени гласник РС“ 24/05
[10] „Службени гласник РС“ 22/09

4. Злостављање на раду (мобинг) – појам

4.1. Опште прихваћена дефиниција (појмовно одређење) мобинга не постоји, има их много, а све се ослањају на дефиницију коју је још 1984. године у Енциклопедији мобинга дао Х. Лејман[11], као што и уместо речи мобинг или злостављање на раду, често се да означе исто користе термини: психичко злостављање, психо-терор, узнемиравање, морално узнемиравање и други. Иако је из назива закона јасно да се наш законодавац определио за синтагму: злостављање на раду, код нас је (сада) одомаћена употреба термина мобинг (раније шикана, шиканирање на радном месту), па се и у овом раду преплиће употреба оба израза.

4.2. Према Закону о спречавању злостављања на раду, забрањен је било који вид злостављања на раду и у вези са радом (злостављање) као и злоупотреба права на заштиту од злостављања (члан 5); а злостављање, у смислу овог закона, јесте свако активно или пасивно понашање према запосленом или групи запослених код послодавца које се понавља, а које за циљ има или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета, здравља, положаја запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу раскине радни однос или откаже уговор о раду или други уговор (члан 6. став 1).

4.3. Уочава се да закон појам злостављања одређује једном дугачком реченицом (са много запета и девет пута употребљеним везником „или“) па је потребно појаснити поједине делове.

4.4. Радња злостављања на раду је дата као „свако активно или пасивно понашање“ дакле, чињење или нечињење, на пример: вређање, ома-

[11] “Психички терор или мобинг у радном окружењу укључује непријатељску или неетичку комуникацију, која је на систематичан начин усмерена од стране једне или више особа, претежно према једном лицу, које је услед тога доведено у позицију беспомоћности или немогућности да се одбрани и које се у том положају задржава континуираним активностима мобинга. Ови поступци врше се често (статистичка дефиниција: најмање једном недељно) и током дужег временског периода (статистичка дефиниција: најмање током шест месеци). Услед честог понављања и дугог трајања непријатељског понашања долази до значајних менталних, психосоматских и социјалних патњи“.

ловажавање, обраћање повишеним тоном, претње, избегавање комуникације, непримерена невербална комуникација, коментарисање личности, изгледа, говора, породице, исмејавање, ширење гласина, измишљање прича, изолација, непрестана контрола, претрпавање радним задацима, давање бесмислених радних задатака, недавање радних задатака, одузимање средстава за рад, погоршање услова рада, честа промена радног простора, неадекватан радни простор, смањење зараде, промена радног места, непозивање на састанке, неодговарање на захтеве, искључивање из друштвеног живота на послу, постављање немогућих рокова, онемогућавање напредовања и усавршавања, подстицање или навођење на злостављање ...

4.5. За постојање злостављања на раду није битно да ли се врши једном или са више различитих радњи, већ је битно да се радња злостављања понавља. Нема прецизног одговора колико пута треба да је поновљена радња злостављања и у колико дугом временском периоду, то је фактичко питање, а у вези је са осталим делом одређења злостављања којим се захтева повреда заштићеног добра (достојанство, углед, лични и професионални интегритет, здравље, положај запосленог) и измењен амбијент рада запосленог (страх, непријатељско, понижавајуће, увредљиво окружење, погоршани услови рада, изолација) или прекид рада (престанак радног односа на иницијативу запосленог или од стране послодавца применом допуштеног отказног разлога који прикрива стварни разлог и заправо представља последицу или последњу радњу злостављања).

4.6. Није нужно да је радња злостављања предузета са циљем повреде заштићеног добра, довољно је да је до те повреде дошло предузетом радњом, без обзира да ли је она предузета са намером повређивања. То произлази из одреднице „које за циљ има или представља повреду“: радња може бити предузета баш са циљем да се повреди заштићено добро и злостављање постоји, међутим, злостављање ће постојати и ако радња није предузета са тим циљем, али сама по себи (радња) представља повреду достојанства или другог заштићеног добра.

4.7. Како нема мобинга ван радне средине, лице које може бити изложено мобингу и које ужива заштиту од мобинга је запослени, код сваког послодавца. Закон о спречавању злостављања на раду под „запослени“ подразумева лице у радном односу, али и лице ван радног односа ангажовано по било ком уговору код послодавца, укључујући лица на стручном усавршавању и оспособљавању и волонтере, као и свако друго лице

које по било ком основу учествује у раду послодавца (члан 2), што значи да заштиту уживају и лица која раде „на црно“.

4.8. У смислу Закона о спречавању злостављања на раду извршиоцем злостављања сматра се послодавац са својством физичког лица или одговорно лице код послодавца са својством правног лица, запослени или група запослених код послодавца који врше злостављање (члан 6. став 3). Неки закони садрже одредбу о значењу појединих израза употребљених у њима, овај закон такву одредбу нема, па је питање шта се подразумева под „одговорно лице“ код послодавца са својством правног лица. У смислу Закона о одговорности правних лица за кривична дела[12], одговорно лице је физичко лице коме је правно или фактички поверен одређени круг послова у правном лицу, као и лице које је овлашћено, односно за које се може сматрати да је овлашћено да поступа у име правног лица (члан 5. тачка 2). Користећи се оваквим дефинисањем израза „одговорно лице“ и имајући у виду да се у наведеној одредби као извршилац злостављања означава одговорно лице у правном лицу, може се закључити да се под тим подразумева не само директор или лице које је на врху хијерархијске лествице код послодавца, већ и свако друго лице које заузима неко место на тој лествици, због чега има својство надређеног према одређеном броју запослених. Уобичајена је подела мобинга на вертикални и хоризонтални. Вертикални - се односи на ситуације у којима надређени, претпостављени злоставља подређеног запосленог, али и на оне када група подређених запослених злоставља једног претпостављеног. Тзв. стратешки мобинг је подврста вертикалног мобинга и постоји када управљачка структура послодавца намерно предузима радњу мобинга према запосленима са циљем да се наведу да напусте радну средину без коришћења права по основу радног односа. Хоризонтални мобинг - се јавља између запослених који су на истом нивоу хијерархијске лествице код послодавца.

5. Заштита од злостављања на раду код послодавца

5.1. Послодавац је дужан да запосленог заштити од злостављања (члан 8). Поступак за заштиту од злостављања код послодавца покреће запослени који сматра да је изложен злостављању. Закон о спречавању злостављања на раду нема изричиту одредбу о обавезности овог поступка, већ

[12] „Службени гласник РС“ 97/08

прописује да ако се за злостављање не терети одговорно лице, односно послодавац са својством физичког лица (предузетник), запослени који сматра да је изложен злостављању подноси образложен захтев за покретање поступка непосредно том лицу (члан 13. став 1). Међутим, ако се за злостављање терети одговорно лице, односно предузетник, запослени има две могућности: прва је да поднесе захтев за покретање поступка посредовања непосредно том лицу (члан 14. став 1), а друга да, до истека рока застарелости за покретање поступка за заштиту од злостављања код послодавца утврђеног овим законом, и без подношења захтева за покретање поступка посредовања код послодавца, покрене поступак пред судом (члан 14. став 2).

5.2. Другим речима, запослени који сматра да га злоставља надређени, претпостављени има право избора: може покренути поступак за заштиту код послодавца, па зависно од окончања тог поступка и поступак пред судом, а може затражити судску заштиту без покретања поступка код послодавца, док запослени који сматра да га злоставља други запослени (хоризонтални мобинг) мора да покрене поступак за заштиту код послодавца и после тога, ако је незадовољан исходом, поступак пред судом.

5.3. Уколико је запослени поднео захтев послодавцу, он (послодавац) је дужан да предложи посредовање као начин разрешења спорног односа, споразумно се одређује посредник (неутрална особа) који даље води поступак. Поступак посредовања је хитан, треба да се оконча у року од осам радних дана од дана одређивања посредника, рок се може продужити на максимално 30 дана.

5.4. Начини окончања поступка за заштиту од злостављања код послодавца су: закључивање писменог споразума између страна у спору, одлука посредника да се поступак обуставља јер даљи поступак није оправдан и изјава стране у спору о одустајању од даљег поступка (члан 19. став 1). Уколико је поступак окончан одлуком посредника о обустави поступка или изјавом о одустајању, сматра се да поступак посредовања није успео, као и у случају када се након поднетог захтева за покретање поступак не одреди (изабере) посредник. У сваком од ових случајева послодавац је дужан да запосленом достави: обавештење да поступак није успео ако није одређен посредник, одлуку о обустављању поступка, односно обавештење да је једна страна одустала од даљег поступка (члан 20).

5.5. Право на подношење захтева за заштиту од злостављања код послодавца (члан 13. и члан 14. став 1. овог закона) застарева у року од

шест месеци од дана када је злостављање учињено; рок из става 1. овог члана почиње да тече од дана када је последњи пут извршено понашање које представља злостављање (члан 22. ст. 1. и 2), па ће се поступак посредовања код послодавца спровести само ако је покренут у наведеним роковима.

6. Поступак судске заштите због злостављања на раду

6.1. Закон о спречавању злостављања на раду садржи посебна процесноправна правила за остваривање судске заштите због злостављања на раду (чл. 29-33) која имају примат у том поступку (посебан пропис дерогира општи). Спор по оваквој тужби је радни спор (члан 29. став 4), што подразумева примену одредаба у парницама из радних односа прописаних чл. 436-441 Закона о парничном поступку[13] и на крају прописана је сходна примени одредаба закона којим се уређује парнични поступак (члан 29. став 5.) тј. ЗПП. Дакле, у судском спору за заштиту од злостављања на раду примарна су процесна правила из Закона о спречавању злостављања на раду, затим посебне одредбе из ЗПП за спор из радног односа и општа правила из ЗПП.

6.2. Запослени који тражи судску заштиту због злостављања на раду мора поднети тужбу благовремено у року одређеном Законом о спречавању злостављања на раду и то против послодавца.

6.3. Рок за подношење тужбе је шест месеци у случају да запослени сматра да га злоставља одговорно лице, односно предузетник, што је ситуација када није било поступка за заштиту код послодавца, а рок се рачуна од дана када је последњи пут извршено понашање које представља злостављање (члан 29. став 1). У ситуацији када је вођен поступак за заштиту код послодавца, а запослени није задовољан његовим исходом, рок за подношење тужбе је 15 дана и рачуна се од дана достављања обавештења да поступак није успео (није одређен посредник), односно обавештења да је једна страна одустала од даљег поступка или одлуке о обустављању поступка (члан 29. став 2). Реч је о преклузивном року материјалног права чије пропуштање доводи до губитка права на судску заштиту што има за последицу одбацивање тужбе, као неблаговремене.

6.4. Послодавац је пасивно легитимисан у поступку за остваривање судске заштите због злостављања на раду и само он може бити тужени

[13] „Службени гласник РС“ 72/11

у том спору, без обзира ко је извршилац злостављања (одгворно лице, односно предузетник или запослени, односно група запослених). Да се тужба подноси само против послодавца изричито је наведено у Закону о спречавању злостављања на раду (члан 29. ст. 1. и 2) и посебно наглашено да послодавац одговара за штету коју одговорно лице или запослени проузрокују другом запосленом вршећи злостављање (члан 9. став 1).

6.5. Кад је тужба поднета против физичког лица као извршиоца злостављања (одговорно лице), а не послодавца (правно лице), правилно суд закључује да је основан приговор недостака пасивне легитимације и одбија тужбени захтев, јер „у смислу члана 29. став 1. Закона о спречавању злостављања на раду, запослени може поднети тужбу само против свог послодавца, а не против одговорног лица код послодавца са својством правног лица“[14].

6.6. Тужбом за заштиту због злостављања на раду не може се побијати законитост појединачног акта послодавца којим је решавано о правима, обавезама и одговорностима запосленог из радног односа. Против тог акта запослени има право на судску заштиту - у складу са посебним законом којим је прописана судска заштита (члан 29. став 3). Овом одредбом је искључена могућност да запослени у једном судском поступку тражи заштиту због злостављања на раду и испитивање законитости акта послодавца којим је одлучено о његовим правима из радног односа (анекс уговора о раду, решење о годишњем одмору, акт о престанку радног односа, исплата зараде), на шта се треба критички осврнути.

6.7. Наиме, појам злостављања на раду је одређен тако да ће злостављање на раду постојати ако је предузета радња злостављања којом је повређено заштићено добро и која је изазвала последицу нпр. у погледу погоршаних услова рада видљивих кроз анекс уговора о раду или се та последица манифестује у престанку радног односа запосленог који је био изложен злостављању, било што је он отказао уговор о раду или је то учинио послодавац.

6.8. У ситуацији када запослени сматра да је анекс уговора о раду или акт о престанку радног односа у узрочно-последичној вези са злостављањем које се према њему спроводи, а одлучио је да затражи судску заштиту због злостављања и доношења тог акта послодавца, целисходно би

[14] Правоснажна пресуда П1-357/11 од 3.10.2011. године, Основни суд у Новом Саду

било да ту судску заштиту оствари у једном поступку. Међутим, не може, јер му то наведена законска одредба не дозвољава, као ни процесно правило из члана 197. став 1. ЗПП (иста врста поступка за више захтева у једној тужби). Стога мора покренути два поступка, један ради поништаја акта са чињеничним наводима о злостављању у коме ће се расправљати о томе као претходном питању и други ради заштите због злостављања у коме ће се расправљати исто (постојање злостављања), без обзира што је вођење два поступка нецелисходно, неекономично и запосленог онемогућава да путем једне тужбе свој спорни однос са послодавцем представи суду у целини, а и суд да га тако сагледа.

6.9. Пресудама у три правоснажно окончана поступка[15] одлучено је о захтеву тужилаца о злостављању на раду. Из образложења пресуда произлази да су тужиоци изнели, као чињенични навод тужбе, питање анекса уговора о раду којим су упућени на рад код другог послодавца као околност битну за оцену постојања злостављања. С тим у вези суд је констатовао да су поднете посебне тужбе ради поништаја анекса и да су ти поступци у току, чинећи видљив напор да оцени навод о анексу уговора о раду, али да се не изјасни о његовој (не)законитости. Из овог произлази да се води шест поступака уместо три, па је умесно поставити питање о исправности правила о одвојеним поступцима.

6.10. У поступку пред судом запослени који сматра да је изложен злостављању може да захтева: 1. утврђење да је претрпео злостављање; 2. забрану вршења понашања које представља злостављање, забрану даљег вршења злостављања, односно понављања злостављања; 3. извршење радње ради уклањања последица злостављања; 4. накнаду материјалне и нематеријалне штете, у складу са законом; 5. објављивање пресуде донете поводом тужби из тач. 1 – 4 овог члана (члан 30). Ова одредба упућује на предмет спора, одређује садржину (тужбени захтев) тражене правне заштите, оно о чему се тражи одлука суда. Тужба за утврђење се може поднети (и) ради утврђивања постојања, односно непостојања чињенице, ако је то предвиђено законом или другим прописом (члан 194. став 3. ЗПП). Управо је Законом о спречавању злостављања на раду прописано да се може тражити утврђење претрпљеног злостављања што је чињеница (не

[15] П1.2264/11, П1.2295/11 обе од 28.2.2012. године и П1.2267/11 од 1.3.2012. године, Основни суд у Новом Саду

правни однос). Код тужбе за накнаду штете постоји одредница „у складу са законом“, што је Закон о облигационим односима (сва његова правила, па и о застарелости потраживања накнаде штете).

6.11. Какав ће тужбени захтев поставити, односно шта ће захтевати ствар је избора тужиоца. Он може да тражи нпр. само утврђење да је претрпео злостављање и забрану даљег вршења злостављања или само накнаду штете, а може поставити све захтеве из цитиране законске одредбе. Ако је већ дошло до престанка радног односа, по природи ствари, тужилац може поставити само три захтева: утврђење да је претрпео злостављање, накнаду штете и објављивање пресуде.

6.12. Постоји дилема у погледу саме формулације тужбеног захтева када се тражи утврђење злостављања: да ли је уредна тужба када је захтев формулисан тако да се тражи утврђење злостављања без ближег одређења ко, кад и како га је вршио или се то мора навести да би суд поступао. Судови поступају по тужбама када је захтев формулисан тако да се тражи само утврђење злостављања, што је у корелацији са тачком 1. члана 29. Закона о спречавању злостављања на раду и не може се сматрати да је таква тужба неуредна, а чињенице о начину злостављања су део чињеничног стања судске одлуке[16].

6.13. У случајевима када се захтев формулише тако да се ближе одреди злостављање, боље рећи покуша да се то уради, пред судом су и овакви захтеви:

а) „да се утврди трпљење злостављања на раду код туженог, од стране више менаџера послодавца почев од генералног директора, који је знао или морао знати да се крши социјални програм, преко директора малопродаје, директора дирекције малопродаје, ХР менаџера, да се тужени обавеже да спречи злостављање на раду које трпи тужилац од стране менаџера послодавца, да се тужилац упути на парницу ради имовинско правног захтева за накнаду штете, да се нареди објављивање ове пресуде у јавном гласилу „Блиц“ о трошку туженог“[17]

[16] Предмет П1.45/11, Основни суд у Новом Саду; Гж1.1049/12, Апелациони суд у Новом Саду

[17] Предмет П1.2295/11, Основни суд у Новом Саду; Гж1.1293/12, Апелациони суд у Новом Саду

б) „да се утврди да је тужиља претрпела злостављање од стране других запослених Ш.М. и Ћ.М. код туженог на тај начин што јој је пређено, забрањивано да ради, омаловажана је, држана у страху од отказа уговора о раду, ради забране даљег вршења злостављања и понављања злостављања, што је тужени дужан признати и обезбедити извршење наведене забране, као и да се нареди објављивање пресуде у дневном листу „Дневник“ о трошку туженог“[18]

в) „да се утврди да је тужилац претрпео злостављање на раду, те да забрани туженој М.С. да убудуће издаје тужиоцу радне задатке чије се извршење захтева у непримереном року и да као контролор радних активности тужиоца одређује запослене или друга лица чија је стручна спрема нижа од тужиочеве и чија стручна спрема нема везе са правом као и да утврди да је тужена тужиоцу дужна да исплати новчану накнаду од 50.000,00 динара, као накнаду нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због повреде угледа и части и да јавно објави пресуду“[19]

6.14. О захтеву наведеном у предмету под а) сваки коментар је сувишан, захтев под б) наводи радње злостављања, али их не конкретизује. У оба случаја тужбени захтев је одбијен у целини: суд је прибегао рационалном решењу свођењем поступка на централно питање да ли је злостављања било или не. У предмету под ц) тужбени захтев је одбијен због недостатка пасивне легитимације (тужена је физичко лице).

6.15. Ако је у току поступка тужилац учинио вероватним да је извршено злостављање из члана 6. овог закона, терет доказивања да није било понашања које представља злостављање је на послодавцу (члан 31). ЗПП успоставља расправно начело у утврђивању чињеница и зато подједнако обавезује странке у погледу терета доказивања (члан 231), док правило о терету доказивања садржано у овој одредби од тога значајно одступа, јер успоставља правило о подели или пребацивању терету доказивања. То значи да је тужилац, као запослени који тражи заштиту због злостављања, дужан да понуди доказе из којих ће се утврдити чињенице на основу којих се може закључити да је злостављање вероватно извршено, чиме ће се успоставити претпоставка злостављања, а онда се терет дока-

[18] Предмет П1.8478/10, Основни суд у Новом Саду; Гж1.2112/12, Апелациони суд у Новом Саду

[19] Предмет П1.357/11, Основни суд у Новом Саду

зивања пребацује на туженог послодавца који ће ту претпоставку морати да обори доказивањем да злостављања није било, па ако то не учини суд ће одредити заштиту на основу успостављене претпоставке да је злостављање извршено. На овај начин тужилац је у привилегованом положају, а оправдање за то је у томе што је већ у уговорном односу са послодавцем запослени слабија страна, а ако је изложен злостављању на раду његова позиција према послодавцу је још слабија, при чему је због специфичности мобинга као појаве њега тешко доказати, поготово када произлази из начина мишљења или личних ставова извршиоца злостављања**.**

6.16. Начело о подели или пребацивању (преношењу) терета доказивања је преузето из права ЕУ где је дубоко укорењено, као и у пракси Европског суда за људска права[20] који је у начелу усвојио ово правило када је у питању доказивање тужби за повреду људских права. Пракса Европског суда је да се сагледају подносиоцу доступни докази у целини, јер је држава та која поседује већину информација потребних за доказивање оптужбе. Према томе, ако су чињенице које је подносилац предочио веродостојне и у складу са доступним доказима, Европски суд ће их прихватити као доказе, осим ако држава не понуди уверљиво алтернативно објашњење. Говорећи терминологијом Европског суда, он прихвата као чињенице оне тврдње које су: „поткрепљене слободном оценом свих доказа, укључујући и такве закључке који извиру из чињеница и поднесака странака... Доказ може проистећи из постојања довољно чврстих, јасних и сагласних закључака или из сличних неоспорених чињеничних претпоставки. Надаље, степен уверавања неопходан за постизање одређених закључака и с тим у вези подела терета доказивања, неодвојиво су повезани са специфичношћу чињеница, природом изречених навода и дотичним правом Европске конвенције за заштиту људских права“[21].

6.17. У вези са изнетим паравилом о терету доказивања, треба указати на још једно питање везано за доказивање које је већ у европском ан-

---

[20] Начова и други против Бугарске (број 43577/98 и 43579/98), 6.7.2005, стр. 147
Тимишев против Русије (broj 55762/00 и 55974/00), 13.12.2005, стр. 40-44
Д.Х. и други против Чешке [ГЦ] (број 57325/00), 13.11.2007, стр. 178.

[21] Приручник о европском антидискриминационом праву, Агенција ЕУ за људска права, 2010
Савет Европе, 2010
Луксембург: Канцеларија за службене публикације ЕУ, 2011

тидискриминационом праву успостављено као стандард, а то је коришћење статистичких података у поступцима заштите од дискриминације, који лицу које тражи заштиту омогућавају да чвршће утемељи претпоставку о дискриминацији. Обрада статистичких података делује у комбинацији с пребацивањем терета доказивања: у случају кад подаци показују да је једна друштвена група у посебно неповољнијем положају, извршилац дискриминације мора дати уверљиво објашњење таквих показатеља[22]. У овом раду се не разматра дискриминација у области рада у смислу Закона о забрани дискриминације, али тај закон има исто правило о терету доказивања, као Закон о спречавању злостављања на раду па је могуће да се у наредном периоду суд суочи са понуђеним доказима у виду статистичких података и у поступку заштите од злостављања на раду.

7. Однос дискриминације у области рада и мобинга

7.1. Према Закону о забрани дискриминације изрази „дискриминација“ и „дискриминаторско поступање“ означавају свако неоправданоављење разлике или неједнако поступање, оносно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима (лична својства) (члан 2. став 1. тачка 1). Дискриминација у области рада, као посебан случај дискриминације, могућа је у односима запослених и послодаваца, а постоји уколико се према запосленом поступа дискриминаторски с обзиром на неко његово лично својство, које мора бити идентификовано (означено, препознато).

7.2. У поступцима за судску заштиту често се у истом поступку тражи заштита због дискриминације на раду и злостављања (мобинга), па се намеће потреба разматрања њиховог односа. Јасно је да дискриминаци-

[22] Исто

ја на раду и мобинг нису исто (посебни прописи их регулишу), често се погрешно мисли да јесу, али, није јасно у каквом су односу.

7.3. По једном схватању дискриминација на раду није мобинг и обрнуто (не треба их повезивати), зато што код мобинга није потребно успоставити везу или однос са неким личним својством, а дискиминација без тога не постоји. Ауторки овог рада је блиско друго схватање према којем је, управо због тесне повезаности, мобинг специфичан облик (подврста) дискриминације на раду, а сам статус лица као запосленог (статус запослености) ово схватање нуди као претпостављено лично својство да би се задовољио захтев његовог означавања потребан за постојање дискриминације. У Закону о забрани дискриминације БиХ[23] прихваћено је друго схватање па је изричито прописано да је мобинг облик дискриминације (члан 4. тачка 3), при чему не постоји обавеза позивања на одређено лично својство у поступку за заштиту од мобинга.

Мобинг је комплексан феномен. Закон о спречавању злостављања на раду уређује његов правни аспект, међутим, суд ће у поступку пружања заштите од злостављања морати да се бави и другим аспектима – психолошким, социјалним, медицинским, јер лице које тражи заштиту је жртва, што увек имплицира патњу. Зато је од пресудне важности разумети шта је мобинг и схватити да процесне привилегије (прилагођавање процесних правила) треба да жртви злостављања обезбеде (само) адекватну заштиту, јер мобинг није никакава екслузивна тема, већ ствар свакодневног живота, па у том контексту треба тумачити и примењивати Закон о спречавању злостављања на раду.

[23] „Службени гласник БиХ“ 59/09

Мирјана Ђерасимовић,
судија Врховног касационог суда

КОНВЕНЦИЈА УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА О УГОВОРИМА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ[1]

Област примене и опште одредбе

I - Уводна разматрања

Бечка Конвенција је најзначајнији извор права униформног регулисања међународне продаје. Ратификовало[2] је преко 70 земаља што обухвата око 2/3 укупног обима светске трговине.

Преко 80% српског извоза и увоза одвија се са привредним субјектима из земаља које су уговорнице Конвенције па је познавање одредби Конвенције и примена на што је могуће једнообразнији начин од изузетног значаја.

Конвенција је примењивана приликом решавања у више од 2000 случајева о чему сведочи судска и арбитражна пракса широм света[3].

Мишљење је домаће правне доктрине да домаћи судови не примењују Бечку конвенцију и када су за њену примену испуњени сви услови. Да је, иако је Конвенција одавно на снази, број забележних судских одлука још увек мали.

Устав Републике Србије садржи одредбу о непосредној примени међународних уговора (члан 16. став 2[4]) и одредбе о дужности судова да примењују потврђене међународне уговоре[5].

---

[1] Ова Конвенција закључена је у Бечу 11.4.1980. године, а ступила је на снагу 1.1.1988. године. Објављена је у „Сл. листу СФРЈ“ – међународни уговори и други споразуми 10 од 31.12.1984. године. (У даљем тексту: Бечка Конвенција - БК).

[2] Ажуриран списак држава потписница БК доступан је на интернет адреси <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

[3] Више о томе видети В. Павић и М. Ђорђевић, *Примена БК у арбитражној пракси СТА* Право и привреда број 5-8/08 Београд, страна 572 – 616.

[4] Устав Републике Србије, члан 16. став 2. опште прихваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног по-

Наведена критика домаће правне доктрине али и уставна обавеза судова да примењују Конвенцију су повод за писање овог рада у коме ће бити анализиране опште одредбе Конвенције: поље примене (временско, територијално, предметно), тумачење Конвенције, попуњавање правних празнина, примена обичаја и тумачење уговора.

Циљ наведене анализе је указивање на обавезност примене Бечке конвенције увек када су за то испуњени услови (како тзв. „предвидивост правних ситуација“ не би била доведена у питање) и то примене на што је могуће једнообразнији начин (чему предметна анализа треба да допринесе).

II - Ступање на снагу и примена

1. Временски критеријум и резервама ограничено поље примене

Пристанак државе да буде везана међународним уговором (ратификација, прихватање, одобравање или приступање)[6] може бити дат пре или након ступања на снагу уговора у међународном смислу[7]. Уколико је пристанак (ратификација) дат пре ступања на снагу уговора у међународно-правном смислу у односу на ту државу Конвенција ступа на снагу са датумом ступања на снагу у међународном смислу[8]. За државу која приступа међународном уговору који је већ на снази у међународном смислу, међународни уговор –

ретка Републике Србије и непосредно се примењују. Потврђени међународни уговори морају бити у складу с Уставом.

5 Устав Републике Србије, члан 142. став 2: Судови су самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, Закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, опште прихваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора.
Члан 145. став 2. судске одлуке се заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу Закона.

6 За потврђивање – ратификацију међународног уговора у Србији је надлежна Народна скупштина.

7 Датум ступања на снагу у међународном смислу одређен је у самом тексту Конвенције. Према ставу 1. члана 99. Конвенција ступа на снагу дванаест месеци после депоновања десетог инструмента ратификације, прихватања одобравања или приступања, а делимична ретификација третира се на исти начин као ратификација целе Конвенције.

8 Више о томе видети М. Станивуковић и М. Живковић – *Међународно приватно право, општи део* – 2008. година, страна 44 и даље.

Конвенција ступа на снагу са датумом када је дала пристанак да буде везана тим уговором, а то је датум ратификације[9]. Објављивање међународног уговора у унутрашњем правном поретку јесте неопходан услов за примену од стране судова. Међународни уговор се примењује од дана објављивања али су судови дужни да га примене и на ситуације које су се десиле пре објављивања, а после ступања на снагу међународног уговора, уколико те ситуације спадају у поље примене датог уговора.

Релевантно време за примену Конвенције у погледу уговора који су већ закључени је дан када је уговор закључен. У погледу закључења уговора битно је да је предлог, за закључење уговора учињен на дан ступања на снагу Конвенције[10].

После престанка СФРЈ судбина међународних уговора је била различита. Када су у питању међународни уговори закључени у оквиру ОУН (што важи и за Бечку конвенцију), СРЈ је сматрана државом чланицом Конвенције. Нашој држави је признато својство сукцесора од датума проглашења Устава СРЈ 27.4.1992. године[11].

Државе уговорнице Конвенције могу отказати Конвенцију званичним писменим обавештењем упућеним депозитару[12]. Задатак судије је да

---

[9] Подаци о ступању међународног уговора на снагу, о његовом важењу у другим државама и стављеним резервама могу се затражити од Министарства спољних послова или другог надлежног Министарства Републике Србије.

[10] БК члан 100. став 1. Ова Конвенција се примењује на закључење уговора само кад је предлог за закључење уговора учињен на дан или после дана ступања на снагу ове Конвенције у односу на државе уговорнице о којима је реч у тачки (1) став 1. члан 1. или државу уговорницу о којој је реч у тачки (Б) став 1. члан 1. став 2: Ова Конвенција примењује се само на уговоре закључене на дан или после дана ступања на снагу Конвенције у односу на државе уговорнице о којима је реч у тачки (А) става 1. члана 1. или државе уговорнице о којој је реч у тачки (Б) става 1. члана 1.

[11] Статус сукцесора СФРЈ по Споразуму о питањима сукцесије од 29.6.2001. године имају и све бивше републике СФРЈ. Више о томе видети М. Станивуковић, М. Живковић, *Међународно приватно право општи део,* 2008. година, страна 69 до 74.

[12] БК члан 101. (1). Држава уговорница може отказати ову Конвенцију или Део II или Део III ове Конвенције, званичним писменим обавештењем упућеним депозитару (2). Отказ производи дејство првог дана идућег месеца по истеку дванаестомесечног рока од дана када је депозитар примио обавештење. Кад је у обавештењу наве-

у сваком конкретном случају утврди да ли је Бечка Конвенција на снази у унутрашњем правном поретку и да ли се примењује у конкретном случају имајући у виду датум ступања Конвенције на снагу и датум закључења Уговора (или датум стављања предлога за закључењ уговора).

Резерва значи сужавање поља примене Конвенције.

Тако се одређене државе неће сматрати обавезним у погледу Дела II (одредбе о закључењу уговора) или Дела III (одредбе о продаји робе), па се у том смислу та држава у том делу неће сматрати државом уговорницом у смислу става 1. члана 1. Конвенције[13]. Могуће је да међународни уговор не важи у односу на целокупну територију једне државе (обично сложене државе) него само на неким њеним деловима, територијама или федералним јединицама (тзв. федерална клаузула)[14]. Државе које имају

ден дужи рок у коме отказ производи дејство, отказ производи дејство по истеку таквог дужег рока, после пријема обавештења од стране депозитара.

[13] БК члан 92 (1) Држава уговорница може у тренутку потписивања, ратификације, прихватања, одобрења или приступања изјавити да се не сматра обавезном у погледу Дела II, Дела III Конвенције (2). Држава уговорница која учини изјаву у складу са претходним ставом у односу на Део II или Део III ове Конвенције неће се сматрати државом уговорницом у смислу става 1. члана 1. ове Конвенције у односу на материје које се регулишу у делу на који се таква изјава односи. Ову резерву у погледу дела II Конвенције ставили су Данска, Норвешка, Финска, Шведска.

[14] БК члан 93 (1). Ако држава уговорница има једну или више територијалних јединица у којима се, сходно њеном Уставу, примењују различити правни системи у погледу питања која се регулишу овом Конвенцијом, она може у време потписивања, ратификације, прихватања, одобравања или приступања изјавити да ће се ова Конвенција применити на све територијалне јединице или само на једну или више њих, с тим што такву своју изјаву може изменити накнадном изјавом у било које време (2). О овим изјавама мора се обавестити депозитар и у њима се морају изричито навести територијалне јединице на које се протеже ова Конвенција (3). Ако се, на основу изјаве дате сходно овом члану ова Конвенција протеже на једну или више, али не на све територијалне јединице државе уговорнице, иако се седиште једне стране уговорнице налази у тој држави, сматраће се, у смислу ове Конвенције, да то седиште није у држави уговорници уколико се не налази на територијалној јединици на коју се ова Конвенција протеже (4). Ако држава уговорница не учини изјаву сходно ставу 1. овог члана, Конвенција се примењује на целокупној територији те државе. Такве изјаве дале су Аустралија, Данска, Канада и Нови Зеланд.

иста или слична правила за питања на која се ова Конвенција односи (закључење уговора о продаји), могу дати изјаву да се не сматрају различитим државама у смислу члана 1. Конвенције. Том изјавом искључује се примена Конвенције у односу на уговор о продаји (или закључење), када купац и продавац имају место пословања у тим државама[15]. При ратификацији Бечке Конвенције, неке земље са образложењем да имају посебне прописе који се односе на Уговор о међународној продаји су искористиле право из члана 95. Конвенције[16] и ставиле резерву на примену члана 1 (1) („ да неће бити везане одредбама тачке (Б) став (1) тачка 1. Конвенције. Ова резерва је релевантна само ако барем једна од страна уговорница није из државе чланице Конвенције. Тако на пример, када колизионе норме упућују на примену права Чехословачке као меродавно право треба применити њено национално право а не Бечку Конвенцију.

Уступак земљама у којима је писмена форма уговора о међународној продаји робе обавезна (принудни пропис домаћег права) је учињен чланом

[15] БК члан 94 (1). Две или више држава уговорница које имају иста или слична правна правила за питање на која се ова Конвенција односи могу у било које време изјавити да се Конвенција неће применити на уговоре о продаји или на њихово закључење када стране имају седишта у тим државама. Ове изјаве могу да се учине заједнички или на основу реципрочних једностраних изјава (2). Држава уговорница која има иста или слична правна правила о питањима на која се ова Конвенција односи као једна или више држава које нису стране уговорнице, може у било које време изјавити да се Конвенција неће примењивати на уговор о продаји или њихово закључење кад стране имају своја седишта у тим државама (3). Ако једна држава у погледу у коме је дата изјава у смислу претходног става накнадно постане држава уговорница, учињена изјава ће, од датума кад Конвенција ступи на снагу у односу на нову државу уговорницу, имати дејство изјаве учињене на основу става 1. под условом да се нова држава уговорница придружи таквој изјави или учини реципрочну једнострану изјаву. Такву изјаву дале су за узајамне односе и у односу на Исланд, Данска, Норвешка, Финска и Шведска. Сматра се да су земље Бенелукса и Скандинавске земље у знатној мери приближиле или изједначиле своје законодавство у области продаје робе.

[16] БК члан 95: Приликом депоновања својих инструмената ратификације, прихватања, одобравања или приступања свака држава може изјавити да се не сматра обавезном одредбама тачке (Б) став 1. члан 1. ове Конвенције. Такву изјаву дале су Кина, САД, Сингапур, Свети Винсент и Гренадин, Чешка и Словачка.

96. Конвенције[17]. Уговори о међународној продаји које закључи страна са местом пословања у држави уговорници која је ставила резерву биће важећи једино ако је закључен у писменој форми. Писмена форма важи и за измену или за раскид уговора. Члан 96. заједно са чланом 12. Конвенције[18], представља допуну правила о неформалности из члана 11. Конвенције (Уговор о продаји не мора да се закључи нити потврди у писменој форми...).

Правило је (члан 97.)[19] да резерве (изјаве) ступају на снагу истовремено кад и Конвенција у односу на државу у питању. За све друге изја-

[17] БК члан 96: Држава уговорница чије законодавство захтева да се уговори о продаји закључују или потврђују у писменој форми, може у било које време дати изјаву у складу са чланом 12. да се одредбе члана 11, члана 29. или Дела II ове Конвенције којим се дозвољава да се уговор о продаји закључи, измени или споразумно раскине или понуда, прихватање или било која друга изјава воље учини на неки други начин, а не у писменој форми, неће применити кад било која страна има своје седиште у тој држави. Резерву су ставиле Аргентина, Белорусија, Чиле, Кина, Естонија, Мађарска, Литванија, Летонија, Русија и Украјина.

[18] БК, члан 12: Било која одредба члана 11. члана 29. или Дела II ове Конвенције којом се дозвољава да се уговор о продаји закључи, измени или споразумно раскине или понуда, прихватање или друга индикација о намери учине на неки други начин, а не у писменој форми, неће се применити у случају кад било која страна има своје седиште у држави уговорници која је дала изјаву на основу члана 96. ове Конвенције. Стране не могу да одступе од овог члана или измене његово дејство.

[19] БК члан 97: (1) Изјаве учињене на основу ове Конвенције у време потписивања, морају се потврдити после ратификације, прихватања или одобравања. (2) изјаве и потврде изјава морају бити у писменој форми и званично достављене депозитару. (3). Изјаве ступају на снагу истовремено кад и Конвенција у односу на државу у питању. Међутим, изјаве које депозитар званично прими после таквог ступања на снагу производе дејство првог дана идућег месеца по истеку шестомесечног рока, рачунајући од дана када је депозитар примио такву изјаву. Реципрочне једностране изјаве дате на основу члана 94. производе дејство првог дана идућег месеца по истеку шестомесечног рока, рачунајући од дана када је депозитар примио последњу изјаву (4). Свака држава која учини изјаву на основу ове Конвенције може је повући у било које време званичним писменим обавештењем упућеним депозитару. Ово повлачење производи дејство првог дана идућег месеца по истеку шестомесечног рока од дана када је депозитар примио такво обавештење (5). Повлачење изјаве која је дата на основу члана 94. лишава дејства, од дана ступања на снагу таквог повлачења сваку реципрочну изјаву коју учини нека друга држава на основу тог члана.

ве које депозитар прими пошто је Конвенција ступила на снагу прописан је рок од шест месеци пошто је депозитар примио изјаву.

2. Територијално поље примене

Примена Бечке Конвенције заснована је на критеријуму који је везан за места (седишта) пословања које уговорне стране имају у различитим државама. Конвенција на енглеском језику у члану 1. говори о странкама које имају *„place of business"* што значи „места пословања" у различитим државама[20]. Конвенцијом није одређено шта се подразумева под местом пословања, па се у тумачењу мора поћи од „уобичајене праксе у међународном праву", која под овим појмом подразумева центар пословне активности. "Реч је о месту у коме се пословна активност de facto обавља на трајнијој и стабилнијој основи са одређеним степеном самосталности". Она се може али не мора поклапати са регистрованим седиштем, већ може бити у другом месту где се налазе филијале, агенције или сталне пословне јединице[21]. Место пословања не поклапа се увек са појмом седишта у традиционалном смислу (регистровано седиште, седиште органа управљања). Имајући у виду међународни карактер Бечке Конвенције и потребе за једнообразном применом термин седиште треба тумачити као седиште пословања.

Та различита места пословања морају уговорним странама бити позната „пре или за време" закључења уговора. Та чињеница различита места пословања биће узета у обзир само ако то проистиче из уговора или ранијег пословања између страна или из обавештења која су оне дале у било које време пре или за време закључења уговора (члан 1 (2) Бечка Конвенција). На на-

[20] БК члан 1 (1). Ова Конвенција примењује се на уговоре о продаји робе, закључене између страна које имају своја места пословања на територијама различитих држава: а) кад су те државе државе уговорнице; или б) када правила међународног приватног права упућују на примену права једне државе уговорнице (2). Чињеница да стране имају своја места пословања у разним државама неће се узети у обзир кад год то не проистиче из уговора или ранијег пословања између страна или из обавештења које су оне дале у било које време пре или за време закључења уговора (3). Ни држављанство страна као ни грађански или трговачки карактер страна или уговора не узимају се у обзир приликом примене ове Конвенције.

[21] Проф. др Р. Вукадиновић. Територијални домашај примене Конвенције Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји. Право и привреда 5-8/07, страна 427 до 440.

ведени начин та чињеница је објективизирана. Ако то није случај та чињеница (различита места пословања) се неће узети у обзир.

Интерпретативна норма члана 10. Бечке Конвенције прописује које ће се место пословања у случају да их једна страна има више узети у обзир. Узеће се у обзир место које је у најтешњој вези са уговором (место најтешње везано за закључење) и његовим извршењем (место најтешње повезано са извршењем), а било је познато или су га стране имале у виду у било које време пре или у тренутку закључења уговора.

Питање најтешње везе се у пракси поставља када је уговор закључен на једном месту, а извршење је предвиђено у другом. У зависности од тога шта је купцу било познато могуће су две ситуације: Ако купцу није познато да се место извршења уговора разликује од места закључења, узеће се у обзир оно што му је познато, а то је место које је најтешње повезано са закључењем уговора. Ако је купцу познато да је место извршења уговора различито од места закључења узеће се у обзир место које је најтешње повезано са местом извршења[22]. Да би се одредила припадност у смислу члана 1. Бечке Конвенције уговорне стране имају могућност да уговором утврде место пословања које сматрају најтешње повезаним са уговором. Ако то није учињено (према начелима Unidroit)[23], предност треба дати месту пословања које се налази у месту испуњења уговора[24]. За примену Бечке Конвенције битно је да је уговорним странама познато (да имају у виду) да се место пословања њихових партнера налази у другој држави[25]. Потом да се ради о државама уговорницама Конвенције (члан 1

[22] Видети проф. др Р. Вукадиновић наведено дело.

[23] Управни одбор међународног института за унификацију приватног права (Unidroit), 1994. године усвојио Начела међународних трговинских уговора. У преамбули начела је наведено да „могу послужити као модел за домаће и међународне законодавце“. У неким уговорима на Начела се указује као на извор за тумачење уговора. У другим се називају lex mercatoria и одређују као допуна конкретног уговора. Ипак, највећу корист од Начела имају међународне арбитраже које се позивају на начела приликом пресуђења.

[24] М. Драшкић и М. Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине,* Београд 2005. година, стр. 137 и даље.

[25] Ако је у питању уговор са тзв. неоткривеним принципалом, када заступник не открива да уговор закључује у име и за рачун принципала чије је место пословања у другој држави, на такве уговоре не треба применити Бечку Конвенцију.

(1) А) Бечка Конвенција), или да на право државе уговорнице упућују правила међународног приватног права надлежног суда - члан 1 (1)Б Бечке Конвенције.

Бечку конвенцију неће применити суд из државе уговорнице која је ставила резерву, јер тај суд није обавезан да примењује одредбу члана 1 (1) Б Конвенције. Бечка Конвенција неће бити примењена ни када правила међународног приватног права суда треће државе упућују на право треће државе неуговорнице.

3. Предметно поље примене

Бечка Конвенција се примењује на уговоре о продаји робе који имају међународни карактер. Као стране уговорнице могу се појавити физичка лица, привредни субјекти, држава и њени органи.

Појам продаје није Конвенцијом изричито дефинисан али су дефинисане продавчеве обавезе (да испоручи робу, да преда документа и пренесе у својину) и купчеве обавезе (да плати цену и прими испоруку робе)[26]. Под појмом „роба“, подразумева се покретна ствар.

Међународни карактер подразумева уговорне стране чија су места пословања[27], на територијама различитих држава, а који критеријум се узима у обзир само ако то проистиче из уговора или ранијег пословања или из обавештења које су стране дале у било које време пре или за време закључења уговора (члан 1. Бечке Конвенције).

Бечка Конвенција негативном енумерацијом набраја ситуације које се не сматрају „продајом робе“[28]. Прва група искључења односи се на

[26] БК, члан 30. Продавац је дужан да на начин предвиђен уговором и овом Конвенцијом испоручи робу, преда документе који се на робу односе и пренесе својину на роби. Члан 53. Купац се обавезује да исплати цену и да преузме испоруку робе онако како је предвиђено уговором и овом Конвенцијом.

[27] Није прихваћено да Конвенција одреди појам седишта због тешкоћа да се постигне сагласност о критеријумима који би се примењивали нарочито када је реч о мултинационалним корпорацијама.

[28] БК члан 2: Ова Конвенција се не примењује на продаје: а) робе купљене за личну или породичну употребу или за потребе домаћинства, изузев ако продавац у било које време пре или у тренутку закључења уговора није знао нити је морао знати да се роба купује за такву употребу; б) на јавној тражби, ц) у случају заплене или не-

потрошачке уговоре по „утиску продавца“. Терет доказивања чињеница да продавац није знао, нити морао знати да је у питању тзв. потрошачка продаја је на продавцу. Друга група искључења из примене Бечке Конвенције извршена је обзиром на природу предмета продаје. Изузета је продаја хартија од вредности и новца (постоје унутрашњи императивни прописи), бродова, глисера на ваздушни јастук и ваздухоплова, електричне енергије (не сматра се робом у многим правним системима). Трећа група искључења извршена је обзиром на начин на који је предмет продат, продаја на јавној тражби и судска продаја.

Бечка Конвенција се неће применити на уговор по коме продавац испоручује робу коју је сам произвео, али се купац обавезао да испоручи битан део материјала потребног за израду. Бечка Конвенција се не примењује на уговоре у којима се претежни део обавезе продавца састоји у извршавању неког рада или пружању неких услуга[29]. Судови на основу конкретних околности случаја одлучују да ли у мешовитом уговору претежу елементи уговора о делу (услугама) или уговора о продаји, те да ли Конвенцију треба применити.

Бечка Конвенција „не садржи правила која би била адекватна за права и обавезе која проистичу искључиво из правног односа дистрибуције“који има своје специфичности (дугорочни пословни однос intuitu persone, дугорочни економски циљеви)[30]. На појединачне уговоре о продаји које снабдевач и дистрибутер међусобно закључују, Бечка Конвенција се може применити уколико су испуњени услови предвиђени чланом 1. Конвенције[31]. Поље примене Бечке Конвенције се простире и на продаје са

ког другог поступка од стране судске власти; д) хартија од вредности и новца; е) бродова, глисера на ваздушни јастук и ваздухоплова; ф) електричне енергије.

[29] БК, члан 3: (1) Уговорима о продаји сматрају се и уговори о испоруци робе која треба да се изради или произведе, изузев ако је страна која је робу наручила преузела обавезу да испоручи битан део материјала, потребних за ту израду или производњу (2).Ова Конвенција се не примењује на Уговоре у којима се претежни део обавеза стране која испоручује робе, састоји у извршењу неког рада или пружању неких услуга.

[30] Ј. Перовић, *Примена Конвенције Уједињених нација о међународној продаји робе на уговор о дистрибуцији,* Правни живот број 12/07, IV том, стр. 359-367.

[31] Уговор о ексклузивној дистрибуцији је неименовани уговор. Он се најчешће закључује као међународни уговор о увозу (дистрибуцији робе). Дистрибутер је са-

узаступним испорукама (члан 73. Конвенције), као и на контра – куповине и повратне куповине (које подразумевају узајамну исплату цене).

Заступљено је мишљење да се рачунарски програм (софтвер), који је „снимљен на касетама, дискетама или дисковима“ може сматрати робом која спада у поље примене Бечке Конвенције за рзалику од програма који су направљени за потребе појединачног купца[32].

Бечка Конвенција се не примењује на продају некретнина и права. Не примењује се на „одговорност продавца за смрт или телесне повреде које би роба проузроковала било ком лицу (члан 5). Евентуални спорови везани за питање накнаде штете због ствари са недостатком која је била предмет међународне продаје би се решавали применом домаћих прописа.

Бечка Конвенција се не бави питањем пуноважности уговора, пуноважности неких клаузула уговора или обичаја. Конвенција изричито искључује примену на „дејство које би уговор имао на својину продате робе“ (члан 4).

III - Диспозитивни карактер Бечке Конвенције

Одређењем у члану 6. Бечке Конвенције да стране могу искључити примену Конвенције или под резервом члана 12, одступити од било које од њених одредби или изменити њихово дејство, афирмисан је принцип аутономије воље. Једини изузетак од принципа аутономије воље је члан

мостални трговац који (ексклузивно) купује и продаје робу у своје име, а задужен је за организовање дистрибуције уговорне робе на уговорној територији. Код уговора о дистрибуцији, купопродајни однос између снабдевача и дистрибутера је оно што је у корену саме ствари и мора се оквирно регулисати уговором о дистрибуцији. Најчешћи метод је позивање у тексту уговора на анекс који садржи опште услове продаје једне од уговорних страна по правилу снабдевача. Роба се такође посебно дефинише позивом на списак у анексу, а производи (на пример лекови), за које је потребна административна дозвола се могу уврстити у листу тек када се дозвола надлежног органа добије. Појединачни уговор о купопродаји ће се закључивати на основу поруџбина које ће бити праћене испоруком робе и плаћањем. У пракси свака куповина која се обави у контексту дистрибутерског уговора сматра се посебним уговором о продаји. Цене се по правилу везују за текући ценовник снабдевача. Најчешће се уговора кредит у корист дистрибутера – исплата после одређеног времена од дана испоруке.

[32] Видети М. Драшкић, М. Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине,* стр. 140 и даље.

12. Бечке Конвенције [33] који представља уступак државама чије законодавство захтева да се уговори о међународној продаји закључују у писменој форми, под условом да су те државе ставиле резерву у смислу члана 96. Бечке Конвенције. То би практично значило да би суд државе која није ставила резерву био дужан да захтева писмену форму зато што се место пословања једна од страна налази у Држави која је ставила такву резерву.

У складу са принципом аутономије воље примена Бечке Конвенције може бити искључена изричито (потпуно или делимично) или прећутно. Код изричитог потпуног искључења (на пример: „На уговор ће се применити српски ЗОО, док се примена Бечке Конвенције искључује)“, пуноважност избора суд ће ценити према споразумно утврђеном праву. Код искључења без одређивања меродавног права (на пример:“искључује се примена Бечке Конвенције на овај уговор“), суд ће одредити меродавно право према правилима међународног приватног права. Уколико правила међународног приватног права одведу до права државе уговорнице Бечке Конвенције примениће се национално право те државе за посао купопродаје у унутрашњим односима јер је примена Бечке Конвенције искључена. У случају делимичног искључења када странке уговарањем клаузула искључе примену појединих одредби Бечке Конвенције (на пример оних које се односе на место испоруке), али не одреде право по коме ће се то питање решити, тада ће на спорно питање суд применити одредбе меродавног националног права.

Прећутно искључење Бечке Конвенције је могуће, кад уговорне стране предвиде право државе која није уговорница Бечке Конвенције.

Али, ако уговорне стране споразумом предвиде право државе која јесте уговорница Бечке Конвенције (нпр. „на уговор ће се применити Српски ЗОО“), већински став доктрине је да избор националног права државе уговорнице Конвенције не треба тумачити као основ за непримену Конвенције, јер је Конвенција ратификацијом постала саставни део правног система те државе уговорнице. Ипак, треба имати у виду да се при закључењу међународног уговора о продаји робе уговорне стране најчешће уоп-

[33] БК члан 12: Било која одредба члана 11, члана 29. или Дела II конвенције којом се дозвољава да се уговор о продаји закључи, измени или споразумно раскине или понуда, прихватање или друга индикација о намери учине на неки други начин, а не у писменој форми, неће се применити у случају кад било која страна има своје седиште у држави уговорници која је дала изјаву на основу члана 96. ове Конвенције. Стране не могу да одступе од овог члана или измене његово дејство.

штено позивају на право одређене државе „и то оно право које се уобичајено уговара у тој врсти уговорних односа у месту закључења уговора. Уколико се утврди да се њихова сагласна воља односила на конкретан национални правни систем, ту чињеницу треба узети у обзир и сматрати да је дошло до прећутног искључења униформних правила“[34]. Наравно, треба имати у виду релевантне околности сваког конкретног случаја као што су преговори, пракса коју су стране међусобно успоставиле, обичаје и свако доцније понашање, страна (члан 7. Бечке Конвенције), а све у смислу који највише одговара садржини уговора.

IV - Тумачење Бечке конвенције и попуњавање правних празнина

У текстовима међународних конвенција често се уносе тзв. интерпретативне клаузуле (клаузуле тумачења), које судови користе приликом решавања спорних питања која се јављају у примени и тумачењу компромисних решења „различитих концепција националних права“. Интерпретативну клаузулу садржи и Бечка конвенција[35] и њоме се утврђује обавеза тумачења у складу са начелом поштења и савесности у међународној трговини, уз поштовање међународног карактера Конвенције, уз обавезу суда да унапређује једнообразност примене правила која Конвенција садржи.

Правни стандард о савесности[36] се првенствено везује за понашање странака у вези са закључењем и извршењем уговора, али представља и међународни стандард тумачења Конвенције. Сврха му је „примена норме у складу са моралним схватањима“ друштва[37].

---

[34] Ј. Перовић, *Диспозитивни карактер Конвенције УН о међународној продаји робе,* Правни живот 2001. година, стр. 143-151.

[35] БК члан 7 (1) приликом тумачења ове Конвенције водиће се рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди једнообразност њене примене и поштовање савесности у међународној трговини.

[36] Начело савесности и поштења води порекло од Римског института *fidesi* и *bonafides*, који је значио верност и држање задате речи. Амерички једнообразни трговачки закон садржи и следећу дефиницију савесности „добра вера“ када се ради о трговцу, значи поштење у погледу чињеница и поштовања разумних трговачких стандарда о часном пословању.“ У БК критеријум „разумног лица“ усвојен је под утицајем common law sistema.

[37] П. Цветковић, *Тумачење Уговора о међународној продаји,* Право и привреда 5-8/01, стр. 966-975.

Интерпретирање Бечке коневнције у складу са њеним међународним карактером значи: да се одредбе Конвенције не смеју тумачити у духу националног права; да не треба правити аналогију са сличним или идентичним одредбама у домаћем законодавству; да не треба преузимати тумачење неког другог националног права уместо сопственог већ се у обзир узимају схватања присутна у међународној трговини.

Сматра се да у будућности значајну улогу у тумачењу текста Конвенције могу имати Начела међународних трговинских уговора Unidroit (скраћено UCP), и донекле Начела европског уговорног права (PECL)[38].

Унапређење једнообразности примене је чланом 7. дефинисани циљ Конвенције. Једнообразност се може постићи једино ако судије воде рачуна о пракси примене Бечке конвенције у другим земљама, ако прате упоредну судску и арбитражну праксу. У том циљу у оквиру комисије Уједињених нација за међународно трговачко право установљен је систем праћења судске праксе у државама уговорницама[39]. Такође је основан „Саветодавни одбор састављен од десет афирмисаних коментатора, чија је улога да даје препоруке за тумачење и примену текста Конвенције[40]. Ове препоруке нису обавезне.

Попуњавање правних празнина[41]

За решавање питања која нису изричито решена, а тичу се материја уређених Бечком конвенцијом прво се мора поћи од општих начела на којима Конвенција почива (као што су начело аутономије воље, начело савесности и поштења, начело консенсуализма, начело предвидљивости,

[38] UCP и PECL немају природу међународне конвенције, већ „унификују међународно привредно уговорно право креирањем диспозитивних правних правила датим на располагање међународним пословним круговима“.

[39] Uncitral је 1988. године усвојио став да одлуке донете од стране судова и арбитража применом униформних аката буду скупљене преко националних коресподената. Коресподенти пун текст тих одлука на оригиналном језику шаљу Секретаријату Uncitrala.

[40] Видети М. Драшкић и М. Станивуковић, *Уговорно право међународне трговине,* стр.148 и даље.

[41] БК члан 7 (2) пиатња која се тичу материја уређених овом Конвенцијом, а која нису изричито решена у њој, решаваће се према општим начелима на којима ова Конвенција почива или у одсуству тих начела, према праву меродавном на основу правила међународног приватног права.

начело обавештавања и сарадње, начело забране противречног понашања и друга), а тек у недостатку истих, решења треба тражити у меродавном праву које се има применити према правилима међународног приватног права. Битно је подвући да се члан 7 (2) Бечке Коневнције примењује само када је у питању материја која је уређена Конвенцијом.

Тако је право на камату уређено чланом 78. Конвенције[42], али питање висине камате није решено Конвенцијом, јер није било могуће постићи сагласност између развијених и земаља у развоју.

У арбитражној пракси[43] „само једна од више десетина анализираних одлука CTA која за предмет имају утврђивање висине каматне стопе полазе од члана 7 (2) Конвенције као релевантне одредбе док остале одлуке приступају анализи овог питања применом одредаба међународног приватног права или применом релевантног обичаја“[44].

V - Примена обичаја

Бечка конвенција не регулише питање пуноважности обичаја (то ће се ценити применом националног меродавног права), али примени обичаја Конвенција даје изузетан значај. Према члану 9.[45] обичаји ће се применити било

[42] БК члан 78. Ако једна страна не плати цену или неки други износ са којим је у заостатку, друга страна има право на камату на такав износ, а да тиме не губи право да тражи накнаду штете која јој припада на основу члана 74.

[43] В. Павић, М. Ђорђевић, *Примена Бечке Конвенције у арбитражној пракси,* Право и привреда 5-8/08, стр. 588 и даље.

[44] Одлука CTA T 2/2000 од 9.12.2002. године, арбитар по избору права повериоца као меродавног права досуђује камату према висини коју поверилац очекује према прописима своје земље. Спор T 3/01 по тужби тужиоца из Југославије против туженог из Немачке арбитражна одлука је донета 24.09.2001. године. Применом права тужиоца као меродавног права досуђена је камата по стопи од 6% годишње, сходно Закону о висини стопе затезне камате („Сл. лист СРЈ“, број 24/94), који закон су стране имале у виду приликом уговарања. Иако Законом о висини стопе затезне камате („Сл. лист СРЈ“, број 2/01), који је ступио на снагу 3.3.2001. године прописана конформна метода обрачуна камате арбитар је нашао да је овај метод за туженог неповољан и да је повољнији класичан начин обрачуна камате по фиксној стопи на годишњем ниову.

[45] БК члан 9 (1) стране су везане обичајима са којима су се сложиле, као и праксом успостављеном међу њима. (2) Ако није друкчије договорено, сматра се да су стране прећутно подвргле свој уговор или његово закључење обичају који им је био познат

зато што су се уговорне стране на њих позвале, било зато што се ради о обичајима који су широко познати у међународној трговини и редовно их поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној струци (а друкчије није уговорено). Критеријум разумног лица није унет у члан 9. Конвенције.

За примену обичаја потребан је изричит или прећутан споразум о примени, док се за пословну праксу то не тражи јер су ту праксу саме странке створиле. Судије ће у сваком конкретном случају морати да утврде када се пракса међу странкама сматра довољно утврђеном, успостављеном, а када се ради о ad hoc понашању.

До прећутне примене обичаја долази када је предметни обичај уговорним странама био познат или морао бити познат; кад је широко познат у међународној трговини и кад га редовно поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној трговачкој струци. Потребна је кумулативна испуњеност свих услова да је обичај познат не само уговорним странама већ и да је широко познат у међународној трговини и да га уговорне стране поштују у уговорима исте врсте.

Бечка конвенција не говори о међународном трговачком обичају већ о обичају који је широко познат у међународној трговини. Израз „међународни“ подразумева да су те обичаје формулисале Међународна трговачка комора, Економска комисија ОУН за Европу или међународна трговачка удружења. Трговачке обичаје који нису тако формулисани називамо трговачком праксом. Од међународних обичаја најширу примену имају Incoterms правила[46] и Једнообразна правила и обичаји за документарни акредитив[47].

или морао бити познат и који је широко познат у међународној трговини и редовно га поштују уговорне стране у уговорима исте врсте у односној струци.

[46] INCOTERMS је збирка тумачења основних транспортних клаузула издата од стране Међународне трговинске коморе 1936. са доцнијим ревизијама 1953, 1980. и 1990. године. Транспортним клаузулама се прецизира читав низ права и обавеза странака (продавца и купца), из уговора о међународној продаји и то првенствено место, тренутак и начин предаје ствари, тренутак преласка трошкова и тренутак преласка ризика. Довољно је да се странке при укључивању клаузуле у уговор позову на „Incoterms“ да би аутоматски све одредбе о обавезама странака биле инкорпорисане у уговор.

[47] Једнообразна правила и обичаји за документарне акредитиве усвојена у оквиру Међународне трговинске коморе у Паризу, први пут 1933. године са каснијим

Потом, типски уговори и општи услови које формулишу различите међународне агенције, професионална удружења и друго, а који представљају „типизирана правила у одређеној грани међународне трговине“, примениће се (како у случају када се уговорне стране на њих изричито позову), и у случају када су: у ранијим пословним односима, уговорне стране већ користиле опште услове па су они постали њихова устаљена пословна пракса или ако је коришћење општих услова или типских уговора до те мере уобичајено у промету одређене робе да је друга страна с њима морала рачунати[48].

У складу са диспозитивним карактером Бечке конвенције уговорне стране могу уговорити примену сваког обичаја локалног и међународног и дати му предност у односу на одредбе Конвенције.

У арбитражној пракси СТА често је позивање на трговинске обичаје, а о примени Начела (Unidroit i Lando) као обичаја не постоји јединствен став[49]. За разлику од Бечке конвенције која не решава питање висине каматних стопа Начела о томе заузимају изричит став да ће се на неблаговремене исплате примењивати просечна каматна стопа по којој комерцијалне банке у месту плаћања дају краткорочне позајмице првокласним зајмопримцима у валути у којој је уговорена исплата[50]. О инкорпо-

---

бројним изменама. Документарни акредитив, на начин како је одређен овим правилима „прихваћен је од банака из читавог света и као такав чини један од послова универзалног „lex mercatoria.“ У квалификацији правила као обичаја чија се примена заснивана на „претпостављеној вољи странака“, узета је у обзир чињеница да је у малом броју националних права документарни акредитив регулисан посебним законским одредбама. Код нас је то учињено у Закону о облигационим односима члан 1072 до 1082.

[48] М. Петровић *Lex mercatoria* и Зборник реферата – *Међународна привредна арбитража стање и перспектива* Београд 1997. година, стр. 215-230.

[49] У одлуци СТА Т 9/07 од 23. јануара 2008. године, арбитражно веће је изразило став да се Unidroit i Lando начела (као квалификовани обичај) „могу употребити за тумачење и допуну међународног једнообразног права“ и за „тумачење и допуну домаћег права“.

[50] Начела Европског уговорног права члан 9.508. став 1. Ако је дошло до задоцњења у исплати новчаног износа, страна која се позива на повреду уговора има право на камату на тај износ од дана када је износ доспео за плаћање по просечној каматној стопи по којој комерцијалне банке у месту плаћања дају краткорочне позајмице првокласним зајмопримцима у валути у којој је уговорена исплата.

рацији поменутих Начела у систем Бечке конвенције кроз члан 7. став 2. (попуњавање правних празнина према општим начелима на којима Конвенција почива) или кроз члан 9. став 2. (обичај широко познат у међународној трговини), постоје опречна становишта и у теорији и у пракси[51].

Када је у питању висина каматне стопе треба поћи од члана 78. Бечке конвенције (Право на камату), преко члана 7. став 2. (нарочито општих начела на којима Конвенција почива) и на крају у складу са нормама међународног приватног права применити право повериоца као право меродавно за обавезу плаћања[52].

VI - Тумачење уговора према Бечкој конвенцији

У упоредном праву традиционално се примењују два метода тумачења: субјективни који се заснива на теорији воље, а тумачење се своди на истраживање заједничке воље уговорних страна и објективни који се заснива на теорији изјаве, а у први план ставља објективни критеријум разумно лице. Бечка конвенција (члан 8)[53] је прихватила субјективно-објек-

Unidroit начела међународних трговинских уговора члан 7.4.9. став 2. Каматна стопа је стопа на краткорочне позајмице за валуту плаћања у месту где је плаћање требало да буде извршено или ако таква стопа не постоји у том месту иста стопа у држави валуте плаћања. У недостатку такве стопе на оба места каматна стопа ће бити одговарајућа стопа одређена прописима државе валуте плаћања.

[51] Видети В. Павић и М. Ђорђевић, *Примена Бечке Конвенције у арбитражној пракси СТА,* Право и привреда 5-8/08, стр. 592 и даље.

[52] Судија може преко интернета прибавити извод из статистичког билтена (Statistics Pocket Book) Европске централне банке који се издаје једнапут месечно, а садржи разне податке о просечним каматама на месечном, тромесечном, шестомесечном и годишњем нивоу. Садржи податке о Еулибор каматној стопи по којој се у еврозони остварују међубанкарски депозити. На исти начин се могу прибавити и подаци за националну каматну стопу одређене земље.

[53] БК члан 8 (1). У смислу ове Конвенције, изјаве и друга понашања једне стране тумачиће се у складу са њеном намером када је друга страна знала ту намеру или јој та намера није могла бити непозната (2). Ако претходни став не може да се примени, изјаве и друга понашања једне стране тумачиће се онако како би их разумно лице истих својстава као друга страна схватило у истим околностима (3). Приликом утврђивања намере једне стране или схватања које би имало разумно лице водиће се рачуна о свим релевантним околностима случа-

тивни критеријум тумачења уговора. Субјективно тумачење подразумева да се изјаве и понашања тумаче у складу са намером уговорних страна члан (8 (1); објективно тумачење подразумева да се изјаве и понашања тумаче онако како би их схватило разумно лице истих својстава као друга страна у истим околностима (члан 8 (2). На крају тумачење у светлу релевантних околности (члан 8 (3).

Јасне одредбе се примењују онако како гласе а тумаче се само нејасне одредбе. Приликом тумачења нејасних одредби опредељујућа је полазна основа да уговор треба да остане на снази, а нејасне одредбе се тумаче на начин који им даје дејство, а не на начин којим дејство одузима. Страна која је прихватила да преговара на страном језику мора прихватити значење које се одређеним терминима даје на том језику. Став 1. члана 8. Конвенције упућује на знање односно незнање уговорника коме је конкретна изјава била упућена. Бечка конвенција у члану 8. даје правила за тумачење „изјава и других понашања“ једне стране. Правно је релевантна намера те стране, али само под претпоставком да је друга страна знала за ту намеру или да није могла бити непозната (теорија воље, члан 8 (1). Ако тај став не може да се примени, изјаве и друга понашања тумачиће се онако како би их разумно лице[54] истих својстава као друга страна схватило у истим околностима. Разумно лице у смислу Конвенције, је лице које се бави истим пословима и из исте је трговинске струке, како би се тумачење клаузула вршило према смислу који им се редовно даје у односним трговинским круговима. Приликом тумачења уговорних клаузула посебна пажња се мора посветити значењу које трговци уобичајено дају таквим клаузулама, затим уобичајеној пракси у трговинским секторима и то независно од намере или чак знања уговорних страна.

Одредба члана 8. Бечке конвенције од посебног је значаја приликом тумачења уговора чијем закључењу нису претходили преговори изме-

ја укључујући њихове преговоре, праксу коју су стране међусобно успоставиле, обичаје и свако доцније понашање страна.

[54] Израз „разумно лице“, унет је из common law sistema. Адекватни стандар понашња није познат у континенталним правним системима. Релевантно је схватање које би имао специјалиста за ту област који се разуме у врсту уговора о продаји из предметне области, разуме у технику извршења посла (начин отпремања, царинске формалности, начин плаћања), разуме у техничке карактеристике робе која се продаје.

ћу уговорних страна, као и приликом тумачења уговора по приступу. Код уговора по приступу једна страна унапред одређује елементе и услове уговора а друга страна приступа тако учињеној (општој) понуди. Приликом тумачења примењује се став 2. члана 8. Бечке Конвенције. Страном која даје „изјаву“, сматра се страна која је одредила елементе и услове уговора. Када је реч о уговорима са споразумно одређеном садржином неће се применити став 2. члана 8. Бечке конвенције (јер он разликује страну која даје изјаву од стране која прима изјаву). Овакви уговори биће предмет општег правила тумачења из става 3. члана 8. Бечке Коневнције.

Додатни критеријуми за утврђивање намере набројани су у ставу 3. члана 8. Бечке Конвенције (преговори, успостављена пракса, обичаји и свако доцније понашање) exempli causa. Судија поред наведених може да узме у обзир и друге чињенице које су по његовом мишљењу релевантне. Изјаве дате у току преговора могу допринети утврђивању правог значаја и смисла неке уговорне одредбе (на пример када се страна која захтева тумачење позива на обавезу друге стране коју је ова изричито одбила у току преговора). Изјава једне уговорне стране тумачиће се у складу са њеном намером, под условом да је друга страна знала за ту намеру односно да јој та намера није могла бити непозната. Цени се како је друга страна ту изјаву могла разумети, руководећи се добром вером и устаљеном праксом. Тако, ако је купац из Швајцарске изјаву продавца из Француске да одређује цену у француија разумео да је цена по схватању продавца одређена у швајцарским франицма и томе се није противио, судија ће спорну клаузулу тумачити у складу са намером продавца. У истом циљу се врши анализа праксе коју су стране успоставиле у току пословања (на пример произвођач од свог клијента добија уобичајену поруџбину на коју изричито не одговара, па значи да се ћутање сматра прихватањем понуде). Уколико је произвођач са том праксом хтео да прекине био је дужан да одмах или у остављеном року одбије понуду. Уколико то није учинио, уговор се сматра закљученим. Доцније понашање уговорних страна је према Конвенцији околност која може допринети утврђивању праве намере уговорника. На пример „позивање на наш претходни споразум“ некада се узима као основ да је уговор закључен. Приликом тумачења треба узети у обзир и обичаје.

„Оптимално решење за тумачење уговора по Бечкој конвенцији јесте комбинација субјективно-објективног критеријума. Најпре се утврђује права заједничка намера уговорних страна. Уколико заједничке намере нема јер је

сваки од уговорника уговорне одредбе схватио на различит начин, суд примењује стандард схватања разумног лица истих својстава у истим околностима, као уговорне стране имајући у виду све релевантне околности конкретног случаја (као што су преговори, понашање уговорника, природа и сврха уговора, пракса успостављена између страна, обичаји“[55].

VII - Примена Бечке конвенције од стране судова у Републици Србији[56]

Примена Бечке конвенције регулисана је чланом 1. (1) који гласи: Ова Конвенција примењује се на уговор о продаји робе закључен између страна које имају своја седишта на територијама различитих држава: (а) кад су те државе државе уговорнице; или (б) кад правила међународног приватног права упућују на примену права једне државе уговорнице.

Поступајући суд сходно одредби члана 1 (1) (а) Конвенцију непосредно примењује, а путем колизионих норми проналази меродавно национално право само када се ради о питањима која Бечком Конвенцијом нису регулисана[57]. Бечка конвенција ће се применити када се суд који води спор налази у једној од држава уговорница Конвенције уколико се места пословања уговорних страна налазе на територијама различитих држава уговорница (члан 1 (1) (а). Уколико се суд који води спор налази у некој трећој држави која није држава уговорница Бечке конвенције долази до примене колизионих норми форума. Када међународно приватно право

[55] Мр Ј. Перовић, *Тумачење уговора према Конвенцији Уједињених нација у међународној продаји робе* Право и привреда 5-8/01 страна 864 до 874.

[56] Проф. др Тибор Вароди – *Међународно приватно право „БК у пракси наших судова“,* стр. 427 „Иако је јасно да БК, као мултилатерални међународни уговор који је наша земља ратификовала има примат над одредбама ЗОО, наши судови се понекад не сналазе баш најбоље у њеној примени, чак ни у релативно једноставним ситуацијама које спадају под примену члана 1 (1) (а). Најчешћи тип пропуста јесте то да суд једноставно превиди (или не види) да се Конвенција има применити. Суд затим изналази меродавно право путем члана 20. ЗМПП, примењујући најчешће наш ЗОО“.

[57] Виши трговински суд пресуда Пж 10968/06 од 14.3.2007. године, италијански продавац и српски купац, питање застарелости решено применом домицилног права продавца јер Италија није потписник Конвенције о застарелости потраживања у области међународне продаје робе. Остала питања решена применом БК (тзв. цепање статута).

државе која није уговорница Бечку конвенцију упућује на српско право суд те државе може применити Бечку конвенцију као право државе уговорнице, а уколико упућује на право треће државе неуговорнице нема примене Бечке Конвенције. Уколико би спор решавао суд државе уговорнице која је ставила резерву на примену члана 1 (1) (б) Бечка Конвенција по правилу не би била примењена у смислу члана 1 (1) (б). Бечка Конвенција не би била примењена ни ако је меродавно право државе уговорнице која је ставила резерву.

Међутим, по већинском ставу теорије без обзира што је стављена резерва на примену члана 1 (1) (б) увек ће се применити Конвенција када су места пословања уговорних страна у државама уговорница јер је основ за ту примену члан 1 (1) (а) Конвенције.

Српске судове обавезује правило члана 1 (1) (б) јер приликом ратификације није стављена резерва у смислу члана 95. Конвенције. Српски суд би био у обавези да примени Бечку конвенцију под а) када домаће колизионе норме упућују на српско право, примениће се Бечка конвенција а не национални закон; б) када домаће колизионе норме упућују на примену права друге државе уговорнице Бечке конвенције (осим ако друга држава није ставила резерву у смислу члана 95. Конвенције). Да би се државе, у којима се налазе места пословања уговорних страна, сматрале „државама уговорницама“ потребно је да је у њима Конвенција ступила на снагу најкасније до момента закључења уговора. Те датуме треба навести у образложењу судских одлука[58]. Суд испитује да ли је Конвенција на снази у међународном и унутрашњем поретку.

Уколико првостепени суд „превиди“ да су испуњени сви услови за примену Бечке конвенције и спорни однос реши применом ЗОО, а другостепени суд заузме став да би примена Бечке конвенције довела до једнаког мериторног исхода спора, тада треба извршити подробну анализу, треба се позвати на одредбе Бечке конвенције које су основ за такав мери-

[58] Тако је поступљено у пресудама ВТС-ПЖ 1780/08 од 13.3.2008. године, продавац из Мађарске, купац из Србије, ВТС-ПЖ 2969/07 од 24.7.2007. године, продавац из Финске купац из Србије, ВТС-ПЖ 8032/06 од 19.3.2007. године, продавац из Холандије купац из Србије, ВТС-ПЖ 5474/10 од 17.3.2010. године, продавац из Мађарске купац из Србије.

торни исход спора. Погрешно је само констатовати како је „ЗОО исти као БК“[59].

Судови често прелазе преко чињенице да сукоб закона постоји и примењују српско право не образлажући по ком основу то чине[60].

Постоји генерална сагласност правне доктрине да примена установе renvoi[61] у материји уговора није оправдана. Уколико суд припада земљи чланици Уније примена ове установе, за потребе Бечке конвенције је искључена. Али и када суд не припада земљи чланици Уније најчешће долази до искључења ове установе иако теоријска могућност примене ипак остаје.

[59] Пресуда ВТС-ПЖ 9326/05 од 7.2.2006. године.
Насупрот тој одлуци пример за подробну анализу и за позивање на релевантне одредбе БК је пресуда ВТС-Пж 2926/09 од 6.4.2009. године.

[60] Пресуда ВСС – Прев 25/05 од 31.3.2005. године, продавац из Грчке, купац из Србије.

[61] Узвраћање и преупућивање постоји уколико домаћа колизиона норма упути на страно право, а страна колизиона норма упути на примену домаћег закона (узвраћање) или упути на примену трећег права (преупућивање).

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Реферати
Привредног апелационог суда

Младен Николић,
судија Привредног апелационог суда

НЕКА СПОРНА ПИТАЊА У ПОСТУПКУ ИЗВРШЕЊА НА НЕПОКРЕТНОСТИ

Уводне напомене

Извршење ради наплате новчаног потраживања продајом непокретности, било је у искључивој надлежности судова опште надлежности, до доношења Закона о уређењу судова[1]. Наведеним законом, имајући у виду одредбу члана 25. став 2, према којој привредни судови одређују и спроводе извршење на основу одлука (извршних исправа), привредних судова, успостављена је и стварна надлежност привредног суда, да одређује, али и спроводи извршење на непокретности извршног дужника, када је такво средство извршења предложено у иницијалном акту – предлогу за извршење или је, након што је одређено извршење на целокупној имовини извршног дужника закључком одређено наведено средство извршења.

Извршење на непокретности, ради наплате новчаног потраживања извршног повериоца, је одувек важило као поуздан начин, да извршни поверилац намири своје потраживање. Истовремено, процедура коју су досадашњи закони[2] који су уређивали извршни поступак прописивали, била је сложена, а поступак углавном дуготрајан.

Основни разлог за овакав закључак, јесте, да су сви претходни закони прописивали више обавезних извршних радњи (можемо их назвати и фазе у поступку), али и додатно да је одлука суда донета у претходној фази, морала постати правноснажна, да би суд донео одлуку у погледу следеће извршне радње. Тако је правноснажност решења о извршењу била услов за приступање утврђивању вредности непокретности (осим ако извршни поверилац није предложио да унапред предујми трошкове утвр-

[1] "Службени гласник РС" 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11

[2] Закон о извршном поступку - "Службени лист СФРЈ" 20/78; Закон о извршном поступку – "Службени лист СРЈ" бр. 28/00; Закон о извршном поступку - "Службени гласник РС" 125/04

ђивања вредности, без обзира на евентуалну обуставу извршења), а правноснажност решења о утврђивању вредности непокретности, била је услов за заказивање продаје. Даље је решење о предаји непокретности морало постати правноснажно, да би се приступило намирењу, а сам чин намирења би уследио након правноснажности решења о намирењу.

Имајући у виду значај који непокретности (стан, кућа, пословни простор) има како за физичка, тако и правна лица, можемо имати разумевање за овако сложену процедуру, због могућих пропуста у поступку продаје, што би имало за власника непокретности, значајне и дефинитивне последице.

С` друге стране, извршни повериоци, а посебно банке, су оправдано приговарали да је поступак извршења на непокретности неефикасан. Закон о извршењу и обезбеђењу[3], уводи низ значајних новина, уопште, када је у питању извршна процедура, али и низ новина у самом поступку продаје непокретности.

Пре свега, када су у питању основне и заједничке одредбе о извршењу, то су одредбе које и другостепену надлежност задржавају у првостепеном суду, било основном или привредном, те посебно одредбе, да се приговор као искључиви правни лек у поступку извршења, може изјавити само када је Законом о извршењу и обезбеђењу, прописано да је дозвољен[4].

Обзиром да одлагање у извршном поступку више није дозвољено, наведене законске одредбе имају за последицу стварање основана за значајно убрзање поступка.

Наведено, уз елиминисање вештачења као доказног средства у поступку извршења[5] допринело је да се створе услови и за убрзање поступка продаје непокретности. Када уз напред изнето, имамо у виду и да је законодавац, само за одлуку којом се одређује извршење на непокретности и која се доноси у форми решења, дозволио приговор, а за остале извршне радње прописао одлуку у форми закључка, против које није дозвољен приговор, јасно је да постоје процесни услови за значајно убрзање поступка.

[3] "Службени гласник РС" 31/11, 99/11
[4] Види одредбе чл.5. став 1. и 39. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу
[5] Види одредбе члана 30. став 4. Закона о извршењу и обезбеђењу

То практично значи, да после доношења решења о извршењу на непокретности, све остале обавезне извршне радње: утврђивање вредности непокретности, продаја, предаја и намирење, као и одлуке које су донете од стране суда или извршитеља не подлежу другостепеној контроли.

Изузетак је донекле закључак о предаји непокретности, за коју је законодавац изричито прописао посебну могућност подношења правног средства – захтева за отклањање неправилности, али с тим да и евентуално усвајање оваквог захтева, не утиче на обављену продају.

Наведене измене у процедури извршења на непокретности, уз увођење ограниченог броја јавних надметања, те посебан поступак непосредне погодбе у случају неуспеле две продаје путем јавног надметања, отвориле су и нека спорна питања, која су се појавила у пракси основних и привредних судова. О некима од њих, биће речи у даљем тексту овог реферата.

Упис решења о извршењу, забележба јавне продаје и упис заложног права

У поступку извршења на непокретности законодавац је прописао обавезне извршне радње. То су: забележба решења о извршењу или закључка извршитеља о спровођењу извршења у јавној књизи, утврђивање вредности непокретности, продаја непокретности и намирење извршног повериоца[6].

Недоумицу изазива одредба чл. 107. Закона о извршењу и обезбеђењу, чији наслов упућује на упис решења о извршењу и забележбу јавне продаје, док се у самим одредбама ове норме, говори о праву уписа заложног права у корист извршног повериоца на основу решења о извршењу, односно закључка извршитеља и забележби јавне продаје, које би се остваривале на захтев извршног повериоца.

Питање које се као спорно поставља јесте: Да ли је упис решења о извршењу, а што одговара забележби решења о извршењу, односно забележби јавне продаје, обавезна извршна радња, коју суд спроводи по службеној дужности или се она спроводи само на захтев извршног повериоца?

[6] Види одредбу члана 104. Закона о извршењу и обезбеђењу

Забуну је унела новина у одредби члана 107. Закона о извршењу и обезбеђењу, која не одговара наслову, а то је могућност стицања заложног права (хипотеке), на захтев извршног повериоца. Законодавац, очигледно, стављајући у диспозицију извршном повериоцу, да се на његов захтев изврши упис заложног права на непокретности, а на основу решења о извршењу, односно закључка извршитеља, повезао упис решења о извршењу и упис заложног права, (и тиме га покушао ставити у диспозицију извршног повериоца) није водио рачуна о обавезним извршним радњама, из члана 104. Закона о извршењу и обезбеђењу, које се по мишљењу аутора, предузимају и спроводе по службеној дужности.

Са наведеним се не можемо сложити, из најмање једног разлога. Тај разлог је управо одредба члана 104. Закона о извршењу и обезбеђењу, која прописује извршне радње, које су обавезне у поступку извршења на непокретности.

Једна од њих, је и забележба решења о извршењу, коју законодавац даље недоследно у члану 107. још назива и као: упис решења о извршењу и забележба јавне продаје. Аргумент за наведено становиште, је и фундаментална одредба Закона о извршењу и обезбеђењу, у члану 8. истог, којом је прописано начело формалног легалитета. Према тој одредби, суд, након што донесе решење о извршењу је дужан да предузима радње спровођења извршења, када су за то испуњени услови.

Како се извршење, а након што је донето решење о извршењу на непокретности, спроводи и забележбом истог у јавну књигу, то је без обзира на одредбу члана 107. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу, а која упућује да се забележба јавне продаје врши на захтев извршног повериоца, обавеза суда да након што донесе решење о извршењу, исто, у складу са чланом 104. овог закона, достави ради спровођења забележбе, одговарајућем регистру – јавној књизи.

Само је упис заложног права, као ново право успостављено у корист извршног повериоца, које је додатно средство обезбеђења његовог потраживања, у диспозицији извршног повериоца. Забележба решења о извршењу у јавној књизи, има за циљ да створи основ да се извршни поверилац намири из непокретности и у случају да треће лице касније (након забележбе) стекне на истој непокретности право својине. То подразумева спровођење извршења у истом поступку, у ком је донето решење о извр-

шењу, без обзира што извршни дужник који је странка у поступку, непокретност, нпр. отуђи трећем лицу, након извршене забележбе.

Другачије је са заложним правом (хипотеком) која се може уписати само на захтев извршног повериоца и овај упис би имао за последицу додатно обезбеђење новчаног потраживања извршног повериоца, који тиме стиче статус извршног заложног повериоца, те могућност да у одређеним случајевима обуставе поступка извршења, у складу са чланом 76. Закона о извршењу и обезбеђењу, тада као хипотекарни поверилац, оствари своје потраживање, из непокретности било према извршном дужнику као власнику, било према неком новом власнику.

Приступање извршењу на непокретности

Према одредби члана 108. став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу, после уписа решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења, не може се за намирење другог потраживања истог или другог извршног повериоца спровести посебан поступак извршења на истој непокретности. Ставом 2. истог члана, је прописано да извршни поверилац за чије је потраживање касније одређено извршење на истој непокретности, ступа у већ покренути извршни поступак. Ставом 3. је прописано да се покренутом извршном поступку може приступити до доношења закључка о досуђењу непокретности купцу, у случају продаје путем непосредне погодбе, односно до доношења закључка о предаји непокретности у случају продаје јавним надметањем.

Спорно питање се појављује у ситуацијама када је већ извршење одређено од стране, нпр. основног суда, те извршен упис решења о извршењу, а на истој непокретности други извршни поверилац предложи извршење пред надлежним привредним судом. Како су у питању судови различите стварне надлежности, поставља се питање даљег поступања привредног суда.

У наведеној ситуацији, привредни суд је стварно надлежан да донесе решење о извршењу, када је као извршна исправа приложена нпр. правноснажна пресуда привредног суда.

Даље, ће међутим, имајући у виду одредбу члана 108. Закона о извршењу и обезбеђењу, те члана 38. став 4. истог Закона, обзиром да није надлежан за спровођење извршења, јер се у складу са одредбом члана 108.

став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу, не може спровести посебан поступак извршења на истој непокретности, списе доставити основном суду пред којим је већ раније започет поступак извршења, те извршен упис решења о извршењу, како би основни суд спровео јединствени поступак извршења на непокретности и како би на тај начин извршни поверилац, за чије је потраживање касније одређено извршење, ступио у већ покренути извршни поступак пред основним судом.На исти начин би поступио и основни суд , уколико је претходно пред привредним судом одређено извршење и извршен упис решења о извршењу.

Спорно питање ће се појавити и у случају када је основни или привредни суд одредио извршење, на основу ког је извршен и упис решења о извршењу у јавној књизи, при чему извршење спроводи суд, а потом се на истој непокретности одреди извршење, решењем надлежног суда, али је у предлогу извршни поверилац назначио, у складу са одредбом члана 35. став 6. Закона о извршењу и обезбеђењу, што је његова диспозиција, да ће извршење спроводити извршитељ.

У овом случају, имајући у виду цитирану одредбу члана 108. Закона о извршењу и обезбеђењу, овде ће морати доћи до ограничења диспозиције извршног повериоца, тј. његовог избора да извршење спроводи извршитељ, те ће у складу са императивном одредбом члана 108. Закона о извршењу и обезбеђењу, овај поверилац ступити у већ покренути извршни поступак, који на истој непокретности спроводи суд.

У супротном, дошло би до паралелног спровођења извршења на истој непокретности, што би било у супротности са одредбом члана 108. Закона о извршењу и обезбеђењу.

Начин утврђивања вредности непокретности

Елиминацијом вештачења, као доказног средства, у поступку извршења, а посебно извршења на непокретности, проузроковано је спорно питање које се односи на спровођење извршне радње, која је обавезна у поступку извршења на непокретности, а то је утврђивање вредности непокретности. Питање је: Како утврдити вредност непокретности?

Према одредби члана 116. став 3. Закона о извршењу и обезбеђењу, вредност непокретности утврђује се у висини тржишне цене на дан процене. Како вредност непокретности утврђује суд, односно извршитељ

закључком, то је суд или извршитељ, тај, који врши и процену колико вредност непокретности износи, а при томе имајући у виду тржишне цене такве или приближно сличне непокретности.

То даље значи, да је суд или извршитељ овлашћен, а у складу са одредбом члана 116. Закона о извршењу и обезбеђењу, да на основу сопствених сазнања која има у вези предметне непокретности, изврши процену и на основу те процене закључком и утврди вредност непокретности. Делује једноставно, али упориште за ово мишљење произилази из цитираних одредби Закона о извршењу и обезбеђењу.

Међутим, како је стварност увек сложенија од норми закона, већина судова и извршитеља се неће упустити у „авантуру“ процене вредности непокретности.

Тржишна цена једне непокретности, односно процена њене вредности, зависи од многих фактора (околности). То су између осталих:

- степен амортизације непокретности,
- локација на којој се налази (укључујући и инфра-структуру), као и
- унутрашња опремљеност непокретности (врсте уграђених материјала, врста грејања и слично…)

Да би се правилно узеле у обзир све околности које утичу на вредност непокретности, осим непосредног увида, потребно је и посебно стручно знање. Избегавајући да затраже информацију од стручног лица, судови у пракси прибегавају тражењу извештаја о цени непокретности, од надлежне управе јавних прихода, у чијој је надлежносзи да решењем одређује порез на имовину или порез на пренос апсолутних права, претходно утврђујући пореску основицу. То јесте могући начин путем кога би се и утврдила вредност непокретности, али често пореске управе не достављају ову информацију – извештај.

У тој ситуацији, могуће решење које је целисходно, а има упориште у аналогном тумачењу и примени одредби члана 92. став 3 (процена покретних ствари), члана 127 (купац непокретности не може бити лице које је учествовало у процени, што значи да постоји могућност ангажовања таквих лица), те члана 195. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу (процена акција), јесте прибављање информације од стручног лица о процени вредности непокретности, при чему то могу бити и специјализоване аген-

ције за промет непокретности.Трошкови прибављања ове информације, пали би претходно на терет извршног повериоца, с тим да, уколико извршни поверилац не би предујмио ове трошкове, не би било места обустави извршења, јер није реч о неопходним трошковима који су потребни за спровођење извршења, управо из разлога који је раније већ наведен, а то је да су суд или извршитељ увек овлашћени да у складу са одредбом чл. 116. Закона о извршењу и обезбеђењу, сами изврше процену и утврде вредност непокретности.

Непосредна погодба (као начин продаје непокретности)

Непосредна погодба, те сам начин на који се иста спроводи и посебно најнижа цена по којој се непокретност може продати, непосредном погодбом, произвела је низ спорних питања. Ради се посебно о примени одредби члана 97. ст. 5-11. Закона о извршењу и обезбеђењу.

Пре свега, треба разликовати непосредну погодбу коју регулишу одредбе члана 122. Закона о извршењу и обезбеђењу, од непосредне погодбе којој се приступа у случају испуњености услова из члана 97. ст. 5. и 6. Закона о извршењу и обезбеђењу, тј. у случају неуспела два јавна надметања.

Према одредби члана 122. Закона о извршењу и обезбеђењу, извршни поверилац и извршни дужник могу се током целог поступка споразумети о продаји непосредном погодбом и о условима продаје.

Непосреду погодбу, о којој су се споразумели извршни поверилац и извршни дужник, као што је већ наведено, треба разликовати од непосредне погодбе из члана 97. ст. 5. и 6. Закона о извршењу и обезбеђењу.

То значи, да када је у питању Споразум о непосредној погодби, из члана 122. Закона о извршењу и обезбеђењу, онда извршни поверилац и извршни дужник сагласношћу својих воља, регулишу и услове продаје, те сагласношћу својих воља утврђују и цену по којој ће се непокретност продати, а то даље значи да је могуће да се договоре и да је цена нижа од 30 % од процењене вредности непокретности.

Обзиром да је потребна сагласност воља извршног повериоца и извршног дужника о условима продаје, тешко је претпоставити да се у таквој ситуацији могу десити злоупотребе једне од ове две стране.

У наведеној ситуацији, спорно је једно друго питање, а оно се односи на евентуална потраживања која су обезбеђења заложним правом и ко-

ја се у складу са чланом 138. став 1. тачка 1. Закона о извршењу и обезбеђењу, намирују пре потраживања извршног повериоца по чијем је предлогу одређено извршење.

Спорно је питање: Да ли се извршни поверилац и извршни дужник у складу са чланом 122. став 3. Закона о извршењу и обезбеђењу, могу договорити о свим условима продаје, укључујући и цену и да тим условима продаје, односно висином цене коју су договорили, буду доведена у питање права, тј. потраживања оних лица која су обезбеђена заложним правом?

У овој ситуацији, уколико је претходно пропустио да се служи правом из члана 204. Закона о извршењу и обезбеђењу (обустава извршења због недостатка покрића), било би неопходно, да сагласност на такав споразум и услове продаје које су извршни поверилац и извршни дужник договорили, да и сваки хипотекарни поверилац, који по реду првенства долази испред извршног повериоца по чијем је предлогу одређено извршење. У супротном, заиста би била могућа злоупотреба и то од стране извршног повериоца и извршног дужника, а којим би била оштећена права лица чија су потраживања обезбеђена заложним правом и која по реду првенства долазе испред извршног повериоца.

За разлику од непосредне погодбе, регулисане одредбом члана 122. Закона о извршењу и обезбеђењу, до продаје непосредном погодбом, из члана 97. став 5. Закона о извршењу и обезбеђењу, долази само у случају неуспела два јавна надметања за продају непокретности, што подразумева да је суд или извршитељ претходно, закључком одредио, тј. назначио, као начин продаје – јавно надметање.

Обзиром да се непокретност није могла продати на другом надметању, ни по почетној цени која одговора 30 % од процењене вредности непокретности, те када се извршни поверилац у року прописаним чланом 97. став 5. Закона о извршењу и обезбеђењу, изјаснио да предлаже продају непокретности непосредном погодбом, потребно је да суд донесе закључак у коме ће назначити да ће се продаја непокретности обавити непосредном погодбом, затим да продаја на прва два надметања није била успешна, те да непокретност није продата ни за 30 % од процењене вредности.Даље је потребно у закључку назначити, да је у поступку продаје непосредном погодбом продајна цена предмет договора између страна у купопродајном уговору, те да се за њу не тражи сагласност извршног дужника, као и да се уговор о продаји непосредном погодбом, закључује из-

међу купца са једне стране, судског извршитеља или извршитеља са друге стране, односно лица које обавља комисионе послове.

Извршни поверилац не мора да прецизира купца, предлажући продају непосредном погодбом, али извршни поверилац може пронаћи заинтересованог купца, који би након договора закључио уговор о продаји непосредном погодбом, са судским извршитељем, односно извршитељем. Потенцијалног купца са којим ће се договарати цена, те евентуално закључити уговор о купопродаји, може да пронађе осим извршног повериоца и судски извршитељ, односно извршитељ, или ће га пронаћи лице које обавља комисионе послове, уколико је суд закључком поверио да продају непосредном погодбом обавља лице које се бави комисионим пословима.

Законодавац у члану 97. Закона о извршењу и обезбеђењу, није одредио рок у коме се мора постићи Споразум о продаји непосредном погодбом, односно рок који ће се одредити странама за постизање споразума, тј. договора о продајној цени. Тај рок би онда требало да се назначи у закључку и он не би требао бити краћи од 15 дана, нити дужи од 30 дана, а ово сходном применом члана 97. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу. Уколико се у назначеном року постигне сагласност у вези продајне цене, тада је рок за закључење уговора и његове реализације, 15 дана од дана када је постигнут Споразум о продаји непосредном погодбом[7].

Када је до непосредне погодбе дошло након испуњености услова из члана 97. ст. 5, 6, 7. и 9. Закона о извршењу и обезбеђењу, онда је уговор који се закључује, основ за стицање својине, те би било потребно да исти буде сачињен у писменој форми, а да потписи уговарача буду оверени[8].

Треба указати да постоје и другачија становишта, те да иако одредба члана 97. став 10. прописује да је уговор о продаји непосредном погодбом, основ за стицање права својине, ипак је потребно, када је у питању непокретност која је предмет уговора о продаји, да суд у складу са одредбом члана 131. став 1. Закона о извршењу и обезбеђењу, донесе и посебан закључак о предаји непокретности купцу, а којим би се наложио упис права својине у корист купца у јавној књизи. Ако се прихвати наведено становиште, онда потписи на Уговору о продаји непокретности непосредном погодбом, који је закључен у писменој форми, не треба да буду оверени,

[7] Види одредбу члана 97 став 7 Закона о извршењу и обезбеђењу
[8] Види одредбу члана 97 став 10 Закона о извршењу и обезбеђењу

јер овера потписа не би била потребна, обзиром да би закључак суда, односно извршитеља био тај, на основу кога би се вршио упис својине у корист купца у јавној књизи.

Спорно питање, а које се поставља је у вези рока за постизање споразума, тј. договора о продајној цени, који би у закључку одредио суд, јесте, какве би биле последице, уколико у том року споразум не би био постигнут?

Како одредба члана 97. Закона о извршењу и обезбеђењу, о томе ништа не говори, а према одредби члана 76. је таксативно прописано у којим случајевима суд може обуставити извршење, те под тачком 7. става 1. наведеног члана, прописује да то може учинити и из других разлога предвиђених Законом, а како члан 97. у случају да у року за постизање споразума, исти не буде постигнут, није прописана обустава, него је обустава прописана само за случај да извршни поверилац не поступи у року из ст. 5. и не изјасни се да ли предлаже непосредну погодбу или намирење досуђењем, то не би било места обустави поступка, уколико би се догодило да се у року који је у закључку одредио суд, не постигне споразум између потенцијалног купца и судског извршитеља, односно лица које обавља комисионе послове.

У наведеном случају, би сходном применом члана 97. став 8. Закона о извршењу и обезбеђењу, требало констатовати да до продаје није дошло, те затражити од извршног повериоца да се у року од осам дана изјасни да ли предлаже намирење досуђењем ствари, у складу са чланом 102. Закона о извршењу и обезбеђењу. Тек у случају пропуштања извршног повериоца да се изјасни у наведеном року, створили би се услови за евентуалну обуставу извршења.

У случају постизања споразума, тј. договора о цени, стране које би закључиле Уговор о продаји, а то су са једне стране судски извршитељ, извршитељ или лице које обавља комисионе послове, а с друге стране купац[9], постојала би њихова обавеза да у року који је одредио суд за постизање споразума обавесте суд, да је споразум постигнут, јер би од тог момента, тј. обавештења суда, текао рок од 15 дана да закључе уговор о продаји непосредном погодбом.

Имајући наведено у виду, обавештење суду би се чинило у форми поднеска, у коме би било назначено да је постигнут договор о цени и другим

[9] Види одредбу члана 97 став 9 Закона о извршењу и обезбеђењу

условима продаје, а не би требало закључивати неки посебан споразум, управо имајући у виду, да, након постигнутог договора о цени и условима продаје, стране закључују и писмени уговор о непосредној погодби.

Као што је наведено, питање висине продајне цене, након неуспела два јавна надметања, а у поступку продаје непосредном погодбом, је такође једно од спорних питања.

Врховни касациони суд, је на седници грађанског одељења од 25.06.2012. године, у поступку решавања спорног правног питања, усвојио став о „висини продајне цене након неуспелог јавног надметања“, а правни став са образложењем је верификован потписима судија, дана 29.06.2012. године.

Према усвојеном правном ставу Врховног касационог суда, који се односи на примену одредби члана 97. Закона о извршењу и обезбеђењу, тј. на непосредну погодбу, у поступку продаје непокретности, након два неуспела надметања, висина продајне цене се одређује споразумно, без ограничења. То даље значи, да се непокретност може продати и за цену мању од 30 % од процењене вредности непокретности.

Правни став Врховног касационог суда, је последица логичног тумачења одредби члана 97. Закона о извршењу и обезбеђењу, које се примењују у поступку продаје непокретности. У ситуацији, када се непокретност није могла продати ни за 30 % од процењене вредности, на другом јавном надметању, онда је логична последица, да када се извршни поверилац определио за непосредну погодбу, цена може бити и нижа, јер је она, у складу са одредбом члана 97. став 6. Закона о извршењу и обезбеђењу, предмет договора страна у купопродајном уговору и за њу се не тражи сагласност извршног дужника.

Међутим, у погледу одређених становишта која су изражена у образложењу усвојеног правног става Врховног касационог суда, може се изнети и другачије схватање.

Врховни касациони суд, у образложењу усвојеног правног става, износи мишљење – становиште, да:

*„Када се покретне ствари (*исто се односи и на непокретности*,* оп.аутора*) нису могле продати ни на другом надметању за јавну продају, доношење посебног закључка о продаји путем непосредне погодбе, не би остварило исту сврху, као и у горе наведеном случају, када се ствари први*

пут продају путем непосредне погодбе. У ситуацији када се покретне ствари нису могле продати ни на другом надметању за јавну продају, доношење и објављивање тог закључка не би било у функцији публицитета, имајући у виду да је оглас о јавној продаји покретних ствари , већ два пута објављиван на огласној табли суда и на његовој интернет страници, а и саме странке су могле да га објаве нпр. у средствима јавног информисања. Доношење и објављивање закључка о продаји путем непосредне погодбе у описаној ситуацији, би било нецелисходно, а осим тога доношење таквог закључка, не прописује ни сам Закон о извршењу и обезбеђењу. Сва заинтересована лица већ су била обавештена о могућности да купе ствар на рочишту за јавно надметање, а та лица ће бити и обавештена да јавно надметање није успело и да ће се приступи продаји путем непосредне погодбе. Таква продаја, путем непосредне погодбе, није посебан начин продаје покретних ствари (члан 96. ЗИО), већ само наставак продаје путем јавног надметања, када је она успешна. Другим речима, продаја путем непосредне погодбе, у наведеном случају, представља завршетак продаје путем јавног надметања, где су два рочишта чије је одржавање било унапред објављено и са чиме се свако заинтересован могао упознати, била неуспешна".

Врховни касациони суд, даље у усвојеном правном ставу, у образложењу износи становиште да:

*„Када се ради о цени, Закон о извршењу и обезбеђењу, не одређује цене по којима ће се продавати покретне ствари (*односи се и на непокретности*,* оп.аутора*), како на јавном надметању, тако и у случају ако се ствари продају путем непосредне погодбе. Уколико се ствари продају путем јавног надметања, Закон о извршењу и обезбеђењу, одређује почетну цену, на првом јавном надметању 60 % процењене вредности, а на другом 30 % процењене вредности. То не значи да се ствари не могу продати по вишој, односно нижој цени. Да ли ће се продати по вишој или нижој цени, зависи од исхода јавног надметања. То значи, и да се на другом јавном надметању могу продати по цени испод 30 % од процењене вредности".*

Према мишљењу аутора, иако то Закон о извршењу и обезбеђењу, изричито не прописује, целисходно би било да суд и у случају испуњености услова, из члана 97. став 5. Закона о извршењу и обезбеђењу, донесе посебан закључак, у коме ће назначити начин продаје непокретности, а као што је то већ горе истакнуто у овом реферату.

Ово мишљење, базира се на одредби члана 124. Закона о извршењу и обезбеђењу, која одредба регулише услове продаје, те између осталих под тачком 6. ст. 1. и начин продаје[10]. Стога би суд требао донети посебан закључак, те у истом назначити све оно што је већ горе наведено у овом реферату, а у складу са чл. 124. ст. 2. Закона о извршењу и обезбеђењу, закључак би се објавио и у средствима информисања, тј. на предлог извршног повериоца или извршног дужника и о трошку предлагача.

Иако је непосредна погодба, из члана 97. став 5. Закона о извршењу и обезбеђењу, наставак продаје непокретности, након два неуспела јавна надметања, она ипак представља други начин продаје у односу на продају јавним надметањем, али сада такав, на који је свој пристанак дао извршни поверилац, када је исту и предложио. Како се више не ради о продаји усменим надметањем, у ком више лица претендује да купи непокретност, него о продаји до које долази преговарањем између страна које ће бити у купопродајном уговору (судски извршитељ или извршитељ и потенцијални купац), то је целисходно да потенцијални купац, као преговарач, буде упознат са условима продаје.

Становиште које у образложењу правног става износи Врховни касациони суд, да се ствари путем јавног надметања могу продати и испод почетне цене од 60 % на првом, односно 30 % на другом надметању, чини се, нема упориште у одредбама члана 97. ст. 1, 2. и 3, а када су у питању непокретности, ни у одредбама члана 128 ст. 2. и 3. Закона о извршењу и обезбеђењу(јавно надметање почиње објављивањем почетне цене, а то је на првом надметању, 60% од процењене вредности и потребно је да бар један учесник прихвати објављену цену, када би било речи о успешном надметању).

Законодавац је прописујући цену од 60 % на првом надметању, односно од 30 % на другом надметању, као почетну цену, а у односу на процењену вредност непокретности одредио и минималну цену, тј. износ по којој се непокретност може продати на првом или другом надметању.

У супротном, ако би се прихватило становиште Врховног касационог суда, из образложења правног става, произилази да би се већ на првом надметању, непокретност могла продати и за један динар, уколико један од присутних понудилаца понуди ову цену, а нико не понуди почетну или вишу цену. То свакако није била намера законодавца. Очигледно је законодавац желео, да пре свега, број надметања ограничи на два (према рани-

[10] Види одредбу члана 124. Закона о извршењу и обезбеђењу

јим законима који су регулисали извршни поступак, могло се заказивати безброј надметања, уколико се поштовао рок за предлагање новог надметања, након неуспешног претходног), али и а продају учини привлачнијом потенцијалним купцима, тиме што је почетну цену на првом надметању спустио на 60 % од процењене вредности.

Према ранијим законима, који су регулисали извршни поступак, непокретност се на првом надметању није могла продати испод процењене вредности, а на следећем без обзира колико их се заказује, није се могла продати испод 2/3 процењене вредности[11]. Када је Законом о извршењу и обезбеђењу одређено 60 %, односно 30 % од процењне вредности, као почетна цена, онда нема места тумачењу да се може понудити и цена нижа од почетне, те даље, да се може и продати испод наведеног процента. Уколико потенцијални купци на првом надметању не понуде ни почетну цену од 60 %, онда суд или извршитељ могу само констатовати да продаја није успела, те заказати друго надметање. Ако на овом надметању нико не понуди ни 30 %, од процењене вредности, као почетну цену, следи примена одредбе члана 97. став 5. Закона о извршењу и обезбеђењу, и оптирање извршног повериоца за продају непосредном погодбом или намирење досуђењем непокретности.

Права заложних поверилаца у случају намирења извршног повериоца досуђењем непокретности

Спорно питање је и поступање суда или извршитеља у ситуацији када се после неуспела два јавна надметања, извршни поверилац служи правом намирења досуђењем непокретности, у складу са чланом 102. Закона о извршењу и обезбеђењу, а на непокретности постоји упис хипотеке у корист другог лица, које има предност при намирењу у односу на извршног повериоца.

Према одредби члана 137. Закона о извршењу и обезбеђењу, из износа добијеног продајом, намирују се првенствено и то следећим редом:

1. Трошкови извршног поступка

2. Потраживања по основу законског издржавања ако се доказују извршном исправом и ако су пријављена најкасније за јавно надметање за продају

[11] Види одредбе члана 125. Закона о извршном поступку ("Службени гласник РС" 125/04), члана 154. Закона о извршном поступку ("Службени лист СРЈ" 28/00), те члана Закона о извршном поступку 163 ("Службени лист СФРЈ" бр. 20/78)

Према чл. 138. став1 истог закона, ред намирења осталих потраживања, а по намирењу потраживања из чл. 137. јесу:

1. Потраживање обезбеђеним заложним правом

2. Потраживање накнаде за личне службености и стварне терете који се продајом гасе, ако су настали пре покретања извршног поступка и

3. Потраживања извршног повериоца по чијем је предлогу одређено извршење

Имајући у виду став 2. наведене одредбе члана 138. Закона о извршењу и обезбеђењу, заложни поверилац се намирује по реду уписа заложног права и уколико је његово право уписано пре него што је по предлогу извршног повериоца одређено извршење, он има приоритет у односу на извршног повериоца.

При наведеном треба имати у виду и сходну примену члана 130. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу, да изврши поверилац као купац, не полаже цену када његово потраживање не достиже вредност постигнуте цене, уз услов да се може намирити, с обзиром на његов ред првенства. Положај извршног повериоца који се намирује досуђењем у складу са одредбом члана 102. Закона о извршењу и обезбеђењу, у свему одговара положају извршног повериоца, када се он појављује као купац.Стога, у ситуацији када је на непокретности уписана хипотека у корист другог лица и ако је уписана пре почетка извршења, то лице има предност при намирењу, у односу на извршног повериоца, по чијем предлогу је одређено извршење, а у складу са цитираном одредбом члана 138. Закона о извршењу и обезбеђењу.

Такође треба водити рачуна, да се према одредби члана 143. закључком о предаји непокретности купцу, а у овој ситуацији то би било и у случају намирења досуђењем непокретности извршном повериоцу, бришу уписана права и терети осим оних који остају на непокретности и после предаје непокретности купцу или које купац преузме.

Уколико извршни поверилац којем се непокретност досуђује – додељује, преузме непокретност са уписаном хипотеком, онда се он сматра намиреним до висине 30 % од процењене вредности непокретност, а хипотекарни поверилац би могао у посебном поступку у складу са својим правом захтевати намирење свог потраживања и продају непокретности на којој је заснована хипотека, ради обезбеђења његовог потраживања.

Уколико се из доплаћеног износа, а то је у ситуацији, када је новчано потраживање извршног повериоца мање од 30 % од процењене вредности непокретности и када извршни поверилац мора доплатити разлику, може у целости намирити хипотекарни поверилац, онда се хипотека као право уписано на непокретности брише након досуђења – додељивања исте извршном повериоцу и предаје.

Остаје питање: Шта када извршни поверилац, коме се непокретност досуђује -додељује, не преузима уписано право и терет, тј. хипотеку?

Могући одговор је да, у том случају, ипак постоји обавеза извршног повериоца да у ситуацији када се намирује досуђењем непокретности, положи 30 % од процењене вредности, те да се из тог положеног износа и у тој висини намири потраживање хипотекарног повериоца.

Не би постојала обавеза полагања већег износа, од оног који одговара 30 % од процењене вредности непокретности, обзиром да претходно на другом надметању за продају непокретности, није дошло до продаје ни за 30 % од процењене вредности исте, што значи да би и купац на другом надметању положио износ од 30 % од процењене вредности непокретности, из кога би се намиривао и хипотекарни поверилац.

У ситуацији, уколико је потраживање хипотекарног повериоца ниже од 30% процењене вредности непокретности, извршни поверилац би био дужан да положи само онолико износ, који покрива потраживање хипотекарног повериоца.

Уколико би се извршни поверилац у овом случају намирио досуђењем непокретности, а без обавезе да положи, односно исплати накнаду лицу у чију корист је заснована хипотека и то пре почетка извршења, овај хипотекарни поверилац не би био ни делимично намирен у свом потраживању које је обезбедио хипотеком, те би хипотека, као институт обезбеђења новчаног потраживања, била обесмишљена, све из разлога јер се у складу са чл. 143. Закона о извршењу и обезбеђењу, након предаје непокретности бришу уписана права и терети.

Све наведено, важи под условом да се хипотекарни поверилац, није служио правом из члана 204. Закона о извршењу и обезбеђењу и благовремено, у прописаном року, предложио да се извршење обустави ако утврђена вредност предмета извршења не покрива износ његовог потраживања.

Јасмина Стаменковић,
судија Привредног апелационог суда

НОВЧАНА ПОТРАЖИВАЊА ПО ТУЖБИ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЖИГА - ОСТВАРЕЊЕ И ОБЕЗБЕЂЕЊЕ

I - Уводне напомене

Правни оквир и спровођење заштите

Претпоставку за заштиту сваког права, па и жига као права интелектуалне, односно индустријске својине представља правни оквир те заштите. Правни оквир представља скуп правних норми које уређују одређену правну област, које дефинишу шта објективно право дозвољава, које су могућности заштите субјеката права. Без тога заштита није могућа. Међутим, ништа мањи значај нема ни само спровођење заштите од стране свих надлежних органа. Мерило постигнуте заштите у једном правном систему, осим прописима установљених права, зато представља оцена у којој мери се прописи о правима спроводе у пракси, која прокламована права и у којој мери се заиста остварују, да ли постоје препреке за њихово остварење и који су узроци непотпуног остварења.

За заштиту субјективних права, поред одредби материјалног права, нарочито су важне процедуре, правила по којима се воде поступци у којима се о правима одлучује.

Значајан чинилац су и сами учесници поступка. Од самих носилаца права, њиховог познавања материјалног права и процесних правила, вештине њиховог коришћења и стављања у функцију, у великој мери зависи да ли ће у поступку остварити право. Зависи и од судова. За поступање судова, поред познавања правила поступка и одредби материјалног права, је важно познавање међународних стандарда из одређене области, друштвених прилика у којима се одређена правна област развија. Када је у питању жиг, пожељна је обавештеност о условима привредног пословања, о стању економије, о механизмима деловања тржишта, о чиниоцима који на њега утичу, о основним економским категоријама.

Улога суда је коначна у вези са спорним питањима регистрације права, престанка права због некоришћења, оглашавања жига ништавим,

али и о обиму заштите које регистровано право ужива кроз одлучивање о постојању повреде. У том случају, судови дају коначну реч докле се простире монопол имаоца жига.

Значај овог субјективног права за његовог носиоца у условима обављања привредне делатности, за обезбеђење положаја на тржишту, за остваривање прихода, односно добити као основног циља деловања и учешћа у тржишној утакмици, произлази

- из дефиниције жига

(право којим се штити знак за обележавање производа или услуга у привредном промету у циљу њиховог разликовања од исте или сличне робе или услуга другог субјекта);

- из функција жига

(*функције разликовања*-привредни субјект обележава своје робе или услуге одређеном ознаком и остварује да се његова означена роба или услуге разликују од истоврсних роба или услуга других субјеката);

функције идентификовања, *указивања на порекло робе или услуга*-роба обележена ознаком заштићеном жигом указује да потиче из једног извора, од субјекта који је носилац права, идентификује да је произведена и стављена у промет од лица које је титулар права);

гарантне функције - постоји претпоставка да су сви производи или услуге обележени истом ознаком истог и константног квалитета;

рекламне функције-ознака која је употребом стекла познатост, сама по себи рекламира производ који је њоме обележен);

- из обавезе титулара да жиг користи

(некоришћење жига води престанку права и губитку заштите).

Закон о жиговима који уређује ову правну област, представља акт којим је настављен процес усаглашавања домаћих прописа са међународним актима заједница и организација чијем приступању тежи Република Србија, започетог Законом из 2004. године. Закон представља правни оквир за свеобухватну заштиту права, а у оквиру ње и грађанскоправну која омогућава истицање бројних, различитих тужбених захтева, за случај повреде или претње повредом.

У којој мери се нека од прокламованих права и то новчане природе, практично реализују, од чега то зависи, како се правна правила о заштити стварно спроводе, то је основна тема овог рада. С обзиром да се права остварују у парничном поступку, да се о неким аспектима заштите овог права одлучује према правилима парничне процедуре, а она је у последње време претрпела одређене промене, доношењем и ступањем на снагу новог Закона о парничном поступку, потребно је сагледавање спровођења заштите у контексту новина које он предвиђа. Када се ради о обезбеђењу потраживања, релевантан је пропис који уређује поступак извршења и обезбеђења, а и у тој области је донет нови Закон о извршењу и обезбеђењу.

Врсте захтева

Бројни тужбени захтеви који се према Закону о жиговима могу поставити у тужби због повреде жига, могу се диференцирати на неимовинске и имовинске тужбене захтеве. Имовински захтеви могу бити неновчани и новчани.

Неимовински захтеви су: 1) захтев за утврђење повреде права, 2) захтев за забрану вршења радњи повреде, 3) за добијање података о лицима која су учесници у повреди и 4) за објављивање пресуде о трошку туженог.

Имовински захтеви су: 1) захтев за уништење производа којима се врши повреда права, 2) за уништење алата и опреме употребљених за израду производа којима се врши повреда права, 3) за накнаду штете, 4) за исплату накнаде до троструког износа лиценцне накнаде и 5) за накнаду оправданих трошкова поступка.

Пракса и разлози

Постојање повреде жига, утврђење да је она извршена, претпоставка је основаности било ког од осталих тужбених захтева. Зато у пракси нема тужбе у којој није истакнут овај захтев. Уз њега се истичу и остали неимовински захтеви. Са истицањем захтева на обавезивање туженог као лица које је повреду извршило да носиоцу права исплати новчано потраживање, ситуација је другачија. У знатном броју спрова, тужиоци не постављају ове захтеве.

У односу на онај број спорова у коме се истичу и имовински захтеви новчане природе, уочљиво је да носиоци права као тужиоци у спору

чешће успевају у спору усвајањем свих осталих захтева, те да у значајном броју предмета захтеви за исплату новчаних потраживања бивају одбијени независно од тога што је повреда утврђена.

Таква пракса вероватно узрокује да у одређеном броју случајева носиоци права од ових захтева унапред одустају.

Одбијање новчаних тужбених захтева је пак последица тешкоћа са којима се имаоци права суочавају у доказивању и правилима процесног права која положај титулара права у доказивању оваквих потраживања не олакшавају, а са извршеним променама чак чине и сложенијим.

Учесници на тржишту у борби за профитом нису посебно посвећени поступању које има карактер поштене тржишне утакмице. Начела савесности и поштења, поштовање моралних вредности и ставова, често су у другом плану, па зато релативно лако прихватају изрицање пресуде којом се само утврђује повреда права, којом се забрањује даља повреда, уништавају затечени производи и пресуда објављује. Објављивање пресуде као морална сатисфакција за имаоца права, а морална осуда за прекршиоца, тако не постиже праве ефекте, јер прекршиоце посебно не погађа. Као економску последицу имају само обавезу да противној страни плате трошкове спора.

Очигледно је да пуни ефекат заштите не може бити остварен без одговарајућих економских последица на прекршиоца, за лице које врши повреду права и да, по правилу, само такав издатак делотворно одвраћа од повреде и онога за кога је утврђено да је повреду учинио и других субјеката на тржишту. Остварење новчаних потраживања за носиоце права често има већи значај у остваривању превентивне функције, него због увећања њихове имовине за износ досуђеног и наплаћеног износ.

Отуда значај ове врсте потраживања по тужбама због повреде и значај њиховог остварења као мерила спровођења заштите жига.

II - Новчана потраживања по тужби због повреде жига

1) Потраживање накнаде штете

Потраживање накнаде штете због повреде жига је одавно признато право носиоцу жига законима који уређују ову област, у циљу потпуније заштите.

Закон о жиговима из 1995. године је у члану 49. став 1. предвиђао да лице које повреди жиг или право из пријаве одговара за штету по оп-

штим правилима о накнади штете, а ако је штета проузокована намерно, да се накнада штете може захтевати до троструког износа стварне штете и измакле користи.

Закон из 2004. године прописује да лице које повреди жиг одговара за штету по општим правилима о накнади штете. Идентичну одредбу садржи Закон из 2009. године у члану 71.

С обзиром да се остварење овог имовинског права заснива на примени општих правила, неопходно је анализирати та правила, као и у чему се рефлектују посебности у њиховој примени произашле из специфичности проузроковања штете повредом субјективног права искључиве, монополске природе, права које дејствује према свима и које битно утиче на позицију његовог имаоца на тржишту, у обављању привредних делатности.

Основни појмови о штети и накнади штете

Општа правила о накнади штете садржи Закон о облигационим односима, јер је проузроковање штете један од извора облигација предвиђених ових законом.

Према општем правилу из члана 154. став 1. закона, лице које другоме проузрокује штету дужно је да је надокнади, осим уколико не докаже да је штета настала без његове кривице. На основу члана 158. закона, кривица постоји када је штетник проузоковао штету намерно или непажњом.

То значи да када штета потиче од радњи штетника, када су његове радње (пропуштања) узрок штете, постоји претпоставка о кривици штетника. Претпоставка о кривици је оборива и на штетнику је терет доказивања постојања чињеница из којих произлази да код њега нема кривице, па ни одговорности.

Проузроковањем штете настаје облигациони однос између оштећеног и штетника, лица које одговара по основу кривице. На страни оштећеног настаје потраживање накнаде штете, а на страни штетника обавеза да штету надокнади.

Следи да су *основни елементи овог односа*: штета настала на страни оштећеног, штетна радња или пропуст на страни штетника и узрочно-последична веза између штете и радњи (пропуста) штетника.

Врсте штете - Штета се за оштећеног може манифестовати у његовој имовини (материјална штета) или на његовим другим добрима (нематеријална штета).

Материјална штета може бити изражена као умањење имовине или као спречавање њеног повећања. Стога се разликују *стварна штета и измакла корист (изгубљена добит)*.

Нематеријална штета је наношење другоме бола (физичког или психичког) или страха.

Видови материјалне штете - Материјална штета се одражава у имовини оштећеног, без обзира да ли се ради о стварној штети или измаклој користи. Полазећи од појма имовине као скупа ствари (покретних и непокретних), новчаних средстава и других имовинских права једног лица, штета се може манифестовати на различите начине на појединим деловима те имовине. На стварима се штета може изразити као њихово оштећење, уништење или одузимање. На новцу се изражава као утрошак одређеног броја новчаних јединица или као изостанак увећања за исти.

Циљ накнаде - Накнада материјалне штете има за циљ да се материјална ситуација оштећеног доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања. То је прописано у члану 190. закона.

Врсте накнаде - Из законских одредби, посебно члана 185. закона, произлази да новчана накнада не само да није једини вид накнаде штете, већ и да није ни примарни облик накнаде. Из основног циља да се оштећеникова материјална ситуација накнадом доведе у стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуста (члан 190. закона), као основни вид накнаде се јавља реституција, успостављање стања постојећег пре него што је штета настала (члан 185. став 1. закона).

Новчана накнада представља допунски облик који се примењује ако успостављање ранијег стања није могуће или то оправдавају одређене околности. Осим тога, накнада се може дати и у другим заменљивим стварима, исте врсте и исте количине као оне на којима је штета настала, што значи да су видови накнаде штете: реституција, натурална (неновчана) накнада и новчана накнада.

Обим штете и обим накнаде - Основно правило је да висина накнаде одговара висини (величини) штете, да је износ накнаде еквивалентан, једнак висини штете. То је у складу са означеним циљем – довођењем материјалног стања оштећеног у стање у коме би било да није било штетне радње или пропуста. Материјално стање оштећеног се враћа у стање које би постојало без настанка штете ако добије управо онолико за колико је оштећен, ни више ни мање.

Од основног правила постоје изузеци. Под условима предвиђеним чланом 189. став 4. закона, висина накнаде се утврђује према вредности коју је ствар имала за оштећеника. Одредба је успостављена управо са циљем да оштећени добије адекватно задовољење у таквим ситуацијама. На тај начин накнада се досуђује у већем обиму од обима настале штете. Под условима из члана 191. закона, оштећеном се може досудити накнада која је мања него што износи штета (снижење накнаде). Циљ ове норме је заштита штетника. До сразмерног смањења накнаде долази и онда када постоји подељена одговорност штетника и оштећеног.

Утврђивање штете и утврђивање накнаде - Обим, величина штете се утврђује на дан настанка штете, а обим, величина накнаде на дан пресуђења, јер се примењују цене на тај дан.

Да би се утврдило колика је штета потребно је утврдити у чему се састоји. Ако је настала на стварима, да ли су оне потпуно уништене или су оштећене. Ако су оштећене, колики је степен оштећења и у ком проценту, у којој сразмери је умањена вредност ствари. На основу тога, по ценама на дан пресуђења, оштећеном се може досудити новчана накнада као новчани еквивалент ствари или ако ствар није уништена, већ оштећена, сразмерни део те вредности.

Накнада се утврђује према ценама на дан пресуђења зато што тако утврђен новчани износ треба да оштећеном обезбеди могућност да њиме прибави другу ствар исте врсте. Када би се примењивала цена по којој је он прибавио, могле би бити оштећене обе стране, односно некој од њих би се погодовало.

Ако је штета настала у новцу, правило трпи изузетке због другог начела, начела монетарног номинализма. У том случају висина штете, број новчаних јединица за који се имовина умањила, мора се утврдити на дан настанка штете, а камата од тог дана има функцију заштите новчаног потраживања од обезвређивања.

Примена општих правила на штету проузроковану повредом жига

Штетна радња као битни елемент облигационог односа насталог проузорковањем штете, у овом случају је радња повреде жига. Које радње представљају радње повреде жига (или права из пријаве) дефинише члан 72. Закона о жиговима:

„Повредом жига или права из пријаве сматра се свако неовлашћено коришћење знака од било ког учесника у промету, у смислу чл. 38. и члана 43. став 2. овог закона.

Повредом из става 1. овог члана сматра се и подражавање заштићеног знака.

Повредом из става 1. овог члана сматра се и додавање знаку речи „тип“, „начин“, „по поступку“ и сл.“

Према овој одредби битне чињенице за постојање повреде, па и за постојање штетне радње су да је коришћење знака неовлашћено и да је учињено од стране учесника у промету.

У смислу члана 38. Закона коришћење је неовлашћено ако је знак истоветан раније заштићеном знаку у односу на робе (услуге) за које је жиг регистрован, ако је знак истоветан или сличан раније заштићеном знаку за истоветну или сличну врсту роба (услуга), а због те истоветности или сличности постоји вероватноћа да настане забуна у релевантном делу јавности која обухвата и вероватноћу довођења у везу тог знака са раније заштићеним.

У смислу члана 43. став 2. Закона, носилац чувеног жига може забранити другом лицу да исти или сличан знак користи за обележавање робе, односно услуга које нису сличне онима за које је жиг регистрован, ако би коришћење таквог знака упућивало на повезаност те робе, односно услуга и носиоца заштићеног чувеног жига и ако постоји вероватноћа да би носилац чувеног жига трпео штету таквим коришћењем.

Најчешће су ситуације у којима, пре повреде, између носиоца права и лица које врши повреду није постојао било какав пословни контакт. Међутим, повреда може настати и коришћењем жига по престанку уговорног овлашћења за коришћење или после несупелих преговора о уступању права. Повреда може бити усмерена на довођење потрошача у заблуду у погледу порекла производа, али она постоји и када такве намере нема и када према начину продаје, цени производа обележених супротстављеним знаком, потрошач има свест да се не ради о оригиналним производима.

Када је повреда учињена, постоји претпоставка да је прекршилац крив за предузету радњу повреде. Кривица постоји и ако је поступао са намером и са непажњом.

Претпоставка је заснована на тези да се у промету мора поступати са дужном пажњом, да та обавеза подразумева и обавезу познавања прописа по којима се послује на тржишту, да они укључују и прописе који се односе на забрану кршења туђег права, да постоји обавеза учесника у промету да се информишу о правима других лица, нарочито о регистрованим правима. Када су у питању жигови, ради се о правима која се стичу регистрацијом, а подаци о томе се чине доступним јавности објављивањем података о признатим правима и њиховим носиоцима, управо са циљем да учесници на тржишту у складу са тим предузимају своје активности у промету.

Као и код општих правила о субјективној одговорности за учињену штету, претпоставка о кривици је оборива, а терет доказивања, обарања претпоставке је на прекршиоцу. Тужени у спору по тужби због повреде, може доказивати да није знао и да није морао знати да стављањем одређеног знака врши повреду, да радње није предузео у циљу повреде и да на његовој страни нема кривице. У вези са тим мора се правити разлика да ли је повреда учињена неовлашћењим коришћењем истоветног знака за истоветне робе (услуге) или неовлашћеним коришћењем сличних ознака за сличне робе. Претпоставка о кривици практично се не може оборити ако се ради о коришћењу идентичног знака за истоветну робу.

Међутим, када је у питању комбиновани заштићени знак који се састоји од више елемената (вербалних, графичких), када неки од елемената не могу уживати заштиту и на њима се због генеричког својства, описног карактера или других разлога, не може стећи монопол, онда утврђивање постојања повреде, а тиме и обима заштите регистрованог знака, представља комплексно фактичко питање. У зависности од степена сличности процењује се и вероватноћа настанка забуне код релевантног дела јавности.

Учесници у промету могу погрешно процењивати обим заштите таквог знака, па до повреде може доћи и поред највеће обазривости и обзирности прекршиоца. У пракси развијених земаља, у таквим ситуацијама, покретању спора увек претходи упозорење са захтевом за престанак повреде, чијим се уважавањем спречава да се поступак уопште покрене пред судом. Некада прекршилац не уважава овакав захтев уверен да знак који користи није сличан и да његово коришћење не представља повреду и спреман је да се одлука о томе препусти суду.

Суд одлучује вршећи упоређење и роба и супротстављених знакова. Ни оцена суда није лишена субјективности. Субјетивности нису лише-

не ни више инстанце, као ни судови у било ком правном систему. Зато се мора разумети да и сами учесници на тржишту, руковођени својим интересима и својом субјективношћу, могу занемарити одређене сличности, а да то није резултат њихове кривице, већ потребе да остваре своје легитимне интересе.

Очекивано је да тужилац своје монополско право тумачи што екстензивније, а тужени што уже. Зато степен сличности, да ли је знак слабије или јаче снаге обележавања, да ли садржи елементе који су у слободној употреби, могу бити од значаја за закључак о постојању кривице, степена непажње лица које је знак користило.

Штета

По правилу, умањење имовине (стварна штета) носиоца права због повреде жига представља редак случај штете. Посебно је тешко замислити да се манифестује као штета на стварима. У неким случајевима може настати као штета у новцу, нпр.у виду трошкова учињених у рекламној кампањи, промоцији сопствених производа, трошкова у вези са дистрибуцијом непродатих производа за време трајања повреде.

Чешћи и важнији облик је изгубљена добит. Изражава се кроз смањење промета и продаје производа (услуга) обележених заштићеним знаком, а тиме неостваривања финансијског учинка, новчане добити која би по редовном току ствари уследила да таквог смањења није било.

Смањење добити се може манифестовати кроз пад промета, смањење броја продатих производа у односу на релевантан период пре извршене повреде, кроз стагнацију продаје (задржавање броја продатих производа на постојећем нивоу без очекиваног пораста по редовном току ствари или према предвидљивим околностима) или кроз мањи пораст од очекиваног (изостанак знатнијег увећања).

Узрочнопоследична веза

Подразумева да је штета онако како је изражена (учињени трошкови, изостанак увећане продаје, изостанак очекиваног пораста продаје или смањење продаје) последица деловања прекршиоца на тржишту, стављањем у промет производа којима се врши повреда, тј. да су те радње узрок онога што за носиоца представља штету.

Доказивање постојања узрочне везе између штете и штетне радње или пропуштања је увек најтеже, али је то нарочито изражено када се ради о повреди жига. То је последица тога што је тржиште сложен механизам на који утичу бројни фактори, самостално и у својој укупности и што између носиоца права и прекршиоца, по правилу не постоји непосредни интерактивни однос, већ њихове радње и поступци делују на потрошаче, а преко реакција потрошача, повратно на учеснике промета.

Ималац права ће увек истицати да је непосредни или адекватни узрок штете предузета радња повреде, да је имала искључив или пресудан утицај, а прекршилац ће увек истицати да је штета последица деловања других фактора, или објективних, који делују на све учеснике, па и на носиоца права, или субјективних, за које је одговоран сам носилац права, а тичу се нпр.превисоке цене, лошег квалитета и слично.

На основу тако супротстављених ставова, задатак је суда да, према околностима конкретног случаја, изведе закључак о (не)постојању те везе. Закључивање суда не би смело бити површно и произвољно, већ заснована на анализи дејства различитих чинилаца и њихове важности за сваки појединачни случај. Неки од њих се односе на саме производе: да ли су намењени свакодневној употреби или задовољавању потреба луксуза, да ли су намењени исхрани, заштити, лечењу, неговању или некој другој потреби конзумената на тржишту, да ли постоје мање или веће разлике у квалитету производа, да ли постоје разлике у цени и у којој мери оне међусобно конкуришу на тржишту и сл. Важни су и чиниоци у вези са околностима у којима се врши промет: да ли постоји већа понуда од тражње на тржишту или обрнуто, да ли је дошло до пада или пораста стандарда потрошача, да ли су побољшани или погоршани услови кредитирања потрошача уопште или за конкретне производе, да ли број запослених бележи раст или опадање, да ли је промет производа повезан са одређеним годишњим добом, да ли је повезан са одређеним догађајем, да ли је друштво стабилно или су неки природни или друштвени догађаји изазвали његову нестабилност и др. Исти чиниоци немају идентичан значај, па је улога суда да оцени да ли су уопште од значаја, ако јесу да ли делују позитивно или негативно, у којој мери су од утицаја, те да на основу њиховог појединачног и укупног дејства изведе закључак о узрочној вези између штете и повреде.

Јасно је да се ради о сложеном мисаоном процесу, без кога нема одлуке која је убедљива, која је ауторитативна и која ће бити уважена од учесника у поступку.

Накнада

С обзиром на опште врсте накнада и у чему се штета за носиоца права може огледати, очигледно је да да неновчана накнада давањем других заменљивих ствари исте врсте и у истој количини није могућа, као што није могућа ни накнада у виду реституције. Објективно је немогуће успоставити стање у промету, па ни у материјалном положају носиоца права које би постојало да до повреде права није дошло. Зато је накнада штете искључиво новчана, а то изискује утврђење њене висине.

Основно правило да висина накнаде треба да буде еквивалентна, једнака висини (обиму) штете, је једино правило које се у овом случају проузоковања штете може применити. То следи из услова које Закон о облигационим односима предвиђа за снижење накнаде и за досуђење накнаде у већем износу од обима штете.

Према члану 189. став 4. овог закона, основна претпоставка за досуђење вредности коју је ствар имала за оштећеног је да се ради о штети насталој на ствари, а она може бити оштећена или уништена. Штета уништењем или оштећењем ствари није карактеристична, па ни могућа када се ради о повреди жига.

Према члану 191. истог закона, суд може осудити одговорно лице да исплати мању накнаду него што износи штета, ако није проузрокована намерно ни крајњом непажњом, водећи рачуна о материјалном стању оштећеног и под условом да је одговорно лице тако слабог имовног стања да би га исплата потпуне накнаде довела у оскудицу. Из одредбе следи да се она примењује када се ради о физичким лицима, да је управљена на заштиту њихове егзистенције, те да се не може применити када се ради о лицима која су привредни субјекти.

То значи да ће новчана накнада увек бити еквивалентна, једнака штети, њеној висини и обиму. Такво решење је у складу са правилима које предвиђа Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС), настао као израз тежње Светске трговинске организације да се смање разлике у начину на који се ова права штите широм света и да

се усагласе са заједничким међународним правилима. Споразум успоставља минимални ниво заштите који свака влада мора пружити интелектуалној својини других држава-чланица СТО. Република Србија тежи приступању овој организацији. ТРИПС предвиђа:

„1. Судске власти су овлашћене да наложе прекршиоцу да плати титулару права накнаду штете довољну да компензира повреду коју је титулар претрпео услед повреде његовог права интелектуалне својине од прекршиоца који је знао или имао разумног основа да зна да је учествовао у прекршајној активности.

2. Судске власти су такође овлашћене да прекршиоцу наложе да исплати носиоцу права трошкове у које може бити укључена одговарајућа накнада за заступника. У одговарајућим случајевима, чланице могу овластити судске власти да наложе враћање профита и/или исплату претходно утврђене штете чак и у случајевима у којима прекршилац није знао, или није имао разумног основа да зна да је учествовао у прекршајној активности.“

Минимални, препоручени захтеви овог Споразума су да се накнада штете може досудити и ако је проузрокована намерно, али и ако је проузрокована непажњом, као и да накнада буде таква да компензира повреду.

Утврђивање штете и утврђивање висине накнаде

За обештећење носиоца права, па и за утврђивање висине накнаде могу се применити две методологије:

1. накнада штете уступањем добити коју је остварио прекршилац и

2. накнада штете досуђењем добити која је изостала код носиоца права (тзв. диференцијална метода).

Израчунавање висине добити коју је у новчаном износу остварио извршилац повреде је прилично једноставан метод. Уз све тешкоће које се односе на прибављање доказа о времену трајања повреде, броју производа стављених у промет, броју продатих производа, о чему ће доцније бити више речи, укупно остварена добит се може израчунати на основу два параметра. То су:

- јединична добит по производу прекршиоца и
- број производа за који је промет реализован.

Простом рачунском операцијом, множењем, се може израчунати и утврдити новчани износ који је прекршилац остварио (зарадио) у вршењу повреде. Заснива се на идеји да оно што је стечено кршењем права, припада лицу чије је право повређено.

У вези са оваквим обрачуном могуће је истицање најмање два приговора од стране извршиоца повреде.

Прво, да нису сва новчана потраживања према трећим лицима настала у промету производа којима је извршена повреда, реализована, наплаћена. Овакав приговор не би могао бити прихваћен. Остварење потраживања је под потпуном контролом самог извршиоца и његова је слободна воља како ће са субјектима са којима ступа у уговорне односе, уговорити плаћање цене за испоручену робу: унапред, одмах по испоруци робе, у краћим или дужим роковима након извршене испоруке. У његовој диспозицији је да ли ће, ако потраживање не буде испуњено, у роковима застарелости из чл. 371. и 374. Закона о облигационим односима покренути поступак за заштиту пред судом, да ли ће у роковима застарелости из члана 379. истог закона покренути поступак принудног извршења. У аутономији воље извршиоца и трећих лица је уређење односа у вези са квалитетом робе, у вези са изменом рокова плаћања, закључења поравнања попуштањем у односу на висину обавезе или чињењем других уступака, а у диспозицији је тих трећих лица да ли ће обавезу испунити и после евентуалног наступања застарелости. Зато чињенице у вези са наплатом не би биле релевантне.

Друга врста приговора који се истиче у вези са применом ове методологије, а у вези са правилним утврђењем добити која је последица повреде је приговор да је добит у целини или делимично резултат предузетничких способности извршиоца повреде. Чак и када би наводи били тачни, не би били од утицаја, јер су такве способности стављене у функцију кршења туђег права, у функцију непоштеног пословања, па сви економски ефекти настали деловањем свих чинилаца треба да буду уступљени носиоцу права. Евентуалне способности не би без повреде права ни могле бити валоризоване у промету, самим тим ни добит не би била остварена, па захтеви правичности и налажу да добит припадне ономе чије је право таквим активностима повређено.

Оваквим обрачуном, међутим, носилац права не мора добити потпуну компензацију, због чега је често и незадовољан применом ове методологије. Ако је у промет стављена велика количина робе којом се врши

повреда, а промет је реализован само у односу на мањи број производа (услед објективног стања на тржишту или услед искључења робе из промета на основу привремене мере донете по предлогу носиоца права), очигледно је да ефекти повреде за коју је довољно да се роба нашла у промету, а не и да је продата, превазилазе економску добит извршиоца која је предмет уступања тужиоцу у спору.

Тужилац може истицати и да би он са истом количином производа стављених у промет остварио већу продају, да би са истом количином продатих производа остварио већи профит, или на основу мањег учешћа трошкова производње и транспорта у јединичној цени производа или на основу веће јединичне цене по којој он врши продају, чиме се остварује већа разлика у структури цене између јединичне цене и цене коштања, а та разлика представља добит по производу. Већа добит по производу даје већу укупну добит за укупну количину.

Да носилац права не би сносио последице нерационалног пословања извршиоца повреде, могуће је висину накнаде утврдити и другом, *диференцијалном методом*, која је заснована на идеји утврђивања разлике између добити коју је носилац права остварио у условима извршене повреде и коју би остварио да до повреде није дошло. Очигледно је да се остварена добит може утврдити, али да неостварена добит представља само претпоставку о томе како би се промет производа тужиоца одвијао према редовном току ствари и предвидљивим показатељима. То су и недостаци овог метода.

Сама накнада се израчунава на основу два параметра:

- јединичне добити, добити по производу носиоца права и
- броја продатих производа од стране прекршиоца.

Множењем ова два чиниоца добија се износ за који се претпоставља да би га носилац права остварио да повреде није било. Заснива се на претпоставци да би и сам носилац, у периоду у коме је повреда вршена, остварио промет исте количине производа као и прекршилац, без присуства прекршиоца као непоштеног конкурента на тржишту, и то под оним условима и са оним економским ефектима које је већ постизао на тржишту.

Подваријанта овог метода је израчунавање накнаде у виду изостале добити израчунате према укупном броју смањеног промета носиоца права, множењем тог броја са његовом јединичном добити. Засновано је

на тврдњи да је повреда проузоковала пад промета прозвода носиоца права у већем броју него што је број продатих производа прекршиоца, услед негативног деловања повреде на потрошаче, на стварање конфузије, односно забуне на тржишту. То је наравно веома тешко доказати.

Процесни положај – општа правила и правила доказивања

На комплексност положаја носиоца права као тужиоца у спору због повреде жига у вези са доказивањем потраживања на име накнаде штете претрпљене повредом жига, поред изложеног, утичу и процесна правила, и то општа правила, и посебно правила о доказивању. У поступку доказивања сама доступност доказних средстава представља посебну препреку.

Правила поступка у коме се остварују тужбени захтеви носиоца права по тужби због повреде жига, па и новчано потраживање накнаде штете, уређена су законом који уређује парнични поступак. Нови Закон о парничном поступку (Службени гласник бр.72/11) је ступио на снагу 1. фебруара 2012. године, али у прелазним и завршним одредбама предвиђа да ће се поступци започети пре његовог ступања на снагу окончати по правилима Закона из 2004. године. Изузетно од тога, примениће се и на раније започете поступке, ако је након његовог ступања на снагу пресуда или решење којим се поступак окончава укинуто и предмет враћен на поновно суђење. Поновни поступак ће се у том случају спровести по одредбама овог закона, па то указује да ће се нови закон, без обзира што је на снази тек неколико месеци, убрзо примењивати у највећем броју парничних предмета, па и у споровима о повреди жига.

Општа правила

Многа општа процесна правила новог закона утичу на положај странака у овом спору идентично као и на странке у било ком другом спору.

Нови закон представља покушај да се увођењем неких нових правила и доследном применом постојећих створе услови да се парнични поступци окончавају у што краћем року, са што мање трошкова, уз обезбеђење права странака на закониту, једнаку и правичну заштиту њихових права, као и уз обезбеђење права на суђење у разумном року. У циљу ефикасног поступања, појачана је и одговорност странака за трајање и исход поступка.

Закон предвиђа да пуномоћник странке може бити само адвокат (уз изузетак из члана 85. став 2). Пропусте пуномоћника да достави пуномоћје приликом предузимање прве радње у поступку, подношење неразумљивог или непотпуног поднеска од стране пуномоћника, санкционише одбачајем, што има посебан значај када се ради о тужби као поднеску.

У досадашњој пракси је била честа појава да се у тужби не опредељује новчано потраживање на име накнаде штете учињене повредом жига, већ да се наводи да ће исти бити опредељен на основу налаза вештака. Применом важећих процесних правила, тужба би у том делу била одбачена ако је подносилац пуномоћник, што је најчешћи случај. О томе саме странке морају водити рачуна.

Већ у позиву за припремно рочиште странке се упозоравају на дужност изношења свих чињеница и предлагања доказа којима се те чињенице потврђују, као и на дужност предлагања временског оквира. Налаже им се да на рочиште донесу све исправе које им служе као доказ и све предмете које треба разгледати у суду. Имајући у виду предлоге странака, суд решењем одређује временски оквир који садржи број рочишта, време одржавања рочишта, распоред извођења доказа на рочиштима и предузимања других процесних радњи, судске рокове и укупно време трајања главне расправе.

То захтева да пре подношења тужбе, носилац права у својству тужиоца пажљиво припреми стратегију спора: предвиђањем које ће чињенице бити важне за одлучивање, које ће важне чињенице тужени у спору највероватније оспоравати, које ће доказе да предложи у том случају, како ће и када прибавити те доказе. У пракси, као и у другим споровима, ради „заштите“ од негативних последица због неизношења чињеница и непредлагања доказа, то може резултирати оптерећењем списа обимним изјашњењима, обимним писаним материјалом, предлагањем већег броја доказа, и потребних и непотребних. Све то може утицати на време и сложеност у решавању спора и може га додатно компликовати. Очигледно је да је одговорност самих странака да у томе пронађу праву меру, а то захтева и додатне вештине у вршењу процесних права у сопственом интересу.

Правило по коме се могу утврђивати и чињенице које странке нису изнеле и изводити докази које нису предложиле, само ако се ради о недозвољеним располагањима, наглашава дужност странака у вези са теретом тврдњи и теретом доказивања и њихову одговорност према томе за

успех у спору. И временски се ограничава дужност странака да изнесу чињеничне тврдње и предложе доказе.

За ове спорове посебно је битна новина по којој је критеријум за одређивање спора мале вредности - висина потраживања у новцу или означена вредност спора у тужби, без обзира на врсту захтева. То раније није био случај, па се спор по тужби са захтевом за утврђење повреде жига и забрану вршења повреде, без обзира да ли је постављен захтев за исплату штете у новчаној вредности за спор мале вредности, или није постављен, а тај износ је у тужби означен као вредност спора, није могао водити по правилима спорова мале вредности. Ово је важна новина и с обзиром на врло висок новчани цензус за ове спорове.

Значај произлази из примене правила посебног поступка у споровима мале вредности, а карактерише га да су права странака у том поступку сужена, ограничена. Ограничење се манифестују кроз краћи рок за жалбу (осам дана уместо 15), лимитираност жалбених разлога (не могу се истицати као жалбени разлози релативно битне повреде поступка и погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање), непримењивање одредбе о расправи пред другостепеним судом, немогућношћу укидања првостепене пресуде ако због погрешне примене материјалног права чињенично стање није потпуно утврђено, недозвољености посебне жалбе против решења, осим решења којим се поступак окончава. С обзиром да се у привредним споровима, између привредних субјеката, таквим споровима сматрају они у којима вредност спора не прелази износ од 30.000 € (у динарској противвредности на дан подношења тужбе, по средњем курсу Народне банке Србије), то ће резултирати да се они у највећем броју и воде по посебном поступку, са свим последицама његових правила.

Исто тако, за ову врсту спорова више се не предвиђа дозвољеност ревизије по посебним правилима. За дозвољеност ревизије по општим правилима, новчани цензус је прилично висок (у привредним споровима 300.000 €), а то онемогућава да највиши суд у Републици Србији преиспитује одлуке донете у овим споровима.

Правила доказивања

Основно правило о доказивању садржано је у члану 7. закона:

„Странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице.

Суд ће да размотри и утврди само чињенице које су странке изнеле и да изведе само доказе које су странке предложиле, ако законом није другачије прописано.

Суд је овлашћен да утврди и чињенице које странке нису изнеле и изведе доказе које странке нису предложиле, ако из резултата расправљања и доказивања произлази да странке располажу захтевима којима не могу да располажу (члан 3. став 3)".

Правило је разрађено у појединим члановима.

Члан 228. предвиђа:

„Странка је дужна да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којим оспорава наводе и доказе противника, у складу са овим законом".

а члан 229:

„Доказивање обухвата све чињенице које су важне за доношење одлуке.

Суд одлучује који ће се докази извести ради утврђивања битних чињеница".

док члан 231. у ставу 2. садржи правило:

„Странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, ако законом није другачије прописано".

То, међутим, не значи да је суд само посматрач поступка који се пред њим одвија, јер се његова активна улога у вези са обавезом правилне примене материјалног права остварује кроз примену чл 313. Закона, овлашћењем да се постављањем питања стара да се у току расправе пруже потребна објашњења, да би се утврдиле чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева.

Досадашња пракса у споровима због повреде жига, а нарочито у вези са остварењем новчаног потраживања на име накнаде штете, се не би могла сматрати праксом која подржава наведена процесна правила која важе и за странке и за суд.

Тужилац који у тужби истиче све захтеве из члана 71. Закона о жиговима дужан је да изнесе чињенице важне за одлучивање о сваком од тих

захтева и да предложи доказе за утврђивање свих тих чињеница. Ако тврди да је претрпео штету повредом жига, дужан је да докаже постојање свих чињеница од којих зависи његово право на накнаду.

У пракси тужиоци су по правилу били више посвећени истицању чињеничних тврдњи важних за одлучивање о захтеву за утврђење повреде жига и за забрану вршења повреде, као и на предлагање доказа ради утврђивања тих чињеница. Први разлог је што од основаности тих захтева зависе и други, па и за накнаду штете. Други разлог је што су докази о повреди углавном писани и доступни су тужиоцу. Он поседује доказе о изгледу свог знака, о томе како је регистрован и како се користи. О изгледу супротстављеног знака доказе може прибавити на тржишту, из продајних објеката, са Интернета, из рекламног материјала прекршиоца, од органа инспекције. Може сачинити и фотографије производа као специфично доказно средство и све ове доказе приложити још уз тужбу.

Одлука о постојању повреде заснива се на оцени суда о фактичком питању постојања сличности знакова (чешће) и роба (ређе), па је тужилац најчешће и усмерен на то да код суда створи убеђење, уверење о томе. Зато занемарује, барем у тој најранијој фази, изношење чињеница о новчаном потраживању, по правилу само предлажући извођење доказа вештачењем. То резултира да вештак сам спекулише о околностима повреде и настале штете, да сам опредељује у чему се штета састоји, да сам одређује методологију обрачуна накнаде, што суд не би требало да допусти, а ни сам тужилац јер то даљи поступак чини сложенијим, води допунским изјашњењима на примедбе противне стране на основу чега се вештак определио за одређен метод приликом обрачуна.

Због изнетог, странке ће, посебно носиоци права, морати мењати своје поступање, усклађујући га са наведеним правилима поступка. Утолико пре ако се примењују правила о споровима мале вредности.

Доступност доказних средстава

Нови закон као и претходни предвиђа као доказна средстава: исправе, увиђај, сведоке, вештачење и саслушање странака. У појединим одредбама помиње и предмете које је потребно разгледати у суду. Они се не могу сврстати ни у једну од наведених категорија, а у овој врсти спорова могу бити значајно средство за утврђење битних чињеница у вези са постојањем повреде.

Када се ради о самој штети на страни носиоца права, докази су тужиоцу по природи ствари доступни. Тврдње о смањењу промета и продаје сопствених производа, може доказивати изводима из пословне документације, извештајима о пословању у релевантном периоду и сл.

Али, с обзиром да се методологија обрачуна накнаде заснива и на подацима о промету и добити туженог, да тужиоцу нису доступни ни подаци ни докази о томе, то може резултирати пропустом и изношења чињеничних тврдњи и предлагања доказа за њихово утврђење.

Подацима и доказима располаже противна страна.

Тужиоцу остаје могућност да тврдње о обиму промета и висини добити извршиоца повреде уопште не изнесе или да изнесе паушалне, произвољне тврдње. Ако их изнесе, највероватније да неће бити у позицији да приложи доказе за утврђивање изнетих чињеничних тврдњи, па остаје као могућност коришћење процесног овлашћења у вези са доставом исправа које држи противна страна. Може да предложи суду да се противној страни наложи да достави исправе које мора поседовати.

Такво овлашћење за носиоца права произлази из члана 241. Закона о парничном поступку који регулише случај по коме се странка позива на исправу за коју тврди да се налази код друге странке. Суд решењем позива странку да поднесе исправу у року који јој за то одређује.

Слично решење предвиђа и члан 43. ТРИПС-а:

„1. Судске власти имају овлашћења, у случају када страна достави разумно доступне доказе који су довољни да подрже њене захтеве и када има конкретне доказе релевантне за подржавање својих захтева који се налазе под контролом супротстављене стране, да нареде да те доказе супротстављена страна поднесе, под условима који у одговарајућим случајевима осигуравају заштиту поверљиве информације.

2. У случајевима када страна намерно и без ваљаног разлога одбије да стави на увид, или на други начин не обезбеди потребне информације у разумном временском периоду, или значајно спречава поступак по тужби, чланица може овластити судске власти да донесу претходне и коначне одлуке, афирмативне или негативне, на основу информација које су им достављене, укључујући жалбе или тврђења стране која је претрпела штету због одбијања приступа информацијама, под условом да странама да могућност да буду саслушане поводом изнетих тврдњи или доказа“.

У тачки 2. је садржано правило у вези са недостављањем таквих доказа. Могуће су две ситуације: да противна страна не оспорава да поседује доказе, али их не доставља из одређеног разлога и да тврди да доказе не поседује, па их зато не доставља.

Тужени може ускратити достављање доказа тврдњом да подаци из исправа представљају пословну тајну. Законом о парничном поступку из 2004. године то је могло бити отклоњено применом одредби о искључењу јавности, за целу или део главне расправе на основу члана 308. Закона. Нови закон је променио разлоге за искључење јавности, па интерес чувања пословне тајне више не представља разлог за искључење јавности. Очигледно је опредељење да се евентуална права у вези са заштитом и повредом пословне тајне и поверљивих информација, остварују по одредбама Закона о заштити пословне тајне. У процесном смислу то није од значаја.

Други разлог непоступања може бити тврдња да се подацима не располаже и да исправе нису у поседу туженог.

У том случају се не могу применити мере принуде према странци, већ се може применити члан 241. став 5. закона, по којој одредби ће суд, по свом уверењу, да цени од каквог је значаја што странка која држи исправу неће да поступи по решењу суда којим јој се налаже да поднесе исправу или противно уверењу суда, не признаје да се исправа код ње налази. С обзиром на природу чињеница које из доказа треба утврдити, овакво овлашћење суда није од посебне практичне помоћи, па следи да су обе процесне ситуације неповољне за носиоца права.

На тужиоцу је још већи терет када се ради о доказивању узрочно-последичне везе између штете и повреде.

Из функција жига, његовог својства да идентификује порекло производа, указује да производи обележени заштићеним знаком потичу од једног истог субјекта, чињенице да се обележавањем робе постиже сврха разликовања производа исте или сличне врсте различитих субјеката на тржишту и обезбеђује препознавање производа од стране потрошача, а тиме утиче на њихово опредељивање да конзумирају одређени производ од више понуђених, разумно је претпоставити да повреда узрокује штету имаоцу права и да постојање већег броја чинилаца код суда стварају уверење о њеној тачности.

Разноврсни чиниоци подржавају такво закључивање. На страни имаоца права, они се односе на дужину употребе заштићеног знака, на проценат учешћа његових производа на тржишту производа оне врсте робе за коју је знак регистрован, на осцилације у промету робе у периоду пре извршене повреде. На страни прекршиоца, важне су околности о времену трајања повреде, о количинама производа стављених у промет, о количинама продатих производа, о начину дистрибуције. Околности под којима је повреда извршена као што су чињенице да ли је била усмерена на довођење потрошача у заблуду или не (продаја по знатно нижим ценама, у другачијем ланцу продаје, видљиво лошијег квалитета указује да се не ради о оригиналном производу и потрошачу је то јасно), степен сличности супротстављених знакова, да ли су у питању производи широке потрошње, да ли су намењени задовољењу свакодневних, неопходних потреба или задовољењу повремених, сезонских, луксузних потреба, да ли су у питању производи намењени лечењу, нези, да ли се ради о потенцијалној опасности по здравље, којој циљној групи су производи намењени, ком узрасту, да ли захтевају посебна знања потрошача, да ли производи конкуришу ценом, такође су од значаја за извођење закључка о узрочности повреде на насталу штету и њен обим. Присутност већег број чинилаца, даје више разлога за увереност суда о постојању узрочне везе.

Међународна пракса – модели за олакшање остваривања новчаног потраживања носиоца права и могућност примене у нашем правном систему

Из анализе одредби материјалног права, из анализе које све околности у појединим конкретним случајевима могу бити релевантне, као и процесних правила, посебно о терету доказивања и недоступности доказа носиоцима права, јасно је колико је остварење потраживања накнаде штете практично тешко остварљиво и да представља сложен „пут“ за заштиту овог права. То уочавају странке у поступку (са различитим интересима,што је за једну страну ограничење, за другу представља погодност)), то уочавају и судови. Уочено је и у другим правним сиситемима.

У међународној пракси се зато чине покушаји да се наведено превазиђе. Када упозорење носиоца права достављено пре покретања спора извршиоцу повреде не резултира престанком повреде, када се саме странке не споразумеју о накнади и не реше спор мирним путем, примењује се неколико

модела којима се суштински побољшава поцесни положај субјекта чије је право повређено, а тиме задовољавају и захтеви правичности који су захтеви општег интереса. Механизми допунске заштите се односе на:

1. измењено правило о терету доказивања,

2. досуђење накнаде у паушалном износу,

3. досуђење накнаде нематеријалне штете због повреде пословног угледа и

4. досуђење лиценцне накнаде.

1) Измењено правило о терету доказивања

Ово решење није широко распрострањено. Ради се о новини која се примењује само у неким земљама, у оним случајевима у којима носилац захтева накнаду штете у виду уступања користи коју је прекршилац остварио вршењем повреде.

Када носилац права тужбом определи новчани износ чију накнаду тражи као добит коју је тужени, прекршилац остварио повредом, с обзиром да ни не располаже доказима како је раније изложено, нема обавезу да за своју тврдњу о висини добити достави доказе. Постоји претпоставка да је добит остварена у износу опредељеном тужбом, па ако тужени не оспори тај износ или га оспори, а своје наводе о оспоравању не докаже, суд ће усвојити постављени тужбени захтев.

На туженом који оспорава да је добит уопште остварена или истиче да је остварена, али у мањем износу, је терет доказивања и обарања претпоставке о истинитости тужиочеве тврдње. На тај начин се избегавају последице ускраћивања туженог да достави доказе од којих зависи тужиочево право, које су у његовом поседу и тужиоцу су недоступне. Ако изабере да доказе не достави суду, негативне последице погађају њега, а не тужиоца, па тужени постаје одговоран за исход спора који је за њега неповољан.

Услови за примену у домаћем праву

За примену оваквог правила постоје процесне могућности. Основ постоји у Закону о парничном поступку који у члану 231. став 2. предвиђа да странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, **ако законом није другачије прописано.**

На тај начин успостављена је могућност да посебан закон предвиди посебно правило у вези са теретом доказивања, увођењем обориве претпоставке о постојању чињенице битне за настанак или остваривање права, у ком случају се терет доказивања пребацује на противну страну.

Међутим, Законом о жиговима није предвиђена таква претпоставка, већ је прописано да се право на накнаду штете остварује по општим правилима о накнади. Зато се на овај начин положај титулара не може олакшати.

2) Досуђење накнаде у паушалном износу

Заснива се на овлашћењу суда, када је доказано постојање штете, повреде и узрочне везе између њих, да паушално одмери висину накнаде. Паушално не би смело да значи и произвољно, па су и за одмеравање паушалне накнаде битне све оне околности у вези са вршењем повреде, њеним трајањем, обимом промета и продаје производима којима је повреда извршена и слично.

Услови за примену у домаћем праву

Закон о парничном поступку обезбеђује могућност примене овог метода правилом из члана 232. закона. Овлашћење суда да висину накнаде одмери по слободној оцени претпоставља да је утврђено да странци припада право на накнаду штете, а да се њена висина не може утврдити или је утврђивање могуће само уз несразмерне тешкоће. У овим споровима, несразмерне тешкоће у вези са утврђивањем висине накнаде, су честа појава.

3) Досуђење накнаде нематеријалне штете због повреде пословног угледа

Пословни углед, репутација привредног субјекта на тржишту, међу пословним партнерима, код потрошача, представља битан сегмент привредног и пословног идентитета. Несумњиво да је нарушен ако је повреда учињена производима сумњивог квалитета, производима опасним по здравље, сигурност људи, али и у другим случајевима непоштеног коришћења стечене предности на тржишту. Како је природа пословног угледа таква да је он тешко мерљив и проверљив, накнада се досуђује у паушалном износу, уз сву обазривост приликом њеног одмеравања.

Услови за примену у домаћем праву

За сада правни основ примене овог решења не постоји. Законом о облигационим односима, на чија општа правила упућује Закон о жиговима, новчана накнада нематеријалне штете је искључиво резервисана за физичка лица. Члан 200. овог закона прописује:

(1) За претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наруженост, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица као и за страх суд ће, ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству.

(2) Приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, суд ће водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

Из одредбе следи да се накнада штете због повреде угледа повезује са претрпљеним душевним боловима, њиховом јачином и трајањем и да се иста не може применити за повреду пословног угледа правног лица. С обзиром да привредну делатност могу обављати и физичка лица, предузетници, чији правни положај уређује Закон о привредним друштвима, а да према одредбама Закона о жиговима и физичка лица могу бити субјекти овог права, одредбе Закона о облигационим односима које се односе на новчану накнаду нематеријалне штете би могле бити примењене на ова лица, ако су испуњени законом прописани услови.

У преднацрту Грађанског законика предвиђене су промене и у односу на правна лица, па члан 226. који носи наслов „Посебна накнада правним лицима“ гласи: „ Правна лива имају право на правичну накнаду штете због повреде угледа или других вредности које произлазе из природе њиховог субјективитета“.

Можда би боље решење било да такву одредбу предвиђају закони из области интелектуалне својине, па и Закон о жиговима.

4) Досуђење лиценцне накнаде

С обзиром да је Законом о жиговима досуђење лиценцне накнаде предвиђено као посебна врста новчаног потраживања, потребно је посветити му посебну пажњу уз анализу свих предности и недостатака.

2) Потраживање новчане накнаде у виду лиценцне накнаде

Могућност да носилац права захтева исплату лиценцне накнаде, први пут је уведена Законом о жиговима из 2004.године. До тада, Законом из 1995. године је било предвиђено само да се у случају намерне повреде права може захтевати накнада штете до троструког износа стварне штете и измакле добити. Ова новина је имала сврху олакшања и побољшања положаја носиоца права и својеврсног кажњавања прекршиоца, у складу са већ установљеном међународном праксом. Истоветну одредбу садржи и Закон из 2009.године који је на снази.

За остварење овог потраживања су битне две околности:

- да се може тражити и досудити *уместо накнаде имовинске штете,*
- да је повреда учињена *намерно*.

Из првог услова следи да је лице овлашћено да потражује ову накнаду исто лице које је овлашћено да потражује накнаду материјалне штете и да се ове две накнаде не могу досудити кумулативно.

Из другог, да се може досудити само ако је повреда учињена намерно, али не и непажњом, ни обичном, ни грубом. То подразумева да је прекршилац имао свест о повреди, да је хтео да до повреде дође или да је на њу као последицу својих свесно предузетих радњи пристао (у казненом праву директни и евентуални умишљај).

Процесни положај носиоца права је *олакшан ослобађањем обавезе да доказује насталу штету*, у чему се састоји, њен обим, узрочност у односу на повреду, висину њене накнаде.

На тужиоцу је, међутим, *терет доказивања намерне повреде*, па су битне чињенице поново све оне околности под којима је учињена повреда, као и код оцене постојања узрочне везе између штете и повреде.

Суштинско побољшање положаја тужиоца у спору би постојало ако би постојала претпоставка о постојању намере, с обзиром на природу права, повезаност са привредном делатношћу и обавезом субјеката да у

промету поступају са појачаном пажњом, нужност да се актери на тржишту информишу о конкуренцији. Подразумева се да би она била оборива, али би терет доказивања непостојања намере, доказивањем позитивне чињенице да је повреда резултат само непажње, била на противној страни. Такво решење, међутим, није могуће због казненог карактера ове накнаде, а код сваке врсте кажњавања важи претпоставка невиности, па се кривица (виност) доказује.

У неким системима, досуђење лиценцне накнаде није само начин олакшања процесног положаја, већ начин да се обезбеди разумно, правично обештећење, да се досуди уобичајена и разумна накнада и тиме обезбеди мерљив критеријум за изрицање новчане обавезе. *За досуђење једноструке накнаде није потребно да је повреда учињена намерно, нити је важно да ли је материјална штета наступила.* Накнада се у суштини сматра компензацијом за штету насталу по углед носиоца права. Доказивање намере је нужно само за досуђење мултипликованог износа лиценцне накнаде, јер њено удвостручење или утростручење има казнени карактер, па важе друга доказна правила.

Лиценцна накнада се плаћа за законито коришћење, коришћење на основу одобрења и сагласности носиоца права. Ако се лицу које је извршило повреду наложи да плати само лиценцну накнаду, оно се ставља у идентичан положај као законити корисник. То се може толерисати ако повреда није била намерна.

Ако је повреда намерна, постоји и појединачни интерес носиоца права, али и општи интерес, да онај ко је с намером учинио повреду буде санкционисан, кажњен и то имовинском санкцијом. Оваква осуда много ефикасније делује и дестимулише и то лице и друге учеснике у промету. Када утврђење намерне повреде подразумева да се не може задржати корист стечена повредом, а да ће се осим тога имовина додатно умањити, онда то са више успеха одвраћа од повреде него било какво објављивање пресуде, па и одузимање затечене количине производа у промету.

Закон прописује максимални износ који се може досудити. Тужиоци, по правилу, тај износ тужбом и траже. Суд према околностима случаја може донети различите одлуке и досудити износе у распону од једноструке до троструке накнаде. Може наложити исплату лиценцне накнаде увећане за одређен проценат, удвостручену, увећану два ипо пута или троструку.

Код ове врсте потраживања, ипак, *остаје проблем утврђивања основице – висине уобичајене лиценцне накнаде.*

Уочено је неколико спорних питања:

1. у вези са достављањем доказа о уобичајеној накнади коју носилац права остварује,

2. у вези са уговарањем накнаде под другачијим условима од тржиших и

3. у вези са утврђивањем накнаде оних носилаца права који не дају лиценце, па ни не постоји њихова уобичајена лиценцна накнада.

1. Достављање доказа о уобичајеној накнади и заштита пословне тајне - Имаоци права често наводе износ накнаде (истичући захтев да се тужени обавеже на плаћање његовог троструког износа) не достављајући доказе, исправе - уговоре закључене са стицаоцима лиценце, ради утврђивања битне чињенице – уобичајене накнаде коју остварују за уступљено коришћење жига. Своје поступање (непоступање) образлажу тиме да уговори представљају пословну тајну. До доношења новог Закона о парничном поступку, то се могло превазићи применом одредби о искључењу јавности главне расправе. Због измена, редуцирањем разлога за искључење јавности, то више није могуће. Сами носиоци права зато би морали наћи начин да исправе доставе у форми која омогућава увид у податке битне за утврђење висине уговорене накнаде.

2. *Уговарање накнаде између повезаних лица* - У међународној пракси је уочено да физичка лица као носиоци жига, уговорима о лиценци закљученим са компанијама са којима имају однос повезаних лица, уговарају лиценцне накнаде у превисоким износима, мимо тржишних услова, па у споровима због повреде претендују на наплату накнаде у тој висини. Тада судови имају овлашћење да је „умере“, односно да по слободној процени досуде уобичајену, разумну накнаду.

Примера оваквог уговорања има и у нашој пракси.

3. *Непостојање лиценцне накнаде код појединих категорија титулара права* - Постоји посебна категорија носилаца жигова чијој пословној политици не одговара давање лиценце. Реномирани произвођачи различитих врста производа, често луксузних, чувају њихову ексклузивност. Обично су у питању производи намењени мањем броју пробраних потрошача, ра-

финираног укуса и веће платежне способности. Они немају интерес да закључују уговоре који би резултирали масовнијом производњом и продајом производа, јер им масовна продаја није пословни циљ. У том случају недостаје параметар за досуђење накнаде.

Њихова позиција је комплексна и у вези са накнадом штете, јер уступање добити фалсификатора њихових производа, за њих није од значаја. Њихов најважнији циљ је да се спречи повреда. С обзиром да је и новчана накнада у остварењу тог циља делотворна према прекршиоцима, нарочито ако је вишеструка, тражен је начин да се у том случају утврди висина накнаде. То је постигнуто увођењем појма тзв.“фиктивне“ лиценце, као накнаде коју би носилац добио да је дао лиценцу, а није. Овај институт је творевина Савета Европе, а заснован је на Директиви о жиговима.

У овлашћењима је суда да слободн процени, према околностима случаја, износ „фиктивне“ накнаде која треба да буде у функцији обесхрабривања прекршиоца да повреду понови (повредом истог или другог жига) као и других лица.

3) Потраживање накнаде оправданих трошкова поступка

И могућност активно легитимисаног тужиоца по тужби због повреде права да од лица које је извршило повреду, потражује накнаду оправданих трошкова поступка, је новина први пут уведена Законом из 2004. године. Закон из 1995 године који се примењиво до његовог ступања на снагу није садржао такву одредбу. Истоветну одредбу садржи закон из 2009 године.

У пракси се као спорно поставило питање о каквим се трошковима ради, о трошковима ког или којих поступака. Да ли се под тим подразумевају трошкови парничног поступка, с обзиром да се грађанскоправна заштита тужбом због повреде остварује у парничном поступку, или се односи на трошкове настале у поступцима пред другим државним органима у којима је поступак заштите започет запленом робе за коју је постојала сумња да се њоме врши повреда (поступак пред царинским органима или органима инспекције који поступају по посебним прописима, Царинском закону, односно Закону о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуалне својине). Они углавном настају пре покретања парничног поступка, али могу настати и у току истог, у вези са складиштењем заплењене робе, узорковањем, прегледом робе и сл.

С обзиром да Закон о парничном поступку садржи правила одлучивања о трошковима насталим у току тог поступка, дато је тумачење да је Законом о жиговима на предњи начин носилац права овлашћен да захтева накнаду других трошкова, трошкова поступака пред другим органима. За основаност захтева за исплату трошкова сматрало се битним да су настали за носиоца права, да су опредељени у одређеном износу, да је доказано када су и коме учињени и да су били потребни за остварење заштите.

Наведено решење Закона о жиговима је резултат преузимања „добре“ међународне праксе у области заштите овог права. Зато решење преузето из међународних аката и треба тумачити повезано са међународном праксом. Према тој пракси, циљ наведене норме је нешто другачији.

У међународној пракси, општи принципи и правила о накнади трошкова спора су другачије уређени, па оваква одредба која одступа од општих процесних правила, представља начин да се у спору за заштиту интелектуалне својине, па и заштиту жига, титулару права обезбеди погодован процесни положај. Наравно за случај да успе у спору, јер у супротном и противна страна може бити корисник овакве „привилегије“, чиме су странке стављене у равноправан положај.

И тамо важе као општа правила (као и у нашем Закону о парничном поступку), правила по коме право на трошкове пре свега зависи од:

1. успеха у спору и

2. оправданости трошкова.

Сагласно томе, трошкови поступка припадају оној странци која је успела у спору и могу се досудити само трошкови који су били оправдани, односно потребни за вођење спора.

Међутим, постоји и допунско правило по коме се у спору одређене вредности, независно што је странка успела у спору и независно што су трошкови били потребни, исти неће досудити у целокупном износу у ком су за странку настали, уколико премашују лимит прописан за спорове одређене новчане вредности.

У појединим земљама постоје разлике у односу на предвиђени лимит, али је концепт сличан. У већини, нпр. у споровима чија вредност не прелази износ од 100.000 €, странци се не могу досудити трошкови већи

од 5000 € (укључујући све врсте трошкова – судске таксе, трошкове заступника и др.).

Погодност у споровима за заштиту права интелектуалне својине се и огледа у томе да се ограничење не примењује, па се могу досудити сви трошкови, уз примену општих принципа – успеха у спору и њихове оправданости. То је смисао ове одредбе.

Овакво процесно правило код нас није применљиво, јер га не садржи ни нови Закон о парничном поступку. Можда је нови закон био прилика да се искористе позитивна туђа искуства утицајем овог правила на брже решавање спорова, на решавање у краћем року. Такво ограничење би можда ефектније утицало и на саме странке и њихове пуномоћнике да не одуговлаче спор, јер то изазива настанак трошкова који им неће моћи бити надокнађени.

Док је тако, одреду о праву на накнаду оправданих трошкова једино је могуће и применити на досадашњи начин, у односу на накнаду трошкова учињених у другим поступцима, али у вези са заштитом права које је предмет конкретног спора.

III - Обезбеђење потраживања

У споровима због повреде жига преовлађује пракса по којој се привремене мере предлажу по одредбама Закона о жиговима, а усмерене су на престанак повреде и забрану даље повреде. Њихову садржину и услове под којима се могу одредити прописује овај посебан закон, а на друга питања која нису уређена, сходно се примењују одредбе закона који уређује извршни поступак.

У мањем броју предмета у којима се уопште постављају захтеви за новчана потраживања, не предлажу се привремене мере ради њиховог обезбеђења, за које би важила општа правила Закона о извршењу и обезбеђењу. Опште правило се односи на услове: вероватност потраживања и опасности да ће без одређивања предложене мере дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања, тиме што ће своју имовину, односно своја средства отуђити, прикрити или на други начин њима располагати.

У вези са привременим мерама зато је значајније питање о накнади штете која је проузрокована мером, одређеном по тужби због повреде, о новчаном потраживању насталом *поводом* спора због повреде.

Потраживање накнаде штете поводом тужбе због повреде жига

У вези са овим питањем и ТРИПС садржи правило о обештећењу туженог, у члану 48. који гласи:

1. Судске власти су овлашћене да наложе страни на чији су захтев мере предузете и која је злоупотребила поступке за спровођење права да обезбеди страни погрешно наложеној или осујећеној одговарајућу надокнаду за претрпљену повреду због такве злоупотребе. Судске власти су такође овлашћене да наложе подносиоцу захтева да плати туженом лицу трошкове у које може бити укључена и одговарајућа накнада за заступника.

2. У току администрирања било којим законом који се односи на заштиту или спровођење права интелектуалне својине, чланице ће изузети само јавне власти и службенике од одговорности за одговарајућа правна средства где су акције предузимане или намераване у доброј вери у току администрирања тим законима.

Слично правило садржи и Закон о извршењу и обезбеђењу, па је чланом 292. прописано:

„Извршни дужник има према извршном повериоцу право на накнаду штете која му је нанесена привременом мером за коју је утврђено да је била неоснована или коју извршни поверилац није оправдао".

Ради се о општем правилу које се може применити на све спорове, па и спорове за заштиту жига. Из одредбе произлази да постоје два случаја у којима се може захтевати накнада штете проузроковане привременом мером:

1. *ако привремена мера није оправдана и*
2. *ако је утврђено да је привремена мера била неоснована.*

Први случај није споран, јер није спорно када се сматра да привремена мера није оправдана.

Сагласно члану 290. Закона, ако је привремена мера одређена пре подношења тужбе или пре покретања другог поступка, одредиће се рок у коме извршни поверилац мора поднети тужбу, односно предлог за покретање другог поступка, ради оправдања привремене мере.

Рок за подношење тужбе одређује суд, решењем којим одређује привремену меру, ако посебним прописом није одређен. Законом о жиговима је прописан рок од 30 дана од дана доношења решења о одређивању привремене мере.

Ако судски или законски рок протекне, а поверилац не поднесе тужбу, дужник на основу члана 291. Закона о извршењу и обезбеђењу, може поднети предлог за укидање привремене мере, односно предлог да се поступак обустави и укину спроведене радње. Важно је нагласити да суд не укида меру по службеној дужности, већ на предлог дужника, а то може бити релевантно за оцену његовог доприноса штети насталој привременом мером која није оправдана, ако своје право није вршио онда када су се за то стекли услови. У том случају ће имати право на сразмерни део накнаде.

Други случај је био у пракси споран, јер је било спорно када се има сматрати да је привремена мера неоснована, да ли самим укидањем решења о њеном одређивању у поступку по правном леку, те да ли основ захтева за накнаду штете представља и само укидање решења.

Различите битне повреде поступка, погрешно или непотпуно утврђене чињенице у вези са постојањем услова за одређивање привремене мере, као и када је због погрешне примене материјалног права чињенично стање остало непотпуно утврђено, могу бити разлог укидања решења. Разлози укидања се не морају односити на суштину спора. По схватању овог аутора, утврђење да је мера била неоснована мора произлазити из коначне одлуке о главној ствари, из одлуке о неоснованости тужбеног захтева у вези са којим је мера била предложена, одређена и спроведена, а њеним дејством је за дужника проузрокована штета.

Из садржине привремених мера прописаних Законом о жиговима, може се закључити какве значајне последице њихово одређивање може изазвати за лице према коме су изречене. Сигурно је да неповољно утичу на његово пословање и позицију на тржишту у периоду важности, а некада негативно делују и одређено време после њеног важења. У којој мери и на који начин се искључење производа из промета и забрана предузимања радњи на тржишту (продаје, увоза, извоза, дистрибуције и других радњи) рефлектује на имовину лица према коме је дејствовала, представља фактичко питање. У том случају ће дужник, тужени у вези са доказивањем, имати исти онај сложен процесни положај какав има носилац права по тужби због повреде. Мораће да докаже битне елементе штете, да докаже у

чему се састоји, да је проузрокована мером, као и висину новчаног износа који представља разумну надокнаду.

Превасходно се као вид штете наводи измакла добит, корист која није остварена прометом предмета искључених мером, у периоду важења мере. Да ли то представља штету зависи од врсте производа, да ли се они по престанку важења мере могу вратити у промет или је продаја била временски ограничена, јер је била у вези са неким конкретним догађајем (спортским, културним и сл.), да ли је истекао рок њиховог трајања или је пред истицањем, ако се ради се о производима ограниченог рока трајања и слично.

У сваком случају, сами носиоци права морају бити спремни на последице неуспеха у спору и овим видом обавезе. Приликом одлучивања о мери неопходна је и додатна обазривост суда.

Закључак

Спровођењем правних норми о праву носиоца жига на новчана потраживања по тужби због повреде, као део прописане правне заштите, постижу се два циља:

- правично задовољење носиоца права добијањем разумне, правичне накнаде, и

- превентивно деловање на потенцијалне учиниоце, одвраћањем од повреде.

Ефикасно спровођење зависи од свих учесника у поступку, носилаца права и суда, као и њихове вештине да се коришћењем дозвољених материјалноправних и процесних правила у овом делу заштита оствари на потпунији начин.

У том правцу међународна пракса и искуства могу бити корисна и примењена у складу са домаћим прописима.

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Реферати
Апелационог суда у Београду

Јасминка Станојевић,
судија Апелационог суда у Београду

ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА ШТЕТУ ЗБОГ НЕОСНОВАНЕ ОСУДЕ И НЕОСНОВАНОГ ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ

Институт накнаде штете за неосновану осуду и неосновано лишење слободе, као тековина дуготрајне борбе човека за заштиту своје личне слободе и својих основних права, са развојем нашег друштва пролазио је кроз разне етапе, углавном проширивањем одговорности државе и пружањем свеобухватније заштите оштећеним лицима. Део је међународног и нашег позитивног права и рекло би се неспоран у пракси наших судова. Међутим, постојећа судска пракса указује да има спорних питања у решавању предмета ове врсте, посебно у препознавању основа и услова одговорности државе у случајевима неосноване осуде или неоснованог лишења слободе. То је било и опредељење да се у овој форми укаже на та питања, уз посебан осврт на услове за остварење једног од права – права на накнаду штете и то више са становишта кривично-правних норми, које се морају познавати и применити, иако се о захтевима за накнаду ове штете одлучује у парничном поступку. Позитивни прописи обезбеђују различите облике обештећења лица неосновано осуђених и неосновано лишених слободе, али се најчешће захтева накнада штете. С обзиром да је накнада штете институт грађанског права, за остварење тог права у случају неосноване осуде или неоснованог лишења слободе морају бити испуњени и општи грађанско-правни услови, о којима ће у даљем тексту такође бити речи, више у назнакама, јер је о томе у теорији, и у пракси било посвећено више пажње. Треба нагласити и то да питање права на накнаду штете у случају неосноване осуде и неоснованог лишења слободе, није само питање кривичног и грађанског права, већ питање које улази у ред основног права човека које има свој основ у Уставу, па и са тог аспекта треба посматрати одговорност државе за повреду права човека на личну слободу и безбедност.

Основ и правна природа одговорности

Право на накнаду штете због неоправдане осуде и неоснованог лишења слободе и одговарајућа обавеза државе да ту штету накнади, установљена је Уставом и међународним документима као основно људско право, а законима су утврђени услови и поступак за остварење тог права.

Како је неповредивост човекове слободе један од темељних уставних начела, Устав Републике Србије[1] је у члану 35. став 1. одредио да свако ко је без основа или незаконито лишен слободе, притворен или осуђен за кажњиво дело има право на рехабилитацију, накнаду штете од Републике Србије и друга права утврђена законом.

Право на слободу гарантује се низом међународних правних докумената. Тако је у члану 3. Опште декларације о правима човека од 10. децембра 1948. године установљено да свако има право на живот, слободу и личну сигурност.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима од 16. децембра 1966. године у члану 9. тачка 5. прописује да свако ко је био жртва незаконитог хапшења или притварања има право на компензацију, а чланом 14. став 6. одређено је да у случајевима када изречена кривична пресуда буде касније поништена или осуђеник добије помиловање зато што нова или накнадно откривена чињеница доказује да се радило о судској грешци, лице које је издржало казну на основу те осуде биће обештећено према закону, ако се не докаже да је потпуно или делимично криво за неправовремено откривање чињенице.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода од 04. новембра 1950. године у члану 5. гарантује право на слободу и безбедност личности, а у ставу 5. истог члана прописује да свако ко је био ухапшен или лишен слободе у супротности са одредбама овог члана има утуживо право на накнаду.

Протокол број 7. уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода од 22. новембра 1984. године у члану 3. прописује да ако је неко лице било правноснажном пресудом осуђено због кривичног дела и ако је касније његова пресуда била укинута или је био помилован због тога што нека нова или новооткривена чињеница неоспорно указује

[1] "Службени гласник РС" 98/06

да се радило о судској грешци, лице које је претрпело казну као последицу такве осуде добиће накнаду у складу са законом или праксом дотичне државе, осим ако се не докаже да је оно у потпуности или делимично одговорно за то што непозната чињеница није благовремено откривена.

У Републици Србији институт накнаде штете неосновано осуђеним и неоснованим лишеним слободе, начелно је одређен напред наведеним одредбама Устава и разрађен у материјално-правним и процесноправним одредбама Главе XXXIV Законика о кривичном поступку[2] који ће бити у примени до 15.01.2013. године, односно у Глави XXV Законика о кривичном поступку[3], који је већ у примени у поступцима за кривична дела организованог криминала или ратних злочина који се воде пред посебним одељењем надлежног суда. Како се ради о скоро идентичним одредбама по садржини, које у суштини одговарају одредбама ранијих кривично-процесних закона, у даљем тексту ће се, јасноће ради, интерпретирати и анализирати одредбе још увек важећег Законика о кривичном поступку из 2001. године (у даљем тексту ЗКП).

Према члану 556. став 1. ЗКП право на накнаду штете због неосноване осуде има лице према коме је била правноснажно изречена кривична санкција или које је оглашено кривим а ослобођено од казне, а доцније је поводом ванредног правног лека нови поступак правноснажно обустављен или је правноснажном пресудом ослобођено од оптужбе или је оптужба одбијена, осим у случајевима утврђеним даљим одредбама овог члана.

Према члану 560. став 1. ЗКП право на накнаду штете има и лице:

- које је било у притвору а није дошло до покретања кривичног поступка, или је поступак обустављен правноснажним решењем, или је правноснажном пресудом ослобођен од оптужбе или је оптужба одбијена;

- које је издржавало казну лишења слободе, а поводом понављања кривичног поступка, захтева за заштиту законитости и захтева за испитивање законитости правноснажне пресуде, изречена му је казна лишења слободе у краћем трајању од казне коју је издржало, или је изречена кривична санкција која се не састоји у лишењу слободе, или је оглашено кривим а ослобођено од казне;

---

[2] "Сл. лист СРЈ" 70/2001, 68/2002 и „Сл. гласник РС" 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009- др. закон и 72 од 03.09.2009. године.

[3] "Слжбени гласник РС" 72 од 28.09.2011. године.

- које је услед грешке или незаконитог рада органа неосновано лишено слободе, или је задржано дуже у притвору или установи за издржавање казне или мере;

- које је притвору провело дуже времена него што траје казна затвора на коју је осуђено.

Према ставу 2. исте законске одредбе право на накнаду штете припада и лицу које је по члану 227. овог законика[4], лишено слободе без законског основа, ако против њега није одређен притвор, нити му је време за које је лишено слободе урачунато у изречену казну за кривично дело или за прекршај.

Сагласно наведеном, право на накнаду штете због неосноване осуде или неоснованог лишења слободе, свој основ има у наведеним кривично-правним одредбама, али се оно може остварити под условом да су испуњене опште грађанско-правне претпоставке, а то је постојање штете као последице неосноване осуде, односно неоснованог лишења слободе. За ову штету држава одговара без обзира на кривицу, тако да се самим наступањем чињеница и околности, односно услова прописаних законом, стиче право на накнаду штете без обзира да ли је до неосноване осуде или неоснованог лишења слободе дошло због незаконитог или неправилног рада државног органа или трећег лица. То значи да је оштећено лице у овим случајевима ослобођено обавезе да доказује пропусте или грешке у раду органа, већ само постојање узрочне везе између неосноване осуде, односно неоснованог лишења слободе и настале штете. Иако се у теорији, као и у пракси наших судова, може наићи и на став да држава у овим случајевима одговара по основу незаконитог или неправилног рада њених органа, како је то прописано чланом 172. Закона о облигационим односима[5] (у даљем тексту ЗОО), преовлађује став да се ради о једној специфичној врсти објективне одговорности државе засноване на ризику неоснованог покретања кривичних поступака и неоснованог лишења слободе, због могућности да учиниоци кривичних дела остану некажњени. Тај ризик је држава прихватила утврђујући своју обавезу да у тим случајевима, које је прописала у ЗКП, оштећеним лицима накнади штету. Одговорност за накнаду штете по

[4] Одредба члана 227. ЗКП односи се на лишење слободе од стране овлашћених службених лица унутрашњих послова из разлога због којих се одређује притвор.

[5] Правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција.

основу незаконитог или неправилног рада државног органа (члан 172.ЗОО) претпостављала би кривицу судије, које код неосноване осуде и неоснованог лишења слободе и нема, а до неосноване осуде може доћи и кривицом трећих лица (лажни сведоци) или без ичије кривице (појава нових чињеница и доказа). Само у пар случајева, који су као такви и апострофирани у ЗКП, можемо рећи да је до штете дошло незаконитим или неправилним радом органа, као у случајевима из члана 560. став 1. тач. 1. и 2.

Услови за накнаду штете

Без обзира на постојеће разлике у теорији у погледу природе одговорности државе, оно што је битно за поступање судова по захтевима за накнаду штете због неосноване осуде и неоснованог лишења слободе је да за основаност таквих захтева морају бити испуњени одређени услови. Материјалне и процесно-правне норме о овој врсти одговорности налазе се у поменутим одредбама ЗКП, па можемо говорити о испуњењу кривично-правних услова, а кумулативно са њима морају бити испуњени и грађанско-правни услови, прописани ЗОО, који се односе на постојање штете и узрочност.

Кривично-правни услови

Накнада штете због неосноване осуде

Да би оштећени имао право на накнаду штете по овом основу морају бити остварене у члану 556. ЗКП одређене претпоставке, односно чињенице и околности чије постојање дају право оштећеном на ову врсту накнаде, а које се морају доказати у поступку за остварење тог права у складу са одредбама Закона о парничном поступку *(позитивне претпоставке)*.

Први услов је да постоји правноснажна одлука суда којом је изречена било која кривична санкција или којом је лице оглашено кривим, а ослобођено од казне. При том није од значаја да ли је пресуда и извршена, односно да ли је осуђено лице у целости или делимично издржало казну. Случајеви ослобођења од казне, иако је лице оглашено кривим, прописани су чланом 58. Кривичног законика Републике Србије[6]. То су случајеви који су у закону изричито предвиђени, као код нужне одбране (члан 19. став 3. истог закона) и крајње нужде (члан 20. став 3. истог закона). Суд може ослободити од казне и учиниоца кривичног дела учињеног из нехата кад последице дела тако тешко погађају учи-

[6] "Службени гласник РС" 85/2005, 72/2009 и 111/2009

ниоца да изрицање казне у таквом случају очигледно не би одговарало сврси кажњавања. Суд може ослободити од казне и учиниоца кривичног дела за које је прописана казна затвора до пет година, ако после извршеног кривичног дела, а пре него што је сазнао да је откривен, отклони последице дела или надокнади штету проузроковану кривичним делом.

Други услов је да је поводом ванредног правног лека поступак правноснажно обустављен или је правноснажном пресудом лице ослобођено оптужбе или је оптужба према њему одбијена.

У случају обуставе поступка, ослобађајуће пресуде или пресуде којом се оптужба одбија, донетих у редовном првостепеном или другостепеном поступку, лицу у односу на кога је вођен кривични поступак не припада накнада штете проузрокована вођењем кривичног поступка ни по одредбама ЗКП, а ни по другим прописима, иако штете има и у том случају. Наше позитивно законодавство не признаје овај вид штете и не предвиђа одговорност и обавезу државе да је накнади. Окривљеном се у том случају признају само његови нужни издаци и нужни издаци и трошкови његовог браниоца и то у редовном поступку по одредбама члана 197. ЗКП.

Осуђени нема право на накнаду штете због неосноване осуде и поред тога што су испуњени наведени услови из члана 556. став 1. ЗКП, ако постоје чињенице или околности из тачке 1. и 2. ове законске одредбе које искључују то право и обавезу државе да штету накнади, тзв. **негативне претпоставке** и то:

– ако је до обуставе поступка или пресуде којом се оптужба одбија дошло због тога што је у новом поступку оштећени као тужилац, односно приватни тужилац, одустао од гоњења, или што је оштећени одустао од предлога, а до одустанка је дошло на основу споразума са окривљеним;

– ако је у новом поступку решењем оптужба одбачена због ненадлежности суда, а овлашћени тужилац је предузео гоњење пред надлежним судом;

– осуђени нема право на накнаду штете ако је својим лажним признањем или на други начин намерно проузроковао своју осуду, осим ако је на то био принуђен (члан 556. став 2).

Лажно признање се мора односити на оне чињенице и околности које представљају радњу извршења кривичног дела које је окривљеном стављено

на терет или које су заједно са другим доказима проузроковале осуду, који без признања не би били довољни за осуду. Намерно проузроковање осуде „на други начин" је широка формулација и може се односити на различите начине, односно радње којима окривљени може проузроковати осуду, као што је давање лажних исправа, лажно приказивање свог идентитета и сл. Међутим, не може се узети да је окривљени својим држањем проузроковао осуду ако није употребио сва доказна средстава у своју одбрану или се бранио ћутањем или није изјавио жалбу, изузев ако би се утврдило да то није учинио да би намерно изазвао осуду. Да ли је осуда проузрокована лажним признањем и колики је његов допринос у доношењу осуђујуће пресуде, утврђује се из образложења пресуде и мора да доказати.

Осуђени нема право на накнаду штете ни ако је актом помиловања или амнестијом ослобођен од даљег извршења казне, јер се таквим актима ни у чему не мења пресуда којом је помиловано или амнестирано лице осуђено.

Накнада штете због неоснованог лишења слободе

Одредбе напред цитираног члана 560. ЗКП таксативно прописују услове који се морају испунити да би оштећени могао остварити право на накнаду штете који се односе на неосновано лишење слободе односно неоснован и незаконит притвор. Постоји разлика између неоснованог и незаконитог притвора и састоји се у томе што се законитост притвора оцењује према томе да ли су у време одређивања притвора за то постојали законом одређени услови, док је притвор неоснован ако то покаже коначан исход кривичног поступка. Незаконит притвор је онај који је одређен ван основа утврђених законом или без одлуке надлежног органа или је његово трајање преко најдужег времена одређеног законом. Са друге стране, притвор као мера обезбеђења присутности осумњиченог или окривљеног несметаном вођењу кривичног поступка, може у тренутку одређивања притвора бити законито одређен, а да не дође до осуђујуће пресуде, и тада говоримо о неоснованом притвору. Положај лица које тражи накнаду штете због незаконитог лишења слободе или притвора је неповољнији у односу на лице које тражи накнаду штете због неосноване осуде. Да би оштећени имао право на накнаду штете због незаконитог лишења слободе или притвора у току поступка мора доказати да су били незаконито одређени, а то је у случајевима:

1) када је услед грешке или незаконитог рада органа неосновано лишен слободе или је задржан у притвору или установи за издржавање казне или мере;

2) када је у притвору провео дуже времена него што траје казна затвора на коју је осуђен;

3) када је оштећени према члану 227. ЗКП лишен слободе без законског основа ако против њега није одређен притвор, нити му је време за које је лишен слободе урачунато у изречену казну за кривично дело или за прекршај.

У смислу наведеног, право на накнаду штете по овом основу има лице које је позвано на издржавање казне на основу правноснажне пресуде, а наступила је застарелост извршења кривичне санкције или пак упућивање на издржавање казне условно осуђеног, или лице које је већ казну издржало или је упућено на издржавање казне пре него што је пресуда постала правноснажна.

Под тачком 3. става 1. члана 560. ЗКП, као задржавање у притвору „услед грешке или незаконитог рада органа“, не би се могао подвести притвор који је трајао у оквиру законом прописаног рока, али дуже него што би по нормалном току и потребама поступка морао трајати, тј. притвор који је трајао изузетно дуго, зато што је суд радио споро и поступак није окончан у разумном року. На основу ове одредбе оштећени пред редовним судом у грађанској парници, посебно после ступања на снагу Устава Републике Србије 8. новембра 2006. године не би могао остварити накнаду штете из тих разлога, већ евентуално пред Уставним судом, користећи уставну жалбу као правно средство установљено Уставом за заштиту људских или мањинских права и слобода зајемчених Уставом[7].

Исто тако, суд у парничном поступку одлучујући о захтеву оштећеног за накнаду штете по овом основу не би могао преиспитивати законитост решења о одређивању притвора у погледу постојања услова или основа за одређивање ове мере, њене целисходности и слично, јер те чињенице и околности утврђује надлежни суд у кривичном поступку. У том смислу и Уставни суд у чијој је надлежности да утврђује повреду Уставом зајемчених права, не оцењује законитост оспорених одлука или радњи са

[7] Према члану 170. Устава, уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.

становишта постојања чињеница и конкретних разлога који су руководили суд да донесе такву одлуку, већ одлучује да ли је у конкретном случају дошло до повреде права. Тако је у својој одлуци Уж 4940/2010 од 31.03.2011. године[8], којом је усвојио уставну жалбу подносиоца и утврдио да је решењима судова (Вишег и Апелационог) повређено право подносиоца уставне жалбе о трајању притвора зајемчено одредбом члана 31. став 1. и 2. Устава Републике Србије, поред осталог, нагласио и следеће:

".... У надлежности редовних судова је да осигурају да притвор оптуженог лица не прелази разумни временски рок. У том смислу редовни судови су дужни да пажљиво испитају оправданост продужења притвора с обзиром на околности сваког конкретног случаја, односно да у сваком конкретном случају утврде и наведу даље постојање законске основе за притвор, те потребно образложе разлоге због којих сматрају да легални и легитимни циљеви притвора и даље постоје ... Дакле, у надлежности редовних судова је да утврде постојање конкретних разлога који се односи на основ за одређивање или продужење притвора. Није задатак Уставног суда да утврђује или преиспитује те разлоге, нити да замени редовне судове који одлучују о притвору подносилаца уставних жалби. Међутим, Уставни суд јесте надлежан да на основу разлога који су у вези са притвором дати у одлукама редовних судова и чињеница на које подносиоци уставних жалби указују, одлучи да ли је или није у конкретном случају дошло до повреде Уставом зајемчених права... Уставни суд је оценио да су редовни судови у оспореним решењима, пропустивши да истакну конкретне чињенице и ослањајући се искључиво на тежину кривичног дела и последице које су наступиле, продужиле притвор према подносиоцу уставне жалбе из разлога који су иако „релевантни“, не могу сматрати и „довољним „ да оправдају трајање притвора од пет година".

У одлуци Уж 681/2008 од 9.6.2011. године, којим је усвојена уставна жалба и утврђена повреда права подноситељке на слободу и безбедност из члана 27. став 1. Устава Републике Србије и права из члана 30. ст. 1. и 3. Устава, које се односи на притвор, Уставни суд је оценио да лишење слободе подноситељке није спроведено у поступку предвиђеним законом, нити је у том тренутку утврђено постојање основане сумње да је извршила кривична дела која су јој захтевом за спровођење истраге стављена на терет (изостала

[8] “Службени гласник РС“ 41/2011

је одлука истражног судије у односу на спровођење истраге која је требало да претходи оспореном решењу о одређивању притвора).

Уставни суд је усвајајући уставну жалбу у предмету Уж 143/2011, утврдио да је решењем о одређивању притвора, као и радњама дежурног истражног судије, повређено право подносиоца уставне жалбе на слободу и безбедност из члана 27. став 1. Устава, јер поступак саслушања подносиоца уставне жалбе, као осумњиченог, пред истажним судијом, није спроведен по одредбама ЗКП, нити у складу са тим законом донето решење о одређивању притвора. Овом одлуком утврђено је и право подносиоца жалбе на накнаду нематеријалне штете у одређеном износу.

Одбијајући уставну жалбу изјављену против пресуда којим је одбијен тужбени захтев подносиоца уставне жалбе за накнаду штете због неоснованог лишења слободе (Уж 1238/2008 од 22.12.2009. године), Уставни суд је оценио да су оспорене пресуде засноване на уставно-правно прихватљивом тумачењу материјалног и процесног грађанског и кривичног права, да су донете од стране законом установљених судова који су у спроведеном поступку утврдили чињенично стање које је од значаја за доношење одлуке и применили меродавно право које представља правно утемељен основ за доношење оспорених пресуда. Тужбени захтев за накнаду штете је одбијен, иако је правноснажном пресудом донетој у кривичном поступку тужилац ослобођен од оптужбе да је учинио кривично дело крађе у вези кога му је био одређен притвор, али је истовремено осуђен за кривично дело преваре на затворску казну у коју му је урачунато време проведено у притвору. Из тих разлога судови су сматрали да тужилац нема право на накнаду штете коју тужбом потражује, с обзиром да штету није ни претрпео, јер му је урачунавање притвора у казну затвора компензација за време проведено у притвору и за то време му је смањено издржавање казне изречене за кривично дело преваре на које дело је истрага проширена пре истека притвора.

Сагласно наведеном, може се закључити да суд у парничном поступку, одлучујући о основаности захтева за накнаду штете, утврђује постојање само оних чињеница и околности на које упућују одредбе ЗКП које се односе на неосновано или незаконито лишење слободе, као основа за остварење тог права.

Неосновано лишење слободе или неоснован притвор у смислу члана 560. став 1. постоји у оним случајевима када оштећени у току поступку докаже:

1) да је био у притвору а није дошло до покретања кривичног поступка, или је поступак обустављен правноснажним решењем или је правноснажном пресудом ослобођен од оптужбе или је оптужба одбијена.

Право на накнаду по овој одредби не зависи од тога да ли је притвор био одређен законито или незаконито, већ само од исхода поступка. Сагласно томе, окривљени неће добити накнаду по овој одредби ако изостану поменуте одлуке, иако је притвор можда био незаконито одређен и обрнуто имаће право на накнаду штете ако је кривични поступак окончан на један од наведених начина, иако је притвор био законито одређен. С обзиром да право на ову врсту накнаде штете зависи од коначног исхода поступка, за притвор који се у току поступка показао неоснованим, јер је по жалби или службеној дужности укинут, окривљени не може остварити накнаду за издржани притвор све до доношења одлуке којом се окончава кривични поступак на један од напред наведених начина.

2) да је издржавао казну лишења слободе, а поводом ванредног правног лека изречена му је казна лишења слободе у краћем трајању од казне коју је издржао, или је изречена кривична санкција која се не састоји у лишењу слободе или је оглашен кривим а ослобођен од казне (члан 560. став 1. тачка 2.).

За разлику од неосноване осуде из члана 556. ЗКП, којим се даје право на накнаду штете само ако је у поступку по ванредним правним лековима дошло до обуставе поступка, ослобађајуће пресуде или пресуде којом се оптужба одбија, а не и онда када је дошло до промене изречене кривичне санкције, па ни када је изречена казна лишења слободе мања или није изречена никаква кривична санкција, овом законском одредбом предвиђа се накнада и за ове случајеве. То можемо видети на следећем примеру: Правноснажном пресудом[9] делимично је усвојен тужбени захтев и тужиоцу је досуђена накнада нематеријалне штете по основу члана 560. став 1. тачка 2. ЗКП, јер је у поступку утврђено да је тужилац правноснажном пресудом донетој у кривичном поступку оглашен кривим за кривично дело које му је стављено на терет и осуђен на казну затвора у трајању од три месеца у коју се има урачунати време проведено у притвору. Тужилац је изречену казну затвора издржао у трајању од 44 дана, када је пуштен на слободу на основу решења о

[9] Из пресуде Апелационог суда у Београду Гж 6809/11 од 4.7.2012. године

условном отпусту. Пресудом Врховног суда Србије, уважен је захтев за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца и укинута другостепена пресуда. У поновном поступку, преиначена је првостепена пресуда у погледу правне квалификације дела и одлуке о казни, па је тужиоцу утврђена казна затвора у трајању од три месеца у коју му се урачунава време проведено у притвору, а затим је изречена условна осуда и одређено да се наведена казна неће извршити уколико у року од једне године од дана правноснажности пресуде не изврши ново кривично дело. Апелациони суд је одлучујући о жалби тужене Републике Србије, прихватио став првостепеног суда у погледу одговорности и обавезе тужене да накнади штету, јер је тужиоцу у поступку по ванредном правном леку за учињено кривично дело изречена условна осуда, уместо првобитно изречене казне затвора. Првостепена пресуда је преиначена у делу којим је одлучено о висини накнаде нематеријалне штете, јер је између осталог, оцењено да тужиоцу по основу неоснованог лишења слободе припада правична новчана накнада само за време проведено на издржавању казне, а не и за време проведено у притвору.

Из наведеног примера јасно се може уочити разлика између института неосноване осуде и неоснованог лишења слободе у погледу услова који морају бити испуњени да би лице које је било прво у притвору, а затим и на издржавању казне, остварило право на накнаду штете. Иако је у конкретном случају тужиоцу по ванредном правном леку у новом поступку, уместо казне затвора изречена условна осуда (кривична санкција која се не састоји у лишењу слободе), тужилац нема право на накнаду штете по основу неосноване осуде, јер је правноснажна пресуда којом је оглашен кривим измењена само у погледу одлуке о казни. Из истих разлога није могао остварити право на накнаду штете по основу неоснованог лишења слободе за време које је провео у притвору (члан 560. став 1. тачка1. ЗКП), јер и пресуда којом је изречена условна осуда, као једна од кривичних санкција уврђених законом је пресуда којом се лице оглашава кривим за учињено кривично дело (осуђујућа пресуда). Зато су судови правилно закључили да тужиоцу у конкретном случају припада право на накнаду штете по основу неоснованог лишења слободе само за време које је провео на издржавању казне затвора, која је поводом ванредног правног лека преиначена у условну осуду.

Међутим, накнада штете због неоснованог лишења слободе, неће припасти оштећеном лицу, иако су испуњени напред наведени услови у

ситуацији када постоје чињенице и околности прописане чланом 560. став 3. (тзв. негативне претпоставке), које искључују право на накнаду штете по овом основу. Тако се накнада штете неће досудити:

1. лицу које је својим недозвољеним поступцима проузроковало лишење слободе.

Ово је општи услов за остварење накнаде по овим одредбама, што значи да лице које је својим недозвољеним понашањем проузроковало лишење слободе, иако није дошло до покретања кривичног поступка, нити је поступак према њему окончан на један од начина предвиђен овом законском одредбом, нема право на накнаду штете. Закон не дефинише и не наводи шта се подразумева под недозвољеним понашањем, али имајући у виду праксу наших судова, као и земаља које имају сличне одредбе, може се закључити да су то они поступци којима се органи који учествују у кривичном поступку доведе у заблуду у погледу битних чињеница везано за постојање кривичног дела и кривичне одговорности или поступци лица који нису усмерени на утврђивање правог стања, као што је уништавање докумената који су могли послужити у сврху доказивања или друге радње као што је покушај бекства које су, независно од тежине кривичног дела, саме по себи биле основ за одређивање притвора и то по правилу као мера обезбеђења присуства окривљеног ради несметаног вођења кривичног поступка. Садржане су у члану 142. ЗКП који прописује *да се притвор може одредити против лица за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело ако:*

– *се крије или ако се не може утврдити његова истоветност, или ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства (став 1. тачка 1);*

– *постоје околности које указују да ће уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе или трагове кривичног дела или ако особите околности указују да ће ометати поступак утицајем на сведоке, вештаке, саучеснике или прикриваче (став 1. тачка 2);*

– *ако у својству оптуженог који је једном уредно позван, очигледно избегава да дође на главни претрес (став 1. тачка 4.)*

Са друге стране, некоришћење неких права, као што је право на жалбу на решење о одређивању или продужењу притвора, не може се сматрати недозвољеним поступком осумњиченог и утицати на остварење његовог права на накнаду штете уколико су за то испуњени законом прописани услови,

јер и органи који учествују у кривичном поступку по службеној дужности воде рачуна о неопходности одређивања ове мере и њеном трајању.

Да ли је лице које захтева накнаду штете по основу неоснованог лишења слободе, својим недозвољеним поступцима проузроковало лишење слободе, утврђује суд у парничном поступку, по правилима тог поступка, тако да је терет доказивања тих чињеница и околности на туженом, односно држави која одговара за ову врсту штете. Тиме се не преиспитује законитост одлуке о одређивању или продужењу притвора, већ утврђује и оцењује да ли се чињенице и околности које су биле основ за одређивање притвора могу сматрати недозвољеним поступцима у смислу наведене законске одредбе, чије постојање искључује право тог лица на накнаду штете по основу притвора, који се према коначном исходу кривичног поступка, показао неоснованим. Циљ одредбе о искључењу одговорности државе у овом случају је да онемогући лице да из својих недозвољених поступака оствари корист, али с друге стране ова одредба се не би смела користити као оправдање незаконитих поступака органа приликом лишења слободе.

У пракси је запажено да судови, одлучујући о захтевима за накнаду ове врсте штете, занемарују наведене одредбе које се односе на разлоге одређивања притвора, односно лишења слободе или да сматрају да оштећеном безусловно припада накнада штете у случају да су испуњене само позитивне претпоставке, односно да је кривични поступак према оштећеном окончан на један од начина прописани чланом 560. став 1. тачка 1. Тако у парници тужиоца који је у притвору провео одређено време, првостепени суд је усвојио његов захтев за накнаду штете јер је правноснажним решењем суда према тужиоцу обустављен кривични поступак због наступања апсолутне застарелости кривичног поступка. Према ставу првостепеног суда, одговорност тужене државе за насталу штету, заснива се на одредбама члана 172. став 1. ЗОО, с обзиром да је тужилац неосновано лишен слободе и провео у притвору одређено време. Првостепени суд је оценио да је неосновано позивање тужене државе на одредбу члана 560. став 3. ЗКП, јер притвор о коме је реч у члану 560. став 1 тачка 1. је притвор, који се према коначном резултату поступка показао неоснованим, па право на накнаду по овој одредби не зависи од тога да ли је притвор био одређен законито или незаконито, већ само од исхода поступка, тако да се у случају захтева по овом основу не испитује основаност притвора, већ само на који начин је завршен поступак у коме је притвор трајао. Из разлога

ове пресуде произилази и то да је против тужиоца, након покретања истраге, одређен притвор и наређено издавање потернице.

Укидајући наведену пресуду Апелациони суд у Београду[10] је оценио да се наведено становиште првостепеног суда заснива на погрешној примени материјалног права због чега у поступку нису утврђене све чињенице од значаја за закониту одлуку о захтеву тужиоца у овој парници, дајући између осталог и следеће разлоге:

"...Према одредби члана 560. став 3. Законика о кривичном поступку, право на накнаду штете не припада лицу које је било у притвору, које је својим недозвољеним поступцима проузроковало лишење слободе. Овом одредбом искључено је право на накнаду штете и поред тога што у односу на притворено лице није дошло до покретања кривичног поступка, или је поступак обустављен правноснажним решењем, или је правноснажном пресудом ослобођен од оптужбе или је оптужба у односу на њега одбијена. Право на накнаду штете из става 1. члана 560. ЗКП је искључено, јер је то лице својим недозвољеним поступцима проузроковало лишење слободе. Да би оштећени имао право на накнаду штете због неснованог лишења слободе морају се кумулативно испунити услови прописани чланом 560. ЗКП, односно да постоје претпоставке из става 1. ове законске одредбе и да не наступе у закону односно у ставу 3. прописане негативне претпоставке које се тичу понашања оштећеног, као осумњиченог или окривљеног. Сагласно наведеном, накнада штете се неће досудити онда, када је оштећени својим недопуштеним поступцима проузроковао лишење слободе, с тим што се недозвољени поступак притвореног мора посебно доказати у парници ради накнаде штете. Под недозвољеним поступцима оштећеног може се сматрати свако понашање које није усмерено на утврђивање правог стања, као на пример, скривање или покушај бекства, што су посебни разлози за одређивање притвора према одредбама члана 142. ЗКП".

Анализирајући разлоге првостепеног суда, може се закључити да је погрешан став да примена одредбе члана 560. став 3. ЗКП, односно утврђивање чињеница и околности у погледу разлога за одређивање притвора, а ради оцене да ли се ради о недозвољеним поступцима који су проузроковали лишење слободе, представља испитивање законитости одлуке о одређивању притвора донете у кривичном поступку. Као што је на-

[10] Гж 5736/11 од 1.2.2012. године

пред изнето, а по мишљењу аутора овог текста, суд у парничном поступку није овлашћен да оцењује законитост тих одлука, нити је та чињеница битна код оцене да ли је притвор био неоснован. Међутим, суд је овлашћен да оцени да ли се чињенице и околности на основу којих је одређен притвор у кривичном поступку могу сматрати недозвољеним поступком оштећеног у смислу наведене законске одредбе, у ком случају, тужилац као оштећени, не може остварити право на накнаду штете по овом основу, као што је наведено у поменутој одлуци другостепеног суда.

Кад већ говоримо о коначном исходу кривичног поступка, као једном од услова за остварење овог права, поред реченог, а сагласно члану 560. став 3. ЗКП потребно је и:

2) да до обуставе поступка или пресуде којом се оптужба одбија није дошло због тога што је у новом поступку оштећени као тужилац, односно приватни тужилац, одустао од гоњења, или што је оштећени одустао од предлога, а до одустанка је дошло на основу споразума са окривљеним.

3) да оптужба није одбачена због ненадлежности суда у ситуацији када је овлашћени тужилац предузео гоњење пред надлежним судом;

4) да поступак није обустављен на основу члана 217. ЗКП (у случају смрти окривљеног).

Чињенице и околности наведене под тачкама 1 - 4 су оне које сагласно члану 560. став 3. ЗКП искључују право оштећеног на накнаду штете у случају неоснованог лишења слободе.

Грађанско – правни услови

Право на накнаду штете, уз испуњење кривично-правних услова које прописује ЗКП, може се остварити под условом да је штета настала и да је она последица неосноване осуде, односно неоснованог лишења слободе. Те услове прописује ЗОО који се примењује у оном делу који није регулисан одредбама ЗКП.

Узрочност као веза између штетне радње и штете је општи услов који мора бити испуњен и код ове врсте накнаде и који се не претпоставља већ је оштећени мора доказати. У конкретном случају то значи да ће оштећени у парници морати да докаже да је штета чију накнаду захтева, последица неосноване осуде или неоснованог лишења слободе. Мораће да докаже и постојање

штете. Под штетом се сматра умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и наношење другоме физичког или психичког бола или страха (нематеријална штета)[11]. Законик о кривичном поступку не искључује право на накнаду ни за један од наведених облика штете, тако да оштећени због неосноване осуде или неоснованог лишења слободе има право накнаду материјалне и нематеријалне штете.

Кад говоримо о материјалној штети, у судској пракси су најчешћи захтеви за накнаду изгубљене зараде или других права из радног односа које оштећени није остварио због неосноване осуде или неоснованог лишења слободе, као и захтеви за накнаду трошкова лечења, издатака породице осуђеног везано за његов боравак у установи за издржавање казне и слично. Накнада ове штете се сагласно члану 189. и 190. ЗОО досуђује у пуном обиму, односно у износу у коме је настао губитак у имовини оштећеног, односно у износу који би оштећени остварио по редовном току ствари да је радио у време када је био лишен слободе.

У случају телесне повреде или оштећења здравља као последице неосноване осуде или неоснованог лишења слободе, држава је у обавези да сагласно члану 195. ЗОО оштећеном накнади трошкове лечења, изгубљену зараду због неспособности за рад за време лечења, а ако због потпуне или делимичне неспособности губи зараду или су ми потребе трајно повећане, или су могућности његовог даљег развоја и напредовања уништене или смањење, дужна је плаћати оштећеном одређену новчану ренту, као накнаду за ту врсту штете.

Када се ради о нематеријалној штети, накнада се досуђује за претрпљене физичке болове, душевне болове и страх, на начин и под условима прописаним чланом 200. ЗОО.[12] Оштећеном се може досудити новчана

[11] Члан 155. ЗОО

[12] Члан 200. ЗОО

1. За претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица као и за страх суд ће, ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете, као и у њеном одсуству.

2. Приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и у висини њене накнаде, суд ће водити рачуна о значају повређеног добра и циљу

накнада због повреде права личности само када су се последице те повреде манифестовале у једном од ових видова нематеријалне штете. При том се морају имати у виду критеријуми из наведене законске одредбе, тако да се оштећеном може досудити накнада по овом основу само када јачина и трајање болова или страха то оправдавају и то у висини која би, по оцени суда, успоставила нарушену психичку равнотежу и која би за претрпљено представљала правичну новчану сатисфакцију.

Код одређивања висине накнаде нематеријалне штете, због неосноване осуде или неоснованог лишења слободе, узимају се у обзир низ објективних и субјективних критеријума као што су дужина трајања лишења слободе, услови боравка у притвору, односно установи за издржавање казне, губитак угледа који је оштећени уживао у средини у којој живи и ради, ранија осуђиваност и др. Према опште прихваћеном ставу у судској пракси, душевни болови због неосноване осуде или неоснованог лишења слободе, представљају јединствени вид штете која обухвата све видове нематеријалне штете везане за личност оштећеног који су међусобно тако повезани да их је тешко одвојити и за сваки од њих одређивати посебну накнаду, тако да се за ту штету досуђује један износ накнаде (повреда угледа, части и слободе личности).

Право на накнаду штете за неосновану осуду и неосновано лишење слободе је лично право, тако да је чланом 559. ЗКП прописано да наследници наслеђују само право оштећеног на накнаду имовинске штете, а ако је захтев већ био постављен наследници могу наставити поступак само у границама већ постављеног захтева за накнаду имовинске штете. Наследници могу и покренути поступак ако је оштећено лице умрло пре истека рока застарелости и од захтева се није одрекло, у складу са правилима које прописује ЗОО. Дакле, наследници немају право на накнаду нематеријалне штете, што одговара и природи те врсте штете, али ће им свакако као наследницима оштећеног, припасти новчани износ који је оштећеном за живота досуђен правноснажном пресудом на име накнаде нематеријалне штете.

Законик о кривичном поступку прописује посебне рокове застарелости, док се у осталом делу примењују одредбе о застарелости из Закона о облигационим односима, како опште одредбе, тако и одредбе о прекиду и за-

коме служи та накнада, али и томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом.

стоју застаревања. Према одредби члана 557. право на накнаду штете застарева за три године од дана правноснажности првостепене пресуде којом је окривљени ослобођен од оптужбе или којом је оптужба одбијена, односно правноснажности првостепеног решења којим је поступак обустављен, а ако је поводом жалбе решавао виши суд- од дана пријема одлуке вишег суда.

Законик о кривичном поступку прописује и посебан поступак за остварење овог права јер у истом члану прописује да је пре подношења тужбе суду, оштећени дужан да се са својим захтевом обрати комисији министарства надлежног за правосуђе, ради постизања споразума о постојању штете, врсти и висини накнаде, која сагласно члану 558. има обавезу да о том захтеву одлучи у року од три месеца с тим што је у ставу 2. изричито предвиђено да док траје поступак по захтеву, не тече застарелост.

Уколико се споразум не постигне, оштећени може поднети тужбу за накнаду штете против Републике Србије (став 3.). У вези са овом одредбом нужно је указати, да је и Законом о парничном поступку[13] у члану 193. прописан поступак у случају када се тужба подноси против Републике Србије и то тако што је подношење тужбе условљено претходним обраћањем Републичком јавном правобранилаштву, такође ради мирног решавања спора. Међутим, сагласно ставу 7. ове законске одредбе, ова процедура се неће примењивати у случају накнаде штете због неосноване осуде или неоснованог лишења слободе, јер је посебним законом, а то је Законик о кривичном поступку, прописан поступак за мирно решавање ових спорова. Дакле, у случају накнаде штете због неосноване осуде или неоснованог лишења слободе, оштећено лице има обавезу да се претходно обрати захтевом за постизање споразума (мирно решавање спора) Министарству правде, као надлежном за правосуђе како је то предвиђено чланом 557. ЗКП, а не Републичком јавном правобранилаштву, како то предвиђају наведене одредбе Закона о парничном поступку. Оно што се надаље може показати као спорним у погледу процедуре је поступање суда у случају када оштећени поднесе тужбу суду за накнаду штете, пре него што се захтевом обратио надлежном органу за постизање споразума у погледу те накнаде. Преовлађујући став у досадашњој судској пракси је да обраћање оштећеног надлежном органу није процесна претпоставка за вођење спора, тако да ако се није обратио надлежном органу пре тужбе, оштећени није изгубио право на тужбу. Одредба члана 193. ЗПП којим је прописан поступак у случају када је ту-

[13] " Службени гласник РС" 72/11

жба подноси против Републике Србије за непоступање по тој процедури предвиђа санкцију, јер ће суд да одбаци тужбу као недозвољену, ако није поднет предлог за мирно решавање спора, односно ако није протекао рок од 60 дана од од подношења предлога. Ове одредбе, како је то напред наведено, не примењују се у поступку остварења права на накнаду штете због неосноване осуде или неоснованог лишења слободе, али се управо због тога основано може поставити питање процесне једнакости странака а тиме и права странака на једнак приступ суду у идентичној процесној ситуацији.

Закључак

Како је неповредивост човекове слободе једно од основних уставних начела неоснована осуда или неосновано лишење слободе се сматра његовом тежом повредом, због чега је Уставом Републике Србије у члану 35. прописано да свако ко је незаконито лишен слободе, притворен или осуђен за кажњиво дело има право на рехабилитацију, накнаду штете од Републике Србије и друга права утврђена законом. У питању је посебан уставни институт који је детаљно регулисан у кривичном праву уз услове прописане грађанским правом. Специфичан је по томе што држава накнађује штету коју је неко лице претрпело неоснованом осудом или неоснованим лишењем слободе, независно од тога да ли је то последица грешке суда или других државних органа. Развојем овог института све је мање случајева у којима се то право не признаје или искључује, али још увек се не признаје право на накнаду штете због неоправданог вођења поступка ако у току кривичног поступка није било лишења слободе, иако лице које је било окривљено због тога трпи штету. Држава не одговара за штету увек и безусловно и законом су изричито прописани услови искључења те одговорности засновани претежно на објективним околностима, а изузетно и на субјективним околностима као што је недозвољено понашање оштећеног из кога не може остварити корист, па ни накнада штете коју је оштећени у овим случајевима претрпео. Оштећени може своје право остварити пред надлежним министарством или пред судом, с тим што је поступак мирног решавања спора свакако ефикаснији и економичнији.

Боривоје Живковић,
судија Апелационог суда у Београду

ПРАВО НА ОТПРЕМНИНУ И ПОТРАЖИВАЊЕ ОТПРЕМНИНЕ

Уводне напомене

Правни однос је друштвени однос уређен правом. Његов садржај чине права и дужности који се налазе у међусобној зависости[1]. Субјективно право је овлашћење лица да се понаша по диспозицији у циљу остваривања свог правно заштићеног интереса[2]. Тако говоримо нпр. о праву својине, праву службености, праву закупа, праву на годишњи одмор, или праву на отпремнину. Од тога треба разликовати појам потраживања које деривира из назначеног правног овлашћења. Да би остварио одређени правно заштитни захтев лице мора да поседује право у значењу његовог правног овлашћења да се понаша по диспозицији. Последица тога је и разлика нпр. између захтева за поништај рушљивог правног посла који зависи од поштовања преклузивног рока–аргументат из одредбе члана 117. Закона о облигациним односима и потраживања износа из тога основа.[3] Пасивизам у погледу захтева за поништај уговора о закупу због мана воље доводи до губитка права да се тај приговор користи као разлог неважности његових клаузула. За случај да је назначени *eg lege* одређени рок протекао овај уговор је правно вредан. У тој ситуацији уговарачи су везани његовим садржајем па своја новчана потраживања која заснивају на његовим клаузулама морају испунити у складу са уговореним. Тада они не могу тражити изван уговореног позивом на назначени недостатак. Ме-

---

[1] У том значењу појам правни однос дефинише и Драган М.Митровић у уџбенику: *Увод у право*, треће скраћено издање Београд 2011 стр. 248

[2] Тако др Радомир Лукић наводи: "Субјективно право је правно овлашћење субјекта ради заштите његовог сопственог интереса. Тако је овлашћење например, право својине, право закупа, право слободе кретања итд"(*Увод у право* Научна књига Београд 1972. стр. 270.)

[3] Видети одредбу члана 117. Закона о облигационим односима ("Службени лист СФРЈ" 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, "Службени лист СРЈ" 31/93, (22/99, 23/99, 35/99, 44/99). У тексту ЗОО

ћутим када је реч о потраживању из тог основа исто се такође мора остварити пре истека, али не назначеног по карактеру материјално преклузивног рока, већ рока застарелости. При томе само то потраживање не утиче на постојање права повериоца, у примеру закуподавца на исплату одговарајућег износа по основу закупнине, али да би се могла успешно захтевати њена исплата мора постојати право на закупнину. О томе се правилно закључује и у судској пракси где се посебно ставља нагласак на захтеву за испуњење[4]. *Mutatis mutandis* исто важи и када се пропусти рок у коме је

[4] О томе се изјашњава и ова судска одлука: „Одредбом члана 360. Закона о облигационим односима прописано је да застарелошћу престаје право захтевати испуњење обавезе, а исто ово прописује и одредба члана 1. Закона о застарелости потраживања важећег у време настанка обавезе 4.4.1969. године. Застарелост наступа када протекне законом одређено време у коме је поверилац могао захтевати испуњење обавезе, а тужилац је могао да захтева испуњење обавезе истеком 50 дана од дана сачињеног записника 4.4.1969. године. Како законом није одређен неки други рок застарелости, то право захтевати испуњење обавезе - извођење радова који су предмет тужбеног захтева застарева у општем року застарелости од 10 година. Од дана када је поверилац имао право да захтева испуњење обавезе па до подношења тужбе у овом поступку којом тужилац тражи извршење уговора протекло је 19 година. Због протека законом одређеног времена (10 година) у коме је поверилац могао захтевати испуњење обавезе наступила је застарелост потраживања тужиоца.

Правилно су нижестепени судови ценили да су неосновани наводи тужиоца да је испуњење обавезе могао да захтева по окончању поступка којим је тужилац тражио поништај уговора закљученог између стамбене задруге и туженог. Супротно овим наводима тужилац је могао и мора да захтева испуњење обавезе која је предмет тужбеног захтева и споразума закљученог 4.4.1969. године одмах по истеку 50 дана од дана закљученог споразума, у ком року је стамбена задруга требало да изведе радове, јер истеком тог рока почео је да тече рок застарелости пошто је поверилац имао право да захтева испуњење обавезе.

Поднетом тужбом ради поништаја уговора није дошло до прекида застаревања у смислу члана 388. Закона о облигационим односима јер тужбом ради поништаја уговора тужилац није тражио утврђивање, обезбеђење или остварење потраживања које је предмет тужбеног захтева у овом поступку па су без утицаја разлози правноснажне пресуде да тужилац може захтевати испуњење уговора.

Из изложеног неоснован је разлог ревизије о погрешној примени материјалног права.

Одлучујући о ревизији цењени су и дати разлози због којих нема значаја поступак који је водио тужилац а који је правноснажно окончан пресудом о одбијању тужбеног захтева за поништај уговора из кога је настала обавеза туженог да изведе радове

запослени могао захтевати поништај решења којим је одлучено о његовом праву на отпремнину.

Право на захтев је у функцији принудног остваривања одговарајућег права. Може се изгубити право на захтев а да субјективно право као правно овлашћење и даље постоји. У тој ситуацији субјекат права изгубио је овлашћење да захтева принудну заштиту свога права. На то "тврдоглаво" подсећа исказ из одредбе става 1. члана 360. ЗОО који гласи: Застарелошћу престаје право захтевати испуњење обавезе. Сведочанство за то су нпр. и правила о дејству испуњења застареле обавезе (члан 367. ЗОО), или право повериоца чије је потраживање обезбеђено залогом или хипотеком да се намирити само из оптерећене ствари, ако је држи у рукама, или ако је његово право уписано у јавној књизи (члан 368. став 1. ЗОО). На основу тога у теорији се прави разлика између потпуне и непотпуне природне обавезе.[5]

Карактер права на отпремнину

Право на отпремнину запосленог вишка је субјективно право запосленог у значењу овлашћења правне власти.[6] Она се исказује у његовом овлашћењу на одређени новчани износ по основу отпремнине на терет имовине послодавца.

који су предмет тужбеног захтева. Независно од тог поступка а како то правилно закључују и нижестепени судови тужилац је морао да захтева испуњење обавезе јер поднетом тужбом по протеку рока од 19 година од дана када је могао захтевати испуњење а при истакнутом приговору туженог наступила је застарелост која има за последицу престанак права да се захтева испуњење обавезе.“
(Пресуда Врховног суда Србије у Београду, Рев II 1779/05 од 19. октобра 2005. године) - Правни информатор 5/2006, Интермех, Београд, аутор сентенце: Бранислава Апостоловић, судија ВСС

[5] Тако се у теорији тврди и ово: Наиме, битни састојци вјеровникова потраживања су његово субјективно право на одређено постојање потраживања према дужнку по основу неког обавезноправног односа + његов захтев за остваривање тако постојећег потраживања;док се дужникова обавеза састоји из одређеног дуговања, одређене чинидбе као предмета те обавезе +његове одговорности, дужности да дотичну чинидбу, дуговање испуни у корист вјеровника „ Визнер исти извор друга књига стр. 1306

[6] У том значењу се појам субјективно грађанско право дефинише у правној теорији.Видети : Станковић Водинелић: *Увод у грађанско право* пето измењено издање Номос Београд 2007. стр.101

То је радно право јер се резервисано искључиво за запосленог вишка.

Исплата отпремнине је и дужност послодавца која мора бити остварена пре отказа уговора о раду из разлога прописаног одредбом члана 179. тачка 9. Закона о раду-аргументат из његове одредбе члана 158. став 1.[7] У том значењу су и употребљене речи у слову ове норме: "дужан" и "пре". То наглашава и почетни фрагменат члана 160. Закона који гласи: *Запослени коме послодавац после исплате отпремнине из члана 158. овог закона откаже уговор о раду због престанка потребе за његовим радом.*

Прва показује постојање обавезе послодавца као дужника којој одговара овлашћење запосленог да у време доспелости захтева исплату отпремнине, а друга реч означава радњу која са становишта њеног извршења у времену мора да предходи отказу и коју испуњава послодавац да би отказ из овог разлога био у том делу сагласан праву. То исплати отпремнине даје истовремено и карактер статусни карактер[8].

Право на отпремнину запосленом вишку се заснива на одређеним чињеницама које улазе у садржај претпоставке диспозиције. Тада су правно важне чињенице:

- да је запослени вишак (позитивна чињеница);

- да није могућа примена других мера запошљавања у значењу из одредбе члана 155. став 1. тачка 5. ЗОР (негативна чињеница);

- и да је запослени изложен отказу уговор о раду на иницијативу послодаца у смислу одредбе члана 179. тачка 9. ЗОР (позитивна чињеница у односу на право на отпремнину)[9].

Када су ове чињенице кумулативно остварене запослени вишак има право на отпремнину.

---

[7] Видети одредбу члана 158. Закона о раду ("Службени гласник РС" 24/2005, 61/2005, 54/2009). У тексту: Закон или ЗОР

[8] У том значењу је и одредба члана 143. став 1. тачка 10. Закона о раду Републике Црне Горе ("Службени лист Црне Горе" 49/2008, 26/2009, 88/2009, 26/2010) која прописује: да послодавац може отказати уговор о раду запосленом, ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца, када се запосленом исплати отпремнина по основу вишка

[9] Видети одредбу члана 158. став 1. и члана 179. тачка 9. ЗОР

Када је реч о обиму тога права правно важне су и допунске чињенице:

-словом закона прописане године рада запосленог вишка у радном односу и вредност зараде, док је примарно оно што је прописано у општем акту у значењу из одредбе члана 8. Закона, ако је то за запосленог вишка повољније-аргументат из одредбе члана 158. ЗОР.

По карактеру то је и имовинско право, јер гласи на одређену суму новца.

Право на отпремнину својим појмовним садржајем обухвата одређена овлашћења: располагање и коришћење новчаног износа отпремнине. Њен имаоник има и право у значењу овлашћења потраживања отпремнине.

Решење о отказу уговора о раду запосленом вишку зависи од исплате отпремнине што указује на њен статусни карактер пошто престанак радног односа зависи од те чињенице[10].

При томе, пријем новчаног износа на име отпремнине није саглашавање запосленог са отказом, јер он то чини у циљу отклањања могућих штетних последица за случај неуспеха по правно заштитном захтеву за поништај решења о отказу уговора о раду на иницијативу послодавца. Зато то није споразум закључен између послодавца и запосленог, јер је изостала сагласност изјава воља у погледу законитости престанка радног односа. Запослени који је примио износ по основу отпремнине није се сагласио са раскидом радно-функционалне везе са послодавцем. То није учинио ни на посредан начин јер изјава воље на ту тему мора бити јасна, прецизна, несумњива и дата у писаном облику. Овде о томе није реч, већ о једностраној радњи послодавца. Када послодавац исплати запосленом вишку отпремнину он испуњава један од услова за законит престанак радног односа, али на тај начин не елиминише евентуално присуство других његових мана.

Потраживање отпремнине

Од права на отпремнину треба разликовати потраживање отпремнине у значењу правнозаштитног захтева запосленог као повериоца да

[10] Видети потпуније у чланку Боривоја Живковића: *Право на отпремнину запосленог вишка и заштита запослених*. Чланак је објављен у Зборнику радова са саветовања правника: Остваривање и заштита социјалних права 6-9. октобар 2010. Удружење за радно и социјално право, Интермекс Београд 2010. стр. 106-134

тражи испуњење обавезе од послодавца као дужника. О овом овлашћењу говори и синтагма: „исплати/послодавац (подвукао БЖ) отпремнину“ употребљена у одредби става 1. члана 158. Закона. То је облигациона радња која представља редован начин гашења облигационог односа. Реч је о испуњењу обавезе послодавца према запосленом. чији је предмет исплата новчаног износа по основу отпремнине. Тој радњи ако послодавац као дужник добровољно не испуни обавезу предходи захтев запосленог као повериоца за њено испуњење.

Може се начин гашења облигације из овог основа уредити и споразумом, као резултатом сагласно изражених воља послодавца и запосленог. Тада споразум обавезује и запослени као поверилац нема правни капацитет да захтева више од исказаног у његовом садржају па и у ситуацији када би он остварио већи износ по основу отпремнине да је њен обрачун вршен применом правила из социјалног програма за решавање вишка запослених.[11] Он може захтевати испуњење обавезе и у мањем обиму јер је то ствар диспозиције повериоца.

Овде се реч о отпремнини у значењу права на потраживање. У теорији се тврди да се овај исказ не поклапа са појмом тражбина јер се не односи увек на чинидбу.[12] Не улазећи у расправу на ову тему користићемо појам потраживање јер га и слово ЗОО користи у значењу овлашћења да се захтева испуњење обавезе - овде исплата отпремнине од послодавца као дужника.

Потраживање се налази у односу корелације пошто овом правном овлашћењу запосленог одговара дужност послодавца да ту обавезу изврши –облигациони однос.[13] Потраживању одговара дуг и заједно чине „облигациони пар“.

Право на потраживање отпремнине прате одлике које чине правни однос између запосленог као повериоца и послодаваца као дужника:

---

[11] Видети пресуду Врховног касационог суда Србије Рев 259/10 од 11.2.2010. године објављену у стручно информативном часопису Судска пракса број 5-6/2010 стр. 33

[12] Др Јаков Радишић, исти извор стр. 37

[13] У том значењу и овај исказ: -да је то по правилу непотпун појединачни правни акт јер садржи само диспозицију-дужност послодавца да запосленом исплати отпремнину у одређеном новчаном износу, Исти извор Визнер стр. 7

- Постоји однос овлашћеног лица-овде је то запослени који се према одређеном обавезном лицу-овде је то послодавац налази у погледу исплате отпремнине у поверилачко дужничком односу;

- Запослени као поверилац има овлашћење тражења;

- Обавеза послодавца је позитивна и исказана је у исплати отпремнине чија је вредност конкретно одређена - увек треба да буде исказана у одређеном новчаном износу;

- Обавеза из овог односа налази се увек у имовини послодавца. Отуда се реч о његовом дугу;

- Право на потраживање отпремнине-захтев за њену принудну наплату подлеже када су зато испуњени услови застарелости што је такође одлика релативних (облигационих) права. На то подсећа одредба члана 196. ЗОР која гласи: Сва новчана потраживања из радног односа застаревају у року од три године од дана настанка обавезе. Наслов ове норме је: Рокови застарелости потраживања из радног односа а у њеном почетном фрагменту је употребљен исказ: Сва новчана потраживања из радног односа. "Назив за потраживање је синоним за овлашћење из облигационог права".[14]

Овде би могао бити употребљен и исказ: облигационо право на отпремнину у значењу потраживања отпремнине са становишта овлашћења повериоца. Теорија на то не би ставила примедбу, јер релативна (облигациона права) у правној књижевности својим појмовним садржајем обухватају и потраживања.У том значењу се говори о томе да облигација тражбина и дуг чине тројство појмова за исту ствар посматрано са различитих становишта.[15] При томе овде је реч о облигационом праву у субјек-

[14] Видети др Андрија Гамс и др Љиљана М. Ђуровић: *Увод у грађанско право,* XVII измењено издање Савремена администрација Београд 1994. године

[15] Исти извор као под 6 стр.102. Такође и проф. Срећко Радишић наводи: "За лице које је овлашћено да захтева одређено чињење или нечињење облигација значи тражбину или потраживање док за лице које има обавезу да се понаша сходно том тражењу она означава дуг. Са становишта пак трећег лицаоблигација не означава само дуг нити тражбину,него и једно и друго;она је збирни појамкоји подразумева и тражбину и дуг. Према томе облигација,тражбина и дуг чине тројство појмова за исту ствар виђену са различитих становишта" (*Облигационо право* шесто, прерађено и допуњено издање Номос 2000. стр. 36)

тивном смислу а не у објективном значењу тога појма као скупа општи правних норми које уређују правни поредак у промету роба и услуга.

У првом случају говоримо о садржини облигационо правног односа који обухвата потраживање повериоца у значењу његовог права да захтева од дужника одређено давање, предају ствари, чињење или исплату суме новца, обавезу дужника и одговорност за испуњење.

Право на отпремнину и потраживање отпремнине

Нема потраживања отпремнине без постојања права на отпремнину. Онај ко захтева њену исплату мора да има и право на отпремнину.[16] Тада је реч о потпуној обавези дужника. Запослени као поверилац и поред тога што је имаоник права на отпремнину може изгубити захтев да од дужника тражи њену исплату и у случају успешно употребљеног приговора застарелости. Тада је реч о грађански неутуживој обавези. Може се право потраживања изгубити и на други начин као у случају закљученог споразума о отпуштању новчаног износа из тог основа. Иста последица наступа и у погледу потражвања већег новчаног износа од вредности отпремнине уговорене у правно вредном споразуму на ту тему[17].

[16] Др Јаков Радишић, исти извор, стр. 37

[17] Правна пракса прихвата ово дејство споразума о отпремнини на потраживање. О томе се изјашњава ова судска одлука:“ По оцени Врховног касационог суда нижестепеним пресудама је правилно утврђено да нису испуњени услови за поништај споразума о престанку радног односа који су странке закључиле током 2003. године као и услови за поништај решења о престанку радног односа те исплату разлике у висини једнократне новчане накнаде. Тужиоци нису били у заблуди у вези битних елемената споразума, јер су знали да им радни однос престаје у складу са Социјалним програмом за решавање вишка запослених и да ће им бити исплаћена једнократна новчана накнада у одређеним новчаним износима. Тужени није довео у заблуду тужиоце, нити је реч о превари, јер су тужиоци знали за последице закључења споразума, а то је престанак радног односа и исплата једнократне новчане накнаде.

Сазнање које су тужиоци имали у моменту закључења споразума обећање генералног директора да уколико будућа отпремнина буде већа они ће имати право на разлику, односи се на одложни услов који није унет у текст споразума да би обавезивао туженог. У том смислу правилно су нижестепени судови ценили као неоснован навод тужиоца да су обећањем генералног директора доведени у заблуду и да су због тога потписали споразум о престанку радног

Када је реч о потраживању отпремнине запослени вишак који се је нашао у овој ситуацији као имаоник права на отпремнину има и овлашћење: да предузима радње ради исплате отпремнине и с тим у вези постави правно заштитни захтев, односно да се уздржи од активног деловања а то значи да не предузима те радње, или да отпусти дуг који се односи на отпремнину. Томе одговара дуговање послодавца као дужника из овог основа.

Када захтева испуњење облигације из овог основа он тражи од послодавца као дужника да се понаша на *ex lege* одређени начин који треба да буде материјализован у материјалном акту исплати отпремнине. Запослени може и да се понаша на други начин пошто он на ту тему нема ограничење у конгентним нормама. Тако нпр. нема норме која би забранила запосленом да отпусти дуг по основу отпремнине, или да не предузима радње чији је циљ исплата износа из тог основа, односно да не тражи поништај решења о отказу. Све је свар његовог слободног избора. Законска заштитна интервенција овде није потребна

Доспелост потраживања отпремнине

Право потраживања настаје протеком рока меродавног за добровољно испуњење.[18] У његовом одређивању помаже одредба става 1. члана 158. ЗОР која гласи: Послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду, у смислу члана 179. тачка 9) овог закона, запосленом исплати отпремнину у висини утврђеној општим актом или уговором о раду.

односа. Будући да је радно-правни статус тужилаца решен споразумом у складу са чланом 114. Закона о раду (важећег у време закључења споразума о престанку радног односа) овај начин решавања вишка запослених искључује законом прописани начин по одредбама члана 101. став 1. тачка 8. у вези чл. 117. и 119. Закона о раду - исплатом отпремнине.

(Пресуда Врховног суда Србије Рев. 259/10 од 11.2.2010. године) - Правни Информатор 5/2010, Интермех, Београд, аутор сентенце Боривоје Живковић, судија Апелационог суда у Београду

[18] Др Борис Визнер *у Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима* (Загреб 1978. на стр. 17. наводи: "Другим ријечима субјектно право је оно правно овлашћење које вјеровнику припада према нормама постојећег објективног обавезног права, у виду његовог тражбеног права или права потраживања према конкретном дужнику који је ово његово субјективно право дужан испунити чим вјеровник то затражи"

Овај рок с обзиром на садржај почетног фрагмента ове норме указује и да правна чињеница исплате отпремнине предходи доношењу отказа уговора о раду - статусно дејство отппремнине. У том смислу се може говорити о њеном суспензивном карактеру са становишта њеног правног учинка и то дуално у односу на:

- престанак радног односа;

- почетак дужничке доцње када је изостала исплата отпремнине пре отказа и с тим у вези овлашћењу запосленог који се је сагласио са отказом да захтева испуњење обавезе, ако му отпремнина до тада није исплаћена. Томе у прилог исказ: пре отказа уговора о раду. Тај исказ означава догађај до када тече рок у коме послодавац може исплати отпремнину као редован начин престанка обавезе из овог основа.

После тога времена, за случај да је решење о отказу због пасивизма запосленог постало правноснажно, губи се њено статусно дејство, а остаје облигационо дејство отпремнине када је она остала неисплаћена. То је право потраживања које је са становишта његовог предмета (отпремнина) и обима лимитирано садржајем решењем послодавца којим је све то утврђено. То истовремено значи да бившем запосленом као повериоцу тада остаје правнозаштитни захтев који је одређен са становишта постојања права на отпремнину и њеног обима решењем које садржи одлуку на ту тему и носи атрибут необоривости.

Са раскидом раднофункционалне везе из назначеног разлога настаје истовременено и дужничка доцња и правне последице које из тога следе. До времена отказа отпремнина по правилу мора бити исплаћена или на други вољно допуштен начин начин угашена обавеза послодавца да би престало њено статусно дејство. Истина ова временска одредница је примарно у функцији одређења исплате отпремнине као статусног разлога, али се са том радњом изједначавају и други вољни начини престанка обавезе из овог основа.

На тај начин, осим овог изузетка, одређен је крајњи временски граничник до када послодавац као дужник може испунити своју облигацију према запосленом а да га не погоде последице њеног статусног дејства, али и од када у тој ситуацији почињу тећи последице дужничке доцње.То је истовремено и време до када запослени као поверилац, може отпусти потраживање отпремнине а да оно не произведе негативни учинак

по статусни ефекат. То може учинити и после али са облигационим дејством, ако је решење о отказу постало правноснажно.[19]

Повреда права и реактивна заштита

Са достављањем решења које садржи одлуку о праву на отпремнину за случај да је дошло до повреде права запослени вишак има овлашћење на реактивну заштиту чији је циљ повраћај у пређашње стање и исплата усклађена са одговарајућом општом правном нормом. Она може бити остварена кроз захтев за касацију решења у целини (ако то решење садржи и одлуку о отказу), или само у односу одлуку о праву на отпремнину и обиму тога права.

Од решења чији диспозитив садржи исказ о праву на отпремнину треба разликовати случај када појединачна правна норма садржи чињенични исказ као например: запосленом је исплаћена отпремнина у одређеном новчаном износу. То онда није одлука о праву већ дескриптивни исказ који обавештава о чињеници да је исплаћена отпремнина.[20] Тај исказ треба разликовати од прескриптивног исказа. Решење чији диспозитив садржи исказ о чињеницама је изван судске контроле.[21]

Запослени који тражи поништај решења о отказу не може истовремено тражити исплату отпремнине, јер поништај тога акта искључује право на от-

---

[19] „За правилно разумијевање питања шта се застаром заправо губи и који је правни учинак застаре, потребно је имати на уму слиједеће:прво правни се однос састоји од субјективног права и од права на захтјев његова остварења;друго под застаром права разумијевамо губитак одређеног субјективног права због његовог неизвршавања крз заком одређено вријеме, док под застаром остваривања права на захтјев разумијевамо губитак права тражити реализацију титуларовог субјективног права путем за то објективним правом предвиђеног правног средства, а то је тужба у материјалном смислу Визнер исти извор друга књига, стр. 1284

[20] У том смислу дескриптивну дефиницију дефинише Драган Митровић, исти извор, стр.131

[21] О томе се изјашњава и ова судска одлука која је објављена у правној праси Intermeksa: Суд у ванпарничном поступку за доношење решења које замењује уговор о откупу стана није овлашћен да утврђује да ли је стан чији се откуп тражи подигнут или купљен из средстава датих или сакупљених за добротворне или друге друштвено-корисне сврхе, јер се то питање мора расправити у управном поступу на захтев овлашћених лица, пошто је акт о утврђивају својства стана, управни акт (Врховни суд Србије, Београд, Став, од 25.03.96)

премнину.Ти захтеви се налазе у опозицији и у своме заједничком присуству стварају неразрешиву антиномију која у тој ситуацији може бити елиминисана само онда када је изостављен неки од предходно назначених захтева.Међутим захтев за исплату отпремнине може бити у процесном смислу, евентуални захтев у односу на захтев за поништај решења о отказу запосленом вишку.

Пропуштајући да оспорава назначено решење у законом прописаном року запослени који се је нашао у овој ситуацији сагласио се је на посредан начин са у његовом садржају утврђеним правом на отпремнину, обимом тога права и одређеним режимом њене исплате па и онда када сетако мења законом дефинисан садржај и начин утврђивања тога права, односно *ex lege* редослед радњи на ову тему.

Када је решење о праву на отпремнину правноснажно потраживање запосленог мора бити усклађено са садржајем појединачне правне норме која садржи позитивну одлуку на ту тему, *Mutatis mutandis* исто важи када су послодавац и запослени закљученим споразумом уредили другачији режим у погледу начина исплате отпремнине. То је резултат мешања воље запосленог која самостално или у сагласности са одлуком послодавца уноси назначене промене у односу на у слову закона садржане одговоре на ову тему.

Решење о праву на отпремнину

У односу на одлуку о постојању овог права када послодавац донесе решење тада је он материјализовао постојање односно непостојање тога права у значењу овлашћења правне власти. У том случају решено је о праву на отпремнину као правном овлашћењу из овог основа са којим је у вези овлашћење на потраживање отпремнине. Томе у прилог и то што негативна одлука о праву на отпремнину по природи ствари елиминише овлашћење на њено потраживање. Исто тако позитивна одлука о праву на отпремнину садржана у правноснажном појединачном правом акту послодавца активира и њено успешно потраживање у мери одређеној садржајем тога решења.

Свођење права на отпремнину на њено потраживање је немогуће, јер су то два различита овлашћења од којих тражбина отпремнине зависи од права на отпремнину, али супротан закључак не важи. Не важи, јер постојање права на отпремнину не значи да овлашћење на захтев за њену исплату постоји. Остварене материјалне претпоставке из одредбе става 1. члана 360. ЗОО значи да је запослени као поверилац и поред присутног права на отпремнину изгубио је право захтевати испуњење обавезе. Та

обавеза је постала непотпуна. *Mutatis mutandis* исто важи и када запослени као поверилац отпусти дуг из овог основа. Заједничка одлика оба ова начина престанка обавезе није негација правног овлашћења на отпремнину у предходном значењу, већ губитак права на потраживање отпремнине. Исто тако поверилац који је учинио отпуштање дуга и дужник се са тим сагласио под условима из одредбе члана 344. ЗОО - споразум извршио је облигациону радњу која му припада јер има право да тражи испуњење обавезе у поводу које је учинио отпуштање дуга.

Пропуст запосленог да тражи поништај решења којим је одлучено о праву на отпремнину и с тим у вези настале последице преклузије применом правила из одредбе члана 195. ЗОР имају дејство на постојање одлуке о том праву. Ради се о свршеној ситуацији у погледу права на отпремнину и његовом обиму (у случају позитивне одлуке) које је дефинитивно решено садржајем појединачног правног акта послодавца. То је ефекат правноснажности решења о праву на отпремнину. Правноснажно негативно решење послодавца на ту тему лишава у његовом присуству запосленог успешног правнозаштитног захтева за исплату отпремнине. Томе у прилог је и то што је тај акт када је достављањен запосленом остварио своје дејство у правном саобраћају са становишта уређења међусобног односа послодавца и запосленог на ову тему. Он се са становишта примене права мора прихватити. Тврдити супротно значи занемарити:

- да је послодавцу поверено по слову закона да одлучује о правима запосленог;

- да се појам : права запосленог о којима одлучује надлежни орган послодавца у значењу из одредбе члана 195. ЗОР употребљава у родном смислу;

- да је у складу са тим овлашћењем надлежни орган послодавца донео решење о праву на отпремнину и обиму тога права;

- да одлука о правном овлашћењу на отпремнину активира и овлашћење захтевати њену исплату, али као што је предходно образложено њихов међусобни редукционизам је недопуштен јер је противан правом значењу ових појмова и зато води неразрешивим антиномијама[22];

[22] Недопуштено је тврдити *non A* и *A* или када се тај силогизам доведе на нашу тему мешати овлашћење у значењу правне власти запосленог да има отпремнину као новчани износ према послодавцу и тако створен њихов радноправни однос од потраживања отпремнине. Не може се тврдити непостојање права на

- да је то решење непотпун појединачни правни акт јер садржи само диспозицију:право запосленог на отпремнину коме одговара дужност послодавца да запосленом исплати отпремнину у одређеном новчаном износу;

- да тај акт постоји у правном саобраћају и док није поништен производи правне последице не erga omnes већ између in concreto подслодавца и запосленог-*inter partes* однос.

У тој ситуацији не може остати без правно значаја одговор на питање да ли је тај појединачни правни акт правноснажан, или поништен и тако елиминисан из правног саобраћаја. Не може, јер он садржи одлуку о праву/и обиму права на отпремнину. Тврдити супротно значи занемарити одредбу члана 195. Закона.[23]

Кључни искази у тексту ове норме су: решење, повређено право запосленог, може да покрене спор пред надлежним судом и рок за покретање спора.

Прва два исказа показују шта може бити предмет судске заштите, док трећи и четврти исказ показују начин остваривања правнозаштитног захтева и рок у коме се то право схваћено као правна моћ може остварити.

Употребљен је родни појам: повређено право који својим садржајем обухвата сва субјективна права запослених па и независно од тога да ли се она материјализују у статусном и/или новчаном виду.

Постављање проблема

У судској пракси постоји и супротно схватање. Тако се тврди да запослени има право да тражи већи износ по основу отпремнине од утврђеног решењем о отказу уговора о раду јер се одредба члана 195. Закона о раду односи само на побијање решења којим је повређено право зашосленог и рок у коме се може покренути спор против таквог решења док се од-

отпремнину и истовремено истицати њено потраживање пошто је правно немогуће тражити испуњење непостојећег права.

[23] Према одредби члана 195. ЗОР: Против решења којим је повређено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом.

Рок за покретање спора јесте 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права.

редба члана 196. овог закона односи на новчана потраживања.[24] Ради тога по овом схватању у тој ситуацији није у примени преклузивни рок, већ рок застарелости потраживања.пошто је реч о новчаном потраживању. То значи и да треба елиминисати назначено правноснажно решење које садржи одлуку о праву на отпремнину и обиму тога права. Томе у прилог се наводи и разлог да: у амбијенту где важе правило о застарелости прописана одредом члана 196. ЗОР је искључена примена правила из одредбе члана 195. ЗОР и стим у веии дејство преклузије.

Pro et contra

Сматрамо да се овом схватању може успешно приговорити и из ових разлога:

1. У одредби става 1. члана 191. ЗОР садржан је исказ који гласи: „О правима, обавезама и одговорностима из радног односа одлучује“, а

[24] Тужиоци су тражили исплату отпремнине због отказа уговора о раду у већем износу од утврђеног решењем о отказу уговора о раду.поништај решења о отказу уговора о раду којим је утврђен износ отпремнине нису тражили. Утврђени су датуми пријема решења о отказу уговора о раду.
Код овако утврђеног чињеничног стања нижестепени судови су одбили тужбении захтев.
Основано се у ревизији указује на погрешну примену материјалног права.
Тужиоци нису преклудирани у праву да захтевају исплату отпремнине у већем износу од оног који је утврђен коначним и правноснажним решењем о престанку радног односа, а због чињенице да нису водили спор о законитости тог решења.Њихов захтев се односи на исплату новчаног потраживања по основу радног односа код туженог на кога се не односе одредбе члана 195. Закона о раду.Ова одредба се односи само на побијање решења којим је повређено право запосленог и рок у коме се може покренути спор против таквог решења.Да се ове одредбе не односе на новчана потраживања указују и одредбе чл.196.према коме сва новчана потраживања из радног односа застаревају у року од три године од дана настанка обавезе.
Како због изложеног становишта заснованог на погрешној примени материјалног права није утврђено да ли је тужиоцима исплаћена отпремнина у складу са одредбом члана 158.Закона о раду укинуте су обе нижестепене пресуде“ (сентенца из решења Врховног касационог суда Рев 390/10 од 29.12.2010.године утврђена на седници Грађанског одељења од 12.3.2012. године. Ова сентенца је објављена у Билтену Врховног касационог суда број 1/12 Београд стр.136/7

почетни фрагменат његове одредбе члана 195. став 1. Закона гласи: Против решења којим је повређено право запосленог.

У складу са овом правном нормом предмет судске заштите може бити свако решење којим је одлучено о правима, обавезама и одговорностима, а небитна је врста права која је његов предмет.

Слово ове норме користи родни појам: право запосленог. Експлицитни садржај је скуп битних елемената одређеног појма. Појам право запосленог обухвата два битна елемента : права из радног односа (објективни елеменат) и да је његов имаоник запослени (субјективни елеменат). Однос тога појма (право запосленог из радног односа) и појмова као што су право на годишњи одмор, право на зараду, право на отпремнину, право на регрес и слично је однос родног појма и појмова врсте од који први својим садржајем обухвата сваки од тих појмова (одређено право запосленог), али се на њега не своди. Не своди, јер је по садржају шири. Ради тога је погрешан је редукционизам када се радни појам права запосленог своди на појам врсте. Тада родни појам изједначва са одређеним појмом који улази у његов садржај, али само као његов део. То значи да је у односу на предмет заштите права запосленог без значаја врста његова права о коме је одлучено решењем и с тим у вези и да ли је то например статусно право и/или право које гласи на одређени новчани износ. За примену правила из одредбе члана 195. став 1. ЗОР битно је искључиво:

- да је реч о праву запосленог;

- да је надлежни орган о томе праву донео решење;

- да је запосленом то решење достављено;

- и да запослени сматра да је тим актом његово право повређено.

2. Да је меродавна врста права о коме је решењем надлежног органа послодавца одлучено за одговор на питање шта може бити предмет судске заштите права запосленог то би било и назначено у слову ове норме тако што би уместо назначеног родног појма био употребљен појам врсте. Пошто тако није поступљено, свако супротно тумачење не одговара правом значењу одредбе члана 195. став 1. ЗОР.

3. Опонент би овде могао да приговори користећи аргумент о праву на одговарајуће место на ранг листи реда првенства за доделу стана или листи редоследа вишка запослених које такође неможе бити предмет

судске заштиите. Међутим, када се користи тај разлог непримећује се разлика између одређеног права као правног овлашћења и средства правне технике као начина на који се долази до одлуке о одгварајућем правном овлашћењу. Пошто се кроз контролу одговарајућег овлашћења постиже и контрола начина на који се је до њега дошло нема разумно прихватљиве потребе да се средство/односно поступак које/и је/су употребљен/и да би се дошло до правног овлашћења.

4. Право запосленог може бити повређено решењем надлежног органа послодавца, а да ли је оно законито, или не ствар је судске контроле по тужби запосленог у словом закона одређеном року.

5. Суд без контроле решења које садржи одлуку о праву на отпремнину по одговарајућем правнозаштитном захтеву не може утврдити да ли је тим актом остварена повреда права запосленог или не.

6. Правноснажни појединачни акт је изван судске контроле, јер је изостао благовремени захтев на ту тему. То значи и да суд по захтеву за новчано потраживање мора поштовати утврђења присутна у диспозитиву тога акта којим је решено о постојању, односно непостојању права чије се испуњење захтева.

7. Право запосленог на судску заштиту се заснива по слову назначене норме на кумулативно присутним правно важним чињеницама:

-да је надлежни орган послодавца решењем одлучио о праву запосленог;

-и да запослени сматра да је тим решењем повређено његово право. Није битно да ли је при томе надлежни орган прекорачио своје овлашћење, јер то мора бити проверено у поступку контроле тог акта. То важи и онда када је надлежни орган противправно преузео надлежност у *ex lege* резервисаним случајевима за сагласну аутономију воље послодавца и заосленог.Томе у прилог и то што је на тај начин такође повређено право запосленог, а да ли ће се то правно вредно утврдити зависи од контроле решења које садржи одлуку на ту тему.

8. Нормативна анализа одговарајући норми Закона показује да одлука о праву на отпремнину запосленог вишка није резервисана за уговор о раду, споразум послодавца и запосленог. Таква су например право/а из одредбе:

- члана 33. Закона која дефинише шта садржи уговор о раду и на тај начин одређује она права која спадају у његов предмет и због тога су

по природи ствари искључена као предмет једностраног одлучивања надлежног органа послодавца;

- члана 45. став 2. која прописује да се уговором о раду са кућним помоћним особљем може уговорити исплата дела зараде и у натури;

- члана 48. уговор о правима и обавеза директора;

- члана 104. зараде;

- члана 118. накнада трошкова.

Такође је словом закона прописано када је надлежни орган послодавца овлашћен да одлучује о правима запосленог. То су сва она његова права која нису резервисана за уговор или други облик сагласно изражене воље послодавца и запосленог. Укатегорију тих права спада и право на отпремнину.

Пошто словом закона одлучивање о праву на отпремнину није примарно резервисано за споразум у случају изостанка сагласних изјава воља на ту тему, а није ни за уговор о раду следи да је одлучивање на ту тему поверено послодавцу. Исто важи и за друга права по основу којих запослени активира своје потраживање, као што је например право на отпремнину због остваривања права на пензију или право на јубиларну награду.

У свим случајевима у којима утврђење права, обавеза и одговорности није по слову закона резервисано за уговор о раду, односно споразум послодавац и са становишта примене материјалног права нема сметњи да своју одлуку материјализује доношењем решења које садржи појединачну правну норму о праву.

9. Када послодавац исплати одређени новчани износ по основу отпремнине без доношења решења на ту тему тада то није негација става који се заступа у овом чланку. У том случају исплата новчаног износа по основу отпремнине је облигациона радња која је учињена у циљу испуњења назначене обавезе. То подразумева и да је послодавац запосленом признао право на отпремнину у вредности исплаћеног новчаног износа, и у суштини на тај начин извршио своју одлуку. За случај да запослени сматра да је на тај начин повређено његово право на отпремнину мора активирати правнозаштитни захтев користећи правило из става 1. члана 195. ЗОР које гласи: кад је запослени сазнао за повреду права. За случај да то

не учини наступила је преклузија у основу па ће правна последица бити негативна одлука по тужбеном захтеву због испуњења обавезе.

10. Одредба члана 195. ЗОР користи исказ: решење којим је повређено право запосленог, или кад је запослени сазнао за повреду права. На тај начин посредно се дефинише правило по коме се вреднује да ли одређени акт или фактичка повреда права под којим условима може бити предмет судске заштите. Један од тих услова је и благовремено поднета тужба. То чини неоснованим закључак о недозвољености судске заштите када је њен предмет решење које садржи одлуку о праву на отпремнину за које запослени сматра да је тим актом повређено његово право на отпремнину било у погледу постојања самог права у предходно наведеном значењу или његовог обима.

11. Запослени мора у одређеном року активирати контролу решења којим је одлучено о његовом праву на отпремнину па и када је реч о његовом обиму.Тиме се не пориче дејство застарелости већ се само инсистира на значају одлуке о праву на отпремнину и правном путу који запослени мора да искористи да би избегао правне последице преклузије када није искористио одговарајући правно заштитни захтев.

12. Када запослени сматра да му је погрешно одређен обим права на отпремнину тада он сматра да је на тај начин повређено његово право. То је још један про због кога запослени који се је нашао у овој ситуацији мора употребити правно заштитни захтев чији је циљ судска контрола решења са овом темом.

13. Не може се истицати :да је запосленом повређено право код одређивања висине отпремнине било због њеног погрешно извршеног обрачуна, одређене основице, односно других елемената који су у функцији дефинисања висине отпремнине и истовремено занемарити да постоји правноснажно решење којим је о томе супротно одлучено. На тај начин се упада у неразрешиве антиномије. Тада се такође расправља о праву на отпремнину, а не о њеном потраживању па се и зато неможе занемарити учинак појединачног правног акта који садржи говор на ту тему нити тврдити да када се вреднују те чињенице да се то чини у односу на потраживање отпремнине.Назначене правно важне чињенице у погледу права на отпремнину су без значаја у односу на њено потраживање, а то важи и обрнуто.

14. Усвојити захтев за исплату отпремнине и ако запосленом решењем то право није признато или је то учињено у мањем обиму значи

тврдити да је то решење незаконито и истовремено дозволити његов опстанак у правном саобраћају. Други начин је прећутати да тај акт постоји. У оба случаја резултат је исти: створена је контрарна ситуација- понашање противно праву.

То истовремено значи и да из тачне премисе: да се на новчано потраживање односи рок застарелости извести погрешан закључак: да постоји само потражиање отпремнине не осврћући се на одговор на питање: да ли, или не постоји право на отпремниину и још да је о том праву одлучено правноснажним решењем послодавца. То је погрешно, јер се на тај начин елиминише решење о праву на отпремнину и ако се ради о два различита правна овлашћења која се засновају на различитим претпоставкама диспозиције и где овлашћење на тражбину не може нити оправдати нити елиминисати постојање самог права на отпремнину.

15. Одсуство права на отпремнину води непостојању његове тражбине, али обрнуто правило не важи. Антиномија се зато мора уколонити вредновањем назначеног решења као меродавног у овој ситуацији у погледу постојања, односно непостојања права на отпремнину и његовог обима.

16. По захтеву за исплату отпремнине морају се утврдити чињенице које не додирују потраживање отпремнине. То су оне правно важне чињенице од којих зависи одлука о праву на отпремнину, а не о праву на њено потраживање.При одлучивању о том праву не може се ни са овог разлога избећи ни присуство решења о отпремнини.

17. Када опонент истиче небитност решења о праву на отпремнину које носи атрибут правноснажности (није битно да ли то чини изричито или прећутно) инсистира на редукцији права на отпремнину на њену тражбину и негира правну сигурност пошто се на тај начин ликвидира *ad hoc* правноснажни појединачни правни акт супротно прописаној процедури у којој се то може учинити и то не његовим уклањањем из правног саобраћаја већ занемаривањем његовог учинка.

Тако се поступа супротно и правилу да правни акти који су правноснажни више не могу бити испитивани у погледу своје законитости осим по ванредним правним лековима, а овде о томе није реч.

18. Не може се са становишта правилне примене права, а то значи и права на правично суђење порицати па и прећутно да постоји у правном саобраћају решење којим је одлучено о праву на отпремнину.

19. Томе у прилог и то што се на тај начин допушта запосленом да његов пасивизам у контроли тога решења остане без грађанско правне санкције и на тај начин му се дозвољава да по протеку рока за утврђивање његове законитости тај појединачни правни акт контролише кроз потраживање отпремнине.

20. Инсистирање на томе да се одредбе члана 195. Закона не односе на новчано потраживање је тачно, али небитно.Небитно јер не води рачуна о разлици између права на отпремнину и потраживања отпремнине. Када је реч о потраживању отпремнине важе правила о застарелости потраживања и то у погледу рока правило из одредбе члана 196. ЗОР а у односу на застарелост, почетак застарелости, наступање застарелости, прекид и застој правила из одредбе чл. 360-370 ЗОО и његове одредбе чл. 380-393. Међутим њихова примена је искључена у односу на одлуку о праву.

21. Када се не примењују правила о застарелости прописује одредба члана 370. ЗОО која гласи: Правила о застарелости не примењују се у случајевима кад су у закону одређени рокови у којима треба да се подигне тужба или да се изврши одређена радња под претњом губитка права.

Поштујући ову правну норму неће се применити рок застарелости када је у питању контрола решења о праву на отпремнину, јер тада важи правило из одредбе члана 195. Закона пошто је том нормом прописан рок у коме запослени може да подигне тужбу, као што ће у погледу застарелости потраживања бити у примени правило из његове одредбе члана 196[25].

22. Овде се са становишта примене права и не може јавити назначена дилема, јер су назначене норме чл. 195. и 196. ЗОР јасне потпуне и прецизне. Последица њихове примене је да се пропуштањем рока из одредбе члана 195. ЗОР да се побија решење о отпремнини губи право на отпремнину изван тим актом утврђеног права и његовог обима, док се са наступањем застарелости губи само право на његово принудно остваривање - губи се овлашћење на потраживање а не и само право. Застарелост се односи на захтев за испуњење, а не на право на отпремнину.[26]

---

[25] Видети потпуније у чланку Боривоја Живковића: *Застарелост потраживања из радног односа,* Зборник радова са Саветовања правника 1-3.октобар 2009. Златибор, Социјална права и економска криза Дванести Златиборски правнички дани стр.337-344

[26] „Од застарелости треба разликовати губљење субјективних права услед невршења када је закаснело остваривање права, иако није истекао рок застарело-

На то подсећа и налов одредбе члана 196. ЗОР који гласи: „Рокови застарелости потраживања из радног односа“ и у њеном почетном фрагменту употребљен исказ: сва новчана потраживања из радног односа што је синоним за овлашћење на захтев за испуњење из облигационог права. То је још један разлог који указује на разлику потраживања отпремнине од права на отпремнину где делују преклузивни рокови када је решењем одлучено о том праву.

23. Томе у прилог и правна пракса и с тим у вези инсистирање на једнаком поступању у истим ситуацијама. У истоврсној ситуацији са становишта овлашћења суда да решава о новчаном потраживању када је решењем утврђено право на плату професионалног војника и висина плате постоји и другачије правно схватање чија је суштина да је тада суд везан тим појединачним правним актом.[27] Кључни елементи су у обе ове ситуа-

сти, противно начелу савесности и поштења“ *Коментар Закона о облигационим односима*, Редаактори Проф. Др Слободан Перовић и Проф.др. Драгољуб Стојановић књига прва, Издавачи :Културни центар Горњи Милановац и Правни факултет Крагујевац стр.910

[27] О томе се изјашњава и ова одлука Уставног суда: Уставни суд наглашава да је донео велики број одлука којима је одбио као неосноване уставне жалбе подносилаца –професионалних војних лица, изјављене против пресуда донетих у парничном поступку којим су одбијени тужбени захтеви ради накнаде материјалне штете на име разлике између исплаћених плата и припадајућег износа плате коју су остварили као професионална војна лица (видети поред осталих Одлуку Уставног суда Уж-284/2007 од 22.децембра 2009.године).Уставни суд је утврдио да се образложења тих пресуда заснивају, у суштини, на истим разлозима на којима су засноване и одлуке надлежних судова по тужби подносиоца уставне жалбе.Наиме, у образложењу пресуде Врховног суда Србије Рев.1796/06 од 07.02.2007.годинеза коју је у одлуци Уставног суда Уж.284/2007 од 22.децембра 2009 године утврђено да је заснована на уставно прихватљивом тумачењу меродавног права, је наведено:да је другостепени суд правилно применио материјално право кад је одбио тужбени захтев тужилаца ;да појединачно решење надлежног старешине о висини плате представља управни акт, јер се тим решењем утврђује право нас плату професионалног војника и висина плате;да је законитост наведених решења и правилност обрачуна плате не може оцењивати у парничном поступку, већ искључиво у управном поступку и управном спору, да је у конкретном случају исплата тужиоцима вршена на основу правноснажних и коначних решења и да су плате редовно исплаћиване у висини утврђеној одлуком надлежног органа“ (Одлука Уставног

ције исти. То су право које се исказује у одређеном броју новчаних јединица, решење о том праву, његова правноснажност и утицај тога појединачног правног акта на основаност потраживања.

24. *Mutatis mutandis* исто важи и када послодавац и запослени закључе споразум који садржи клаузулу о праву запосленог вишка на отпремнину. У тој ситуацији суд је везан за садржај споразума и не може избећи његово дејство нити запослени има капацитет да успешно у његовом присуству захтева например већи износ отпремнине позивајући се на погрешан обрачун и/или примену меродавне правне норме. Да би запослени који се је нашао у овој ситуацији остварио већи износ по основу отпремнине од њене вредности из споразума он мора уклонити тај правни посао из правног саобраћаја. У правној пракси такође није спорaн учинак закљученог споразума између послодавца и запосленог који садржи клаузулу о отпремнини на успешан правнозаштитни захтев запосленог за исплату отпремнине, па није јасно зашто се различито поступа када је реч о решењу које садржи одлуку о праву на отпремнину.

26. Не може се у овој правној ситуацији која је предмет нормативне анализе, са становишта примене права искључити из чињеничног основа (доњег судског силогизма): правноснажно решење о отпремнини, јер оно садржи одлуку о праву на отпремнину и његовом обиму и делује у правном саобраћају док се не елиминише. Решење на ову тему мора бити елиминисано на правно дозвољен начин и у ex lege прописаном року, а не тврдњом да такав појединачни правни акт не делује, јер је реч о потраживању отпремнине.

27. Тачно је да се на потраживање отпремнине односи рок застарелости, а не преклузивни рок. Та тврдња међутим не води рачуна о предходној појмовној разлици права на отпремнину и њеног потраживања и с тим у вези да сваки од назначених института(преклузија и застарелост) имају своју примену посебно у односу на свако од назначених овлашћења. Преклузивни рок се односи на решење којима је одлучено о праву на отпремнину, а рок застарелости на њено потраживање.

28. Овде би опонент могао да приговори да услов да би запослени остварио новчано потраживање по неком од основа из радног односа није постојање решења којим је одлучено о његовом праву. То није од значаја. За супротно користи разлог да у ситуацији када послодавац и поред тога

суда Србије Уж.бр.1767/2009 од 19.4.2012.године објављена у „Службеном гласнику РС 53. од 24.5.2012.године)

што је могао да испуни обавезу исплатом отпремнине је донео решење којим је одлучио о праву запосленог односно његовом обиму и тај појединачни правни акт доставио запосленом тада се не може занемарити да он делује у правном саобраћају и да је њиме уређен однос између послодавца и запосленог. Поред тога и исплата новчаног износа по основу отпремнине подразумева да је томе предходила његова одлука на ту тему која је само на други начин материјализована.

29. Суд нема основ у слову закона да одбаци тужбу тужиоца чији је тужбени захтев поништај решења којим је одлучено о праву на отпремнину и његовом обиму.

Управни акт о праву на отпремнину и потраживање отпремнине

Mutatis mutandis исто важи када се ради о решењу којим је одлучено например о праву на плату или отпремнину државног службеника На то упућује одредба члана 140. став 1. овог Закона о државним службеницима.[28] Према садржају ове норме о правима и дужностима државног службеника руководилац одлучује решењем, ако овим или другим законом или другим прописом није друкчије одређено уз примену правила о пренетом овлашењу на супситута у смислу става два ове одредбе. У присуству ове и његове одредбе члана 142. која прописује да жалбена комисија одлучује о жалбама државних службеника на решења којима се у управном поступку одлучује о њиховим правима следи да се и у овој радној средини прави разлика између одлуке и праву и потраживања и да је суд по тужби државног службениика у парници када одлучује о потраживању,ако о томе није одлучено у управном спору, везан одлуком о праву садржаном у правноснажном појединачном правном акту.

Циљ управног спора је заштита права лица које је поднело тужбу кроз вредновање законитости оспореног појединачног правног акта или ускраћивања његовог доношења (главни захтев). Ради тога ако је то оспоравање изостало односно предходно контрола у управном поступку,осим у случају када је она по самом закону искључена тада је то лице везано дејством тога појединачног правног акта и у њему садржаном појединалном правном нормом у значењу одлуке о праву.

[28] Видети одредбе члана 140-142. Закона о државним службеницима("Службени гласник РС", бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009)

Парнични суд је зато када одлучује о тужебеном захтеву везан за правноснажни управни акт којим је о управној ствари решено. На тај начин је решено предходно питање и тај акт зато суд у парници мора узети у обзир[29] То објашњава и решење из одредбе члана 16. Закона о управним споровима када се у управном спору може тражити повраћај ствари и накнада штете. То је тада акцесорни спор о коме се решава у управном спору нужно уз контролу управног акта када је такав тахтев постављен и када чињенице поступка пон оцени суда који репава управну ствар дају довољно основа за одлуку на ту тему.[30]

Закључак

Право на отпремнину треба разликовати од њеног потраживања, јер је реч о два различита правна овлашћења која се заснивају и на различитим материјалним претпоставкама. Субјективно право на отпремнину је овлашћење запосленог да се понаша по диспозицији у циљу остваривања свог правно заштићеног интереса. Тада отпремнина има статусни карактер и самостално утиче на валидititет једнострано раскинуте радно-функционалне везе независно од тога да ли су испуњени остали услови да запосленом вишку буде отказан уговор о раду. Супротно потраживање отпремнине је овлашћење на правнозаштитни захтев запосленог као повериоца према послодавцу као дужнику обавезе. Тврдити да то што је потраживање отпремнине везано за институт застарелости искључује примену судске заштите против решења којим је одлучено о праву на отпремнину и обиму тога права представља погрешан правни редукционизам. Застарелост се везује за потраживање отпремнине, а право на отпремнину је засновано на другим материјалним претпоставкама. Не може се занемарити правноснажно решење на ту тему а да се не упадне у неразрешиве антиномије чији је резултат признавање права на отпремнину супротно садржају одлуке на ту тему присутне у диспозитиву правноснажног појединачног акта. Тај појединачни правни акт важи под претпоставком необоривости па је зато меродаван у погледу одлуке о праву на отпремнину

[29] Видети Зоран Томић *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом* Београд 2010. стр. 126. Исто Пресуда Окружног суда у Новом Саду Гж.760/2007 од 06.2.2007. године објављена у истом Коментару стр. 126/7

[30] Видети одредбу чл. 16. Закона о управним споровима („Сл. гласник РС“ 111/2009. У тексту ЗУС

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Реферат
Апелационог суда у Крагујевцу

Божидар Вујичић,
судија Апелационог суда у Крагујевцу

УЈЕДНАЧАВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ГРАЂАНСКОПРАВНОЈ МАТЕРИЈИ - ПРОБЛЕМИ И МОГУЋА РЕШЕЊА

I - Увод

Правници моје генерације са појмом „Судска пракса“ први пут су се срели на првој години Правног факултета када нам је професор Радомир Лукић, кроз предавања из Увода у право говорио да „Судска пракса није извор права, као што то неки узимају, иако је фактички врло слична извору права, јер се судови дотле док ту праксу усвајају, држе као да је она заиста извор права“[1]. Професор Лукић нам је дао и дефиницију Судске праксе рекавши да: „једнако поступање судова – тј. доношење увек истих пресуда за истоветне случајеве назива се Судском праксом“. Тридесетак година касније пишући уводни реферат за Билтен Врховног суда Србије, професор Зоран Ивошевић говори да „Судску праксу у ужем значењу чине одлуке, ставови, мишљења, схватања и други производи судског рада којима се обезбеђује јединствена примена прописа“[2]. Без обзира што смо учени да Судска пракса није извор права и да су „Судови увек слободни да од ње одступе“, како је то говорио професор Лукић, касније када смо постали судије решавајући поједине спорове покушавали смо да дођемо до одлука неког другог суда у сличним ситуацијама. На тадашњем нивоу комуникација то је било врло тешко и споро. Треба рећи да смо ми тако поступали, углавном не због тога што смо сматрали да све судске одлуке у истој чињеничној и правној ситуацији морају да буду исте због једнаке заштите грађана, него пре свега због тога што нам је тако било једноставније да решимо конкретан спор. Када се појавио факс као новина у технолошком смислу, размена одлука између судова је постала редовна појава, а о каснијим средствима комуникације и могућностима које су

[1] Др Радомир Лукић са др Будимиром Кошутићем, *Увод у право,* издање Народне књиге, Београд 1978. год.

[2] Др Зоран Ивошевић, *Судска пракса праведног суђења,* Билтен Врховног суда Србије 4/2008

она давала у том погледу не треба ни говорити. Од тих времена, када смо више из практичних разлога пратили и проучавали праксу других судова, дошли смо до времена у коме нас Европски суд за људска права и наш Уставни суд фактички „приморавају“ да пратимо и проучавамо праксу других судова, али сада како не би смо у истој чињеничној и правној ситуацији донели другачију одлуку. На такво поступање сада нас обавезује и наш Устав. Дакле, у периоду од тридесетак година било је нужно да се од схватања, да се нешто ради из практичних разлога дође до схватања да се то исто мора радити и то не само због конкретних санкција које прете, због другачијег поступања, него зато што је то нужно, јер само на тај начин судови ће обезбедити једнаку заштиту права грађана која је зајемчена чланом 36. Устава Србије и одговарајућим одредбама Европске конвенције о људским правима. Скоро свакодневно добијамо одлуке Европског суда за људска права или Уставног суда Србије у којима се утврђује да је неком нашом пресудом повређено људско право на правично суђење, односно право на једнаку заштиту права. То показује да нам је судска пракса неуједначена, да нам и судови крше људско право на правично суђење, односно право на једнаку заштиту права. Такво поступање судова је вишеструко штетно и то не само што се тиме ствара конкретна материјална штета, већ и због тога што то код грађана изазива правну несигурност, незадовољство и сл, а у ширим размерама о Србији ствара слику као о земљи у којој не влада право.

Овај рад има за циљ да скрене пажњу на овај проблем уопште, а потом и да укаже на читав низ конкретних и практичних проблема и понуди нека решења. Пошто је тема преширока велики су изгледи да ће рад остати недовршен, несвеобухватан, да ће неке проблеме само отворити не нудећи решења и да због свега тога неће ни бити у потпуности схваћен. Међутим, свестан проблема који је пред нама преузимам ризик свега тога јер је много важније да почнемо озбиљно да разговарамо о потреби уједначавања судске праксе, него да ли ће се овај рад некоме допасти или не.

Нормативно теоријски основ

Иако се овај рад бави практичним питањима, није могуће заобићи нормативно теоријску подлогу. Оно до чега сам ја успео да дођем показује да за уједначавање судске праксе постоји солидна нормативна подлога која утврђује потребу за тим, али да је та подлога код утврђивања поступка, начина, надлежности, односно која би дефинисала ко, како и шта тре-

ба да ради, недовољна, а и оно што има је углавном непрецизно и неусклађено. Што се тиче теоријских радова њих скоро да и нема.

С обзиром да судови штите слободу и право грађана најопштији основ за усаглашавање судске праксе налази се у Европској конвенцији о заштити људских права и слобода и то у члану 6 који гарантује право на правично суђење, па и у члану 14. који забрањује дискриминацију. На те две одредбе се најчешће и позива Европски суд за људска права у својим одлукама. Наш Устав[3] у члану 36. став 1. јемчи једнаку заштиту права пред судовима и другим државним органима, имаоцима јавних овлашћења и другим органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе, али истовремено предвиђа и поступак за отклањање повреде овог права. Закон о Уставном суду[4] прецизира поступак заштите права. Закон о уређењу судова[5] код формирања судских одељења посебан члан 38. посвећује формирању одељења судске праксе чији је задатак да прати и проучава праксу судова и међународних судских органа и обавештава судије, судијске помоћнике и судијске приправнике о правним схватањима судова. Закон даље разрађује поступак у Врховном касационом суду када се усвајају начелни правни ставови који су обавезни за сва већа у суду, а ти ставови се усвајају када између већа настане несагласност у примени прописа или када нека одељења одступе од начелно правног става или када седница одељења не може да усвоји правно схватање. Иако закон не говори о уједначавању судске праксе, јасно је да је поменута делатност Врховног касационог суда управо усмерена том циљу. Закон о парничном поступку[6] уређује поступак за решавање спорног правног питања, што је веома значајно за уједначавање судске праксе. Судски пословник[7], поред одредби о формирању Одељења судске праксе, делокругу рада, начину решавања спорних питања и др, садржи и одредбе у чл. 199. и 200. које утврђују и конкретна овлашћења Одељења судске праксе у случајевима када то одељење процени да је у одлуци суда дошло до одступања од

[3] Устав Републике Србије („Службеник гласник РС“ 98/06)
[4] Закон о Уставном суду (“Службени гласник РС“ 109/07 и 99/11)
[5] Закон о уређењу судова („Службени гласник РС“ 101/11)
[6] Закон о парничном поступку („Службени гласник РС“ 72/2011)
[7] Судски пословник („Службени гласник РС“ 110/09, 70/11 и 19/12)

праксе суда. Убрзо по формирању Одељења судске праксе у Апелационом суду у Крагујевцу и након што је оно почело да ради, јављали су се проблеми, јер се појавило мишљење да Одељење судске праксе не може да задржава одлуке већа, јер би се тиме угрозила уставна одредба о независности судије из члана 149. Устава. Иако је овакво схватање неприхватљиво, ипак се показало да има пуно ствари које заиста нису дефинисане: тако се није знало шта уопште значи да је нека одлука одступила од судске праксе, ко то константује, односно утврђује, какав је поступак и томе сл. Да би смо решили оваква питања донели смо техничко Упутство о раду Одељења судске праксе 22.2.2012. године као део нормативне подлоге у коме је наведено између осталог:

- да ако руководилац судске праксе нађе да у одлуци суда постоје одступања из члана 200. Судског пословника или да постоје техничке грешке или да је одлука нејасна, задржаће предмет,

- да одступање постоји ако се у одлуци одступа од праксе тог суда или праксе непосредно вишег суда или опште прихваћених ставова суда, као и у чему се састоје техничке грешке

- да се о запажањима и примедбама сачињава белешка уз коју руководилац судске праксе предмет доставља судији извештиоцу који је дужан да о томе одмах упозна веће,

- да у случају да веће не уважи примедбе руководилац судске праксе сачињава посебан реферат у коме наводи законски основ и судску праксу на којима заснива свој став и предмет доставља председнику већа који са овим рефератом упознаје веће,

- да се у случају да веће остане при свом ставу обавештава секција одељења судске праксе коју чине сви чланови одељења судске праксе који поступају у конкретној материји,

- да уколико руководилац судске праксе или веће не прихвата предлог секције о спорном питању одлучује седница одељења, а да је председник одељења дужан да закаже седницу одељења у року од 10 дана од пријема предмета.

Упутством је уређен и начин поступања седнице одељења али је овим упутством прописано и да правни став седнице свих судија, донет уколико веће није уважило правно схватање одељења, да правни став оба-

везује руководиоце судске праксе, а у односу на веће чији је предмет има значај као правни став Врховног касационог суда.

Прописан је и рок од пет радних дана за поступање руководиоца судске праксе, од дана пријема предмета у службу судске праксе.

Ако се пажљивије проуче одредбе нормативних аката које су напред само поменуте, несумњиво остаје констатација о њиховој неусклађености. Колико је та неусклађеност присутна можда најбоље говори чињеница да постоји чак и терминолошка неусклађеност: тако на пример помињу се начелни ставови које усваја општа седница Врховног касационог суда, а помињу се и правна схватања одељења, док ЗПП говори о решавању спорног правног питања по правилима поступка за усвајање правног става што би упућивало на закључак да одељења усвајају правне ставове. У пракси су присутни и појмови правни закључак, правно мишљење, а није ми познато да је нечим утврђено шта је шта, ко шта утврђује у ком поступку и који је значај тога - одељењима судске праксе апелационих судова доставили смо иницијативу за терминолошка усаглашавања. У предлогу је између осталог изнето да би правни закључак у односу на начелни правни став, правно схватање односно правни став био мање обавезујући, да се не би усвајао на бази писаних реферата, већ би се доносио на седници судског одељења укључујући и одељење судске праксе на основу усмених излагања. Њиме би се решавало текуће – хитно питање, односио би се на већи број сличних случајева који, са једне стране, нису толико сложени да би се о њима заузимао правни став, а са друге стране, због хитности решавања проблема није могуће спровести потпуну процедуру која је потребна за усвајање правног става. Овакав закључак би одговарајуће одељење увек могло да преиспита односно да се о спорном питању изјасни заузимањем правног става. Правни закључак би се могао објавити на уобичајени начин али не би имао дејство усвојеног правног става. По мишљењу аутора правно схватање и правно мишљење су синоними односили би се на став суда у конкретном предмету, поводом конкретног правног питања из тог предмета, па због тога не би имали општи значај.

Већ је поменуто да неких озбиљнијих стручних радова на тему уједначавања судске праксе и нема, односно ја их нисам пронашао. Поменути рад професора Ивошевића, *„Судска пракса праведног суђења“* један од ретких који се бави овим питањем. Има неких семинарских и магистарских радова који само узгред дотичу ову тему. Бавећи се судском

праксом у протекле две-три године постало ми је јасно зашто је све ово недовољно нормативно регулисано и зашто се о томе недовољно пише: Уједначавање судске праксе је пре свега практично питање, ради се о свакодневној делатности свих судова и судија који решавају најразличитије животне ситуације које су врло ретко идентичне. Чак и када се чини да је све исто покаже се да ипак није, јер неко није добро водио парницу у смислу предлагања доказа, предузимања адекватних парничних радњи, посебно имајући у виду нови ЗПП, странке нису истог животног доба, пола, социјално-економског стања и томе слично. Отуда је тешко утврдити обавезујућа правила поступања, јер свако правило тежи некаквој уједначености, општости. Међутим, ма како све ово било тешко морамо имати некакве заједничке путеве којим ћемо ићи према циљу који видимо у што уједначенијој судској пракси, односно у правцу једнаке заштите грађана.

III - Стање судске праксе у пракси и шта даље радити

Чињеница да имамо четири апелациона суда, више од 20 виших и више од 30 основних судова, који свакодневно „производе одлуке“, ствара реалну основу да те одлуке не само не буду усклађене, него да буду и супротне. Међутим, појаву различитих судских одлука никако не треба везивати пре свега за већи број судова. Није редак случај да различите одлуке доноси исти суд па чак и исто веће или исти судија појединац. Хегел је говорио да су математика и право две најегзактније науке: математика зато што математички проблем има једно решење, а право зато што постоји само једна истина. Одавно смо прихватили да судска одлука не мора бити праведна већ законита, а праведно и законито нису увек исто. У последње време закони нам кажу да судска одлука не мора бити ни материјално истинита, што би значило да судска одлука не мора бити ни праведна ни истинита, већ законита. Иако лично и даље мислим да судска одлука треба да је и законита али и праведна и истинита, задату тему треба да обрадим са аспекта законитости судске одлуке и усклађивања судске праксе у том случају (Мишљења сам да би судске одлуке свакако биле уједначеније ако би оне морале да буду и праведне и истините, ма како истина и правда биле неодређене категорије, јер не може бити доброг судије без урођеног или временом стеченог осећања за правду и истину).

Пошто смо прихватили дефиницију циља судске праксе које нам је дао професор Лукић, очигледно је да је прво и основно питање шта су то

истоветни случајеви у којима би судски одлуке морале да буду исте. Наш Уставни суд у низу својих одлука које су донете по уставним жалбама због повреде права на једнаку заштиту права зајемченог одредбом члана 36. став 1. Устава Републике Србије, говори о различитом поступању судова поводом исте чињеничне и правне ситуације, при чему тај суд анализом спорне судске одлуке и њеним поређењем са неким другим судским одлукама утврђује да ли се ту ради о истој чињенично-правној ситуацији. При томе Уставни суд пред собом има конкретне судске одлуке које анализира са напред изнетог аспекта. Скоро на исти начин поступа и Европски суд за људска права. Оно што би се могло уочити као разлика између одлука Европског суда и нашег Уставног суда је да Европски суд констатује да није у његовој надлежности да процењује који су стварни исход требало да имају парнице подносилаца представки (предмет Винчића и других против Србије). Наш Уставни суд у неким одлукама (Уж-1767/2009) прихвата исти став али у низу других одлука Уставни суд се изјашњава и о томе које су судске одлуке правилне улазећи тако у материјалноправна питања (Уж-3778/2011), са налогом суду да понови поступак (основ за понављање поступка у оваквим случајевима Апелациони суд у Крагујевцу је нашао у члану 426. тачка 12. ЗПП у вези члана 104. Закона о Уставном суду, без обзира што овде нема конкретног предлога из члана 428. став 1. ЗПП). Нећу да улазим у питање да ли Уставни суд треба да налаже редовном суду да у одређеном року поново одлучи ако већ постоји одредба члана 426. тачка 12. ЗПП, по којој је одлука Уставног суда донета по уставној жалби, којом се утврђује повреда људског права зајемченог уставом, основ за понављање поступка. Такође, не улазећи у питање да ли Уставни суд треба да се бави материјалноправним аспектима одлука редовних судова и да на тај начин усклађује судску праксу или би он требало да само констатује повреду уставом зајемченог права, а да потом Врховном касационом суду препусти уједначавање судске праксе, јер то излази из оквира ове теме, само ћу рећи да у методу рада код усклађивања судске праксе нужна је анализа судске одлуке. Та анализа, то поређење треба да одговори на питање да ли се ради о истој чињенично-правној ситуацији и да ли су судске одлуке идентичне. То је без сумње сложена операција и захтева студиозан рад за шта данас нажалост углавном нема довољно времена.

У свим већим судовима формирано је одељење судске праксе у грађанској материји, с тим што је негде посебно формирано и одељење судске праксе за радне спорове. Однос према делокругу рада овог одеље-

ња је различит: неке судије, односно већа полазе од раније поменутог уставног начела о независности судије из чега, по њиховом мишљењу, произилази да се одлука суда не може доводити у сумњу осим у поступку по правним лековима. Са друге стране има судија – већа која олако препуштају одељењу судске праксе да оцењује одлуку и уколико је пропусти добро је, а ако је не пропусти онда мора дати разлоге зашто је одлуку задржало, на тај начин практично упутити веће у ком правцу треба одлуку донети, а веће онда по томе поступа. Јасно је да ни једно ни друго није добро. Одељење судске праксе заиста није надређено судијама – судским већима у смислу контроле судске одлуке, али са друге стране то одељење није ни дужно да усмерава рад већа у конкретном предмету, посебно није дужно нити сме да утиче на доношење одлуке већа, односно да преузме улогу судећег већа. Колико ми је познато, скоро у свим судовима постоји проблем на релацији судска пракса – судска већа и због тога нико од судија не жели да се бави судском праксом, а основни разлог ових спорења управо потиче због неразумевања улоге одељења судске праксе. Наиме, основно је да би се уједначавањем судске праксе суд морао бавити у моменту када доноси своју одлуку, а не касније пошто је судска одлука већ донета. Дакле, када судија израђује одлуку, он већ тада мора да има у виду ставове који су заузети у ранијим судским одлукама у истој чињеничноправној ситуацији. Одељење судске праксе у тој фази има улогу да судећем већу пружи податке о постојећим судским одлукама, ставовима који су утврђени и слично, како то предвиђа члан 27. став 2. Судског пословника. Ако веће испоштује устаљену судску праксу, наравно уз поштовање материјалних и процесних норми, утврди чињенично стање и на бази тога донесе одлуку неће бити проблема да таква одлука буде експедована из суда и мора се нагласити да је ово најчешћи случај. (од почетка рада Одељења судске праксе у Апелационом суду у Крагујевцу, то одељење се бави и пословима који нису непосредно везани за уједначавање судске праксе. Наиме, нарочито у првој години рада сва већа су била претрпана предметима. У жељи да се реши што већи број предмета, дешавало се да се у одлукама судова појаве неки други пропусти и то почев од најпростијих грешака у куцању, преко пропуста у форми пресуде, па ди озбиљних пропуста процесног или материјалног карактера. Тако се дешавало да се поново укине раније већ једном укинута првостепена пресуда, да се суд не позива у својој одлуци на материјално право, да се не одлучи у целини по изјављеној жалби или да се одлучује о нечему што није ожал-

бено, да се не оцене жалбени наводи и слично. У таквим случајевима Одељење судске праксе је интервенисало из простог разлога што није имао нико други да то уради, а радило се о одлукама које са таквом садржином не би смеле да изађу из суда. С обзиром да су овакве интервенције одељења судске праксе од судећих већа радо прихваћене, такав начин рада је остао и даље иако судска већа данас нису више толико оптерећена предметима. Ово свакако додатно отежава рад судској пракси.

Међутим, судеће веће може да се не сложи са неким ранијим одлукама или са већ устаљеном праксом тог или неког другог суда јер сматра да та ранија одлука, односно пракса је погрешна. Веће је наравно увек дужно да уради своју одлуку јер га на то обавезује закон и утврђени рокови и оно не може да чека да се спорно питање разреши. У осталом, без одлуке већа не може бити ни спора око поштовања судске праксе, с тим што су код другостепених одлука за судску праксу битне само правноснажне одлуке, односно оне којима се првостепена пресуда потврђује или преиначава. Професор Лукић, као што смо раније поменули, је сматрао „да се судови не држе судске праксе зато што је она за њих обавезна, него што сматрају да треба да је се држе и увек су слободни да од ње одступе“. Разјаснили смо да сада то тако није могуће јер увек постоји могућност да одлука суда која одудара од устаљене праксе буде заустављена већ у истом суду или да се касније преиспитује по уставној жалби. Пошто је у Упутству, које је прилог овом раду, наведено на који начин поступа Апелациони суд у Крагујевцу када нека одлука одступа од праксе, нећу то овде понављати. Оно на шта се мора скренути пажња је како поступати ако је ранија одлука или пракса заиста погрешна, односно да ли је суд дужан да се држи и погрешне праксе и ко је тај који ће рећи да је ранија пракса погрешна. Поменули смо Закон о уређењу судова који Врховном касационом суду поверава да се бави уједначавањем судске праксе, а показали смо и да се на известан начин тиме бави и Уставни суд. Ако су то највиши судови у земљи и пошто су њихови ставови изражени било кроз начелан правни став или правни став Врховног касационог суда, било кроз конкретну одлуку Уставног суда обавезујући могло би се поставити питање да ли уопште има смисла да нижестепени судови по неким питањима заузимају правне ставове пошто увек постоји могућност да Врховни касациони суд или Уставни суд тај став оспоре. Уз то питање је и да ли су ставови нижестепених судова за некога уопште обавезујући. Одговор на сва ова питања мора се наћи у чињеници која је раније поменута, тј. да судови свакоднев-

но „производе одлуке“, али да су сада нарочито дужни да поступају и ефикасно тј. да суде у разумном року. Онда је потпуно јасно да нижестепени судови не могу да чекају да се неко питање расправи пред Врховним касационим судом, осим када се ради о спорном правном питању, или пред Уставним судом. То одмах значи да сваки суд уједначава судску праксу у оквиру надлежности тог суда, сваки виши суд уједначава судску праксу нижестепених судова, тиме се свако од њих опредељује и у односу на ранију судску праксу, с тим што се највиши суд у земљи – Врховни касациони суд брине о уједначавању судске праксе уопште. При томе ставови виших судова би морали да обавезују нижестепене судове. Све ово би углавном могло да функционише до ставова Апелационих судова којих има четири и који могу да о неком питању имају супротстављене ставове што се до сада у пракси дешавало, при чему став једног апелационог суда не би могао да обавезује остале.

Апелациони судови су се до сада питањем усаглашавања међусобних ставова бавили на тај начин што би најпре неки Апелациони суд заузео правни став а потом тај став доставио осталим апелационим судовима који би га разматрали. На састанцима представника апелационих судова, који се одржавају само два пута годишње, би се констатовало да ли су ставови идентични по том питању након чега је Врховни касациони суд обавештаван и о идентичним али и о различитим ставовима при чему је од Врховног касационог суда тражено да практично арбитрира тамо где су ставови различити. Наравно да се Врховни касациони суд могао изјашњавати и о усаглашеним ставовима. Основни недостатак оваквог начина рада је спорост. Она је присутна и код Апелационих судова јер захтева одржавање седница грађанских одељења, писање реферата, формулисање ставова и слично, а спорост је присутна и код Врховног касационог суда јер се и ту мора испоштовати процедура, при чему чак не постоји ни формална обавеза Врховног касационог суда да се о свему томе изјасни. Ипак, мислим да би Врховни касациони суд о ставовима апелационих судова морао да се изјашњава је то произилази из његове законске обавезе да усаглашава судску праксу, а морао би да се изјасни и у одређеном року који не би смео бити дужи од рока за решавање спорно правног питања. Ако је Врховни касациони суд дужан да у року од 60 дана реши спорно правно питање које се по члану 180. ЗПП јавља пред првостепеним судом и од значаја је за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судом, онда је логично да би Врховни касациони суд морао бар у истом ро-

ку да се изјасни о спорном правном питању које је од значаја за целу земљу. Пошто је основ свега напред наведеног за сад садржан само у члану 34. Судског пословника и то у оквиру питања стручног усавршавања судија, очигледно је да се све ово мора нормативно уредити ако не законом онда бар судским пословником.

Из напред наведеног би се могао извести закључак о томе како ће да поступа суд ако се суочи са праксом другог суда за коју сматра да је погрешна. Јасно је да нижестепени суд својом конкретном одлуком не би могао да одступа од утврђених ставова вишег суда. Он може да иницира преиспитивање ставова виших судова за које сматра да су погрешни, али мора да их поштује док се не измене. То тако иде све до нивоа међусобних односа апелационих судова који онда своје ставове усаглашавају за сад на напред описани начин. Сигурно је да тај поступак треба убрзати, можда кроз формирање неког заједничког тела Апелационих судова, можда тако што би се објављивале све одлуке тих судова на сајту или бар значајније одлуке по областима или нешто слично а то би требало што пре утврдити.

Иако у озбиљном послу какав је судијски овај проблем не би смео да се појави, овом приликом се ипак треба осврнути и на њега јер га је било у пракси судова. Наиме, у циљу уједначавања судске праксе поступају и судије појединци и судска већа пре свега, потом одељења судске праксе, па грађанско одељење па заједничка седница вих судија. У том циљу се заузимају начелни правни ставови, правни ставови и друго и све то је обавезно за судије односно судска већа. Са друге стране конкретну одлуку доноси судија појединац односно судско веће, они су и по Уставу независни у примени закона а то би значило и у утврђивању чињеничног стања и тумачењу материјалног и процесног права. Судска одлука може бити цењена у поступцима по редовним и правним лековима, али може бити цењена и са аспекта права на правично суђење или право на једнаку заштиту а то значи и са аспекта усклађености појединачне одлуке у правни систем који чине и раније донете судске одлуке у истој чињенично-правној ситуацији. Отуда се не би смело поставити питање непоштовања устаљене судске праксе а ако би се то десило онда се за сад то може решавати јединио кроз дисциплинске мере, а не би имало места изузећу или искључењу судије због тога.

IV - Завршне напомене

Тема која је отворена није погодна за некакве формалне закључке. Она је више указала на проблеме, више је постављала питања него што је дала решења и одговоре. Ипак, као нешто заједничко могло би се констатовати следеће:

1. Судије у свом раду морају да воде рачуна да њихова одлука буде заснована на утврђеном чињеничном стању, да материјално и процесно право правилно примени али и да одлука не одудара од утврђених ставова судова. При томе се не сме спутавати креативност судије, његов посебан стил, јер све то може довести и до нових, бољих правних ставова, а све у циљу боље заштите права.

2. Праћење, проучавање и примена страних судских одлука мора да буде у интересу развоја и унапређењу нашег права и у интересу наших грађана, односно прилагођена нашим обичајима, моралним схватањима, менталитету и не могу се само цитирати и преписивати одлуке, без обзира ко је те одлуке донео.

3. Сам поступак усклађивања судске праксе треба боље нормативно уредити и то бар кроз допуне судског пословника одмах, а дугорочно допунама Закона о уређењу судова где би се регулисао начин усаглашавања ставова апелационих судова и још ближе разрадиле посебне обавезе Врховног касационог суда по овом питању.

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Реферат
Апелационог суда у Нишу

Зоран Ђорђевић,
судија Апелационог суда у Нишу

ПРИМЕНА ЗАКОНА О ОДРЕЂИВАЊУ МАКСИМАЛНОГ БРОЈА ЗАПОСЛЕНИХ У ЛОКАЛНОЈ АДМИНИСТРАЦИЈИ[1]

Увод

Унутрашњи извори радног права јесу Устав, закони, подзаконски акти, колективни уговори, правилници о раду, други општи акти и уговори о раду. Устав је највиши унутрашњи општи правни акт. Матични закон у области радног права јесте Закон о раду. То је општи закон који се односи на све запослене и све послодавце, ако посебним законом није друкчије одређено. У области где не постоји посебни закон примењује се Закон о раду директно. Ако посебних закона има тада се примењује делимично и супсидијарно. У појединим радним срединама, односно на одређене категорије запослених и послодаваца у примени су различити посебни закони (Закон о државним службеницима, Закон о полицији, Царински закон, Закон о радним односима у државним органима, Закон о основама система образовања и васпитања и сл). Подзаконски акти јесу прописи које доносе Влада и министарства. Влада најчешће доноси уредбе, одлуке и упутства, а министарства доносе правилнике, наредбе и упутства. Подзаконски акти се доносе ради реализације законских прописа.

Колективни уговори представљају тзв. недржавне изворе радног права. Тим актима овлашћени представници синдиката радника или њихове организације и удружења послодаваца утврђују права, обавезе и одговорности радника и послодавца, те међусобне односе лица која су уговор закључила. Према Закону о раду постоје три врсте уговора. Општи колективни уговор, посебни и уговори код послодаваца. Посебни колективни уговор се закључује за одређену област рада (делатност, грана, група или подгрупа) или за одређену територију (покрајина, град, општина), или за одређену категорију послодаваца (јавна предузећа и јавне службе), те за одређену категорију запослених као што су самостални уметници и делатници у спорту. Колективним уговором код послодавца утврђују се

[1] „Сл. гласник РС“ 104/2009

права, обавезе и одговорности запослених и послодавца између којих је закључен, а односи се на све запослене код послодавца. Правилник о раду доноси управни одбор послодавца, а када тај орган не постоји, онда правилник доноси директор или други орган пословођења. Тај акт се доноси у случају и под условима који су прописани одредбама из члан 3. став 4. Закона о раду. Уговором о раду заснива се радни однос између запосленог и послодавца, а њиме се и уређује радни однос, односно утврђују се права и обавезе запослених и послодавца између којих је закључен[2].

Закон о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији (у даљем тексту: Закон) јесте закон у области радног законодавства. Он је један од унутрашњих извора радног права. Донет је у околностима глобалне економске кризе а у циљу смањења јавне потрошње која се финансира из буџета Републике Србије. За неиспуњење обавеза послодаваца на које се односи закон у остављеним роковима, који су врло кратки, последица за послодавца је ускраћивање средстава која припадају јединицама локалне самоуправе по критеријумима из Закона о финансирању локалне самоуправе[3] за обављање изворних и поверених послова. За запослене код послодаваца на које се закон односи јесте стицање статуса нераспоређености, а након тога престанак радног односа уз признавање права на отпремнину под условима прописаним законом и на новчану накнаду за случај незапослености, у висини утврђеној у складу са прописима о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

Зато је важно посветити пажњу заштити права запослених на које се закон односи, јер све представљене околности могу увећати ризик повреда њихових права из радног односа.

Запослени и послодавци на које се закон односи

Према члану 1. Закона произилази да се њиме одређује укупан максимални број запослених у органима јединица локалне самоуправе (укључујући и органе градских општина), установама које се финансирају из буџета (осим установа у области образовања, здравства и предшколских установа), привредним друштвима и другим облицима организовања

[2] Извори, и остваривање и заштита права из радног односа- Зборник радова из 2009. године

[3] „Сл. гласник РС“ 62/2006 и 47/2011

чији је једини оснивач јединица локалне самоуправе (осим јавних предузећа), а који се финансирају из буџета оснивача (локална администрација).

Карактер Закона, као прописа у области радног законодавства и посебног закона *lex specialisimusa* у односу на матични Закон о раду, опредељен је у самом називу и у основним нормама из цитираног члана јер се њиме лимитира број запослених код одређених послодаваца и то код органа општинске и градске управе (јединице локалне самоуправе), те у појединим установама које се финансирају из буџета наведених јединица локалне самоуправе, јер је примена Закона изузета у односу на установе из области образовања, здравства и предшколских установа, а од примене закона изузета су и поједина привредна друштва, односно јавна предузећа која се оснивају за поједине делатности у погледу којих је законом прописано да се оснивају јавна предузећа.

Јединице локалне самоуправе, критеријуми за њихово оснивање, надлежности, органи и друга питања од значаја за остваривање права и дужности јединица локалне самоуправе уређени су Законом о локалној самоуправи[4]. Према одредбама тог закона локална самоуправа се остварује у општини, граду и граду Београду. Надлежности општине утврђене су чл. 20. и 22. тог закона, као и поједини послови државне управе, најчешће инспекцијски надзор из области просвете, здравства, заштите животне средине, рударства, промета робе и услуга, пољопривреде, водопривреде и шумарства.

Законом прописани послови из надлежности општине и поверени послови из надлежности државне управе остварују се преко општинске управе која се образује као јединствени орган у општинама до 50.000 становника а могу се образовати и општинске управе за поједине области у општинама са преко 50.000 становника. То произилази из одредаба чл. 52. и 53. поменутог закона.

Одредбама истог закона из чл. 65. и 66. прописано да је поред осталих органа, орган града и градска управа, која обавља послове предвиђене законом за органе општине, односно општинске управе. У смислу чл. 54, 55. и 59. општинском управом, као јединственим органом, руководи начелник који јесте постављено лице, а кад се општинска управа организује у више управа, радом управе руководи такође начелник који има статус постављеног лица. Он може имати заменика који га замењује у

[4] „Сл. гласник РС“ 129/2007

случају његове одсутности и спречености да обавља своју дужност, а који такође има статус постављеног лица. Кад се у општинској управи за вршење сродних послова образују унутрашње организационе јединице, тада руководиоце тих јединица у управи распоређује начелник. Начелник уз сагласност општинског већа доноси акт о унутрашњем уређењу и систематизацији општинске управе.

Међутим, Законом о локалној самоуправи нису регулисани критеријуми за одређивање укупно максималног броја запослених у органима управе у наведеним јединицама локалне самоуправе и с тим у вези за решавање вишка запослених. Тај закон не садржи нити одредбе о уређивању права, обавеза и одговорности из радног односа, односно на основу рада запослених код општинске и градске управе.

Одредбама наведеног закона је прописано и то да јединица локалне самоуправе има својство правног лица. То својство нема општинска и градска управа и њихове унутрашње организационе јединице (одељења, службе и сл).

Имајући у виду одредбе из члана 1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији и правила Закона о локалној самоуправи произилази да се Закон о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији односи на запослене у општинској и градској управи, односно на те управе и њихове унутрашње организационе јединице, односно општине и градове.

Према одредбама из члана 1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији он се односи и на запослене код послодаваца који јесу установе а искључиво се финансирају из буџета, привредна друштва и други облици организовања чији је једини оснивач јединица локалне самоуправе (општина и град), а који се финансирају из буџета оснивача, осим установа у области образовања, здравства и предшколских установа и осим јавних предузећа.

Јавне службе дефинисане су Законом о јавним службама[5]. Према члану 1. став 1. тог закона јавном службом сматрају се установе, предузећа и други облици организовања утврђени законом, који обављају делатности односно послове којима се обезбеђују остваривање права грађана

[5] „Сл. гласник РС“ 42/91- 99/05

односно задовољавање потребе грађана и организација, као и остваривање другог законом одређеног интереса у одређеним областима.

У смислу члана 3. наведеног Закона јавним службама сматрају се установе из области образовања, науке, културе, физичке културе, ученичког и студенског стандарда, здравствене заштите, социјалне заштите, друштвене бриге о деци, социјалног осигурања и здравствене заштите животиња. Јавним службама сматрају се и области јавног информисања ПТТ саобраћаја, енергетике, путева, комуналних услуга и друге области одређене законом, а за обављање делатности у наведеним областима оснивају се предузећа.

Према члану 1. став 1. Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса[6], јавно предузеће је предузеће које обавља делатност од општег интереса, а које оснива држава, односно јединица локалне самоуправе или аутономна покрајина. Према члану 2. тог Закона делатности од општих интереса јесу делатности које су као такве одређене законом у области производње, преноса и дистрибуције електричне енергије, производње и прераде угља, истраживања, производње и прераде и транспорта и дистрибуције нафте и природног и течног гаса, промета нафте и нафтиних деривата, железничког, поштанског и ваздушног саобраћаја, телекомуникација, издавања службеног гласила Републике Србије, информисања, издавања уџбеника, коришћења управљања заштите и унапређења добара од општег интереса (воде путеви минералне сировине, шуме, пловне реке, језера, обале, бање, дивљач), као и комуналне делатности. Делатности од општег интереса јесу и делатности од стратешког значаја за Републику, као и делатности неопходне за рад државних органа и органа јединице локалне самоуправе, утврђене законом. Делатност од општег интереса обављају јавна предузећа према члану 3. Закона, а може да их обавља и привредно друштво, односно други облик предузећа, део предузећа и предузетник, у складу са законом којим се уређује њихов правни положај, када им надлежни орган повери обављање те делатности. Други облици предузећа, део предузећа и предузетник у обављању делатности од општег интереса имају исти положај као и јавно предузеће, уколико законом није друкчије прописано. Јавно предузеће за обављање комуналне делатности или делатности од значаја за рад органа јединице ло-

[6] „Сл. гласник РС“ 25/2000, 108/2005

калне самоуправе може да оснује јединица локалне самоуправе према члану 4. истог Закона, а у смислу члана 10. тог закона јавно предузеће за своје обавезе одговара целокупном својом имовином, док други облици предузећа која обављају делатност од општег интереса за своје обавезе одговарају у складу са законом којим се уређује правни положај привредних друштава. Предузетник који обавља делатност од општег интереса за своје обавезе одговара целокупном својом имовином.

Комуналне делатности одређене су и уређени услови и начин њиховог обављања Законом о комуналним делатностима[7]. У смислу члана 2. тог Закона комуналне делатности су делатности пружања комуналних услуга од значаја за остварење животних потреба физичких и правних лица код којих је јединица локалне самоуправе дужна да створи услове за обезбеђење одговарајућег квалитета, обима, доступности и континуитета, као и надзор над њиховим вршењем.

Комуналне делатности су делатности од општег интереса. Комуналне делатности су: снабдевање водом за пиће, пречишћавање и одвођење атмосферских и отпадних вода, производња и дистрибуција топлотне енергије, управљање комуналних отпадом, градски и приградски превоз путника, управљање гробљима и погребне услуге, управљање јавним паркиралиштима, обезбеђивање јавног осветљења, управљање пијацама, одржавање улица и путева, одржавање чистоће на површинама јавне намене, одржавање јавних зелених површина, димничарске услуге, делатност зоохигијене.

Комуналне делатности из става 3. тач.1. до 4. овог члана су и делатности од општег економског интереса у смислу прописа о заштити потрошача.

Скупштина јединице локалне самоуправе може као комуналне одредити и друге делатности од локалног интереса и прописати услове њиховог обављања у складу са ставом 1. овог члана. Скоро истоветне одредбе о поменутим питањима садржи и ранији Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса.

Према одредбама Закона о јавним агенцијама[8], јавна агенција јесте организација која се оснива за развојне, стручне или регулаторске послове од општег интереса. Оснивају се ако развојни, стручни и регулаторни по-

[7] „Сл. гласник РС“ 88/2011
[8] „Сл. гласник РС“ 18/2005 и 81/2005

слови не захтевају сталан и непосредан политички надзор и ако агенција може боље и делотворније да их врши него орган државне управе, нарочито ако се у целини или претежно могу финансирати од цене коју плаћају корисници услуга. Јединице локалне самоуправе могу да оснују јавну агенцију кад су на то овлашћене својим општим актом, ако су за то остварени услови одређени законом. Права оснивача врши орган одређен њиховим актом. Јединица локалне самоуправе може јавној агенцији поверити послове из свог делокруга који по врсти и природи одговарају пословима државне управе које јавним агенцијама може поверити Република Србија. На питања која нису уређена посебним одредбама закона а односе се на јавне агенције које оснивају јединице локалне самоуправе, примењују се одредбе закона којим се уређују јавне агенције чији је оснивач Република Србија. То подразумева да се примењују одредбе о томе да јавне агенције имају својство правног лица, које се стиче уписом у регистар, да је самостална у свом раду, да директор заступа и представља јавну агенцију, руководи радом и пословањем агенције и одлучује о правима, обавезама и одговорностима запослених у јавној агенцији, и врши друге послове који су том органу стављени у надлежност законом, те да се на права, обавезе и одговорности и зараде директора примењују општи прописи о раду, ако овим или посебним законом није што друго одређено. То надаље подразумева да јавна агенција престаје да ради ако буде укинута одлуком оснивача или се правноснажном судском одлуком утврди ништавост њеног уписа у судски регистар. Подразумева и то да јавна агенција одговара за своје обавезе свом својом имовином. На јавне агенције чији је оснивач јединица локалне самоуправе примењују се и одредбе о томе да се послови који су поверени агенцији искључиво из надлежности органа општинске или градске управе могу финансирати искључиво из буџета оснивача а што даље подразумева да би се Закон о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији односио и на запослене и послодавце који су организовани у виду јавне агенције.

Закон о локалној самоуправи, Закон о јавним службама, Закон о јавним предузећима, Закон о комуналним делатностима и ранији Закон о комуналним делатностима из 1997. године, те Закон о јавним агенцијама не садрже одредбе о правима, обавезама и одговорностима запослених, односно о критеријумима за утврђивање укупног максималног броја запослених код послодаваца на које се односе и с тим у вези о критеријумима и условима за решавање вишка запослених.

Критеријуми за решавање вишка запослених код послодаваца на које се односи закон

Одредбе из члана 2. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији регулишу критеријуме за одређивање укупног максималног броја запослених на неодређено време код послодаваца из члана 1. Закона, те одступања од основног критеријума из става 1. наведеног члана којим је прописано да укупан максимални број запослених на неодређено време у локалној администрацији не може бити већи од четири запослена на хиљаде становника, према последњем попису становништва (максимални број запослених). Истовремено садрже и правила о времену до када се број запослених може смањити до укупног максималног броја запослених утврђеног законом, те правила о последицама по јединице локалне самоуправе уколико се до 31.12.2009. године не изврши смањење броја запослених на неодређено време до укупног максималног броја. О томе правила из ст. 6. и 7. члана 2. Закона прописују: "Уколико је број запослених на неодређено време у локалној администрацији већи од максималног броја запослених, усвајањем акта о систематизацији радних места до 31.12.2009. године број запослених може се смањити до максималног броја запослених. Уколико се до 31.12.2009.године не изврши смањење броја запослених на неодређено време до максималног броја запослених, јединици локалне самоуправе, почев од 01.1.2010. године, вршиће се сразмерно смањење трансфера средстава из буџета Републике Србије у зависности од броја запослених у локалној администрацији који прелази максималан број запослених у складу са овим законом".

Имајући у виду наведене одредбе, произилази да се већ у тим почетним одредбама најављује прва активност послодаваца на које се односи закон у смислу утврђивања максималног броја запослених према критеријумима закона и усвајање акта о систематизацији радних места и утврђивање вишка запослених. Остале посебности закона јесу врло кратак рок послодавцима за смањење броја запослених до максималног броја који се признаје законом, а последица за послодавца уколико неиспуне обавезу из закона у року прописаном законом јесте ускраћивање трансфера средстава из буџета Републике Србије јединицама локалне самоуправе.

Одредбе из чл. 3. Закона односе се на укупан број запослених на одређено време због повећаног обима посла, лица ангажованих по уговору о делу, уговору о привременим и повременим пословима, преко омла-

динске и студентске задруге и лица ангажованих по другим основима. Тај број не може бити већи од 10% броја запослених на неодређено време у локалној администрацији. Поледица за послодавца је умањење трансфера средстава из буџета Републике Србије јединицама локалне самоуправе за 1% опредељених месечних трансфера у текућој години за свако прекорачење у погледу броја запослених од 1%. То ограничење се не односи на установе у области културе.

Правила из чл. 4, 5, 6, 7. и 8. Закона садрже корективе чијом применом се утврђује максимални број запослених у локалној администрацији и с тим у вези корективе о висини трансфера средстава из буџета Републике Србије јединицама локалне самоуправе, те околности о роковима за смањење броја запосленихна неодређено време и стицање права на трансфер средстава по основу стимулације јединицама локалне самоуправе које након 31.12.2009. године сведу број запослених на мањи број од коначног потребног смањења применом прописаних корективa, а у смислу увећања месечног трансфера средстава.

Међутим, све наведене одредбе без значаја су за поступање у судским поступцима у парницама за оцену законитости одлука послодаваца о утврђивању статуса нераспоређености запослених за чијим радом је престала потреба после утврђивања укупног максималног броја запослених у локалној администрацији на неодређено време, а после доношења акта о систематизацији радних места и ради оцене законитости одлука о престанку радног односа лицима која су стекла статус незапослених. Нису важне ни одредбе из чл. 10, 11, 12. и 13. Закона.

За ту врсту спорова јесу битне одредбе из члана 9. Закона, јер се оне примењују за расправљање и одлучивање о тужбама за поништај наведених одлука и враћање запослених на рад. Наведеним чл. 9. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији је прописано:

"Запослени у органима јединица локалне самоуправе који након ступања на снагу акта о систематизацији радних места из члана 2. став 6. овог закона постану нераспоређени остварују права у складу са прописима којима се уређују права запослених у органима јединица локалне самоуправе (став 1).

Осталим запосленима у локалној администрацији за чијим радом престане потреба након ступања на снагу акта о систематизацији радних

места из члана 2. став 6. овог закона исплаћује се отпремнина и отказује уговор о раду у складу са законом (став 2).

Лицу из ст. 1. и 2. овог члана исплаћује се отпремнина за сваку навршену годину рада у радном односу у висини трећине његове плате, односно зараде, с тим што се под том платом, односно зарадом сматра његова просечна месечна плата, односно зарада која му је исплаћена за последња три месеца која претходе месецу у коме је донесено решење којим је утврђено да је постао нераспоређен, односно решење о отказу уговора о раду (став 3).

Лица из ст. 1 и 2. овог члана имају право на новчану накнаду за случај незапослености, у висини утврђеној у складу са прописима о запошљавању и осигурању за случај незапослености (став 4).

У поступку утврђивања статуса нераспоређеног запосленог у органу јединице локалне самоуправе и утврђивања да за радом запосленог престаје потреба у установи, привредном друштву и другом облику организовања у обзир се узимају резултати рада и имовно стање, у складу са применом општих прописа о раду и на начин и у обиму који се утврђени у тим прописима привредном друштву и другом облику организовања у обзир се узимају резултати рада и имовно стање, у складу са применом општих прописа о раду и на начин и у обиму који су утврђени у тим прописима (став 5)".

Према наведеним одредбама произилази да није истоврсна правна регулатива када се ради о запосленима у органима јединица локалне самоуправе, дакле органима општинских управа и градске управе и у установама које се финансирају из буџета наведених јединица локалне самоуправе, те привредним друштвима и другим облицима организовања чији је једини оснивач јединица локалне самоуправе а који се финансирају из буџета оснивача. На нераспоређене запослене у општинским и у градској управи примењују се права у складу са прописима којима се уређују права запослених у органима локалне самоуправе. Осталим запосленима у ситуацији за чијим је радом престала потреба исплаћује се отпремнина и отказује уговор о раду у складу са законом, при чему се не опредељује у складу са којим законом. Обема категоријама наведених лица исплаћује се отпремнина у висини прописаној Законом о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији и признаје право на накнаду за случај незапослености у висини која се утврђује на основу критеријума

који су утврђени прописима о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

За утврђивање статуса нераспоређеног запосленог код послодаваца на које се Закон односи прописана су само два критеријума. Први критеријум су резултати рада, а други имовно стање, који се примењују у складу са применом општих прописа о раду и на начин и у обиму који су утврђени у тим прописима.

Код овакве регулативе неопходно је осврнути се на прописе на чију примену упућују одредбе из члана 9. Закона.

Устав[9] као највиши писани правни акт који је у истом нивоу са општеприхваћеним правилима међународног права, са којим морају бити усаглашени сви други унутрашњи извори права, право на рад, које јесте једно од најважнијих права човека, регулише члана 60. тако што прописује да се јемчи право на рад, у складу са законом, да свако има право на слободан избор рада, да су свима под једнаким условима, доступна сва радна места, да свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа, да се нико тих права не може одрећи и да се женама, омладини и инвалидима омогућују посебна заштита на раду и посебни услови рада, у складу са законом. Ова одредба не садржи правила о лимитирању броја запослених код било ког послодавца, те услове и разлоге за ограничење броја запослених код појединих послодаваца и с тим у вези за смањење броја запослених за чијим је радом престала потреба послодавца. То не прописује нити наредна одредба из члана 61. Устава јер се њоме прописује право запослених на штрајк и ограничење тог права само законом, у зависности од природе или врсте делатности. Међутим, прописује право на правну заштиту за случај престанка радног односа, те да се одређеној групи лица мора омогућити посебна заштита на раду, женама, омладини и инвалидима.

Матични закон у области радних односа, Закона о раду[10], јесте општи пропис у овој области. Односи се на све запослене и послодавце, јер је у чл. 1. и 2. тог закона прописано:

[9] „Сл. гласник РС“ 98/2006
[10] „Сл. гласник РС“ 24/2005 и 61/2005

"Права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, уређују се овим законом и посебним законом, у складу са ратификованим међународним конвенцијама. Права, обавеза и одговорности из радног односа уређују се и колективним уговором и уговором о раду, а правилником о раду, односно уговором о раду - само када је то овим законом одређено. Одредбе овог закона примењују се на запослене који раде на територији Републике Србије, код домаћег или страног правног, односно физичког лица (послодавац), као и на запослене који су упућени на рад у иностранство од стране послодавца ако законом није друкчије одређено. Одредбе овог закона примењују се и на запослене у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, ако законом није друкчије одређено. Одредбе овог закона примењују се на запослене стране држављане и лица без држављанства који раде код послодавца на територији Републике Србије, ако законом није друкчије одређено".

Посебни закони јесу: Закон о државним службеницима[11], Закон о радним односима у државним органима[12], Закон о полицији[13], Закон о судијама[14], Закон о јавном тужилаштву[15], Закон о основама система образовања и васпитања[16], Закон о високом образовању[17], и сви други закони који садрже правила о радним односима.

На права, обавезе и одговорности из радних односа запослених у органима јединица локалне самоуправе примењује се Закон о радним односима у државним органима почев од 1.7.2006. године, на основу члана 189. Закона о државним службеницима, а важиће док се за те органе не донесе посебан закон. Због тога, на оно што није уређено наведеним законом супсидијарно се примењује општи закон односно матични Закон о раду.

На права, обавезе и одговорности из радних односа, односно по основу рада запослених код осталих послодаваца из чл.1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији приме-

[11] „Сл. гласник РС“ 79/05- 116/08
[12] „Сл. гласник РС“ 48/91- 39/2002
[13] „Сл. гласник РС“ 101/05
[14] „Сл. гласник РС“ 116/08, 104/09
[15] „Сл. гласник РС“ 116/2008, 101/2011
[16] „Сл. гласник РС“ 75/2009, 52/2011
[17] „Сл. гласник РС“ 76/2005, 44/2010

њује се матични Закон о раду, јер је брисан члана 23. Закона о јавним службама, којим је било прописано да се у погледу права, обавеза и одговорности запослених у установама из члана 1. тог закона примењују прописи о радним односима у државним органима. Та одредба је брисана Законом о државним службеницима тако да се почев од 1.7.2006. године на радне односе у јавним службама примењује Закон о раду.

Закон о радним односима у државним органима садржи одредбе о престанку радног односа и о правима по престанку радног односа, као и одредбе о остваривању и заштити права запослених и постављених лица. Према члану 64. тог закона радни однос запослених у државним органима изабраних односно постављених лица престаје под условима и на начин утврђен овим законом и другим законима. У члану 64а. је прописано да радни однос престаје на основу писменог отказа запосленог или постављеног лица који се доставља функционеру који руководи државним органом односно органу или телу надлежном за постављање, најмање 15 дана пре дана означеног као дан престанка радног односа. Запосленом се отказује радни однос поред осталих случајева и када услед промена у организацији стекне статус нераспоређеног, а не може му се обезбедити радно место у истом или другом државном органу. Та одредба примењује се и на постављена лица. Правилима из члана 65. тог закона је прописано да ако је у државном органу дошло до смањења броја запослених, односно постављених лица, услед промена у организацији и методу рада, односно услед смањења обима и укидања послова, запослени и постављена лица распоређују се на радна места у истом или другом државном органу које одговарају њиховој стручној спреми. Одлуку о распоређивању запослених доноси функционер који руководи органом у којем се запослени распоређује, а одлуку о распоређивању постављених лица доноси орган који их је поставио. Ако запослени или постављено лице не прихвати радно место на које је распоређен, престаје му радни однос. Уколико се запослени, односно постављено лице, не може распоредити, функционер који руководи органом доноси решење којим се утврђује да је запослени, односно постављено лице, остало нераспоређено. Према одредбама из члана 66. наведеног закона запослени у државним органима, односно постављена лица, који су остали нераспоређени на начин утврђен у члану 65. имају иста права и обавезе као и запослени за чијим радом је престала потреба у предузећима, утврђена законом. У чл. 67. и 68. истог Закона прописано је да у случају укидања државног органа, државни орган у чији делокруг

прелазе послови укинутог органа преузима потребан број запослених и постављених лица који су радили на преузетим пословима. У складу с потребама органа, функционер који руководи државним органом у чији су делокруг прешли послови укинутог органа доноси решење о распоређивању запослених који су преузети, а решења о распоређивању постављених лица доноси орган који их је поставио. У случају укидања државног органа и укидања свих послова који су се обављали у делокругу тог органа запослени и постављена лица који су радили у укинутом органу остају нераспоређени. У том случају и у случају када нису преузети због укидања државног органа од стране државног органа у чији делокруг су прешли послови укинутог органа они имају права и обавезе утврђене чланом 66. Закона. У ситуацији спајања два или више државна органа у нов орган сви запослени и постављена лица у овим органима имају статус нераспоређених. У складу са потребама органа, функционер који руководи државним органом доноси решење о распоређивању запослених који имају статус нераспоређених, а решења о распоређивању постављених лица која имају статус нераспоређених доноси орган који их је поставио.

Одредбама из члана 71. Закона о радним односима у државним органима прописан је поступак за остваривање и заштиту права запослених и постављених лица. Прописано је да ради остваривања својих права, запослени у државном органу, односно постављена лица, писмено се обраћају функционеру који руководи органом. Против сваког решења или другог акта којим је одлучено о његовим правима и обавезама запослени, односно постављено лице, има право да поднесе приговор. Приговор се подноси функционеру који руководи државним органом у року од осам дана од дана уручења решења или другог акта, а функционер је дужан да о њему одлучи у року од 15 дана од дана подношења приговора. Приговор се подноси функционеру који руководи државним органом у року од осам дана од дана уручења решења или другог акта, а функционер је дужан да о њему одлучи у року од 15 дана од дана подношења приговора. Разматрајући поднети приговор, функционер преиспитује своју одлуку и може је изменити или допунити. Запослени, односно постављено лице, има право да поднесе приговор и у случају кад функционер у року од 15 дана од дана подношења захтева не одлучи о праву на које се захтев односи. Ако функционер у утврђеном року не одлучи о поднетом приговору или ако запослени, односно постављено лице, није задовољан одлуком функцио-

нера поводом поменутог приговора, запослени, односно постављено лице може се обратити надлежном суду у року од 15 дана.

Закон о раду не садржи одредбе о лимитирању максималног броја запослених код послодаваца на које се односи, па и код послодавца из члана 1. Закона о одређивању максималног броја запослениих у локалној администрацији. Међутим, садржи одредбе о решавању вишка запослених код послодаваца на које се примењује директно или супсидијарно, при чему не регулише поступак за утврђивање статуса нераспоређених запослених за чијим радом је престала потреба послодавца. Одредбе из чл. 153. до 160. наведеног закона прописују обавезу послодавца који утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена доћи до престанка потребе за радом одређеног броја радника у радном односу на неодређено време да донесе програм решавања вишка запослених што зависи од броја запослених на неодређено време и од периода у оквиру којег ће доћи до престанка потребе за радом. Међутим, ако послодавац запошљава мањи број радника, мањи од мере из члана 153. Закона или ако одреди дужи рок за смањење броја запослених, тада може да се ослободи вишка и без програма. Закон о раду не прописује критеријуме за утврђивање вишка запослених нити у случају када се врши смањење без програма, нити у случају када се вишак запослених решава кроз доношење програма, при чему прописује да критеријуме за утврђивање вишка запослених мора садржати програм, а они морају бити усклађени са општим колективним уговором, односно другим колективним уговором који се примењује код послодавца, при чему њихова примена треба да буде по редоследу да се најпре имају узети у обзир резултати рада, који се утврђују на основу учинка оствареног по нормативима и стандардима рада, за период од најмање годину дана. Ако они нису утврђени, резултати рада се утврђују на основу образложене оцене непосредног руководиоца засноване на квалитету обављања посла, самосталности у раду, иновацијама, ефикасности рада, односа према раду, задацима и средствима рада, дужини неплаћених одсустава, плана рада и других показатеља. Наведени Закон садржи одредбе о томе да критеријум за утврђивање вишка запослених не може да буде одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад, трудноће, породичног одсуства, неге детета и посебне неге детета.

Наиме, Општи колективни уговор[18], чије је важење истекло јер је било орочено на период од три године члан 263. Закона о раду, којим је прописано да престаје да важи по истеку овог рока, у одредбама чл. 38. до 43. прописује да одређивање запослених за чијим је радом престала потреба врши надлежни орган послодавца, применом критеријума утврђених законом и колективним уговорима. Критеријуми се примењују по редоследу утврђеним уговором. Резултати рада утврђују се на основу остварених учинака према утврђеним нормативима и стандардима рада. Ако код послодавца нису утврђени нормативи и стандарди, резултати рада се утврђују на основу образложене оцене непосредног руководиоца засноване на елементима: квалитета обављеног посла; самосталности у раду и иновација; с рада; односа према раду, радним задацима и средствима рада, као и дужини неплаћених одсуства, а везано за извршавање послова радног места, плана рада и других показатеља. Резултати рада утврђују се за период од најмање годину дана. Ако запослени остварују једнаке резултате рада, примењује се допунски критеријум: имовно стање запосленог. Имовно стање запосленог се утврђује на основу: 1. оствареног прихода по члану заједничког породичног домаћинства по основу зараде, других примања и прихода од имовине у последњој календарској години; 2. тржишне вредности непокретности коју у својини има запослени или члан његовог заједничког породичног домаћинства. Приход и тржишна вредност непокретности утврђује се на основу документације, односно исправа надлежног органа. Имовно стање запосленог утврђује надлежни орган послодавца. Предност има запослени са слабијим имовним стањем. Ако запослени остварују једнаке послове рада и имају једнако имовно стање, примењују се следећи критеријуми: 1. број чланова породице који остварују зараду, при чему предност има запослени са мањим бројем чланова породице који остварују зараду; 2. дужина радног стажа, при чему предност има запослени са дужим радним стажом; 3. здравствено стање запосленог и чланова његове уже породице, при чему предност има запослени, ако он или члан његове уже породице болује од тежег обољења, према налазу надлежног здравственог органа; 4. број деце на школовању, при чему предност има запослени који има више деце на школовању. Запосленој жени са дететом до 2. године живота, чији је укупан месечни приход по члану домаћинства до висине минималне зараде, не може престати радни однос по основу престанка потребе за њеним радом. Послодавац не може донети одлуку о престанку радног од-

[18] „Сл. гласник РС“ 50/08

носа по основу вишка инвалиду рада који је инвалидност стекао радом код тог послодавца, без његове сагласности, као ни запосленом са одређеним годинама стажа осигурања утврђених посебним, односно колективним уговором код послодавца. Послодавац је дужан да запосленом исплати отпремнину у износу који не може бити нижи од 1/3 зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу, а која не може бити нижа од 50% просечне зараде по запосленом у Републици, према последњем објављеном податку надлежног органа за послове статистике, на дан исплате отпремнине, ако је то за запосленог повољније.

Примена одредби које се односе на исплату отпремнине привремено је одложена Анексом II Општег колективног уговора.

Посебан колективни уговор за државне органе[19], измењен и допуњен Посебним колективним уговором за државне органе[20] са Анексом Посебног колективног уговора за државне органе који се односи на права и обавезе из радног односа запослених у органима територијалне аутономије и локалне самоуправе, чије је важење продужено Споразумом о продужењу рока важења[21] од 18.11.2011. године за рок од наредне три године, садржи одредбе које се односе на решавање вишка запослених у органима територијалне аутономије и локалне самоуправе. Тим одредбама из чл. 51, 52, 53. и 54. је прописано да је послодавац дужан да у поступку рационализације, односно смањење броја запослених прибави мишљење репрезентативног синдиката код послодавца, а он је дужан да размотри предлоге синдиката и да га обавести о свом ставу у року који не може бити дужи од осам дана. У поступку рационализаије, односно смањења броја запослених, послодавац је дужан да узме у обзир могућност: распоређивање на друге послове; пркваликације и доквалификације; рада са непуним радним временом али не краћим од половине радног времена; остваривање других права у складу са законом. Запосленом за чијим радом је престала потреба без његове сагласности, не може престати радни однос и то: запосленој трудници; запосленом за време породиљског одсуства; запосленом за време одсуства са рада ради неге детета; запосленом за време одсуства са рада ради посебне неге детета; запосленом инвалиду; запосленом који је једини хранилац малолетног детета; запосленом који

[19] „Сл. гласник РС“ 95/2008
[20] „Сл. гласник РС“ 11/09
[21] „Сл. гласник РС“ 86/2011

има дете теже ометено у развоју; запосленом мушкарцу са 40 и жени са 35 година пензијског стажа. Запосленом за чијим радом је престала потреба, пре престанка радног односа послодавац је дужан да обезбеди право на плаћено одсуство у трајању од 45 дана ради тражења новог запослења. У чл. 63. наведеног Посебног колективног уговора прописано је да запослени који је остао нераспоређен има право на отпремнину за сваку навршену годину рада у висини 1/3 просечне плате која му је исплаћена за последња три месеца који претходе месецу у којем је донето решење о утврђивању да је остао нераспоређен.

Заштита права запослених

Судска заштита у споровима о законитости одлука о стицању статуса нераспоређености и о престанку радног односа поводом примене Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији остварује се у поступку пред Основним судом. Тужба се подноси против решења општинске и градске управе ако запослени сматра да су наведене одлуке незаконите, а тужба садржи и захтев за поништај тих одлука, захтев за враћање запослених на рад ако суд поништи решења послодавца. Могу се истаћи и други захтеви, новчана потраживања, чија је основаност условљена усвајањем основног захтева. Ако се тражи поништај наведених одлука, наведених органа, наведених јединица локалне самоуправе, тужена страна је општина или град чији су органи донели оспорено решење.

Када се ради о одлукама установа и привредних друштава или других облика организовања чији је једини оснивач јединица локалне самоуправе, а који се финансирају из буџета, тужена страна је установа односно привредно друштво, односно јавна агенција ако се ради о таквом облику организовања ради обављања послова из делатности јединица локалне самоуправе.

Рок за подношење тужбе против одлука органа јединица локалне самоуправе, општине и градских општина, јесте рок од 15 дана из члана 71. Закона о радним односима у државним органима. Међутим, ако су предмети спора захтеви за поништавање одлука осталих послодаваца из члана 1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, тада се примењује рок за подношење тужбе из члана 195. Закона о раду.

Последица пропуштања рока за подношење тужбе јесте губитак права на судску заштиту јер је преклузиван. Кад је поднета тужба изван наведеног рока суд је одбацује.

Запослени за чијим радом је престала потреба код послодавца, а стекао је статус нераспоређеног лица и према коме је донета одлука о престанку радног односа, који није задовољан тим одлукама мора захтевати оцену законитости и одлуке којом је утврђено да је нераспоређен јер је та одлука последица примене критеријума из Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, који се узимају у смислу члана 9. став 5. у поступку утврђивања статуса нераспоређеног у органима јединице локалне самоуправе и утврђивања да за радом запосленог престаје потреба у установи, привредном друштву и другом облику организовања, Пропуштање да се тужбом захтева оцена законитости те одлуке води оцени неоснованости тужбеног захтева за оцену законитости одлуке о престанку радног односа.

Будући да се о правима и обавезама запослених у органима јединице локалне самоуправе одлучује по правилима Закона о радним односима у државним органима из члана 71, који предвиђа двостепеност поступка одлучивања, мора се захтевати тужбом и оцена законитости другостепене одлуке, ако је донета у року прописаном наведеним чланом, по приговору запосленог против првостепених одлука о нераспоређивању и о престанку радног односа, јер у противном не постоје законски услови за пружање судске заштите против одлуке која није коначна.

Судска пракса

У раду основних судова са подручја Апелационог суда у Нишу и раду тог суда у радним споровима, у споровима о законитости одлука о статусу нераспоређености запослених код послодаваца из члана 1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији и одлука о престанку радног односа нераспоређеним лицима, приликом примене напред наведених прописа, они нису тумачени и примењивани на истоветан начин, због чега су доношене различите одлуке у истим чињеничним и правним ситуацијама.

Поједине општинске и градске управе су започеле решавање вишка запослених и пре ступања на снагу Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, односно почетком 2009.

године у сарадњи са Владом Републике Србије и упутствима председника општина и градоначелника старешинама наведених органа локалне самоуправе. Од старешина општинских и градских управа тражена је израда нових оптималних систематизација радних места, имајући у виду околности о броју и структури запослених, заинтересованих за коришћење социјалних програма. Сугерисано је да се код запослених за чијим је радом престала потреба руководе критеријумима о реалној потреби за поједина радна места, о оспособљености запослених за потребе савремене и ефикасне управе, да се имају у виду запослени који испуњавају макар један од услова за стицање права на пензију, запослени чији чланови породице раде у некој од институција које се финансира из општинског, односно градског буџета и који имају друге изворе прихода. Присутно је и то да се у тим упутствима захтева од старешина управа навођење разлога због чега се предлажу поједини запослени да им престане радни однос уз предлог Правилника о новој систематизацији радних места. Код појединих општина нису постојала таква упутства.

Значајан број спорова је решаван одбачајем тужбе због прекорачења рока за њихово подношење, јер су подношене по протеку рока од 15 дана из члана 71. став 6. Закона о радним односима у државним органима.

У једном мањем броју радних спорова показало се да је у поступку решавања вишка запослених начелник општинске управе донео Правилник о систематизацији радних места у смислу члана 2. став 6. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, сачинио је листу запослених за чијим радом је престала потреба, донета је одлука о утврђивању статуса нераспоређених лица према листи, а након тога одлука о престанку радног односа уз признавање права на отпремнину према критеријумима из члана 9. став 3. Закона уз предочавање да им припада право на новчану накнаду за случај незапослености у висини утврђеној у складу са прописима о запошљавању и осигурању за случај незапослености. Међутим, послодавац није пружио одговарајуће доказе у судском поступку да је пре доношења првостепених решења извршио оцену резултата рада тужилаца и других запослених по поступку у складу са Правилником општинске управе, нити је пружио доказе о оцени резултата рада и имовног стања по критеријумима који се примењују у складу са применом општих прописа о раду и на начин и у обиму који су утврђени у тим прописима. Ти критеријуми коришћени су у другостепеном по-

ступку по приговору запослених против првостепеног решења о престанку радног односа, јер су утврђени у том поступку. Због тога су судови заузели правни став да општинска управа није спровела поступак утврђивања статуса нераспоређених запослених за чијим је радом престала потреба и складу са законом, јер је изостала примена предвиђених критеријума на основу којих се индивидуализује вишак запослених. Такав став је прихваћен од стране Врховног касационог суда.

У раду Апелационог суда у Нишу, односно првостепених судова са тог подручја, појавили су се и спорови у којима није тражена оцена законитости решења о утврђивању статуса нераспоређености већ је тражена само оцена законитости решења о престанку радног односа. У том случају је примењен став да су тужбе неосноване због пропуста да се захтева поништај решења о утврђивању статуса нераспоређености, будући да је та одлука донета након спроведених активности од стране послодавца прописаних Законом о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, које претходе доношењу решења у смислу доношења акта у систематизацији радних места из члана 2. став 6. и будући да је у члану 9. ст. 1. и 2. јасно прописано да запослени који након ступања на снагу акта о систематизацији радних места остану нераспоређени остварују права у складу са прописима којима се уређују права запослених у органима јединице локалне самоуправе, односно право на отпремнину и права на новчану накнаду за случај незапослености. Међутим, било је и одлука у којима је изражен став да је без значаја околност што захтевом тужбе није тражена оцена законитости решења о стицању статуса незапосленог лица за оцену законитости одлуке о престанку радног односа.

У једном броју спорова су поништена решења послодавца због пропуста да поступак о утврђивању вишка запослених спроведе у складу са правилима из члана 9. став 5. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији код утврђивања резултата рада и имовног стања по правилима о примени општих прописа о раду и на начин и у обиму који су утврђени у тим прописима, односно у складу са Општим колективним уговором из чл. 39. и 40. У том погледу судови су сматрали да је изостала образложена оцена резултата рада запослених од стране непосредног руководиоца, узимајући притом да је била потребна писана оцена и изостала је писана форма о примени допунског критеријума, имовног стања запослених уз прилагање доказа о документацији одно-

сно исправама надлежних органа на основу који би се могло на поуздан начин проверити да ли је правилно примењен наведен критеријум.

При решавању насталих спорова поводом примене закона, апелациони суд је примењивао став да у случајевима када је актом о систематизацији дошло до укидања појединих послова или радних места са једним извршиоцем, послодавац није био дужан да врши оцену резултата рада запосленог који је обављао те послове и да утврђује његово имовно стање и имовно стање запослених за чијим радом није престала потреба, макар да је тај запослени имао боље резултате рада или је слабијег имовног стања у односу на оне запослене који су радили на пословима и радним задацима у оквиру радних места која нису укинута систематизацијом.

Када се ради о општинским и градским управама, имајући у виду карактер Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, да се ради о lex specialisimusu и Закона о радним односима у државним органима да се ради о lex specialisu, који не прописују обавезу послодавца на доношење програма за решавање вишка запослених, у смислу члана 153. Закона о раду, притом имајући у виду правило да *lex specialisimus* има јачу правну снагу од *lex specialisa*, *lex specialis* од *lex generalis* а матични Закон о раду јесте *lex generalis*, макар да се ради о смањењу броја запослених у мери и роковима који су прописани наведеном одредбом, наведеног закона, примењен је став да послодавац није обавезан да сачињава програм решавања вишка запослених.

Међутим, кад се ради о послодавцима које представљају у смислу члана 1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији установе које се финансирају из буџета и привредна друштва и други облици организовања чији је једини оснивач јединица локалне самоуправе, осим јавних предузећа, а који се финансирају из буџета, у решавању спорова о законитости решења о утврђивању статуса нераспоређених и о престанку радног односа, сами послодавци су приликом решавања вишка запослених сачињавали програме решавање вишка запослених у складу са одредбама из чл. 153 до 160. Закона о раду када се испостави да ће због организационих или економских промена доћи до престанка потребе за радом запослених на одређено време у временским периодима и у броју који су опредељени одредбама из члана 153. наведеног закона, будући да се ради о послодавцима код којих се на запослене примењује наведени закон, односно Општи колективни уговор или Посебни

колективни уговори за поједине области, односно установе. Ако се не ради о случају из члана 153. Закона о раду тада су примењивани ставови који се примењују и за смањења броја запослених до укупног максималног броја запослених прописаног законом код општинских и градских управа.

Присутна је и дилема о примени одредбе члана 54. Посебног колективног уговора за државне органе којим је утврђена обавеза послодавца да запосленом за чијим радом је престала потреба, пре престанка радног односа обезбеди право на плаћено одсуство у трајању од 45 дана ради тражења новог запослења.

Одлуке судова

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж.1. 2271/11 од 23.11.2011 године пресуда Врховног касационог суда Рев.2. 41/12 од 21.6.2012. године:

„На спорни материјално правни однос примењује се као меродавно материјално право Закон о радним односима у државним органима (Сл. гл. РС бр. 48/91...79/2005) који у члану 71. прописује остваривање и заштиту права запослених и постављених лица у органима локалне самоуправе. Одредбама овог члана прописано је да се запослени у државном органу, односно постављена лица ради остваривања својих права писмено обраћају функционеру који руководи органом и да против сваког решења или другог акта којим је одлучено о њиховим правима и обавезама имају право да поднесу приговор функционеру који руководи државним органом у року од осам дана од дана уручења решења или другог акта, а функционер је дужан да о приговору одлучи у року од 15 дана од дана подношења приговора. Ако функционер у утврђеном року не одлучи о поднетом приговору или ако запослени или постављено лице није задовољан одлуком функционера поводом поднетог приговора, запослени, односно постављено лице могу се обратити надлежном суду у року од 15 дана. У конкретном случају, тужилац је тужбом од 17.3.2010. године тражио поништај првостепених решења и то решења о нераспоређивању од 16.2.2010. године и решења о престанку радног односа од 1.3.2010. године, која не представљају коначне одлуке туженика да би против истих, у смислу напред цитираног законског прописа тужилац имао право на судску заштиту.

Допуном тужбе која је поднета 2.6.2010. године, тужилац је тражио и поништај другостепене одлуке којом је одбијен приговор на решење о нераспоређивању од 04.03.2010. године, не тражећи поништај другостепене одлуке о престанку радног односа тужиоца, па произилази

да је ова тужба неблаговремена, јер је од дана пријема овог решења, до подношења тужбе протекао законски рок од 15 дана.

Имајући у виду утврђено чињенично стање и наведено материјално право, правилно је првостепени суд поступио када је одбацио као недозвољену тужбу за поништај првостепених решења од 16.2.2010. године о нераспоређивању тужиоца и од 1.3.2010. године о престанку радног односа, а тужбу за поништај другостепеног решења од 4.3.2010. године, поводом приговора на решење о нераспоређивању, одбацио као неблаговремену.

У пресуди Врховног касационог суда Рев.2.41/12 од 21.6.2012. године наведено је: „На основу тако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су правилном применом материјалног права одлучили тако што су тужбу тужиоца од 17.3.2010. године за поништај првостепених решења туженог одбацили као недозвољену, а тужбу од 2.6.2010. године за поништај другостепеног решења од 4.3.2010. године, којим је одлучено о шриговору на решење којима је утврђен статус тужиоца као нераспоређеног радника, одбацили као неблаговремену.

У конкретном случају примењују се одредбе Закона о радним односима у државним органима и то члан 71. којим је прописано да против сваког решења или другог акта којим је одлучено о његовим правима и обавезама, запослени, односно постављено лице има право да поднесе приговор, који се подноси функционеру који руководи државним органом у року од осам дана од дана уручења решења или другог акта, функционер је дужан да о њему одлучи у року од 15 дана од дана подношења приговора, с тим да ако функционер у утврђеном року не одлучи о поднетом приговору или ако запослени, односно постављено лице није задовољио одлуком функционера поводом поднетог приговора, запослени, односно постављено лице може се обратити надлежном суду у року од 15 дана. Из наведеног произлази да предмет судског спора у циљу заштите повређеног права запосленог може бити само коначна одлука туженог, односно пред судом се може тражити оцена законитости само коначне одлуке. Стога је правилно становиште нижестепених судова да тужба против првостепених решења туженог и то тужба поднета 17.3.2010. године за поништај решења којим је утврђен статус тужиоца као нераспоређеног радника од 16.2.2010. године и решења о престанку радног односа од 1.3.2010. године, није дозвољена, па је стога правилно одбачена.

Допуном тужбе од 2.6.2010. године тужилац је тражио и поништај другостепене одлуке којом је одбијен приговор на решење којим је утврђен

статус нераспоређеног радника, које је донето 4.3.2010. године. Имајући у виду рок прописан чланом 71. Закона о радним односима у државним органима, у којем се радник може обратити суду за заштиту својих права, као и неспорну чињеницу да је решење од 4.3.2010. године, тужилац примио дана 05.03.2010. године, а допуну тужбе поднео 2.6.2010. године, правилно су нижестепени судови овај захтев тужиоца одбацили као неблаговремен, обзиром да је поднет по протеку рока прописаног законом".

Пресуда Врховног касационог суда Рев.2. 208/12 од 7.6.2012. године:

„Наиме, према члану 71. став 2. Закона о радним односима у државним органима (Сл. гласник РС 48/91), против сваког решења или другог акта којим је одлучено о његовим правима и обавезама, запослени, односно постављено лице, има право да поднесе приговор. Према члану 71. став 6. истог Закона, ако функционер у утврђеном року, не одлучи о поднетом приговору или ако запослени или постављено лице није задовољно одлуком функционера поводом поднетог приговора, запослени, односно постављено лице се може обратити надлежном суду у року од 15 дана.

Тужбом поднетом 17.3.2010. године тужилац није обухватио другостепену одлуку о престанку радног односа, која му је била уручена 16.3.2010. године, нити другостепену одлуку о нераспоређивању, кја му је била уручена 9.3.2010. године.

Тужилац је тужбом од 17.3.2010. године тражио поништај првостепених решења и то решења о нераспоређивању од 16.2.2010. године, која решења не представљају коначне одлуке туженог, да би против истих тужилац имао право на судску заштиту. Ово стога што је одредбама члана 71. став 2. наведеног закона предвиђена двостепеност поступка одлучивања, па су правилно нижестепени судови применили материјално право када су закључили да не постоје законски услови за пружање судске заштите против одлуке која није коначна.

Допуном тужбе од 2.6.2010. године, тужилац је тражио поништај другосепеног решења којим је одлучено о приговору изјављеном на решење о престанку радног односа, коју одлуку је примио 16.3.2010. године. Како је тужилац пропустио законски рок од 15 дана за обраћање суду према члану 71. став 6. наведеног Закона, како је гласила и поука о правном леку из другостепене одлуке, преиначена тужба је правилно одбачена као неблаговремено поднета".

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж.1. 616/11 од 11.5.2011. године:

„Правилна је оцена првостепеног суда да првостепени орган није имао у виду оцену рада тужиоца и његово имовно стање, те оцену рада других запослених и њихово имовно стање, у тренутку доношења оспореног првостепеног решења, јер то решење не садржи разлоге о наведеним околностима. Разлоге о томе садржи другостепено решење, што указује да је наведене околности имао у виду другостепени орган.

Правилима из члана 9 став 1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији прописано је да запослени у органима јединица локалне самоуправе који након ступања на снагу акта о систематизацији радних места из члана 2. став 6. Закона остану нераспоређени остварују права у складу са прописима којима се уређују права запослених у органима јединица локалне самоуправе. У поступку утврђивања статуса нераспоређеног запосленог у органу јединице локалне самоуправе и утврђивања да за радом запосленом престаје потреба у установи, привредном друштву и другом облику организовања у обзир се узимају резултати рада и имовно стање, у складу са применом општих прописа о раду и на начин и у обиму који су утврђени у тим прописима.

Општинска управа тужене општине није провела поступак утврђивања статуса нераспоређених запослених у том органу за чијим радом је престала потреба у складу са критеријумима који су прописани цитираним материјалним правом, будући да првостепени орган није имао у виду резултате рада и имовно стање тужиоца и осталих запослених код утврђивања њиховог статуса приликом доношења првостепеног решења, а без значаја су чињенице да су ти критеријуми утврђени у поступку по приговору тужиоца против првостепеног решења, јер је одлука по приговору морала бити донета само на бази околности које су постојале у време доношења првостепеног решења, односно на којима је засновано првостепено решење“.

Пресуда Врховног касационог суда Рев.2. 967/11 од 4.5.2011. године:

„Са становишта овог суда, правилан је закључак нижестепиних судова, да општинска управа тужени није спровела поступак утврђивања статуса нераспоређених запослених у том органу за чијим радом је престала потреба, да је изостала примена предвиђених критеријума на основу којих се индивидуализује вишак запослених (оцена резултата рада и имовно

стање запослених), па како првостепени орган није имао у виду резултате рада и имовно стање тужиоца и осталих запослених код утврђивања њиховог статуса приликом доношења првостепеног решења, без значаја је чињеница да су ти критеријуми утврђени у поступку по приговору тужиоца. Пре свега, што одлука по приговору је морала бити донета само на основу чињеница које су постојале у време доношења првостепеног решења".

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж.1. 1080/12 од 4.7.2012. године:

„Одредбом из члана 9. став 5. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији („Сл.гласник РС" 104/2009) прописано је да се у поступку утврђивања статуса нераспоређеног запосленог у органу јединице локалне самоуправе и утврђивања да за радом запосленог престаје потреба у установи, привредном друштву и другом облику организовања у обзир се узимају резултати рада и имовно стање, у складу са применом општих прописа о раду и на начин и у обиму који су утврђени у тим прописима.

Општи прописи о раду у смислу наведене одредбе, наведеног Закона, представљају Закон о раду и Општи колективни уговор („Сл.гласник РС" 50/2008 до 8/2009). Закон о раду решавање вишка запослених регулише одредбама из чл. 153. до 160. Међутим, не садржи ближе одредбе о критеријумима који се узимају у поступку утврђивања статуса нераспоређеног запосленог и утврђивања да за радом запосленог престаје потреба. Одредбе тог законског прописа упућују на Програм решавања вишка запослених који мора да садржи критеријуме за утврђивање вишка запослених. Општи колективни уговор у одредбама од чл. 38. до 42. прописује критеријуме који се примењују код одређивања запослених за чијим је радом престала потреба. Чланом 38. наведеног уговора прописано је да одређивање запослених за чијим је радом престала потреба врши надлежни орган послодавца , применом критеријума утврђених Законом и Колективним уговорима. Критеријуми се примењују по редоследу утврђеним Општим колективним уговором. Одредбама из члана 39. Општег колективног уговора прописано је да се резултати рада утврђују на основу остварених учинака према утврђеним нормативима и стандардима рада. Ако код послодавца нису утврђени нормативи и стандарди, резултати рада се утврђују на основу образложене оцене непосредног руководиоца засноване на елементима: квалитета обављеног посла; самосталности у раду и иновација; ефикасности рада; односа према раду, радним задацима и средствима рада, као и дужини неплаћених одсустава, а везано за извршавање послова радног

места, плана рада и других показатеља. Резултати се утврђују за период од најмање годину дана. Према одредбама из члана 40. Општег колективног уговора, ако запослени остварују једнаке резултате рада, примењује се допунски критеријум. Имовно стање запосленог се утврђује на основу: оствареног прихода по члану заједничког породичног домаћинства по основу зараде, других примања и прихода од имовине у последњој календарској години; тржишне вредности непокретности коју у својини има запослени или члан његовог заједничког породичног домаћинства. Приход и тржишна вредност непокретности утврђује се на основу документације, односно исправа надлежног органа. Имовно стање запосленог утврђује надлежни орган послодавца. Предност има запослени са слабијим имовним стањем. Одредбама члана 41. наведеног уговора је прописано да ако запослени остварује једнаке резултате рада и имају једнако имовно стање, примењују се следећи критеријуми: број чланова породице који остварују зараду, при чему предност има запослени са мањим бројем чланова породице који остварују зараду; дужина радног стажа, при чему предност има запослени са дужим радним стажом; здравствено стање запосленог и чланова његове уже породице, при чему предност има запослени, ако он или члан његове уже породице болује од тежег обољења, према налазу надлежног здравственог органа; број деце на школовању, при чему предност има запослени који има више деце на школовању. Запосленој жени са дететом до две године живота, чији је укупан месечни приход по члану домаћинства до висине минималне зараде, не може престати радни однос по основу престанка потребе за њеним радом.

Прописи на које упућује члан 38. став 1. Општег колективног уговора, у овом случају, јесу Закон о радним односима у државним органима („Сл. гласник РС“ 70/2001 са изменама и допунама), који се у смислу члана 189. Закона о државним службеницима („Сл. гласник РС“ 79/05 са изменама и допунама) почев од 1.7.2006. године примењује на радне односе у органима аутономне покрајине и локалне самоуправе до доношења посебног закона, а који престанак радног односа, и права по престанку радног односа запослених у државним органима и изабраних односно постављених лица регулише одредбама из чл. 64. до 70. као и Посебан колективни уговор за државне органе („Сл. гласник РС“ 95/2008), измењен и допуњен Посебним колективним уговором за државне органе („Сл. гласник РС“ 11/09), са Анексом Посебног колективног уговора за државне органе који се односи на права и обавезе из радног односа запослених у органима територијалне аутономије и локалне самоуправе, чије је важење проду-

жено Споразумом о продужењу рока важења који је објављен у („Сл. гласник РС“ 86/2011).Одредбе из чл. 65. и 66. наведеног закона прописују да запослени у државним органима, односно постављена лица, који су остали нераспоређени на начин утврђен у члану 65. овог закона, односно након ступања на снагу новог акта о систематизацији радних места у смислу члана 9. став 1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији из члана 2. став 6. тог закона, имају иста права и обавезе као и запослени за чијим је радом престала потреба у предузећима, утврђена законом, што даље подразумева да им припада право на отпремнину и на новчану накнаду за случај незапослености по прописима о запошљавању и осигурању за случај незапослености, а према критеријумима из члана 9. став 3. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији из чега даље произилази да се не примењује одредба члана 65. Закона о радним односима у државним органима. Посебан колективни уговор из 1998. године не садржи посебне одредбе у вези са критеријумима из члана 9. став 5. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, а наведеним одредбама тог закона, искључена је примена чл. 51, 52, 53. и 54. наведеног Посебног колективног уговора, јер је у ставу 5. члана 9. закона прописано да у поступку утврђивања статуса нераспоређеног запосленог у органу јединице локалне самоуправе и утврђивања да за радом запосленог престаје потреба у установи, привредном друштву и другом облику организовања у обзир се узимају само резултати рада и имовно стање, у складу са применом општих прописа о раду и на начин и у обиму који су утврђени у тим прописима. Закон о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, када се ради о одредбама које регулишу утврђивање статуса нераспоређеног запосленог у органу јединице локалне самоуправе и утврђивање да за радом запосленог престаје потреба у установи, привредном друштву и другом облику организовања и с тим у вези када се ради о одредбама о престанку радног односа запосленима и о правима у вези са престанком радног односа, има карактер lex specialisitmus у односу на Закон о раду, Закон о радним односима у државним органима представља lex specialis у односу на тај закон, док је матични Закон о раду lex generalis, што подразумева да lex specialisimus има јачу правну снагу у односу lex specialisa a lex specialis од lex generalisa.

Према томе произилази, да критеријуме за оцену битне околности да ли је тужиоцу престао радни однос у складу са наведеним материјалним

правом, није утврдио тужени послодавац на начин како је прописано цитираним законским прописима и општим прописом о раду, јер је изостала писана, образложена оцена непосредног руководиоца тужиоца о његовим резултатима рада и резултатима рада осталих извршилаца послова на којима је радио тужилац до доношења оспорених одлука, на бази података и чињеница и доказа које је тужени понудио суду. Исто тако, недостаје писмена форма о доказима и о начину утврђивања имовног стања тужиоца и имовног стања осталих запослених који су радили на истим пословима или сличним које је обављао тужилац до доношења оспорених одлука".

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж.1. 1161/11 од 9.6.2011. године:

„У списима су садржане околности да је тужени поступајући у складу са обавезама из Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији („Сл. гласник РС" 104/2009), који се односи на запослене у установама које се финансирају из буџета, у које спадају домови културе, најпре донео нови Правилник о унутрашњој организацији и систематизацији послова и радних задатака бр. 236/08 дана 9.12.2008. године, којим је регулисао унутрашњу организацију и систематизацију послова и радних задатака у дому културе „Вучје" и утврдио број носиоца послова и радних задатака, те врсту стручне спреме која је потребна за извршавање послова и радних задатака на сваком од предвиђених радних места. За послове организатора културних манифестација где су разврстани послови васпитно образовног карактера грађана предвиђена су три извршиоца са средњом, вишом или високом стручном спремом друштвеног смера, што подразумева да нису посебно систематизовани послови које је тужилац обављао у тренутку када му је отказан уговор о раду.

Првостепени суд је правилно поступио, правилно применивши материјално право, правила наведеног закона, када је побијаним решењем отказао уговор о раду тужиоцу, имајући у виду и околност да је пре отказа уговора о раду послодавац поступио у складу са чланом 9. став 1. цитираног закона, јер је тужиоцу као нераспоређеном лицу утврдио права која му припадају по закону. Утврдио је права на отпремнину и извршио исплату отпремнине, прихватио обавезу да тужиоцу изврши исплату неисплаћених зарада и других новчаних накнада и примања која му по закону припадају и утврдио постојање права на новчану накнаду за случај незапослености, чији се обим има одредити по прописима о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

Нису од важности околности које се истичу жалбом да је поступак одређивања запослених за чијим радом је престала потреба спроведен супротно правилима Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, јер није поштовао критеријуме прописане тим законом, будући да новом систематизацијом послова и радних задатака приликом прописивања услова које извршиоци тих послова морају испуњавати у погледу висине и врсте стручног образовања, није предвиђена могућност обављања послова предвиђених новим правилником који се обављају код туженог са стручном спремом са којом располаже тужилац, јер природа тих послова изискује да извршиоци морају располагати стручном спремом из области тзв. друштвених грана науке. С тим у вези, послодавац није био у обавези да код утврђивања листе запослених за чијим радом је престала потреба има у виду критеријуме из члана 9. став 5. наведеног закона".

Пресуда Врховног касационог суда Рев.2. 819/11 од 17.5.2012. године:

„Нижестепени судови су правилном применом материјалног права донели одлуку којом су одбили као неосновани тужбени захтев тужиоца за поништај решења о отказу уговора о раду. Чланом 3. став 6. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији прописано је да уколико је број запослених на неодређено време у локалној администрацији већи је од максималног броја запослених усвајањем акта о систематизацији радних места до 31.12.2009. године, број запослених може се смањити до максималног броја запослених, а члан 9. став 2. истог Закона, да запосленима у локалној администрацији за чијим радом престаје потреба након ступања на снагу аката о систематизацији радних места, исплаћује се отпремнина и отказује уговор о раду у складу са законом. Неспорно је да је тужени донео Правилник о унутрашњој организацији и систематиизацији послова и радних задатака, дана 24.12.2009. године, у поступку прописаним Законом. Овим Правилником укинути су послови које је тужилац обављао до његовог доношења, а како исти не испуњава услове за обављање послова организатора културних манифестација ни по струци ни по дужини радног искуства, то је у таквој ситуацији тужени правилно поступио када је донео решење о отказу уговора о раду. У свему је поступио у складу са одредбама члана 179. став 1. тачка 9. Закона о раду, ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног послова или дође до смањења обима посла. У конкретном случају дошло је

до организационих промена када је престала потреба за пословима које је обављао тужилац, а поступљено је и у складу са чланом 158. истог Закона јер му је исплаћена отпремнина".

Поводом примене Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији у пресуди Апелационог суда у Нишу Гж.1.бр.908/12 од 20.06.2012. године је наведено:

„Правилно је првостепени суд поступио када је усвоји тужбени захтев тужиоца оценивши да је тужени приликом доношења оспорених решења учинио пропуста везан за поступак приликом доношења истих. Поступак оцене успештности у раду тужиоца није спроведен у складу са важећим правним актима и законском регулативом, при чему су примењивани и критеријуми који нису прописани ниједним законским нити интерним актом туженог.

Како би поступак спровела у складу са прописима, тужена Градска управа је најпре требала да утврди број запослених на неодређено време и број запослених који представља вишак запослених према критеријумима из Закона о одређивању броја запослених у локалној администрацији. Тек након тога је требало да буде донет Правилник о унутрашњој организацији и систематизацији редних места а потом на основу критеријума утврђених Општим колективним уговором (чл. 38-42 Сл. гласник РС 8/09) утврдио ко је од радника постао нераспоређен услед промена у организацији у општинској управи, због чега је престала потреба за његовим радом, након чега се доноси решење о престанку радног односа са правом на отпремнину, зараде, накнаде зараде и других примања која му нису исплаћена до дана престанка радног односа.

Пре доношења првостепеног решења тужени је требало да изврши оцену резултата рада тужиоца и других запослених, али не паушално, већ у складу са поступком који је прописан Правилником Општинске управе тужене Општине, а на основу члана 10. Закона о одређивању броја запослених у локалној самоуправи.

С обзиром да је тужена приликом доношење оспорених решења поступила супротно напред наведеним законским одредбама и одредбама Општег колективног уговора и Појединачног колективног уговора, оспорена решења су од стране првостепеног суда правилно оцењена као незаконита.

Тужена током спора није пружала нити један доказ за своје наводе у погледу правилности поступка оцењивања успешности у раду запослених, нити је пружила доказ о томе на основу којих критеријума је вршено оцењивање, а уколико својим интерним актом није утврдила критеријуме на основу којих ће се вршити ова оцена била је у обавези да спроведе поступак и примени критеријуме из општег колективног уговора (чл. 38-41), као што је напред објашњено у ком делу примена општег колективног уговора из 2008. године, није одложена.

Чланом 38. наведеног ОКУ, прописано је да одређивање запослених за чијим је радом престала потреба, врши надлежни орган послодавца, применом критеријума утврђених законом и колективним уговорима. Критеријум исе примењују по редоследу утврђеним овим колективним уговором.

Чланом 39. прописано је да се резултати рада утврђују на основу остварених учинака према утврђеним нормативима и стандардима рада. Ако код послодавца нису утврђени нормативи и стандарди, резултати рада се утврђују на основу образложене оцене неспорног руководиоца засноване на елементима: квалитета обављеног посла; радним задацима и средствима рада као и дужини неплаћених одсуства, а везано за извршење послова радног места, плана рада и других показатеља. Ови резултати утврђују се за период од најмање годину дана.

Чланом 40. је прописано да се, ако запослени остварују једнаке резултате рада, примењују допунски критеријум и то имовно стање запосленог, а у случају ако запослени остварују једнаке резултате рада и имају једнако имовно стање, примењују се додатни допунски критеријуми из члана 41. ОКУ, број чланова породице који остварују зараду, дужина радног стажа, здравствено стање запосленог и чланове његове уже породице, број деце на школовању уз посебне услове.

Поред тога, тужена није могла да примењује критеријуме утврђене на основу мишљења, препоруке или заузетог става њених органа, уколико исти нису прописани законом, колективним уговором или неким другим интерним актом тужене".

Пресуда Апелационог суда Гж.1. бр. 1624/11 од 07.12.2011. године, пресуда Врховног касационог суда Рев.2. 173/12 од 20.6.2012. године:

„Међутим, због погрешне примене материјалног права о чему овај суд води рачуна по службеној дужности у смислу члана 372. ЗПП за-

кључак првостепеног суда о основаности тужбеног захтева се не може прихватити, због чега је првостепена пресуда морала бити преиначена.

Одредбом члана 71. Закона о радним односима у државним органима ст.6. Прописано је да ако функционер у утврђеном року не одлучи о поднетом приговору или ако запослени или постављено лице није задовољан одлуком функционера поводом поднетог приговора запослени односно постављено лице може се обратити надлежном суду у року од 15 дана.

Предмет тужбеног захтева је да се утврди да је незаконито првостепено решење о нераспоређивању и првостепено решење о престанку радног односа.

Против наведених одлука туженог тужилац је изјавио приговоре и по приговору на решење о престанку радног односа донета је другостепена одлука којом је приговор тужиоца одбије као неоснован. У тој одлуци дата је и поука о правном леку да против тог решења запослени има право да се обрати надлежном Основном суду у Лесковцу у року од 15 дана од дана пријема решења. Дакле у конкретном случају овом судском поступку претходио је поступак одлучивања о изјављеном проговору након чега је донета коначна одлука о престанку радног односа која у себи конзумира првостепену одлуку, па се законитост одлуке о престанку радног односа оцењује са становишта првостепене и са становишта другостепене одлуке. С тога предмет тужбеног захтева у спору о законитости престанка радног односа треба да буде првостепена и другостепена одлука. Како поводом поднетог приговора на одлуку о престанку радног односа, то се није могло приступити оцени законитости другостепене одлуке као коначне па из изнетих разлога је тужбени захтев тужиоца да се утврди да је незаконито решење којим му је престао радно однос неоснован. С тим у вези неоснован је и захтев за поништај решења о нераспређивању, због чега је првостепена пресуда морала бити преиначена у смислу одбијање тужбеног захтева".

Пресуда Врховног касационог суда Рев.2. 173/12 од 20.6.2012. године:

„Полазећи од утврђеног чињеничног стања, по налажењу овог суда, правилан је закључак другостепеног суда, када је преиначио првостепену пресуду и одбио тужбени захтев тужиоца.

Наиме, из разлога, што у овој парници тужилац није тражио поништај другостепене одлуке поводом поднетог приговора на одлуку о престанку радног односа, па се није могла ни ценити законитост другостепене

одлуке туженог као коначне, због чега је тужбени захтев тужиоца да се утврди да је оспореним решењем, којим је престао радни однос неоснован, као и захтев за поништај решења о нераспоређивању, у смислу одредби члана 71. Закона о радним односима у државним органима („Сл. гласник РС“ 48/91... 79/05), који се примењује на радне односе у органима аутономне покрајине и локалне самоуправе до доношења посебног закона.

Према томе, неосновано се ревизијом побија пресуда, због погрешне примене материјалног права“.

Решење Апелационог суда у Нишу Гж.1. 907/12 од 15.6.2012. године:

„На основу утврђеног чињеничног стања, првостепени суд налази да је тужбени захтев тужиоца неоснован, јер против решења којем је остао нераспоређен тужилац није тражио судску заштиту и да му је исплаћена отпремнина у складу са чл.66. Закона о радним односима у државним органима.

Међутим, овакав закључак првостепеног суда се не може прихватити, јер се заснива на непотпуно утврђеном чињеничном стању, обзиром да је изостало утврђење релевантних чињеница од којих зависи правилна примена материјалног права.

Одредбом члана1. Закона о одређивању максималаног броја запослених у локалној администрацији („Сл. гласник РС“104/2009) прописано је да се овим законом одређује укупан максималан број запослених у органима јединица локалне самоуправе (укључујући и органе градских општина), установама које се финансирају из буџета (осим установа у области образовања, здравства и предшколских установа), привредним друштвима и другим облицима организације чији је једини оснивач јединице локалне самоуправе (осим јавних предузећа), а који се финансирају из буџета.

Сходно одредби члана 9. став 1. истог Закона запослени у органима јединица локалне самоуправе који након ступања аката о систематизацији радних места из члана 2. став 6. Наведеног Закона постану нераспоређени остварују права у складу са прописима, којима се утврђује право запослених у органима јединица локалне самоуправе, а став 5. Истог члана прописано је да у поступку утврђивања статуса нераспоређеног запосленог у органу јединице локалне самоуправе и утврђивања да за радом запосленог престаје потреба у установи, привредном друштву и другом облику организације у обзир се узимају резултати рада и имовно ста-

ње, у складу са применом општих прописа о раду и на начин и у обим који су утврђени у тим прописима.

За сада се не може прихватити као правилан закључак првостепеног суда да је тужбени захтев тужиоца неоснован само из разлога што тужилац у судском поступку није тражио поништај решења којим је остао нераспоређен и што му је исплаћена отпремнина, јер је првостпени суд требао да са становишта правилне примене Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији и одговарајућих одредаба Посебног колективног уговора за запослене у државним органима, који се примењује и на запослене у локалоној самоуправи, које регулишу вишак запослених да цени законитост побијаног решења".

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж.1. 909/12 од 6.7.2012. године:

„Неосновано се жалбом указује и на примену члана 54а. анекса Посебног колективног уговора за државне органа. Наиме, Законом о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији у одредби члана 9 прописано је да се у поступку утврђивања статуса нераспоређеног запосленог у орагану јединице локалне самоуправе и утврђивања да за радом запосленог престаје потреба у установи у обзир се узимају само резултати рада и имовно стање. Одредбом члана 54. Анекса Посебног колективног уговора за државне органе прописано је да су учесници сагласни да запосленом за чијим радом је престала потреба, пре престанка радног односа обезбеди право на плаћено одсуство у трајању од 45 дана ради тражења новог запослења.

Како Посебан колективни уговор не садржи посебне одредбе у вези са критеријумима из члана 9. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, то произилази да је искључена примена Посебног колективног уговора и Закона о радним односима у поступку утврђивања статуса нераспоређеног запосленог у органу јединице локалне самоуправе и утврђивања да је за радом запосленог престала потреба у установи, привредном друштву и другом облику организовања. У таквој чињеничној и правној ситуацији, непоступање тужене онако како је то предвиђено чланом 45. Анекса Посебног колективног уговора за државне органе, не чини наведено решење незаконитим а ова околност да тужиљи није омогућено коришћење 45 дана плаћеног одсуства ради тражења новог запослења, може

евентуално бити од значаја за остваривање неког другог права, па су жалбени наводи тужиље неосновани у целости и у том делу".

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж.1. 782/12 од 16.05.2012. године:

„Оснивање и престанак јавних агенција уређен је Законом о јавним агенцијама („Сл. гласник РС"18/2005, 81/2005). Правилима наведеног Закона прописано је да, осим Републике Србије, јавне агенције могу оснивати и аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, ако су на то овлашћене својим општим актом и кад су испуњени услови за оснивање утврђени овим законом. Оне могу јавној агенцији поверити послове из свог изворног делокруга који по врсти и природи одговарају пословима државне управе које јавним агенцијама може поверити Република Србија. Послови државне управе који су поверени јавној агенцији финансирају се из буџета оснивача. Јавна агенција одговара за своје обавезе свом својом имовином, а оснивач одговара за њене обавезе ако их не може испунити из своје имовине или ако би испуњење обавеза из имовине јавне агенције озбиљно угрозило њен рад. Јавна агенција престаје да ради ако буде укинута или се правноснажном судском одлуком утврди ништавост њеног уписа у судски регистар. Она може бити укинута и услед престанка сврхе због које је основана или ако неки други организациони облик може делотворније, рационалније и економичније да задовољи сврху јавне агенције. Одлуку о укидању доноси оснивач, на основу овлашћења у посебном закону .

Посебним законом, Законом о локалној самоуправи (Сл. гласник РС 129/07), регулисано је, поред осталог, да је град јединица локалне самоуправе и да врши надлежност општине као и друге надлежности и послове државне управе, који су му законом поверени, а поред осталих надлежности општина, град преко својих органа, у складу са уставом и законом, стара се о одржавању стамбених зграда и безбедности њиховог коришћења, утврђује висину накнаде за одржавање стамбених зграда и спроводи поступак исељења бесправно усељених лица у станове и заједничке просторије у стамбеним зградама.

Правилима Закона о привредним друштвима (Сл. гласник РС 125/04), који је примењиван у време доношења оспорених решења, регулисана је ликвидација привредног друштва. Међутим, та правила се примењују и на поступак ликвидације правних лица, а што подразумева и поступак ликвидације установа, односно јавних служби, односно јавних

агенција и других пословних и правних лица, према којима се у смислу правила Закона о стечају („Сл. гласник РС“ 104/2009, 99/2011) не спроводи стечајни поступак, а тај поступак се не спроводи у смислу чл.14 наведеног закона нити према јавним агенцијама. Ставом 3. наведене одредбе, наведеног закона, за обавезе правног лица над којим се у складу са ставом 1. тог закона не спроводи стечајни поступак солидарно одговарају његови оснивачи, односно власници, као чланови или акционари.

Одредбама Закона о раду из члана 176. став 1. тачка 5. прописано је да запосленом престаје радни однос независно од његове воље и воље послодавца и у случају престанка рада послодавца, у складу са законом. Одредбама тог закона из чл. 147. до 152. на које се позива жалба тужилаца, регулисана су права запослених код промене послодавца. Поред осталог, прописано је да у случају статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца. Те одредбе се примењују и у случају промене власништва над капиталом привредног друштва и другог правног лица.

Имајући у виду утврђено чињенично стање и наведено материјално право, произилази да је правилна оцена првостепеног суда да тужени град нема пасивну легитимацију за учешће у овој парници. Околности о томе да су оспорена решења донета од стране директора Стамбене агенције, да се не може сматрати према до сада изграђеној судској пракси Врховног суда и Врховног касационог суда и трговинских и привредних судова да се престанак правног лица везује за закључење поступка ликвидације према њему, а не за тренутак ступања на снагу одлуке о престанку или укидању донете од стране оснивача, односно да се престанак страначке способности одређује према тренутку брисања ликвидационог дужника из судског регистра, произилази да су тужиоци парницу за оцену законитости предметних решења на основу којих им је престао радни однос могли покренути против Стамбене агенције која је уписана као правни субјекат у ликвидацији у судском регистру надлежног Привредног суда и да се њихов радно правни статус разреши за време трајања ликвидационог поступка против наведене јавне агенције.

Оваква оцена произилази из наведених одредби, наведеног Закона о раду, јер према члану 176. став 1. тачка 5. наведеног закона сматра се да се ради о престанку радног односа услед престанка рада послодавца

због престанка његовог правног субјективитета који је утврђен у поступку по правилима Закона о стечају, када се ради о привредним друштвима, односно који је утврђен у поступку ликвидације када се ради о правним лицима против којих је изузето спровођење стечајног поступка у смислу члана 14. став 3. наведеног закона. На основаност такве оцене указује и чињеница да је поступак ликвидације уређен Законом о привредним друштвима и да одредбе тог закона не садрже правила о решавању радно правног статуса запослених код правних лица према којима је отворен ликвидациони поступак, због чега се морају применити наведене одредбе Закона о раду из члана 176. тачка 5.

Насупрот наводима жалбе, нема места примени одредби Закона о раду на које се указује жалбом, јер се у овом случају не ради о статусним променама, односно промени послодавца, будући да се у смислу члана 147. тог Закона под статусном променом подразумева спајање, подела или одвајање послодавца, промена правне форме његовог пословања и промена власништва над капиталом послодавца, а све те промене се односе углавном на привредна друштва, при чему се преузимање средстава којима је располагала Стамбена агенција у тренутку закључења поступка ликвидације према њој од стране оснивача, овде туженог града, или уступање тих средстава постојећем привредном субјекту или правном лицу које може вршити послове из надлежности града у области стамбених односа, не може сматрати променом власништва над капиталом. Одредбе из чл.152. Закона о раду примењује се у случају промене власништва над капиталом када до такве промене дође у поступку приватизације државног или друштвеног капитала, односно у промету приватизованог капитала привредних друштава и других правних лица. Реч је о промени власништва над већинским делом капитала послодавца.

У овом случају се не може признати постојање пасивне (стварне) легитимације туженог града за учешће у овој парници ни применом правила наведеног Закона о јавним агенцијама и Закона о стечају, нити у складу са одлуком о оснивању Стамбене агенције, макар да је оснивач учествовао у финансирању делатности те агенције сопственим средствима, односно из свог буџета и поверио тој јавној служби обављање послова из своје надлежности, односно надлежности општине у складу са Законом о локалној самоуправи који се обављају од стране органа локалне самоуправе, будући да се ради о обавезама које се односе на испуњење новчаних и других потраживања тре-

њих лица насталих обављањем делатности због којих је стамбена агенција основана, при чему се не може сматрати да се ради и о обавези решавања радно правног статуса запослених код те агенције због њеног укидања, односно због њене ликвидације, имајући притом у виду и нарочито околност да је агенција правно егзистирала у време доношења одлуке о њеном укидању и да је касније извршена ликвидација у законом прописаном поступку, због чега више не постоји правни основ да се у овом поступку реши питање њихове реинтеграције, с обзиром да су пропустили да захтевају поништај предметних решења према стамбеној агенцији чији је надлежни орган донео та решења, тако да су она постала правноснажна у односу на послодавца тужилаца".

Уместо закључка

Код оцене законитости одлука о статусу нераспоређености и престанку радног односа у вези са применом Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, код послодаваца који представљају органе јединица локалне самоуправе (општинске и градске управе) релевантно је постојање, вишка запослених према критеријумима за одређивање укупног максималног броја запослених у тим органима на неодређено време које пописује тај закон. Исто важи и за установе, привредна друштва и друге облике организовања чији је једини оснивач јединица локалне самоуправе. С тим у вези јесте релевантно и постојање реорганизационих промена у смислу промена у организацији и методу рада, односно услед смањења обима и укидања послова, односно укидања појединих општинских управа или градских управа, или установа, односно спајање два или више органа (чл. 65, 67. и 68. Закона о радним односима у државним органима), када се ради о општинским и градским управама, а за послодавце који представљају установе, привредна друштва или други облик организовања, битне су околности о постојању технолошких, економских или организационих промена (члан 153. Закона о раду). С тим у вези, релевантно је постојање нове систематизације послова и радних места, након извршене реогранизације.

Правилност и законитост одлука о стицању статуса нераспоређеног запосленог и о престанку радног односа расправља се само са аспекта правилности примене предвиђених критеријума Законом о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији на основу којих се индивидуализује вишак запослених (оцена резултата рада и имовно стање) и то још у поступку доношења првостепеног решења којим је утврђен статус нераспоређености.

У случају када је новим актом о систематизацији радних места у смислу члана 2. став 6. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији укинуто радно место на коме је запослени радио у општинској управи или градској управи, установи, привредном друштву и другом облику организовања из члана 1. Закона, тада послодавац нема обавезу да врши оцену резултата рада и утврђује имовно стање запосленог за чијим радом је престала потреба и који је стекао статус нераспоређеног лица. Међутим, у случају смањења броја извршилаца на појединим радним местима, тада се законитост одлука о нераспоређености и престанку радног односа, односно отказа уговора о раду, има оценити са аспекта правилности примене критеријума (резултати рада и имовно стање) у складу и у обиму како је то утврђено Општим колективним уговором, при чему је релевантна околност постојања писане, образложене оцене руководиоца код туженог послодавца о његовим резултатима рада и резултатима рада осталих извршилаца послова на којима је радио тужилац до доношења оспорених одлука и писана форма о доказима и о начину утврђивања имовног стања тужиоца имовног стања осталих запослених који су радили на истим или сличним пословима које је обављао тужилац до доношења оспорених одлука.

Имајући у виду одредбе из члана 9. став 1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, којима је прописано да запослени у органима јединица локалне самоуправе, који након ступања на снагу акта о систематизацији радних места из члана 2. став 6. тог Закона постану нераспоређени, остварују права у складу са прописима којима се уређују права запослених у органима јединица локалне самоуправе, и имајући у виду одредбе из члана 66. став 1. у вези члана 65. Закона о радним односима у државним органима, произилази да се у тој ситуацији наведеним лицима могу признати само права садржана у чл. 158. и 160. Закона о раду. Ово отуда, јер је наведеним одредбама, наведеног закона, прописано да запослени у државним органима који су остали нераспоређени на начин утврђен у члану 65. тог Закона, имају права и обавезе као запослени за чијим радом је престала потреба у предузећима, утврђена законом. Ради се о запосленима који су стекли статус нераспоређених услед промена у организацији и методу рада, односно услед смањења обима и укидања послова. Права из чл. 158. и 160. Закона о раду и то право на отпремнину и на новчану накнаду за случај незапослености призна-

та су наведеној категорији лица и самим Законом о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, члан 9. ст. 2, 3. и 4.

Због посебности Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, како у односу на Закон о радним односима у државним органима, тако и у односу на Закону о раду, у поступку решавања вишка запослених код органа у јединицама локалне самоуправе, и регулативе из претходно наведених одредби, из наведених законских прописа, старешина општинске и градске управе, који је утврдио да је за радом одређеног броја запослених, односно постављених лица престала потреба услед промене организације или метода рада или укидања и смањења броја извршилаца на појединим радним местима, не би био обавезан да донесе програм решавања вишка запослених у смислу члана 153. Закона о раду.

Ако дође до престанка радног односа запосленима услед престанка рада послодавца над којим је отворен ликвидациони поступак, а који јесу правна лица против којих је изузето спровођење стеченог поступка у смислу члана 14. став 1. Закона о стечају, тада се поступак за оцену законитости одлуке о престанку радног односа може покренути против тих послодаваца све до тренутка закључења поступка ликвидације, односно брисања субјекта ликвидације из судског регистра. У смислу одредби наведеног члана, наведеног Закона, стечајни поступак се не спроводи према: Републици Србији; аутономним покрајинама локалне самоуправе; фондовима или организацијама обавезног пензијског, инвалидског, социјалног и здравственог осигурања; правним лицима чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, а која се искључиво или претежно финансирају кроз уступљене јавне приходе или из републичког буџета аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе; народној банци Србије; Централном регистру, депоу и клирингу хартија од вредности; јавним агенцијама.

У поступку смањења броја запослених код послодаваца из члана 1. Закона о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији потребно је да послодавац води рачуна о категорији запослених из чл. 41. став 2. и 42. Општег колективног уговора и из члана 53. Посебног колективног уговора за државне органе.

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Реферати
Апелационог суда у Новом Саду

Мирјана Андријашевић,
судија Апелационог суда у Новом Саду

ПРИПРЕМНО РОЧИШТЕ И ОДРЕЂИВАЊЕ ВРЕМЕНСКОГ ОКВИРА

Увод

Закон о парничном поступку из 1977. године[1], који се после ступања на снагу Уставне повеље Државне заједнице Србије и Црне Горе[2] примењивао као републички закон, садржао је у члану 10. опште правило по коме је суд дужан да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова и да онемогући сваку злоупотребу права која странкама припада у поступку. Закон је садржао институте и правила којима се изражавала тежња за целисходним, економичним и ефикасним поступком, али није имао стриктне одредбе које су биле гаранција таквог поступка у примени.

Потписивањем и ратификацијом Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, којом је у члану 6.став 1.[3] прописано да свако има право на судску пресуду о његовим грађанским правима и обавезама у разумном року, појавила се потреба за ефикаснијим парничним поступком, па је 2004. године донет Закон о парничном поступку[4]. Овим законом изричито је прокламовано право на суђење у разумном року у члану 10[5]. и то право је конкретизовано у низу одредаба закона, уво-

---

1 „ Службени лист СФРЈ“ 4 од 14.1.1977. године

2 „ Службени лист СЦГ“ 1 од 4.2.2003. године

3 Члан 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода – Закон о ратификацији објављен у „Службени лист СЦГ“ – Међународни уговори број 9/2003; „ Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона ...“

4 Закон о парничном поступку објављен у“Службеном гласнику РС“ 124/2004 од 22.11.2004. године, ступио на снагу 23.2.2005. године;

5 Члан 10. ЗПП-а: Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року. Суд је дужан да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова“

ћењем мера којим се успоставља процесна дисциплина за странке и суд и којима је суду омогућено ефикасније управљање поступком. Међутим, нека законска решења нису условила значајно ефикаснији и економичнији поступак, као и сигурнију правну заштиту.

У тежњи да се онемогући одуговлачење поступка и омогући још ефикасније вођење поступка донет је Закон о парничном поступку 2011. године[6] (у даљем тексту ЗПП), и из разлога имплементације релевантних препоруке Савета Европе. Доношењем Закона о парничном поступку из 2011. године, доследно је имплементирана Препорука Р (84) 5 Комитета министара земљама чланицама Савета Европе о начелима грађанског поступка за унапређење остваривања правде: да поступак по редовном току ствари не би требало да траје дуже од два рочишта од којих прво може да буде припремног карактера, а друго да служи прикупљању доказа, износшењу аргумената странака и, ако је могуће, доношењу пресуде.Суд треба да обезбеди да се на време предузму сви кораци потребни за друго рочиште и, у начелу , не треба дозволити никакво одлагање, осим у случају појаве нових чињеница или у другим ванредним и важним околностима; тужбени захтеви странака, њихова одбрана и, у начелу њихови докази,треба да се представе у најранијој фази поступка, осим у случајевима где закон налаже другачије. Овим законом, за разлику од претходних, припремном рочишту је дат значај важне фазе поступка и уведен је временски оквир за спровођење поступка, све ради обезбеђења ефикасног поступка. У том делу поступка најзначајнија новина је обавеза суда да заједно са странкама на припремном рочишту утврди које су све чињенице спорне, одреди доказе које треба да изведе, као и да одреди временски оквир за спровођење поступка, чиме се уводи извесност у дужину трајања поступка, што доприноси поштовању права на суђење у разумном року.

Појам и значај припремног рочишта

Припремно рочиште је прво рочиште које служи превасходно да се припреми главна расправа. Припрема главне расправе се врши тако што суд препознаје и концентрише релевантну процесну грађу. Основна сврха припремног рочишта је да суд прикупи сву процесну грађу и да се

[6] Закон о парничном поступку објављен у „Службеном гласнику РС“ 72/2011, који је ступио на снагу 1.2.2012. године.

изврше што квалитетније припреме за главну расправу, како би се без одуговлачења окончао поступак и донела првостепена пресуда. Само потпуном концентрацијом процесне грађе реализоваће се обавеза суда да омогући да припремно рочиште буде у функцији припремања предмета за главну расправу. Иако је улога суда сада значајно пасивнија, расправно начело добило је потпуни примат, стручним ауторитом суд је дужан утврдити предмет доказивања како би се спорни предмет решио на одговарајући начин и обезбедило брзо напредовање поступка. Правилно спроведено припремно рочиште омогућава поштовање основног начела - суђења у разумном року прописаног одредбом члана 10 ЗПП-а[7].

Заказивање припремног рочишта

Припремно рочиште је обавезно, јер је суд дужан да закаже и одржи припремно рочиште у року од 30 дана од дана достављања тужиоцу одговора на тужбу или у року од 30 дана од истека рока за достављање одговора на тужбу, када тужени није доставио одговор на тужбу, а нису испуњени услови из члана 350. став 1. ЗПП-а за доношење пресуде због пропуштања. (члан 301. ЗПП-а). Изузетно одржавање припремног рочишта није обавезно, када суд након пријема одговора на тужбу утврди да нема спорних чињеница, када је спор једноставан, хитан или у другим законом прописаним случајевима (члан 302 ЗПП-а). Припремно рочиште се не заказује и не одржава у посебним поступцима: поступку у парницама због сметања државине, поступку у спору мале вредности и поступку у потрошачким споровима. Позив за припремно рочиште, доставља се најмање осам дана пре одржавања и садржи обавезно упозорење на дужност изношења свих чињеница и предлагања доказа којима се те чињенице потврђују, као и на дужност предлагања временског оквира и налаже им се да на рочиште донесу исправе које им служе за доказ и предмете које треба разгледати у суду. У позиву ће се странке упозорити о дужности да суд обавесте о промени адресе. Суд ће до припремног рочишта прибавити списе, ис-

[7] Члан 10. ЗПП-а: Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року. Суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења, у складу са претходно одређеним временским оквиром за предузимање парничних радњи (у даљем тексту“временски оквир„) и са што мање трошкова. Непоступање судије у временском оквиру је основ за покретање дисциплинског поступка у складу са одредбама Закона о судијама.

праве или предмете који се налазе код суда или другог државног органа или правног лица (члан 303. ЗПП-а) Како одржавање припремног рочишта није обавезно када је спор једноставан или нема спорних чињеница, судови би могли доследније примењивати ту одредбу, што би имало за последицу бржи и јефтинији поступак, што је испуњење начела из члана 10. Закона о парничном поступка.

Ток припремног рочишта

Пре почетка расправљања суд утврђује да ли су странке присутне, а за одсутне проверава уредност пријема позива и оправданост изостанка, па у случају испуњености услова из члана 304. ЗПП-а[8], доноси решење којим утврђује да је тужба повучена, осим ако тужени не захтева да се рочиште одржи. Припремно рочиште почиње тако што тужилац излаже тужбу, а тужени одговор на тужбу . Суд има овлашћење да од странака затражи разјашњења у погледу њихових предлога и навода и да их упозна са правом да спор могу да реше медијацијом. Даљи ток поступка на припремном рочишту зависи од тога да ли се поставља питање неке процесне претпоставке чији недостатак закон назива сметњом за развој поступка. Ако сметње постоје расправљаће се о њима и по потреби изводити докази те донети одговарајуће одлуке (члан 306. ЗПП-а)[9]. Уколико на припремном рочишту није расправљано о процесним сметњама, онда се расправља о предмету спора (предлозима и захтевима странака и чињеничним наводима којима странке образлажу своје предлоге и захтеве). Циљ ове расправе је да се искристалише да ли мериторна одлука зависи од спорне чињенице и које или пак од одговора на правно питање. Може се рећи да припремно рочиште има фазе поступања и то у првој фази припремног

[8] Члан 304 ЗПП-а: Ако на припремно рочиште не дође тужилац, а уредно је позван, сматраће се да је тужба повучена, осим ако тужени не захтева да се рочиште одржи

[9] Члан 306 ЗПП-а: Ако је то потребно, после излагања тужбе и одговора на тужбу, расправљаће се о питањима која се односе на сметње за даљи ток поступка, о чему могу да се изводе докази. Суд ће по приговору странке или по службеној дужности да одлучује о питањима из члана 294. овог закона, ако овим законом није другачије одређено. Одлуку о приговору о процесним сметњама суд може да донесе заједно са одлуком о главној ствари, осим о приговору месне надлежности. Против одлуке о приговору из става 3 . овог члана није дозвољена посебна жалба.

рочишта странке су дужне да изнесу све чињенице и предложе све доказе које су пропустиле да изнесу и предложе у тужби и одговору на тужбу и уједно се странке изјашњавају о наводима и доказима противне стране и предлажу временски оквир за спровођење поступка. Друга фаза припремног рочишта састоји се у активној улози суда да утврди прво неспорне и опште познате чињенице, провери да ли су неоспорене чињенице неспорне и потом утврди које су изнете чињенице спорне. У овој фази утврђује које од спорних чињеница су релевантне, а које не и у вези са тим која правна питања ће се расправљати на главној расправи. У следећој фази суд утврђује које ће доказе од предложених извести на главној расправи и доноси решење о усвајању тих доказних предлога. У четвртој фази суд одређује временски оквир за спровођење поступка и доношењу овог решења претходи већ суштинско схватање предмета спора, материјалног и процесног права и добра процена потребног времена. Приликом одређивања потребног времена суд мора знати колико му је потребно времена за извођење доказа, распоред извођења доказа по логици материјалног и процесног права, мора проценити време потребно за доставу, водећи рачуна о времену у случају неуспеле доставе, као и о другим примарним и евентуалним процесним радњама. У последњој фази суд одбија извођење доказа које не сматра битним за доношење одлуке решењем против кода није дозвољена посебна жалба (члан 308. ЗПП-а). Уколико судови доследно не примењују члан 308. ЗПП-а ствараће се несигурност и конфузија на расправи, јер уколико суд не одлучи о доказним предлозима и не одреди који ће се докази извести на главној расправи и питања о којима ће се расправљати онемогућава странке да се припреме што доводи до нејасноћа, а тиме и одуговлачења поступка. Одредба члана 308. ЗПП-а у циљу је убрзања поступка и прописује обавезу суда да одбије спровођење процесних радњи које нису битне за поступак. Доношење решења којим се одбијају ирелевантни доказни предлози води правној сигурности и извесности.

Одлуке суда на припремном рочишту

На припремном рочишту суд може донети три врсте одлука и то су: одлуке које се тичу формалног и материјалног управљања парницом. Одлуке које се тичу формалног управљања парницом су: одлука о заказивању, одлагању припремног рочишта, одлука о заказивању рочишта за главну расправу, спрајању и раздвајању парница. Против ових одлука није дозвољена жалба. Одлуке које се тичу материјалног управљања парни-

цом одлука о питањима о којима ће се расправљати на главној расправи, одлука о доказима који ће се извести и о доказима који се неће извести на главној расправи. Против ових одлука није дозвољена посебна жалба. Друга група су одлуке које се тичу постојања процесних претпоставки односно сметњи за даљи ток поступка. Ако суд нађе да постоје неотклоњиве процесне сметње, које није уочио у поступку испитивања тужбе или је било потребно извести доказе на те околности, одбациће тужбу решењем. Како је тужени дужан да истакне све приговоре у одговору на тужбу, а најкасније на припремном рочишту, суд ће по приговору туженог или по службеној дужности донети решење о одбачају тужбе када су испуњени услови из члана 294. ЗПП-а. Суд може о приговору постојања процесних сметњи за даљи ток поступка одлуку донети заједно са одлуком о главној ствари, осим о приговору месне ненадлежности, а против ових одлука није дозвољена посебна жалба (члан 306. ЗПП-а). У трећој групи су одлуке којима се окончава парница, пресуда на основу признања, пресуда на основу одрицања, пресуда због пропуштања, пресуда због изостанка и може да прими на записник судско поравнање.

Закључење припремног рочишта, временске границе и преклузије

Закључење припремног рочишта има значај временске границе до које могу бити предузете неке парничне радње: ако се тужба не доставља туженом на одговор, тужени може да истакне приговор ненадлежности најкасније пре почетка припремног рочишта, а ако се оно не одржава пре отварања главне расправе (члан 17. став 3. ЗПП-а), ако се тужба не доставља на одговор, тужени може да истакне приговор месне ненадлежности најкасније на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу, ако се припремно рочиште не одржава, а пре упуштања у расправљање (члан 19. став 4. ЗПП-а), ако се тужбени захтев не односи на новчани износ, а тужилац је вредност предмета спора одредио сувише високо или сувише ниско, вредност предмета спора суд ће, најкасније на припремном рочишту, ако припремно рочиште није одржано онда на главној расправи, пре почетка расправљања о главној ствари, брзо и на погодан начин да провери тачност означене вредности и утврди вредност спора (члан 33. став 3. ЗПП-а), надлежни суд првог степена може сам или на предлог странке да поднесе захтев највишем суду одређене врсте да да у поједином предмету поступа други стварно надлежни суд, ако је очи-

гледно да ће тако лакше да се спроведе поступак или ако за то постоје други оправдани разлози најкасније до окончања припремног рочишта, по правилу, а после припремног рочишта само ако је разлог настао или странка за њега сазнала касније (члан 62. ст. 1. и 3. ЗПП-а), тужени може истаћи приговор ненадлежности суда на основу споразума којим се предвиђа надлежност изабраног суда, ако се тужба не доставља туженом на одговор (чл. 65. став 4. у вези 19. став 4 ЗПП-а). Тужени може најкасније на припремном рочишту, а ако оно није одржано на главној расправи пре него што се упусти у расправљање о главној ствари, да позове преко суда претходика да уместо њега ступи у парницу као странка (члан 220. став 1. ЗПП-а). И коначно странка је дужна најкасније на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу ако припремно рочиште није обавезно да изнесе све чињенице потребне за образложење својих предлога, да предложи доказе којима се потврђују изнете чињенице, да се изјасни о наводима или понуђеним доказима противне странке, као и да предложи временски оквир за спровођење поступка (члан 308. ЗПП-а).

Временски оквир

Временски оквир је временом ограничени план расправљања. Уведен је у ЗПП у циљу убрзања поступка, повећавања ефикасности и делотворности рада судова, јаснијег поштовања начела правичног суђења и остваривања права странака на суђење у разумном року. Временски оквир је постављен у члану 10. ЗПП-а у оквиру основног начела о праву странке на суђење у разумном року. Одређивањем временског оквира трајање парнице постаје извесно, познате су процесне радње и време њиховог извођења, чиме се поштује време суда и странака, омогућава једнако право на правну заштиту за све учеснике поступка. Да би суд у сарадњи са странкама могао да одреди временски оквир мора претходно добро да познаје суштину конкертног спора, материјално право које ће се примењивати, наравно процесне одредбе, мора сачинити спецификацију свих неопходних процесних активности које ће водити до коначне одлуке, одредити време потребно за извођење тих процесних активности имајући у виду сопствену оптерећеност задуженим предметима. Предлагање временског оквира је овлашћење и дужност странке и обавеза суда. Временски оквир се одређује на основу предлога странака, али одлуку доноси суд по службеној дужности, а непоштовање одређеног временског оквира је основ за покретање дисциплинске одговорности судије.

Стога, због различитих процесних улога и интереса у парници суд ће приликом одређивања оквирног рока правити компромисе са странкама, поштујући разуман рок за конкретан случај и прилике. На овај начин дели се одговорност везана за трајање поступка између странака и суда. Суд је са одређеним временским оквиром везан.

О везаности суда временским оквиром

Одредбама чланова 10, 102, 105, 108, 199. став 7, 303. став 1, 308. став 1, 308. став 3, 308. став 4, 315. став 1, 309, 233. став 1, 383. став 5, 398. став 1, 431. и 432. ЗПП-а прописана је везаност суда временским оквиром, права, обавезе и одговорности суда у поступку поштовања временског оквира.

Чланом 10. ЗПП-а прописано је основно начело које се огледа у праву странке да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року, у дужности суда да поступак спроведе без одлуговлачења, у складу са претходно одређеним временским оквиром за предузимање парничних радњи и са што мање трошкова. У случају непоступања судије у временском оквиру, наступа основ за покретање дисциплинског поступка у складу са одредбама Закона о судијама. Овом нормом захтева се ефикасно, економично поступање суда, без одуговлачења поступка и у разумном року.

Ради остваривања прокламованих начела парничног поступка прописане су дужности судова, па је прописано да ако рокови нису одређени законом, одређује их суд с обзиром на околности случаја, али прописано је да ове рокове суд одређује у складу са временским оквиром (члан 102. ЗПП-а). Рокови које одређује суд, имајући у виду садржину радње коју странка треба да предузме и друге околности од којих у конкретном случају може да зависи време које је за припрему радње потребно, сада се морају брижљиво планирати и узимати у обзир приликом одређивања временског оквира, јер се судски рокови не могу продужавати, а временски оквир, само изузетно. Исто се односи и на заказивање и одржавање рочишта , па је прописано да рочишта одређује суд када је то законом прописано или захтевају потребе поступка у складу са временским оквиром. Одлагање рочишта дозвољено је само изузетно ако је то потребно ради извођења доказа или због спречености судије. Приликом одлагања рочишта суд ће увек да одреди нов временски оквир, који не може да буде дужи

од 1/3 првобитно одређеног временског оквира. У циљу поштовања члана 10. прописано је да у случају одлагања рочишта суд је дужан да одмах одреди место и време одржавања одложеног рочишта у оквиру новоодређеног временског оквира (чл. 105. и 108. ЗПП-а). Ако суд дозволи преиначење тужбе, решењем одређује нови временски оквир за спровођење потупка по преиначеној тужби (члан 199. став 7. ЗПП-а). Прописана је обавеза суда да у позиву за припремно рочиште упозори странке на дужност предлагања временског оквира (члан 303. став 1. ЗПП-а), а прописана је и временска граница (најкасније на припрмном рочишту или првом рочишту за главну расправу ако се припремно рочиште не одржава)у којој су странке дужне предложити временски оквир. На припремном рочишту суд решењем одређује временски оквир за спровођење поступка који нарочито садржи: број рочишта, време одржавања рочишта, распоред извођења доказа, на рочиштима, и предузимања других процесних радњи, судске рокове као и укупно време трајања главне расправе (члан 308. ЗПП-а). Да би суд реализовао своју обавезу поштовања одређеног временског оквира има овлашћење да спречи сваки покушај неоснованог одлагања рочишта и сакционише сваку повреду или злоупотребу процесних права и нарушавање процесне дисциплине (члан 309. став 4. ЗПП-а). Приликом одређивања рокова за извођење доказа суд је такође дужан да поштује утврђени временски оквир за спровођење поступка (чланови 233. и 315. ЗПП-а). Приликом управљање главном расправом од суда се захтева да свестрано расправи предмет спора, да не одуговлачи поступак (начело процесне економије) и да се расправа доврши на једном рочишту, односно у временском оквиру, чиме се појачава примена начела концентрације поступка (члан 326. став 2. ЗПП-а). И у поступку пред друостепеним судом, у случају отварања расправе другостепени суд је дужан да одреди временски оквир за спровођење поступка (члан 383. став 5. ЗПП-а). И првостепени суд који након укидања пресуде одржава рочиште, дужан је да на првом рочитшу одреди временски оквир за нову главну расправу пред првостепеним судом (члан 398. став 1. ЗПП-а). Прописана је обавеза суда да у случају потребе да се одржи више рочишта по предлогу за понављање поступка, мора се одредити временски оквир до доношења решења о предлогу, а у случају да суд дозволи понављање поступка и укине одлуку донету у ранијем поступку, дужан је да одреди временски оквир за спровођење новог поступка (чланови 431. и 432. ЗПП-а).

Уместо закључка

У односу на припремно рочиште уведене су новине које му суштински дају много већи значај него што је имао у досадашњим законима о парничном поступку. Одржавање припремног рочишта је по правилу обавезно, концентрација процесне грађе мора се извршити, осим изузетно, најкасније на припремном рочишту, када за странке насупа преклузија. Суд ће према резултатима припремног рочишта одлучити о чему ће се расправљати и који докази ће се извести на главној расправи. На овакав начин одређена сврха припремног рочишта, као крајње прикупљање процесне грађе и квалитетно припремање за главну расправу, даје му значај једне од важнијих фаза парничног поступка. Одређивање временског оквира за спровођење поступка ствара обавезу за суд да доследно примењује одредбе Закона о парничном поступку које су прописане у циљу ефикасног и економичног поступка и које ће омогућити суђење у разумном року и остваривање права странака на правично суђење.

Персида Јовановић,
судија Апелационог суда у Новом Саду

УГОВОР О РАДУ

Увод

Због промена у друштву (приватизација, тржишно привређивање), дошло је до трансформације радног односа тако да он има све особине уговорног односа. Ипак радни однос се не може изједначити са уговором о раду. Радни однос је статус који обухвата права, обавезе, одговорности. Уговор о раду је основ стицања тог статуса (статуса запосленог). То је један од основних појмова радног права.

Уговор о раду је најчешћи основ заснивања радног односа у државама са тржишном економијом.

„Концепт запосленог грађанина садржи елементе достојанственог рада, анти-дискриминаторског законодавства како би се потврдило начело једнакости шанси и поступања, елементе забране савремених облика принудног и ропског рада, елементе забране повређивања приватности на раду, елементе забране угрожавања моралног и физичког интегритета личности радника-забрана сексуалног узнемиравања и психичког злостављања (мобинга), елементе учешћа (представника) радника у одлучивању код послодавца”[1]. Права, обавезе и одговорности по основу рада предмет су уговарања запосленог и послодавца у савременом друштву. Овај реферат се бави појмом, уговорним странама, закључењем, садржином, изменама и престанком уговора о раду.

Појам уговора о раду

Уговор о раду је аутономни извор права, обавеза и одговорности из радног односа када је то Законом о раду[2] у даљем тексту законом, одређено. Ово је специфични, именовани уговор који је регулисан Законом о раду.

---

[1] Проф. Др. Бранко Лубарда, *Концепт социјалног грађанства у праву Европске Уније*

[2] Закон о раду (Службени гласник РС 24/05 и 61 од 18.07.2005.)

Приликом разматрања ове теме треба поћи од начина уређења радног односа, односно од правних аката којима је уређен.

Радни однос је уређен актима различите правне снаге, или на три нивоа. То су: закон, општи акт послодавца и уговор о раду. Међу њима, најважнији је закон као акт највише правне снаге, затим по важности следи општи акт послодавца и коначно акт најниже правне снаге је уговор о раду.

Актуелним Законом о раду уређена су права, обавезе и одговорности из радног односа. Закон који је општи радно–правни пропис утврђује права запослених на раду и по основу рада. Та права су: право на одговарајућу зараду, безбедност и заштиту живота и здравља на раду, здравствену заштиту, заштиту личног интегритетета и друга права у случају болести, смањења или губитка радне способности и старости, материјално обезбеђење за време привремене незапослености, као и право на друге облике заштите, у складу са законом и општим актом. Запослена жена има право на посебну заштиту за време трудноће и порођаја. Запослени има право на посебну заштиту ради неге детета у складу са законом. Запослени млађи од 18 година живота и запослени инвалид имају право на посебну заштиту. Запослени непосредно, односно преко својих представника имају право на удруживање, чешће у преговорима за закључивање колективних уговора, мирно решавање колективних и индивидуалних радних спорова, консултовање, информисање и изражавање својих ставова о битним питањима из области рада[3].

Члан 15. закона прописује обавезе које имају запослени на раду и по основу рада. Те обавезе су: да запослени савесно и одговорно обавља послове на којима ради, да поштује организацију рада и пословања код послодавца, услове и правила послодавца у вези са испуњавањем уговорних и других обавеза из радног односа, да обавести послодавца о битним околностима које утичу или би могле да утичу на обављање послова утврђених уговором о раду, да обавести послодавца о свакој врсти потенцијалне опасности за живот и здравље и настанак материјалне штете. Према члану 16. закона послодавац има обавезе да запосленом за обављени рад исплати зараду у складу са законом, општим актом, уговором о раду, да запосленом обезбеди услове рада и организује рад ради безбедности и заштите живота и здравља на раду, у складу са законом и другим прописи-

[3] Чл. 12. и 13. Закона о раду

ма, да запосленом пружи обавештење о условима рада, организацији рада, правима и обавезама које произлазе из прописа о раду и прописа о безбедности и заштити живота и здравља на раду, да запосленом обезбеди обављање послова утврђених уговором о раду, затражи мишљење синдиката у случајевима утврђеним законом, код послодавца код кога није образован синдикат од представника кога одреде запослени.

Чланом 17. Закона је прописано да су запослени и послодавац дужни да се придржавају права и обавеза утврђених законом, општим актом и уговором о раду. Закон је извор права и обавеза из радног односа. Представља оквир права, обавеза и одговорности из радног односа, јер се општим актом и уговором о раду не могу за запосленог утврдити права у мањем обиму од законом прописаног нити се могу утврдити неповољнији услови рада од законом прописаних. Закон, односно општи радно-правни прописи примењују се на запослене који раде на територији Републике Србије, код домаћег или страног правног односно физичког лица(послодавца) као и на запослене упућене на рад у иностранство од стране послодавца ако законом није друкчије одређено. Примењује се и на запослене у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, ако законом није друкчије одређено. Примењује се и на запослене стране држављане и лица без држављанства која раде код послодавца на територији Републике Србије, ако законом није друкчије одређено, сагласно члану 2. закона.

Општи акт се примењује на запослене који раде код одређеног послодавца.

Уговор о раду се примењује на одређено физичко лице (запосленог) које га је закључило са својим послодавцем и на послодавца који га је закључио.

Уговор о раду је специфичан уговор, који је изведен из закона, јер се њиме утврђују права, обавезе и одговорности из радног односа одређеног запосленог и његовог послодавца која су већ прописана законом, и то права у истом или већем обиму у односу на законску регулативу. Он се тиче статуса лица које обавља посао (ради код одређеног послодавца). Уговором о раду се конкретизују права која су утврђена законом у односу на запосленог и његовог послодавца.

Када се говори о уговору о раду основни појмови су:запослени, послодавац, радни однос.

Уговор о раду је двострани правни акт. То је слободно изражена сагласност воља запосленог и послодавца која има за циљ заснивање радног односа и на основу које запослени заснива радни однос код послодавца. То је облигациони однос између послодавца и запосленог. Он је услов заснивања радног односа. То је формални, двострано обавезан, теретан, комутативан, индивидуалан уговор. Њиме се утврђују права, обавезе, одговорности запосленог и послодавца због чега спада у изворе радног права како је наведено. Његов оквир су закон и општи акт послодавца који су међусобно усклађени о чему ће бити речи. Заснивање радног односа је предмет уговора о раду а почетак рада је кауза уговора. Уговор о раду закључује се за обављање послова који спадају у делатност послодавца. Послодавац нуди посао а запослени нуди радну снагу.

У нашем правном систему, радно законодавство се често мења. То се пре свега односи на Закон о раду. Претходни закон био је објављен у Службеном гласнику РС 70/2001, 73/2001. Следећи, актуелни закон објављен је у Службеном гласнику РС 24/05. Ради правне сигурности запослених који су до ступања на снагу актуелног закона стекли одређена права и статус законодавац интервенише кроз прелазне и завршне одредбе.

Наиме, запослени који су засновали радни однос до дана ступања на снагу Закона о раду а немају закључен уговор о раду закључују са послодавцем уговор о уређивању међусобних права, обавеза и одговорности који садржи све елементе уговора о раду прописане чланом 33. став 1. Закона о раду осим врсте и описа послова које запослени треба да ради, података о месту рада, начину заснивања радног односа, трајању уговора о раду, дану почетка рада, који уговор је послодавац дужан да закључи. Тим уговором се не заснива радни однос јер је запослени већ засновао радни однос. Њиме се уређују међусобна права и обавезе запосленог и његовог послодавца[4]. Према наведеном овај уговор се разликује од уговора о раду. Његовим закључењем се фактичко стање, усаглашава са актуелним општим радно-правним прописима.

[4] Члан 278. Закона о раду

Уговорне стране

Уговорне стране су запослени и послодавац.

Закон одређује запосленог као физичко лице које је у радном односу код послодавца [5]. Даље разрађује овај појам. Прописује својства која то лице мора имати да би уговор о раду који оно закључи био пуноважан. Та својства се најпре односе на старосну доб запосленог. Радни однос се може засновати са лицем које није пунолетно под условом да оно има најмање 15 година живота и да испуњава друге услове за рад на одређеним пословима, утврђене законом, односно правилником о организацији и систематизацији послова[6]. Прописана је доња старосна граница за заснивање радног односа и самим тим за закључење уговора о раду. Запослени мора бити одређене старосне доби. Правилником се утврђују организациони делови код послодавца, врста послова, врста и степен стручне спреме и други посебни услови за рад на тим пословима. Да би лице које је млађе од 18 година живота засновало радни однос, дакле да би било уговорна страна уговора о раду мора испуњавати услове прописане Законом о раду. За ово лице је потребна писмена сагласност родитеља, усвојиоца или стараоца ако такав рад не угрожава његово здравље, морал и образовање, односно ако такав рад није забрањен законом. Осим тога лице млађе од 18 година живота може засновати радни однос само на основу налаза надлежног здравственог органа којим се утврђује да је способно за обављање послова за које заснива радни однос и да такви послови нису штетни за његово здравље[7]. Дакле старији малолетник који има 15 година живота може бити уговорна страна када испуни наведене услове. Породичним законом је на овај начин регулисана пословна способност детета. То лице може предузимати поред правних послова којима прибавља искључиво права, поред послова којима не стиче ни права ни обавезе и поред правних послова малог значаја и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља. Дете које је навршило 15 годину живота може предузимати правне послове којима управља и располаже својом зарадом или имовином стеченом сопственим радом[8]. Уговор о раду који са послодавцем закључи старији малолетник без претходне или накнадне са-

[5] Члан 5. став 1. Закона о раду
[6] Члан 24. ст. 1. и 2. Закона о раду
[7] Члан 25. Закона о раду
[8] Члан 64. ст. 2. и 3. Породичног закона ("Сл. гласник РС", бр. 18 од 24. 2.2005. г.)

гласности родитеља и тиме стекне статус запосленог, је ништав јер је противан принудним прописима. Уговор о раду који закључи старији малолетник, а да није утврђено на основу налаза здравственог органа да је способан за обављање послова за које заснива радни однос или су ти послови штетни за његово здравље, је противан принудним прописима због чега је ништав. На овај начин се штите интереси малолетног детета. Запослени млађи од 18 година ужива посебну заштиту.

Запослени мора испуњавати услове за рад на пословима за које заснива радни однос. Ти услови су, како је наведено, утврђени општим актом послодавца (правилником). Односе се на врсту и степен стручне спреме. Ако је закључен уговор о раду и заснован радни однос за обављање послова са повећаним ризиком, запослени мора испуњавати прописане посебне услове рада на тим пословима и може на тим пословима радити само на основу претходно утврђене здравствене способности за рад на тим пословима од стране надлежног здравственог органа како је прописано чланом 38. Закона.

Како у моменту закључења уговора о раду одређено лице још увек нема статус запосленог (закључује га у циљу стицања тог статуса) можда би адекватан термин за то лице био потенцијални запослени, или претендент за одређени посао. То је лице које тражи посао. Закон забрањује дискриминацију лица које тражи запослење с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима, или неко друго лично својство. Ради се о једнаким могућностима за заснивање радног односа закључењем уговора о раду[9].

Радни однос може да заснује поред домаћег држављанина и страни држављанин, затим и лице без држављанства али под условима који су утврђени Законом о раду и посебним законом.

Забрањена је дискриминација у односу на услове запошљавања и избор кандидата за обављање одређеног посла. Ништаве су одредбе уговора о раду којима се утврђује дискриминација по основу услова за запошљавање и избор кандидата, услова рада и свих права из радног односа, по основу обра-

[9] Члан 18. Закона о раду

зовања, оспособљавања и усавршавања, по основу напредовања на послу, по основу отказа уговора о раду. Закон на овом месту говори о кандидату за обављање одређеног посла, па је овакво означавање ове уговорне стране у фази закључења уговора о раду можда правилније[10].

Уговором о раду и инвалидна лица заснивају радни однос али под условима и на начин утврђен законом[11]. Међутим то не може бити лице које је изгубило радну способност. То лице због овог својства не може закључењем уговора о раду засновати радни однос.

Уговорна страна су и чланови породице послодавца који закључују уговор о раду за обављање послова ван просторија послодавца, односно код куће. Члановима породице сматрају се брачни друг и деца, родитељи, браћа и сестре запосленог и његовог брачног друга [12].

Запослени мора испуњавати услове у погледу старосне доби, као и услове за рад на пословима за које је засновао радни однос утврђене општим актом послодавца.

Осигурана лица (у даљем тексту осигураници) у смислу Закона о пензијском и инвалидском осигурању јесу и запослени. Осигураници су запослени, лица у радном односу, односно запослена у предузећу, другом правном лицу, државном органу, органу јединице локалне самоуправе или код физичких лица (у даљем тексту послодавац), затим цивилна лица на служби у Војсци Србије, професионална војна лица према прописима о Војсци Србије, изабрана и постављена лица, ако за обављање функције остварују зараду, односно накнаду зараде, лица која су у складу са прописима о раду, у радном односу односно запослена ван просторија послодавца, лица у радном односу, односно запослени упућени на рад у иностранство, односно запослени у предузећу које обавља делатност или услуге у иностранству, домаћи држављани који су на територији Републике Србије запослени код страних или међународних организација и установа, страних дипломатских и конзуларних представништва или код страних правних или физичких лица, ако међународним уговором није другачије одређено, домаћи држављани запослени у иностранству, страни држављани и лица без држављанства која су на територији Републике Србби-

[10] Члан 20. Закона о раду
[11] Члан 28. Закона о раду
[12] Чл. 42. и 43. Закона о раду

је запослени код страних правних или физичких лица, ако међународним уговором није другачије одређено, као и међународних организација и установа и страних дипломатских и конзуларних представништва, ако је такво осигурање предвиђено међународним уговором[13]. Из оваквог утврђења произилази да су то запослени код различитих послодаваца.Управо зато сва наведена лица не заснивају радни однос закључењем уговора о раду. Разлог томе је што је посебним законом друкчије одређено. Дакле на запослене код одређених послодаваца примењују се општи прописи о радним односима ако посебним законом није друкчије одређено[14].

Ако запослени не ступи на рад оног дана који је утврђен уговором о раду сматра се да није ни засновао радни однос. Дакле, да би ова уговорна страна имала статус запосленог потребно је да закључи уговор о раду са послодавцем и да ступи на рад оног дана који је одређен у самом уговору. Дешава се и да послодавац са запосленим не закључи уговор о раду а да он ступи на рад. У тој ситуацији недостаје правни основ заснивања радног односа. Ако послодавац са запосленим не закључи уговор о раду у писаном облику пре ступања запосленог на рад, сматра се да је запослени засновао радно однос на неодређено време[15]. Ступање на рад је одлучно за заснивање радног односа и онда када је уговор о раду изостао, али само ако послодавац са запосленим не закључи уговор о раду. Овакав начин заснивања радног односа одступа од правила да се тај радни однос заснива уговором о раду. Стога, као и свака правна фикција производи правно дејство снагом закона[16].

Друга уговорна страна је послодавац. Закон о раду дефинише послодавца као домаће, односно страно правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује једно или више лица. У члану 2. ст. 1. и 2. Закон говори о запосленима код домаћег или страног правног односно

[13] Чл. 10. став 1. и 11 Закона о пензијском и инвалидском осигурању ("Сл. гласник РС", бр. 34/2003, 64/2004, 85/2005, 101/2005)

[14] Закон о државним службеницима и намештеницима ("Сл. гласник РС", бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005); Закон о основама система образовања и васпитања ("Сл. гласник РС", бр. 72/2009, 52/2011); Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса ("Сл. гласник РС", бр. 25/2000, 25/2002, 107/2005, 108/2005); Закон о полицији ("Сл. гласник РС", бр. 101/2005)

[15] Члан 32. став 2. Закона о раду

[16] Пресуда Врховног касационог суда Рев. II 1124/10 од 26. 5. 2011.

физичког лица, о запосленима у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, ако законом није друкчије одређено.

Осим тога из одређења запосленог лица садржаног у чл. 10. и 11. Закона о пензијском и инвалидском осигурању произилази и одговор на питање ко је све послодавац. Послодавац је предузеће, али и друго правно лице, државни орган, орган јединице локалне самоуправе. Послодавац је привредно друштво. Привредно друштво је правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити, које друштво стиче својство правног лица регистрацијом у складу са законом којим се уређује регистрација привредних субјеката[17]. Правне форме друштва су : ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу, акционарско друштво[18]. Предузетник је пословно способно физичко лице које обавља делатност у циљу остваривања прихода које је као такво регистровано у складу са законом о регистрацији[19]. Права и дужности послодавца у име Републике Србије врши руководилац државног органа ако законом или посебним законом или другим прописом није друкчије одређено[20]. Дакле запослени могу радити код различитих послодаваца. На све њих примењује се Закон о раду ако законом није друкчије одређено како је напред наведено. Због тога запослени код одређених послодаваца не заснивају радни однос уговором о раду како је напред наведено.

Форма и садржина уговора о раду

Пре закључења уговора о раду послодавац је дужан да кандидата обавести о послу, условима рада, правима и обавезама из радног односа о обавези запосленог да поштује организацију рада и пословања код послодавца, као и услове и правила послодавца у вези са испуњавањем уговорних и других обавеза из радног односа[21]. Одредбе уговора о раду које се заснивају на нетачном обавештењу од стране послодавца о појединим правима, обавезама и одговорностима запосленог ништаве су сагласно члану 9. закона.

---

[17] Чл. 2. и 3. Закона о привредним друштвима ("Сл. гласник РС", бр. 36/2011, 99/2011)
[18] Члан 8. Закона о привредним друштвима
[19] Члан 83. Закона о привредним друштвима
[20] Члан 3. Закона о државним службеницима и намештеницима
[21] Члан 27. Закона о раду

Кандидат (будући запослени) је дужан да приликом заснивања радног односа послодавцу достави исправе и друге доказе о испуњености услова за рад на пословима за које заснива радни однос, утврђених правилником. Које су последице ако запослени не испуни ову обавезу јер не испуњава услове? Послодавац има могућност да откаже уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца и између осталог ако запослени не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради. Послодавац има могућност и да откаже уговор о раду ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене уговором о раду. Дакле уговором о раду може бити предвиђен разлог за отказ у случају достављања лажних докумената о испуњености услова за рад. Овај став је исказао и Врховни касациони суд. Самом чињеницом што је тужилац предао послодавцу фалсификовану диплому и на тај начин га довео у заблуду и одржавао у заблуди о својој стручној спреми, запослени је у целом периоду рада вршио повреду радне обавезе према послодавцу и стога се ради о продуженој повреди радне обавезе. Небитна је чињеница што тужилац није фактички обављао послове у складу са уговором о раду према фалсификованој дипломи. Тужилац је пре закључења уговора о раду прећутао важне околности које битно утичу на обављање послова за које се заснива радни однос[22].

Из изложеног је јасно да су послодавац и запослени дужни да се придржавају права и обавеза утврђених законом, општим актом и уговором о раду[23].

Радни однос заснива лице које испуњава услове за рад на одређеним пословима, и оно закључује уговор о раду са послодавцем[24].

Општи радно правни прописи не познају појам радног места. Говоре о пословима, који су утврђени правилником о организацији и систематизацији послова. Запослени обавља одређене послове код послодавца код кога је засновао радни однос.

Чланом 33. Закона о раду набројане су одредбе које мора да садржи уговор о раду. Уговор се закључује у писаној форми па усмени дого-

[22] Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1715/10 од 3.11.2011.г.
[23] Члан 17. Закона о раду
[24] Члан 24. став 1. Закона о раду

вор (споразум запосленог и послодавца) нема значаја. Немају значаја ни усмене измене закљученог уговора. Обавезна је писмена форма уговора. Она је услов његове пуноважности. Закон не само што је прописао обавезну писмену форму већ и елементе које мора да садржи уговор о раду.

Уговор о раду садржи назив и седиште послодавца, име и презиме запосленог, место пребивалишта, односно боравишта, врсту и степен стручне спреме запосленог, дакле садржи податке о уговорним странама. Садржи врсту и опис послова које запослени треба да ради. Што се тиче послова закон издваја послове за које су прописани посебни услови рада-послови са повећаним ризиком. Оставља могућност закључења уговора о раду за послове за које су прописани посебни услови рада само ако запослени испуњава услове за рад на тим пословима. Он мора имати здравствену способност за рад на тим пословима што се претходно утврђује од стране надлежног здравственог органа. У уговору се може навести и да ће запослени обављати и друге послове по налогу непосредног руководиоца. Уговор о раду се закључује за обављање одређених послова-послова утврђених Правилником. Како је наведено Правилник је акт који утврђује организационе делове код послодавца, врсту послова, врсту и степен стручне спреме и друге посебне услове за рад на тим пословима. За разлику од Закона о раду, Закон о државним службеницима и намештеницима[26] прописује да су при запошљавању у државни орган кандидатима под једнаким условима доступна сва радна места. Тај закон говори о радним местима а не о одређеним пословима. Уговором о раду може се уговорити пробни рад. Уговор о раду може се закључити за обављање послова ван просторија послодавца, односно код куће[28]. Такође се може закључити за обављање послова кућног, помоћног особља. Закон говори о заснивању радног односа са лицем које први пут заснива радни однос, у својству

[26] Члан 9. став 1. Закона о државним службеницима и намештеницима ("Сл. гласник РС", бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007 116/2008, 104/2009)

[28] Члан 42. Закона о раду прописује да радни однос може да се заснује за обављање послова ван просторија послодавца, односно код киће. Овај уговор садржи и :трајање радног времена према нормативима рада, врсту послова и начин организовања рада, услове рада и начин вршења надзора над радом запосленог, висину зараде за обављени рад и рокове исплате, коришћење и употребу средстава за рад запосленог и накнаду за њихову употребу, накнаду других трошкова рада и начин њиховог утврђивања, друга права и обавезе.

приправника и то за занимање за које је то лице стекло одређену врсту и степен стручне спреме, ако је то као услов за рад на одређеним пословима утврђено законом или правилником[29]. Како се радни однос заснива уговором о раду а законодавац у овом случају користи формулацију да се заснива радни однос, и у овом случају се закључује уговор о раду.

Уговор садржи и место рада, начин заснивања радног односа (на неодређено или одређено време), трајање уговора о раду на одређено време. Радни однос се заснива за време чије је трајање унапред одређено-радни однос на одређено време, у одређеним случајевима прописаним законом. То ће бити када су у питању сезонски послови, рад на одређеном пројекту, повећање обима посла који траје одређено време и слично, за време трајања тих потреба, с тим што тако заснован радни однос непрекидно или са прекидима не може трајати дуже од 12 месеци. Под прекидом не сматра се прекид рада краћи од 30 дана. Радни однос на одређено време ради замене привремено одсутног запосленог, може се засновати до повратка привремено одсутног запосленог[30]. Уговор о раду може трајати унапред одређено време само у одређеним случајевима. "Најчешћа злоупотреба била је да се уговором о раду заснивао радни однос са запосленим на одређено време у случајевима у којима то није могуће по закону за обављање сталних послова, за чије се обављање заснива радни однос на неодређено време. То се најчешће радило тако, што се са запосленим уговором о раду заснивао радни однос на одређено време са трајањем најчешће три односно шест месеци, па се истеком тог времена закључивао нови уговор о раду на одређено време опет на три односно шест месеци, и тако у недоглед"[31]. За овакво поступање послодавца које се може оквалификовати као злоупотреба права и обавеза закон не прописује санкцију. Једино у случају да запослени настави да ради најмање пет радних дана по истеку рока за који је радни однос заснован, радни однос заснован на одређено време постаје радни однос на неодређено време[32]. Уговор о раду у коме није утврђено време на које се закључује сматра се уговором о раду на неодређено време[33].

[29] Члан 47. став 1. Закона о раду
[30] Члан 37. Закона о раду
[31] Остоја Милосављевић, мр Жељко Албанезе, *Коментар Закона о раду*
[32] Члан 37. став 4. Закона о раду
[33] Члан 31. став 2. Закона о раду

Уговор садржи дан почетка рада. Овај дан је битан јер запослени од тог дана остварује права и обавезе из радног односа. Од тог дана се уговор примењује, ствара права и обавезе за уговорне стране. Закон чланом 34. став 2. прописује да ако запослени не ступи на рад даном утврђеним уговором о раду, сматра се да није засновао радни однос, осим ако је спречен да ступи на рад из оправданих разлога или ако се запослени и послодавац друкчије договоре. У супротном, ради се о случају неизвршења уговора, па се отвара питање правних последица неизвршења уговора. Послодавац је дужан да запосленом омогући да ради.

Уговор садржи податак о радном времену (пуно, непуно, скраћено). Пуно радно време износи 40 часова недељно. Остављена је могућност да се општим актом утврди радно време краће од 40 часова недељно, али не краће од 36 часова недељно[34]. Непуно радно време је радно време краће од пуног радног времена[35]. Запосленом који ради на пословима са повећаним ризиком скраћује се радно време сразмерно штетном дејству услова рада на здравље и радну способност запосленог а највише 10 часова недељно. У закону се наводе ти послови и то: нарочито тешки, напорни и за здравље штетни послови, утврђени законом или општим актом, на којима и поред примене одговарајућих мера безбедности и заштите живота и здравља на раду, средстава и опреме за личну заштиту на раду постоји повећано штетно дејство на здравље запосленог[36].

Уговор садржи новчани износ основне зараде и елементе за утврђивање радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања запосленог. Запослени има право на одговарајућу зараду која се утврђује у складу са законом, општим актом и уговором о раду. Запосленима закон гарантује једнаку зараду за исти рад или рад исте вредности који остварују код послодавца. Споразум са запосленим који није у складу са овим ставом ништав је[37].

Зарада се састоји од зараде за обављени рад и време проведено на раду, зараде по основу доприноса запосленог пословном успеху и других примања по основу радног односа у складу са општим актом и уговором о

[34] Члан 50. Закона о раду
[35] Члан 51. Закона о раду
[36] Члан 52. Закона о раду
[37] Члан 104. ст. 1. и 4. Закона о раду

раду. Зарадом се сматрају сва примања из радног односа осим накнада трошкова запосленог у вези са радом и то за долазак и одлазак са рада, за време проведено на службеном путу у земљи, за време проведено на службеном путу у иностранству, смештаја и исхране за рад и боравак на терену ако послодавац није запосленом обезбедио смештај и исхрану без накнаде. Зарадом се не сматрају друга примања и то: отпремнина при одласку у пензију, накнада трошкова погребних услуга у случају смрти члана уже породице, накнада штете због повреде на раду или професионалног обољења и јубиларна награда.

Зарада за обављени рад и време проведено на раду састоји се од основне зараде, дела зараде за радни учинак и увећане зараде[38]. Основна зарада одређује се на основу услова утврђених правилником, потребних за рад на пословима за које је запослени закључио уговор о раду и времена проведеног на раду. Радни учинак одређује се на основу квалитета и обима обављеног посла, као и односа запосленог према радним обавезама. Уговором о раду може се утврдити основна зарада у већем износу од основне зараде утврђене на основу елемената из општег акта[39]. Наводе се рокови за исплату зараде и других примања на која запослени има право. Има случајева да послодавци не извршавају ову обавезу у складу са пуноважним уговором о раду (како је уговорено) због чега запослени ово право остварују у судском поступку. То је случај делимичног испуњења уговорне обавезе. Тужбом се тражи разлика између исплаћене и одговарајуће зараде. За случај још грубљег кршења овог права (када послодавац уопште не исплати зараду) запосленог тражи се исплата неисплаћене зараде. Предмет тужбеног захтева често је и исплата регреса за коришћење годишњег одмора у случају када је запослени годишњи одмор искористио. Запослени у овим случајевима траже извршење уговора.

Има случајева да послодавац исплаћује минималну зараду на основу одлуке директора, дакле на основу једностраног акта, иако је уговорена припадајућа зарада. Како су права и обавезе предмет уговарања, послодавац не може на овај начин испунити обавезу исплате одговарајуће зараде. Послодавац може обавезу исплате одговарајуће зараде испунити исплатом минималне зараде, само ако уговори измену уговорених услова

[38] Члан 106. Закона о раду
[39] Члан 107. Закона о раду

и са запосленим закључи анекс уговора о раду којим се утврђује исплата минималне зараде. За овакву измену морају постојати оправдани разлози као што је пословање са губитком или недостатак посла што онемогућава исплату уговорене зараде. Анекс уговора о раду закључује се по правилима о којима ће касније бити речи.

Што се тиче садржине уговора о раду, у њему се наводи и колективни уговор, односно правилник о раду који је на снази. Дешава се да колективни уговор престане да важи. Наиме, закључује се на период до три године и по истеку овог рока престаје да важи. Може престати да важи и пре истека овог рока споразумом свих учесника или отказом. У случају отказа колективни уговор се примењује најдуже шест месеци од дана подношења отказа. Било је случајева да дође до отказа колективног уговора, да протекне рок од шест месеци, да поступак преговарања буде безуспешан а да послодавац нема ни правилник. У тој ситуацији извор права запослених је пуноважан уговор о раду. Околност да код послодавца више не постоји општи акт на који се уговор о раду ослања не утиче на важност уговора о раду чак ни онда када су поједине одредбе општег акта инкорпориране у уговор о раду. Дакле са становишта уговора о раду треба ценити да ли послодавац испуњава обавезе према запосленима. Примера ради, ако је у питању исплата одговарајуће зараде, то је она зарада која је уговорена. Уколико послодавац сматра да у наведеној ситуацији треба мењати уговорене услове, то може учинити само закључењем анекса уговора о раду. Међутим он тако може поступити само у законом прописаним случајевима.

Уговор такође садржи и трајање дневног и недељног радног времена.

Закон дозвољава да се уговором о раду могу уговорити и друга права и обавезе. Међутим уговор не може да садржи претходну изјаву запосленог о отказу уговора о раду од стране запосленог, коју забрану за послодавца прописује закон. Таква одредба уговора је противна принудном пропису и зато је ништава. Закон наводи права и обавезе запосленог. Оставља могућност да учешће у добити остареној у пословној години буде утврђено и уговором о раду у складу са законом и општим актом[40]. Такође уговором о раду могу да се утврде послови које запослени не може да ради у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног

[40] Члан 14. Закона о раду

или физичког лица, без сагласности послодавца код кога је у радном односу (клаузула забране конкуренције)[41].

Уколико нека права и обавезе нису утврђена уговором о раду примењују се одговарајуће одредбе закона и општег акта.

Закон садржи низ одредби којима упућује управо на уговор о раду. Примера ради према члану 104. Закона запослени има право на одговарајућу зараду која се утврђује у складу са законом, општим актом и уговором о раду. Према члану 108. Закона запослени има право на увећану зараду у висини утврђеној општим актом и уговором о раду. Уговором о раду се могу утврдити и повреде радних обавеза због којих се запосленом може отказати уговор о раду.

Обавезна је писмена форма уговора о раду. Уговор о раду производи правно дејство након закључења и ступања запосленог на рад. Закључен је када га потпишу запослени и директор, односно предузетник[42]. Уговор за послодавца може да потпише и запослени кога овласти директор, односно предузетник у складу са чланом 192. закона. Наиме о правима, обавезама и одговорностима из радног односа одлучује у правном лицу директор или запослени кога он овласти а код послодавца који нема својство правног лица предузетник или запослени кога он овласти. Овлашћење се даје у писаном облику. Закон не говори о последицама када уговор о раду није потписан од стране за то овлашћеног лица. Одговор на ово питање је да је у том случају уговор ништав.

Овај аутономни извор права и обавеза запосленог и послодавца је у хијерархији правних аката који уређују права, обавезе и одговорности из радног односа акт најниже правне снаге. Ти други акти су закон, акт највише правне снаге, затим колективни уговор, правилник о раду, акти ниже правне снаге од закона али више правне снаге од уговора о раду. Нужно је да ови акти буду међусобно усклађени. Наиме, општи акт мора бити усклађен са законом а уговор о раду мора бити усклађен и са општим актом и са законом. Када постоји та усклађеност? Постоји када се општим актом запосленом утврђују иста или већа права него што то утврђује закон а да се не утврђују неповољнији услови рада од утврђених законом. Општи акт не може садржати одредбе којима се запосленом дају мања права или утврђују

[41] Члан 161. Закона о раду
[42] Члан 30. став 3. Закона о раду

неповољнији услови рада од права и услова утврђених законом. Ако општи акт садржи такве одредбе примењују се одредбе закона. Одредбе уговора о раду којима се утврђују неповољнији услови рада од услова утврђених законом и општим актом, односно које се заснивају на нетачном обавештењу од стране послодавца о појединим правима, обавезама и одговорностима запосленог су ништаве. Ништавост одредаба уговора о раду утврђује се пред надлежним судом. Право да се захтева утврђење ништавости не гаси се[43]. Дакле ништавост не настаје сама по себи. Уколико је одредбом уговора за запосленог утврђено мање право од законом прописаног, или су утврђени неповољнији услови рада од прописаних потребно је да запослени покрене поступак пред надлежним судом ради утврђења ништавости те одредбе а затим и ради остварења права (примера ради права на одговарајућу зараду). Ништавост појединих одредби уговора о раду не повлачи за собом и ништавост целог уговора.

Како је наведено усмени уговор о раду није пуноважан. Када запослени ступи на рад а нема закључен писани уговор о раду сматра се да је засновао радни однос на неодређено време даном ступања на рад. Није свако ступање на рад релевантно за заснивање радног односа. Закон говори о раду. Тај рад мора имати одређене карактеристике. Треба да постоје одређени послови утврђени правилником о организацији и систематизацији, да су ти послови упражњени односно да постоји потреба за извршиоцем који ће их обављати, да запослени испуњава услове прописане општим актом за обављање тих послова, да ради пуно радно време или радно време краће од 40 часова недељно у складу са општим актом, по распореду радног времена који утврђује послодавац, да му послодавац омогућава обављање тих послова. Фактички се послодавац и запослени понашају као да је закључен уговор о раду. Послови које обавља запослени по својој природи не могу бити повремени, привремени (послови који не трају дуже од 120 дана у календарској години). У тој ситуацији лице ангажовано на тим пословима закључује уговор о обављању привремених и повремених послова. Његов рад је ван радног односа. Такође, нема заснивања радног односа ако се обављају послови који су ван делатности послодавца који имају за предмет самосталну израду или оправку одређене ствари, самостално извршење одређеног физичког или интелектуалног рада. У овом случају ангажовано лице закључује уговор о делу. Послодавац има и могућност да са одређеним лицем

[43] Члан 11. Закона о раду

закључи уговор ради обављања послова заступања или посредовања. У свим овим случајевима (уговор о обављању привремених и повремених послова, уговор о делу, уговор ради обављања послова заступања или посредовања) лице које је уговор закључило, по основу тог уговора не заснива радни однос, нити стиче статус запосленог.

Закон о раду говори и о допунском раду. Међутим тај рад нема карактер радног односа. Дакле када неко лице обавља наведене послове без закљученог писаног уговора не сматра се да је засновало радни однос на неодређено време даном ступања на рад[44]. У другим случајевима се како је наведено сматра да је заснован радни однос на неодређено време даном ступања запосленог на рад. Уколико се послодавац не придржава обавеза утврђених законом запослени може покренути поступак пред надлежним судом ради утврђења да је у радном односу на неодређено време и ради остварења права које му је повређено (право на одговарајућу зараду, право на регрес за коришћење годишњег одмора и др). Према наведеном фактичко питање је какав је рад и на који начин га запослени обавља, и од утврђења ових чињеница зависи да ли ће се одлуком суда утврдити да је заснован радни однос на неодређено време у случају када није закључен уговор о раду пре ступања запосленог на рад. "За примену члана 32. став 2. Закона о раду неопходно је да то ступање на рад има елементе радног односа, који се иначе утврђују уговором о раду, посебно елементе који се односе на врсту и обим послова које запослени треба да обавља, место рада, радно време, новчани износ основне зараде и елементе за утврђивање радног учинка и друга примања запосленог, рокове за исплату зараде, као и трајање дневног и недељног радног времена"[45].

Закон говори о уговору о правима и обавезама директора. Директор заснива радни однос уговором о раду. Може засновати радни однос на одређено или на неодређено време. Права и обавезе у случају када директор није засновао радни однос уређују се уговором о правима и обавезама директора[46].

[44] Чл. 197, 199, 200, 201, 202. Закона о раду
[45] Пресуда Врховног касационог суда РевІІ 1488/10 од 8.6.2011. г.
[46] Члан 48. Закона о раду

Измене уговора о раду

У току рада запосленог код послодавца може доћи ди измена уговора о раду. Упадљиво је да је за ове измене иницијатива увек на страни послодавца иако се ради о уговору, дакле о сагласности воља уговорних страна. Баш зато се поставља питање колико су уговорне стране равноправне. Закон о раду који је правни оквир права, обавеза и одговорности уговорних страна прописује у којим случајевима и на који начин долази до измена уговора о раду. Дакле, ипак нема арбитрерности послодавца код оваквог законског уређења. Осим тога, и запослени и послодавац дужни су да се придржавају права и обавеза утврђених законом, општим актом и уговором о раду[47]. Злоупотреба права није дозвољена.

Закон о раду говори о измени уговорених услова рада. Послодавац може да запосленом понуди измену уговорених услова рада ради премештаја на други одговарајући посао због потреба процеса и организације рада[48]. Услов је да постоји потреба процеса и организације рада да запослени буде премештен на други одговарајући посао. У случају спора на послодавцу је терет доказивања чињенице да постоји потреба процеса и организације рада што је услов пуноважног премештаја на друге одговарајуће послове.

Послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова ради премештаја у друго место рада код истог послодавца ако је делатност послодавца такве природе да се рад обавља ван седишта послодавца, односно његовог организационог дела;ако је удаљеност од места у коме запослени ради до места у које се премешта на рад мања од 50км и ако је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада и обезбеђена накнада трошкова превоза у висини цене превозне карте у јавном саобраћају. Ван ових случајева запослени може бити премештен у друго место рада само уз свој пристанак[49]. Измена уговорених услова је могућа и ради упућивања запосленог на рад на одговарајући посао код другог послодавца ако је привремено престала потреба за његовим радом, ако је дат у закуп пословни простор или је закључен уговор о пословној сарадњи, док трају разлози за упућивање а најдуже годину дана. Запослени може уз своју сагласност у наведеном случају и у

[47] Члан 17. Закона о раду
[48] Члан 171. став 1. тачка 1. Закона о раду
[49] Чл. 173. и 171. став 1. тачка 2. Закона о раду

другим случајевима утврђеним општим актом или уговором о раду да буде привремено упућен на рад код другог послодавца и дуже од годину дана док трају разлози зањегово упућивање[50]. Могуће је привремено упућивање запосленог код другог послодавца на одговарајући посао у друго место рада ако су испуњени услови из члана 173. став 1. тачка 2. Закона о раду (ако је удаљеност од места у коме запослени ради до места у које се премешта на рад мања од 50км и ако је организован редован превоз који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада и обезбеђена накнада трошкова превоза у висини цене превозне карте у јавном саобраћају). Приликом упућивања код другог послодавца запослени са послодавцем код кога је упућен на рад закључује уговор о раду на одређено време. Тим уговором се не могу утврдити мања права од права која је запослени имао код послодавца који га је упутио на рад. Дакле, закон прописује у овом случају обим права запосленог утврђених уговором о раду на одређено време. Тако запослени у овом случају неће бити доведен у неповољнији положај због измене уговора о раду. У противном уговор је ништав јер је у супротности са принудним прописом. Закључује се нови уговор о раду, а запослени права, обавезе и одговорности по основу радног односа остварује код послодавца код кога је упућен на рад.

Измена уговорених услова могућа је и ако је послодавац запосленом који је вишак обезбедио премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификацију или доквалификацију, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере за запошљавање[51].

Измена је могућа и у случају измене новчаног износа основне зараде, измене рокова за исплату зараде и других примања на која запослени има право, уколико дође до измене колективног уговора, односно правилника о раду. Ваља поново указати да је уговор о раду пуноважан када су његовим одредбама утврђени исти или повољнији услови рада од услова утврђених законом као и када су утврђена иста или већа права од права утврђених законом. У супротном су одредбе ништаве. Ништавост се утврђује у поступку пред судом. У вези са тим у пракси настају проблеми. Примера ради запослени и послодавац "уговоре" измену уговора о раду у погледу зараде па се уговори минимална зарада која ће се обрачунавати и

[50] Чл. 171. став 1. тачка 3. и 174. Закона о раду
[51] Члан 171. став 1. тачка 5. Закона о раду

исплаћивати ретроактивно, дакле и за одређени период пре измене уговора о раду. Ова одредба уговора о раду је у супротности са чланом 110. став 1. Закона о раду која прописује да се зарада исплаћује у складу са роковима утврђеним општим актом и уговором о раду, најмање једанпут месечно, а најкасније до краја текућег месеца за претходни месец. Измене уговора као и сам уговор производе правно дејство од дана закључења дакле за убудуће, па немају ретроактивно дејство. Осим тога зарада се исплаћује једном месечно, најкасније до краја текућег месеца. Питање је да ли је потребно да запослени ради остварења права на одговарајућу зараду у складу са законом, општим актом, уговором о раду постави и захтев за утврђење ништавости одредбе уговора којом је утврђена ретроактивна исплата минималне зараде. Он ће извесно поставити захтев за исплату разлике између одговарајуће зараде и минималне за период ретроактивне примене одредбе уговора о раду. Постављање захтева за утврђење ништавости ове одредбе уговора је неопходно јер наведена одредба уговора о раду није сама по себи ништава.

Измена је могућа и у другим случајевима утврђеним општим актом и уговором о раду.

Одговарајући посао је посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду, те се законом и на овај начин запослени штити у случају да су испуњени услови за измену уговора о раду.

Закон о раду прописује поступак измене. Ове одредбе су императивне. Што се тиче поступка послодавац је дужан да запосленом достави понуду за закључивање анекса уговора. Уз понуду је дужан да запосленом у писаном облику достави разлоге за понуду, рок у коме запослени треба да се изјасни о понуди и правне последице које могу настати одбијањем понуде. Обавеза је запосленог да се изјасни о понуди у року који одреди послодавац а који не може бити краћи од осам дана. Ако се запослени у овом року не изјасни сматра се да је одбио понуду за закључивање анекса уговора о раду. У том случају послодавац може запосленом да откаже уговор о раду. Баш због тога запослени може бити принуђен да прихвати понуду и да закључи анекс уговора о раду. Међутим ако запослени прихвати ову понуду задржава право да пред надлежним судом оспорава за-

конитост тог уговора[52]. Он то може са успехом да учини уколико је послодавац понудио измену уговорених услова у случајевима који нису утврђени законом, општим актом и уговором о раду. Испуњеност услова је фактичко питање па је на послодавцу терет доказивања чињеница да су били испуњени услови за измену. Такође, ако послодавац није испоштовао процедуру прописану законом за измену уговора о раду запослени може са успехом пред надлежним судом оспоравати законитост анекса уговора. Закључак је да у ситуацији када су испуњени услови за измену уговора о раду, прописани законом послодавац мора правилно применити правила поступка измене уговорених услова прописана законом. Само је у том случају пуноважан анекс уговора о раду. За измену уговора о раду потребна је иста форма као и за сам уговор а то је писана форма. Она је услов пуноважности измена уговора о раду. Закључује се писмени анекс уговора о раду. Усмене измене уговора немају значаја и њима се не могу мењати уговорени услови рада. Измене немају ретроактивно дејство.

Уговор о раду и промена послодавца

Статусне промене послодавца према Закону о привредним друштвима (Сл. гласник РС 36/2011, 99/2011) су: припајање, спајање, подела, издвајање[53]. Једно или више друштава може се припојити другом друштву преношењем на то друштво целокупне имовине и обавеза, чиме друштво које се припаја престаје да постоји без спровођења поступка ликвидације[54]. Два или више друштава могу се спојити оснивањем новог друштва и преношењем на то друштво целокупне имовине и обавеза, чиме друштва која се спајају престају да постоје без спровођења поступка ликвидације[55]. Друштво се може поделити тако што ће истовремено пренети целокупну имовину и обавезе на: два или више новооснованих друштава (подела уз оснивање), два или више постојећих друштава (подела уз припајање), једно или више новооснованих друштава и једно или више постојећих друштава (мешовита подела). Друштво које се дели престаје да постоји по спроведеној статусној промени без спровођења поступка ликвидације[56].

[52] Члан 172. Закона о раду
[53] Члан 485. Закона о привредним друштвима (Сл. гласник РС 36/2011 и 99/2011)
[54] Члан 486. Закона о привредним друштвима
[55] Члан 487. Закона о привредним друштвима
[56] Члан 488. Закона о привредним друштвима

Друштво се може поделити тако што ће пренети део своје имовине и обавезе на: једно или више новооснованих друштава (издвајање уз оснивање), једно или више постојећих друштава (издвајање уз припајање), једно или више новооснованих друштава и једно или више постојећих друштава (мешовито издвајање). Друштво које се дели по спроведеној статусној промени наставља да постоји[57]. У случају статусне промене послодавац следбеник преузима од послодавца претходника поред општег акта и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца[58]. То значи да запослени задржава сва права из радног односа. На страни послодавца претходника је обавеза да послодавца следбеника обавести о правима и обавезама како из општег акта тако и из уговора о раду који се преносе[59]. Он је дужан и да о преношењу уговора о раду на послодавца следбеника обавести писменим путем запослене чији се уговори преносе. Ако запослени одбије пренос уговора о раду или се не изјасни у року од пет радних дана од дана достављања обавештења о преношењу уговора о раду, послодавац претходник има могућност да му откаже уговор о раду[60]. Иста права имају запослени и у случају промене власништва над капиталом привредног друштва или другог правног лица.

Престанак

Уговором о раду запослени заснива радни однос и по том основу обавља послове наведене уговором као и друге послове по налогу непосредно претпостављеног. Закон о раду прописује случајеве престанка радног односа. Уговор о раду је кроз одређени временски период стварао права и обавезе за уговорне стране односно производио правна дејства. У случају престанка радног односа уговор о раду више не производи правно дејство.

Радни однос престаје: истеком рока на који је заснован, када запослени наврши 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, ако се послодавац и запослени друкчије не споразумеју, споразумом између запосленог и послодавца, отказом уговора о раду од стране запосленог или послодавца, на захтев родитеља или старатеља запосленог млађег од 18 година жи-

[57] Члан 489. Закона о привредним друштвима
[58] Члан 147. Закона о раду
[59] Члан 148. Закона о раду
[60] Члан 149. Закона о раду

вота, смрћу запосленог, у другим случајевима утврђеним законом[61]. Запосленом престаје радни однос независно од његове воље и воље послодавца:ако је на начин прописан законом утврђено да је код запосленог дошло до губитка радне способности-даном достављања правноснажног решења о утврђивању губитка радне способности, ако је запосленом по одредбама закона, односно правноснажној одлуци суда или другог органа, забрањено да обавља одређене послове, а не може да му се обезбеди обављање других послова- даном достављања правноснажне одлуке, ако запослени због издржавања казне затвора мора да буде одсутан са рада у трајању дужем од шест месеци- даном ступања на издржавање казне, ако је запосленом изречена мера безбедности, васпитна или заштитна мера у трајању дужем од шест месеци и због тога мора да буде одсутан са рада- даном почетка примењивања те мере, и у случају престанка рада послодавца у складу са законом[62]. Уговор о раду може отказати свака од уговорних страна.

Запослени има право да послодавцу откаже уговор о раду тако што отказ доставља послодавцуу писаном облику, најмање 15 дана пре дана који је запослени навео као дан престанка радног односа[63].

Послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање и потребе послодавца и то:ако запослени не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради, ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе утврђене општим актом или уговором о раду, ако запослени не поштује радну дисциплину прописану актом послодавца, односно ако је његово понашање такво да не може да настави рад код послодавца, ако запослени учини кривично дело на раду или у вези са радом, ако се запослени не врати на рад код послодавца у року од 15 дана од дана истека рока за неплаћено одсуство или мировање радног односа у смислу овог закона, ако запослени злоупотреби право на одсуство због привремене спречености за рад, ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у смислу члана 171. став 1. тач. 1-4 овог закона, ако запослени одбије закључење анекса уговора о раду у вези са чланом 33. став 1. тачка 10. овог закона, ако услед технолошких, економских или организационих промена

[61] Члан 175. Закона о раду
[62] Члан 176. Закона о раду
[63] Члан 178. Закона о раду

престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла[64]. Осим наведеног и за време пробног рада послодавац и запослени могу отказати уговор о раду са отказним роком који не може бити краћи од пет радних дана. Такође, запосленом који за време пробног рада није показао одговарајуће радне и стручне способности престаје радни однос даном истека рока одређеног уговором о раду[65]. У случају статусне промене, односно промене послодавца, послодавац претходник дужан је да о преношењу уговора о раду на послодавца следбеника писменим путем обавести запослене чији се уговор о раду преноси. Ако запослени одбије пренос уговора или се не изјасни у року од пет радних дана од дана достављања обавештења послодавац претходник може отказати уговор о раду[66]. Послодавац може отказати уговор о раду представнику запослених ако одбије понуђени посао као меру запошљавања вишка запослених, али само уз сагласност министарства[67].

Отварање стечајног поступка је разлог за отказ уговора о раду који је стечајни дужник закључио са запосленима. Стечајни управник одлучује о отказу уговора о раду[68]. Стечај је законом утврђен поступак који се проводи над имовином друштва ради намирења поверилаца. Спроводи се банкротством или реорганизацијом. Банкротство је намирење поверилаца продајом целокупне имовине стечајног дужника. Реорганизација је намирење поверилаца према усвојеном плану реорганизације и то редефинисањем дужничко-поверилачких односа, статусним променама дужника или на други начин[69].

Послодавац не може отказати уговор о раду нити на други начин ставити у неповољан положај представника запослених за време обављања функције и годину дана по престанку функције ако представник запослених поступа у складу са законом, општим актом и то: члану савета запослених и представнику запослених у управном и надзорном одбору послодавца, председнику синдиката код послодавца, именованом или изабраном синдикалном представнику под условом да представник запослених поступа у складу са

[64] Члан 179. Закона о раду
[65] Члан 36. ст. 3. и 4. Закона о раду
[66] Члан 149. Закона о раду
[67] Члан 188. став 4. Закона о раду
[68] Члан 77. Закона о стечају (Сл. гласник РС 104/2009 од 16.12.2009. г.)
[69] Члан 1. Закона о стечају

законом, општим актом, уговором о раду[70]. Посебну заштиту од отказа ужива запослена за време трудноће, породиљског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета[71].

Послодавац је дужан пре отказа у случају када запослени не остварује резултате рада, нема потребна знања и способности за обављање послова, у случају учињене повреде радне обавезе кривицом запосленог утврђене општим актом или уговором о раду, у случају непоштовања радне дисциплине прописане актом послодавца, у случају учињеног кривичног дела на раду или у вези са радом од стране запосленог, ако се запослени не врати на рад код послодавца по истеку неплаћеног одсуства или мировања радног односа, у случају злоупотребе права на одсуство због привремене спречености за рад да запосленог писаним путем упозори на постојање разлога за отказ уговора о раду и да му остави рок од најмање пет радних дана од дана достављања упозорења да се изјасни на наводе из упозорења. Дужан је и да ово упозорење достави синдикату чији је запослени члан. Синдикат је дужан да достави мишљење у року од пет радних дана од дана достављања упозорења[72].

Уколико не постоје разлози за отказ, затим уколико послодавац није поступио по прописаној процецури јер је пропустио да достави запосленом упозорење или му је оставио краћи рок од прописаног за изјашњење отказ уговора о раду је незаконит. Ако суд донесе правноснажну пресуду којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос, одлучиће да се запослени врати на рад ако он то захтева (реинтеграција). Послодавац је дужан и да запосленом накнади штету у висини изгубљене зараде и других примања која запосленом припадају по закону, општем акту, уговору о раду[73].

Уговор о раду отказује се решењем у писаном облику и обавезно садржи образложење и поуку о правном леку. Запосленом радни однос престаје даном достављања решења осим ако законом или решењем није одређен други рок[74]. У поступку пред судом законитост решења оцењује

[70] Члан 188. ст. 1. и 2. Закона о раду
[71] Члан 187. став 1. Закона о раду
[72] Члан 180. став 1. Закона о раду
[73] Члан 191. Закона о раду
[74] Члан 185. став 1. Закона о раду

се и са становишта правила поступка отказа и са становишта постојања искоришћеног отказног разлога.

Закључак

На крају се поставља питање колико је описани уговорни однос „избалансиран“ када је реч о правима, обавезама и одговорностима из радног односа запосленог и послодавца. Послодавац је „ипак јача страна“. Уговор о раду је двострано теретни уговор и ствара права и обавезе за обе уговорне стране. Када запослени учини повреду радне обавезе послодавац му може отказати уговор о раду и тиме то лице губи статус запосленог. У том случају је отказ законит. Међутим у великом броју случајева послодавац не испуњава обавезе које има према запосленом. Тако послодавац не исплаћује уговорену припадајућу зараду, или уопште не исплаћује зараду за обављени рад, затим не исплаћује накнаду трошкова за регрес за коришћење годишњег одмора. Запослени има могућност да у поступку пред надлежним судом ове исплате захтева и тиме да натера послодавца да изврши обавезе које је преузео закључењем уговора о раду. Ова могућност му је на располагању и у другим случајевима неизвршења обавеза утврђених пуноважним уговором о раду, као и у случају незаконитог отказа. Међутим, у неким случајевима правноснажна пресуда којом је усвојен тужбени захтев запосленог не значи да ће убудуће овај уговорни однос бити поштован. Послодавац може да узврати самовољом, неиспуњењем других уговорних обавеза и тиме је статус запосленог проблематичан и несигуран. Запослени има интерес да заснује радни однос и обезбеди егзистенцију, па је у овом уговорном односу ипак „слабија страна“. Зато остаје питање да ли је запослени у сваком случају запослени грађанин чији рад има све елементе достојанственог рада.

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Реферат
Вишег суда у Београду

Предраг Васић,
судија Вишег суда у Београду

РЕХАБИЛИТАЦИЈА - СТАНДАРДИ И КРИТЕРИЈУМИ

Примена и карактеристике Закона о рехабилитацији из 2006. године

Након 60 година, актуелизовано је питање рехабилитације осуђеника и кажњеника. Рехабилитација[1] представља брисање осуде и њених правних последица на основу чега осуђено лице може истицати права као и сви други грађани. Треба разликовати две врсте правне рехабилитације и то правне рехабилитације у ширем смислу која обухвата мере ублажавања последица осуђености (деконфискација, рехабилитационо обештећење) и правна рехабилитација у ужем смислу која представља мере које се предузимају ради укидање осуде и казне која обухвата три облика и то политичко законодавство, политичко првосуђе и изрицање санкције ван уређеног поступка. На захтеве примљење у Вишим судовима у Републици Србији до 13.12.2011. године, примењују се одредбе Закона о рехабилитацији из 2006. године[2] док на захтеве који су примљени након 13.12.2011. године, примењују се одредбе Закона о рехабилитацији[3] из 2011. године.

Одредбом члана 1. Закона о рехабилитацији из 2006. године, је прописано да се законом уређује рехабилитација лица која су без судске или административне одлуке или судском или административном одлуком лишена из политичких или идеолошких разлога, живота, слободе или неких других права од 6.4.1941. године до дана ступања на снагу закона, а имала су пребивалиште на територији Републике Србије. Захтев за рехабилитацију може поднети свако заинтересовано физичко или правно лице, а право на подношење захтева за рехабилитацију не застарева. Законом о уређењу судова[4] и то чланом 23. став 1. тачка 5. Виши судови су надлежани да одлучују о захте-

[1] engl. rehabilitation, nem. rehabilitierneg, fran. rehabilitation
[2] „Службени гласник РС“, 33/06
[3] „Службени гласник РС“, 92/2011
[4] „Службени гласник РС“, 116/08 и 104/09

вима за рехабилитацију, те се сходно члану 3. Закона о рехабилитацији захтев подноси вишем суду према пребивалишту односно седишту подносиоца захтева или месту где је извршен прогон или неправда. Захтев треба да садржи личне податке лица чија се рехабилитација захтева и доказе о оправданости захтева. У случајевима када подносилац захтева није у могућности да поднесе доказе о оправданости захтева у захтеву треба да буде садржан кратак опис прогона или насиља са подацима који могу послужити за ближу идентификацију жртве и догађаја. О захтеву за рехабилитацију који је поднет до 13.12.2011. године, одлучује веће које је састављено од троје судија професионалаца, у јавном поступку, а пре одлучивања о захтеву суд је у обавези да прибави документа и податке од надлежних државних органа и организација, које су дужне да, на захтев суда, доставе податке и документа у року од 60 дана. У области приступа досијеима домаћи прописи треба да буду хармонизовани са директивом ЕУ.бр. 1995/46 ЕЗ. Судско веће може да усвоји или одбије захтев за рехабилитацију и треба детаљно да образложи своју одлуку. Решењем којим усвоја захтев за рехабилитацију суд утврђује да је одлука која је била донета против рехабилитованог лица ништава од тренутка њеног доношења као и да су ништаве све њене правне последице укључујући и казну конфискације имовине, а само рехабилитовано лице сматра се неосуђиваним. У ситуацији када судска или административна одлука није била ни донета, суд решењем којим усваја захтев за рехабилитацију утврђује да је рехабилитовано лице било жртва прогона или насиља из политичких или идеолошких разлога. Уколико је захтев за рехабилитацију одбијен, против таквог решења може се изјавити жалба апелационом суду у року од 15 дана од дана пријема писаног отправка решења. О жалби одлучује петочлано веће апелационог суда. Чланом 7. новог закона је прописано да је Министарство правде дужно да објављује имена и податке о рехабилитованим лицима у „Службеном гласнику“ Републике Србије сваког месеца, док ће право на накнаду штете и право на повраћај конфисковане имовине рехабилитованог лица бити уређено посебним законом.

Закон о рехабилитацији из 2006.године, је по својој садржини кратак и непотпун и садржи одређене недостатке. Наиме, овим законом је уређена правна рехабилитација у ужем смислу, јер се истим предузимају мере ради укидања осуде и казне која обухвата три облика и то политичко законодавство, политичко правосуђе и изрицање санкција ван уређеног поступка. Сходно закону могу се рехабилитовати лица која су лишена живота и других основних људских права у току рата, а да тада није постоја-

ла функционална власт домаће државе. Поред тога, недостатак се огледа и у томе да свако заинтересовано физичко и правно лице може захтевати рехабилитацију, што значи да се рехабилитација може захтевати мимо воље жртве, а сама рехабилитација може се захтевати за одлуке које су донете до дана доношења закона 2006. године.

Врховни суд Србије попунио је неке правне празнине овог закона тиме што је Општа седница Врховног суда Србије начелним правним ставом утврдила да се у поступцима по захтевима за рехабилитацију примењују правила ванпарничног поступка и одредбе Закона о ванпарничном поступку[5] и суспидијарно одредбе Закона о парничном поступку, осим одредаба о прекиду поступка, упућивању на парницу или поступак пред управним органом ради решавања претходног питања. Према правном схватању Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђеном на седници од 13.6.2006. године „поступак по Закону о рехабилитацији је једностраначки. Изузетно првостепени суд може признати својство учесника у поступку физичком или правном лицу који имају правни интерес да учествују у поступку“. Врховни суд Србије се о примени Закона о рехабилитацији изјаснио да „Окружни суд у Републици Србији није стварно надлежан да одлучује о рехабилитацији лица која су у време учињене неправде имала пребивалиште ван територије Републике Србије или ако је одлуку донео суд односно, фактички неправду извршио државни орган са територије бивше југословенске републике.

Примена и карактеристике Закона о рехабилитацији из 2011. године

Законом о рехабилитацији из 2011. године (у даљем тексту: Закон) уређују се рехабилитација и правне последице рехабилитације лица која су из политичких, верских, националних или идеолошких разлога, лишена живота, слободе или других права до дана ступања на снагу закона на територији Републике Србије, без судске или административне одлуке, изван територије Републике Србије без судске или административне одлуке војних или других југословенских органа, ако су имала или имају пребивалиште на територији Републике Србије или држављанство Републике

[5] „Службени гласник СРС“, број 25/82 и 48/88 и „Службени гласник РС“, број 46/95 и 18/05

Србије; судском или административном одлуком органа Републике Србије; судском или административном одлуком војних или других југословенских органа ако имају или су имала пребивалиште на територји Републике Србије или држављанство Републике Србије.

Право на рехабилитацију имају наведена лица ако је судска или административна одлука донета противно начелима правне државе и општеприхваћеним стандардима људских права и слобода, као и лица која су у складу са законом или другим прописима борци Народноослободилачког рата. Оспоравани став наведеног члана прописује да право на рехабилитацију немају лица која су за време трајања Другог светског рата на територији Републике Србије лишена живота у оружаним сукобима као припадници окупационих оружаних снага и квислиншких формација. Република Србија није одговорна за радње и акте окупационих снага за време трајања Другог светског рата на територији Републике Србије, међутим, не могу се рехабилитовати и немају право на враћање имовине одузете на основу прописа из члана 2. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу[6] припадници окупационих снага који су окупирали делове територије Републике Србије током Другог светског рата и припадници квислиншких формација, а који су извршили, односно учествовали у извршењу ратних злочина. Дакле, не могу се рехабилитовати лица која су одлуком Војног суда или другог органа под контролом Националног комитета ослобођења Југославије од дана ослобођења одређеног места проглашена за ратне злочинце, односно учеснике у ратним злочинима; сва лица која су судови и други органи Демократске Федеративне Југославије и Федеративне Народне Републике Југославије, као и Државна комисија за утврђивање злочина окупатора и њихових помагача током Другог светског рата, прогласили да су ратни злочинци, односно учесници у ратним злочинима.

Одредбом члана 3. новог Закона прописано је утврђивање ништавости, односно непуноважности аката и радњи којима су лица лишена живота, слободе или других права из политичких, верских, националних или идеолошких разлога. Правне последице рехабилитације за рехабилитовано лице и за друга лица одређена овим Законом су уклањање и ублажавање последица ништавих, односно непуноважних аката и радњи и обухватају право на посебан пензијски стаж, месечну новчану накнаду (посебан

[6] „Службени гласник РС“, 72/11

додатак), здравствену заштиту и друга права из здравственог осигурања, права на враћање конфисковане имовине и имовине одузете по основу прописа из члана 2. став 1. овог Закона, односно обештећење за ту имовину, као и право на обештећење за материјалну и нематеријалну штету (рехабилитационо обештећење).

Закон из 2011. године, познаје две врсте рехабилитација и то по сили закона – *законску рехабилитацију* и одлуком суда – *судску рехабилитацију*. У случају законске рехабилитације поступајући судија доноси одлуку којом утврђује да је лице рехабилитовано по сили закона, а у случају судске рехабилитације - суд га својом одлуком рехабилитује. По сили закона рехабилитују се лица из члана 1. став 1. тач. 1. и 2. Закона, чија су права и слободе повређена од дана ступања на снагу закона без судске или административне одлуке, као и лице из члана 1. став 1. тач. 3. и 4. Закона чија су права и слободе повређена даном ступања на снагу Закона, а која су судском или административном одлуком кажњена за дело које у време извршења радње није било одређено законом као кажњиво дело или казном која у време извршења дела није била прописана; за кривично дело непријатељске пропаганде злонамерним и неистинитим приказивањем друштвено-политичких прилика у земљи из члана 118. став 1. Кривичног законика[7]; за кривично дело из члана 1. став 3. и члана 5. став 2. у вези са ставом 1. тач. 1, 3, 4, 5, 6, 11. и 12. Закона о сузбијању недопуштене трговине, недопуштене шпекулације и привредне саботаже[8]; за кривично дело из Закона о сузбијању недопуштене трговине, недопуштене шпекулације и привредне саботаже[9] када је против власника предузећа или радње, одговорне управе правног лица, органа или пуномоћника правног лица који су управљали предузећем или имањем у својини правног лица, повређена претпоставка невиности применом члана 11. тог закона; за кривично дело из члана 2. Закона о забрани изазивања националне, расне и верске мржње и раздора[10] ако је учињено само радњом писања и због бекства из установе за извршење санкција и других принудних мера у којима је извршавана санкција или друга принудна мера према лицу. Законска рехабилита-

[7] „Службени лист ФНРЈ“, 13/51, 30/59 – пречишћен текст, 11/62, 31/62, 37/62 и „Службени лист СФЈ“, 15/65, 15/67, 20/69 и 6/73

[8] „Службени лист ДФЈ“, 26/45 и „Службени лист ФНРЈ“, 56/46

[9] „Службени лист ДФЈ“, 26/45 и „Службени лист ФНРЈ“, 56/46

[10] „Службени лист ДФЈ“, 26/45 и „Службени лист ФНРЈ“, 56/46

ција примењује се и на лица која су на основу судске или административне одлуке лишена слободе под оптужбом да су се изјаснили за Резолуцију Информбироа од 28.6.1948. године и држана у логорима и затворима на територији ФНРЈ у периоду од 1949. до 1955. године, као и лица која су по принципу колективне одговорности проглашена за ратне злочинце, учеснике у ратним злочинима, а која нису изгубила југословенско држављанство и нису извршила и учествовала у извршењу ратних злочина, као и лица којима је Указом Председништва Президијума Народне Скупштине ФНРЈ У. број392 од 8.3.1947. године, укинуто држављанство и конфискована целокупна имовина. Закон је одредио да се поступак рехабилитације покреће захтевом који могу поднети лица која су из политичких, верских, националних и идеолошких разлога лишена живота, слободе или других права до дана ступања на снагу закона, али после њихове смрти њихови наследници и то првенствено супруг, ванбрачни партнер, деца како брачна, тако и ванбрачна, усвојена и пасторчад, потомци, преци, усвојиоци, браћа и сестре и остали законски наследници, као и тестаментални наследници и правно лице чије је то лице било члан, односно оснивач. Поред наведених лица захтев за рехабилитацију може поднети и правно лице чији је циљ заштита слободе и права човека и грађанина уз својеручно потписану и од надлежног органа оверен пристанак лица из члана 1. став 1. Закона, као и јавни тужилац у случају нарочито тешке повреде начела правне државе и опште прихваћених стандарда људских права и слобода, као и деца лица из члана 1. став 1. Закона, која су за време трајања повреде права и слободе родитеља рођена у установама за извршење санкција, односно која су у тим установама са њима провела део времена или су за то време расла без родитељског старања једног или оба родитеља.

Садржина захтева за рехабилитацију је прописана одредбом члана 8. Закона, па захтев мора да садржи податке о лицу чија се рехабилитација захтева, опис повреде права, као и доказ о оправданости захтева. Захтев се може поднети надлежном суду у року од 5 година од дана ступања на снагу закона а о захтеву одлучује виши суд и то судија појединац. Месна надлежност се одређује према пребивалишту односно седишту подносиоца захтева или месту где је извршена повреда права. О поднетом захтеву за рехабилитацију суд обавештава Министарство правде уз доставу копије захтева, како би се избегла могућност да исто лице покрене два или више поступка. Закон прописује истражно начело јер иницијатива за прикупљање чињеница и извођење доказа за утврђивање релевантних чињеница, као

подлоге за одлучивање о предмету правне ствари у поступку рехабилитације припада суду. Дакле, сходно одредби члана 13. суд прибавља доказе и податке од надлежних државних органа и организација, који су дужни да их на захтев суда доставе у року од 60 дана од дана пријема захтева, а суд може и самостално истраживати чињенице које странка није изнела. Доминација истражног начела не значи да подносилац захтева није у могућности да сам прибави одређене доказе и податке од надлежних државних органа и организација и да их након добијања достави суду, што је у складу и са Препоруком Савета Европе број Р-/81/19 о приступу информација којима располажу органи јавне власти. Имплементација наведене препоруке омогућује грађанима држава чланица право на добијање информација које су у поседу државних или јавних власти, а државни органи су обавезни да дају тражене информације, при чему се од лица која траже такве информације не захтева да покажу постојање посебног интереса. Ограничења у приступу информацијама могу бити установљене само уколико се тиме вређа легитимни јавни интерес или уколико је то неопходно због заштите приватности или других легитимних приватних интереса, док је Лисабонским уговором прокламован слободан приступ информацијама.

За разлику од закона из 2006. године, Закон из 2011. године је децидан, прописује да се о захтеву одлучује у једностраначком поступку, по правилима ванпарничног поступка уз обавезно претходно прибављање мишљења надлежног Вишег јавног тужиоца. У случају да се у мишљењу надлежног Вишег јавног тужиоца оспорава захтев, даљи поступак ће се наставити као двостраначки по правилима ванпарничног поступка, а као други учесник у поступку учествује Република Србија коју заступа надлежни Виши јавни тужилац. Одредбом члана 17. Закона прописана је садржина решења о рехабилитацији када је повреда права извршена без судске или административне одлуке, па ће суд у решењу којим се усваја захтев за законску рехабилитацију утврдити да је извршена повреда права лица из члана 1. став 1. тач. 1. и 2. Закона, као и да су без дејства одговарајуће правне последице повреде. Решењем којим усваја захтев за законску рехабилитацију лица из члана 5. ст. 2 – 5. Закона утврђује да је одлука која је била донета против рехабилитованог лица ништава од њеног доношења као и да су ништаве њене правне последице. Решењем којим усваја захтев за судску рехабилитацију, суд утврђује да одлука која је била донета против рехабилитованог лица ништава од њеног доношења у целости или делимично, као и да су ништаве њене правне последице. Суд може захтев за судску рехабилитацију да делимично усвоји, ако је осно-

ван само у погледу неког од кажњивих дела на које се односи одлука, као и ако је основан у погледу врсте и висине изречене казне. Рехабилитовано лице сматра се неосуђиваним у делу у којем је усвојен његов захтев за рехабилитацију, а време трајања извршене казне сматра се неоправданим лишењем слободе. Против решења које је донето у поступку рехабилитације може се изјавити жалба у року од 30 дана од дана пријема писаног отправка решења о којој одлучује апелациони суд у већу састављеном од троје судија а против правноснажног решења које је донето у поступку рехабилитације није дозвољена ревизија као ванредни правни лек. Министарство правде има обавезу да објави имена и податке о рехабилитованим лицима у „Службеном гласнику РС“ на захтев лица из члана 7. закона најмање једном у три месеца.

За разлику од претходног закона, Закон о рехабилитацији из 2011.године, тачно је утврдио права рехабилитованих и других лица. Наиме, рехабилитовано лице има право на посебан пензијски стаж, месечну новчану накнаду – посебан додатак, здравствену заштиту и друга права из здравственог осигурања, право на враћање конфисковане имовине или обештећење за ту имовину, као и право на рехабилитационо обештећење.

Право на рехабилитационо обештећење имају брачни друг, деца и родитељи, односно браћа и сестре и ванбрачни партнер рехабилитованог лица под условом да је између њих и рехабилитованог лица постојала трајнија заједница живота.

Време лишења слободе рехабилитованом лицу признаје се као посебан пензијски стаж у двоструком трајању.

Рехабилитовано лице коме је признат посебан стаж у трајању од најмање осам година има право на месечну новчану накнаду у висини од 50% од просечне месечне плате у Републици Србији у претходној години. Поред тога, рехабилитовано лице као и деца која су, за време трајања повреде права и слободе родитеља, рођена у установама за извршење санкција, односно која су у тим установама са њима провела део времена или су за то време расла без родитељског старања једног или оба родитеља, а која нису здравствено осигурана имају право на здравствену заштиту и друга права из здравственог осигурања као осигураник у складу са законом којим се уређује здравствено осигурање.

Право на враћање конфисковане имовине као и право на обештећење за ту имовину припада рехабилитованом лицу и његовим наследни-

цима у складу са законом којим се уређује враћање одузете имовине и обештећење за одузету имовину. Чланом 26. Закона прописано је да рехабилитовано лице има право на обештећење за материјалну штету насталу због повреде права и слободе као и право на враћање наплаћених новчаних казних и трошкова поступка, у ревалоризованом износу као и право на накнаду нематеријалне штете за душевне болове због лишења слободе. Брачни друг, деца и родитељи, односно браћа и сестре и ванбрачни партнер рехабилитованог лица имају право на накнаду нематеријалне штете за душевне болове због смрти рехабилитованог лица под условом да је између њих и умрлог рехабилитованог лица постојала трајнија заједница живота у складу са Законом о облигационим односима[11].

Поступак накнаде штете лица неосновано лишених слобода састоји се из две фазе. Прва фаза се спроводи у управном поступку пред Министарством правде, а друга у судском поступку пред надлежним судом, уколико се са успехом не оконча у првој фази. Дакле, у првој фази о захтеву за рехабилитационо обештећење одлучује Комисија за рехабилитационо обештећење Министарства правде које је дужна да донесе одлуку у року од 90 дана од дана подношења захтева. У првој фази треба да се постигне споразум о постојању штете, о врсти и висини накнаде, па је могуће да се постигне споразум само у погледу дела захтева, а у тој ситуацији тужба се може поднети надлежном суду у погледу остатка захтева. Право на накнаду штете застарева по истеку рока од једне године од дана достављања одлуке о одбијању захтева или дана закључења споразума.Одлука којом је усвојен захтев за рехабилитационо обештећење, односно споразум о рехабилитационом обештећењу има својство извршне исправе. Како би рехабилитовано лице или његов наследник остварио накнаду нематеријалне штете због лишења слободе, поред обавезе да поднесе уредно и благовремену тужбу мора да докаже да се догодила повреда права личности, да је та повреда проузроковала штету и да постоји узрочно-последична веза између предузете радње и настале последице. Надлежни суд у сваком конкретном случају, након брижљиве оцене свих изведених доказа, узимајући у обзир све околности конкретног случаја, утврђује чињенице и изводи закључак о томе да ли је дошло до повреде права личности. Оштећено лице трпи штету када му је повређено право личности, а неимовинска штета коју лице трпи по правилу се испољава у поре-

[11] „Службени лист СФРЈ“, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени лист СРЈ“, 31/93

мађају психичке равнотеже личности, поремећају нормалног душевног стања, трпљењу душевних болова. Под нематеријалном штетном подразумевају се физички бол, психички бол и страх. Узрочна веза између предузете радње и настале последице је општи услов за накнаду штете, а за повреду права личности због лишења слободе оштећено лице има право на заштиту чим се утврди да су лична права повређена.

Министарство правде води јединствену евиденцију поднетих захтева и правноснажних одлука о рехабилитацији које треба да учини доступним јавности, објављивањем и благовременим ажурирањем на сајту Министарства. Закон о рехабилитацији из 2011. године је прописао да се права по основу рехабилитације стичу и на основу правноснажних судских одлука којима су усвојени захтеви за рехабилитацију, а који су донети у складу са Законом о рехабилитацији из 2006. године, као и да се захтев за рехабилитацију може поднети и ако је донета правноснажна судска одлука којим је одбијен захтев за рехабилитацију поднет на основу Закона из 2006. године чиме се по мишљењу аутора даје могућност неједнаког поступања у једнаким стварима.

Закон о рехабилитацији из 2011. године је по својој садржини обимнији од претходног Закона и исти обухвата две врсте правне рехабилитације и то правну рехабилитацију у ширем смислу која обухвата меру ублажавања последица осуђености као и правну рехабилитације у ужем смислу која представља мере које се предузимају ради укидања осуде и казне.

Како за време трајања Другог светског рата, на територији Републике Србије није постојала функционална власт домаће државе то Република Србија није одговорна за радње и акте окупационих снага за време трајања Другог светског рата, што представља боље решење од решења које је прихваћено у Закону из 2006.године. Закон из 2011.године је означио круг лица која имају право на подношење захтева за рехабилитацију, а сама рехабилитација може бити по сили закона (законска рехабилитација) или судском одлуком (судска рехабилитација), те је сагласно томе тачно наведено у којим случајевима се по сили закона рехабилитује лице.

Сагласно новом закону, суд нема само арбитрарну улогу већ може и самостално истраживати чињенице које странка није изнела, те у поступку доминира истражно начело у односу на начело диспозиције странака. О захтеву за рехабилитацију одлучује се у једностраначком поступку по правилима ванпарничног поступка, уз обавезно претходно приба-

вљање мишљења надлежног Вишег јавног тужиоца, а у случају да се у мишљењу надлежног Вишег јавног тужиоца оспорава захтев за рехабилитацију даљи поступак ће се наставити као двостраначки, а као други учесник обавезно учествује Република Србија коју заступа надлежни Виши јавни тужилац. Поступак по претходном закону из 2006.године је био једностраначки, а исти се одвијао по правилима ванпарничног поступка.

Критеријуми и стандарди за рехабилитацију

Које ће чињенице узети као доказане одлучује поступајући судија по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа засебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка, те не постоје јасни, одређени критерији за одлучивање о захтевима за рехабилитацију. Поступајући судија зависно од конкретног случаја треба најпре да утврди да ли је осуди неког лица претходило спровођење кривичног поступка или другог поступка у складу са законом и општим принципима кривичног права, применом начела контрадикторности и непосредности, као и уз поштовање свих грађанских права окривљеног, а пре свега права на одбрану окривљеног и права на коришћење правног лека.

Постоји више категорија лица која траже рехабилитацију. То су она лица према којима је вођен кривични или управни поступак са циљем економског развлашћивања јер су припадали предратној буржоазији или су припадали средњој вишој класи; лица која су припадала покрету ђенерала Драже Михајловића – југословенска војска у отаџбини, лица која су припадала „збору Димитрија Љотића“, припадници Српске државне страже, лица која су била чланови владе ђенерала Милана Недића, припадници немачке и мађарске народности, чланови Владе и Намесништва Краљевине Југославије, Инфобировци и други.

У Вишем суду у Београду је током 2011. године запримљено 102 нова предмета по захтевима за рехабилитацију док је за првих 7 месеци 2012. године запримљено 278 нових предмета по захтевима за рехабилитацију тако да укупно у раду има 444, од којих је 124 старије од две године.

Да ли је захтев основан или не првенствено зависи од приложених или прибављених доказа али свакако да зависно од конкретног случаја зависи и одлука о захтеву за рехабилитацију, тако на пример, кривични или управни поступци који су вођени против припадника српске буржоазије и средње класе су искључиво били усмерени ка економском развлашћива-

њу, током поступака нису поштована основана права и поступак није био спроведен у складу са законом и општим принципима кривичног и управног права, није примењено начело контрадикторности, непосредности, окривљенима нису достављени писани отправци судских одлука, одлуке су одмах извршаване што значи да окривљени нису имали право на жалбу у законском року, а веома често се дешавало да су кривичне санкције изрицане од стране органа који нису представљали редовне законом устројене судове. Ови примери незаконитог поступања и основних права окривљеног у кривичном поступку су констатовани и у предметима по захтевима за рехабилитацију чланова владе генерала Милана Недића које су по уласку Народно ослободилачке војске у Београд октобра месец 1944. године ухапсили и без законито спроведеног поступка стрељали, а да се притом не знају гробнице и места сахрањивања убијених. Такви примери су забележени и у Шапцу, Зајечару, Нишу и другим градовима у Србији.

Што се тиче припадника немачке народности, који су се у Подунављу населили током 17. века што значи да су се у том периоду населили и на територији данашње Србије, према подацима пописа становништва које је спроведено у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца 1921. године житеља немачке народности било је 500.000, док је након Другог светског рата преостало 110.000 Немаца, од којих су неки били одведени у логоре којих је било 22 на територији данашње АП Војводина, а они који су били припадници Вермахта били су одведени на присилни рат у Совјетски Савез, да би 50-тих година 20. века били репатрирани у новоосновану ДР Немачку.

Одлуком АВНОЈ-а од 21.11.1944.године конфискована је имовина припадника немачке народности – фолксдојчера, одузето им је бирачко право и југословенко држављанство. Као подносиоци захтева углавном се јављају особе женског пола, које су у време Другог светског рата и у време доношења поменуте одлуке имале између 5, 10 или 15 година живота или су биле пунолетне женске особе које нису биле припаднице Вермахта нити Културбунда[12] те не постоји никаква сметња да се изврши њихова рехабилитација.

[12] Културбунд - организација која је обављала до 1941. године просветну и културну делатност а од тренутка окупације Србије ставила се на страну нациста и подржавала национал-социјализам

Лица, којима је на основу резолуције Инфобироа суђено, на основу одлука редовних и војних судова су упућивана „на васпитно-поправни рад“ у предузеће „Мермер“ које се налазило на Голом Отоку. Одлуке према овим лицима су донете искључиво из идеолошких и политичких разлога што представља основ да се утврди да су судске одлуке којима су та лица осуђена ништаве од тренутка њиховог доношења, те да се та лица сматрају неосуђиваним.

У материји рехабилитације нема довољно судске праксе а нема ни утврђених критеријума, да би се омогучило једнако поступање у једнаким стварима. Интенција законодавца није била да се сва лица која су поднела захтев - рехабилитују, већ да се изврши објективно сагледавање конкретног случаја, изведу сви потребни докази и савесно и брижљиво оцени сваки доказ засебно и сви докази заједно, да би се о захтеву одлучило.

Циљ рехабилитације је да буду отклоњене неправилности које су довеле до кршења људских права и основних слобода и да се омогући грађанима да на ефикаснији начин заштите права пред домаћим судовима.

Закључак

Закон из 2006. године по својој садржини био је кратак и постојале су бројне правне празнине, те је донет нови Закон о рехабилитацији 2011. године који разликује две врсте рехабилитације – правна рехабилитација у ширем смислу која обухвата меру ублажавања последица осуђености (деконфискација, рехабилитационо обештећење) и правна рехабилитација у ужем смислу која представља мере које се предузимају ради укидања осуде и казне. Нови закон се определио за примену истражног начела што значи да суд може и самостално истраживати чињенице које странка није изнела.

Домаћи прописи у области приступа досијеима треба да буду хармонизовани са Директивом број ЕУ 1995/46 ЕЗ.

Нови закон се одлучио и за рехабилитационо обештећење рехабилитованих лица и правних следбеника рехабилитованих лица чији је круг одређен у Закону, тако да се поступак накнаде штете лица неосновано лишених слободе одвија у две фазе.

Прва фаза се спроводи у управном поступку пред Министарством правде Републике Србије, а друга фаза у судском поступку пред надле-

жним судом уколико се са успехом неоконча у првој фази. Право на накнаду штете застарева у року од једне године од дана достављања одлуке о одбијању захтева Комисије за рехабилитационо обештећење при Министарству правде или дана закључења споразума.

Накнада свакако не треба да погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом, Комисија и суд треба да воде рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада. Србија свакако приликом одређивања ових накнада треба да прати упоредна правна решења али имајући у виду и актуелну економско-социјално ситуацију.

УПРАВНА СЕКЦИЈА

Реферати Управног суда

Олга Ђуричић,
судија Управног суда[1]

СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА У ВЕЗИ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Увод

Право конкуренције јесте грана права која се састоји од правила која су усмерена да заштите такмичење као процес и да обезбеде да привредна друштва (учесници на тржишту) која послују на слободном тржишту не ограничавају, нарушавају или спречавају конкуренцију на тај начин што би онемогућавали тржишним механизмима да нормално функционишу[2].

Основна сврха права конкуренције је да обезбеди правилно функционисање слободног тржишта, као и да заштити и унапређује опште благостање потрошача. Постоје два доминантна система права конкуренције – право које је настало у Америци доношењем првог антимонополског закона 1890. године (Шерманов акт – који је још на снази) и друго које је настало у Европи и везује се за Споразум (Уговор) о оснивању Европске економске заједнице 1957. године (Римски споразум – који је такође још увек на снази) и који је увео прва правила о заштити конкуренције. У том споразуму посебан значај имају чланови 81. и 82. који прописују који се облици понашања учесника на тржишту сматрају противним конкуренцији, и стога су забрањени и неспојиви са јединственим тржиштем. Наиме, основна идеја на којој почива Европска заједница – данас Европска унија је јединствено (слободно) тржиште, те је значај правила конкуренције овим додатно проширен.

Према Уредби Савета ЕУ број 1 (2003) све земље чланице морају да уграде одредбе поменутих чланова 81. и 82. у своја национална законодавства и да омогуће судовима да их директно у целости примењују. Према томе и наша земља је морала да разради своје антимонополско законо-

[1] Одлуком Виског савета судства упућена на рад у Врховни касациони суд

[2] Richard Whish, *Commpetition Law-Sixth Edition,* Oxford University Press Oxford 2009

давство у складу са правилима која важе у Европској унији – конкретизованим у Смерницама Комисије ЕУ (2001/S3/02).

Током прошлог века у бившој Југославији донети су први прописи који су се односили на повреде конкуренције, а то су били Закон о заштити индустријске својине из 1922. године и Закон о нелојалној конкуренцији из 1930. године. Године 1962. донет је Основни закон о регулисању пословних односа на тржишту[3] којим је било забрањено споразумевање у циљу постизања монополског или другог повлашћеног положаја. Устав СФРЈ из 1963. уноси као уставно начело забрану удруживања у циљу монопола, 1974. године доноси се Закон о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума[4], а Антимонополски закон из 1996. године[5] радње ограничавања тржишне утакмице дефинише по узору на чл. 81. и 82. Споразума о оснивању ЕЗ. Тим законом основан је орган за примену закона – Антимонополска комисија. Међутим, Комисија практично није деловала јер није располагала материјално-техничким претпоставкама за свој рад.

Закон о заштити конкуренције[6]

Основни нормативни акт који утврђује најважнија питања из области права конкуренције у Србији је Закон о заштити конкуренције – (у даљем тексту стари Закон), донет 2005. године. Закон садржи материјалноправне одредбе о облицима повреде конкуренције, а регулише и питања о начину спровођења заштите слободе конкуренције.

Закон је предвидео три врсте аката, односно радњи привредних субјеката и других физичких и правних лица (као и осталих учесника на тржишту) којима се повређује слободна конкуренција, а то су:

1) споразуми којима се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција (рестриктивни споразуми),

2) злоупотреба доминантног положаја и

3) стварање концентрација (Мергер-а).

[3] "Службени лист ФНРЈ", бр. 30/62
[4] "Службени лист СФРЈ", бр. 24/74
[5] "Службени лист СРЈ", бр. 29/96
[6] "Службени гласник РС", бр. 79/2005

Сврха доношења Закона је заштита конкуренције, односно обезбеђивање равноправности свих учесника на тржишту у циљу подстицања економске ефикасности, повећања благостања друштва и заштите потрошача. У том циљу Закон је успоставио и специјално тело – Комисију за заштиту конкуренције (у даљем тексту Комисија). Закон је пропустио да дефинише шта се сматра конкуренцијом, али значајна новина је увођење појма релевантног тржишта и утврђивање критеријума за његово одређивање. Међутим, најзначајнији део законског текста представљају одредбе које се тичу различитих облика повреде конкуренције, као и одредбе које се односе на заштиту конкуренције, а то су одредбе које се односе на овлашћења Комисије. Ове одредбе представљају позитиван помак у односу на раније поменути Антимонополски закон из 1996. године у коме је формирање и рад Антимонополске комисије било уређено искључиво уредбама – актима извршне власти, пре свега Владе.

Комисија је стална, независна и самостална организација, са својством правног лица, а задатак јој је да се стара о остваривању слободне конкуренције на тржишту. Комисија има више функција, а најзначајнија је одлучивање у споровима који се пред њом појаве. Комисија има своје органе и стручне службе, а поступак који се пред Комисијом води је управни, по свом карактеру.

Комисија може само да наложи одређено понашање, али нема овлашћења да сама предузима мере, нити да изриче санкције. Немогућност Комисије да прикупља чињенице и доказе неопходне за вођење поступка, прописивање прекршајних санкција за повреде конкуренције, чије је изрицање у надлежности прекршајних органа, представљају мањкавости Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“ 79/2005) и биле су препрека његовој ефикасној примени.

Закон о заштити конкуренције[7]

Закон о заштити конкуренције – (у даљем тексту нови Закон) у примени је од 01.11.2009. године и даном почетка његове примене престао је да важи стари Закон. Новим Законом се његов циљ ставља у први план, па се заштита конкуренције утврђује у циљу економског напретка и добробити друштва, а нарочито користи потрошача. Нови закон дефини-

[7] "Службени гласник РС", бр. 51/2009

ше повреду конкуренције као „акте или радње учесника на тржишту које за циљ и последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције“, с тим што Закон посебно систематизује и обрађује две категорије повреде конкуренције - рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја.

С друге стране, новим Законом уводи се претпоставка дозвољености концентрација учесника на тржишту у смислу да ће се концентрације учесника на тржишту сматрати недозвољеним само ако би такве концентрације значајно ограничиле, нарушиле или спречиле конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ограничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја.

Од значајних новина издвајам следеће: увећање прагова чијим достизањем настаје обавеза за учеснике да Комисији за заштиту конкуренције пријаве концентрацију пре њеног спровођења и поверавање ширих овлашћења Комисији која треба да допринесу већој ефикасности у области заштите конкуренције.

Концентрација мора бити претходно пријављена Комисији и у случају да је:

1. укупан годишњи приход свих учесника у концентрацији остварен на светском тржишту у претходној обрачунској години већи од 100.000.000 €, с тим што најмање један учесник у концентрацији на тржишту Републике Србије има приход већи од 10.000.000 € или

2. укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији остварен на тржишту Републике Србије већи од 20.000.000 € у претходној обрачунској години, с тим што најмање два учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије имају приход већи од по 1.000.000 € у истом периоду.

Новина у односу на стари Закон је та што се поступак утврђивања повреде концентрације сада покреће искључиво по службеној дужности, а улога трећих лица се своди на подношење иницијативе за покретање поступка па ова лица више немају својство странке у поступку као што су то имала по старом Закону. Према томе поступак утврђивања повреде конкуренције покреће се и спроводи само онда када Комисија на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података осно-

вано претпостави постојање повреде конкуренције. У том смислу *ratio legis* новог Закона је да се спречи вођење поступка по сваком захтеву наводно оштећених лица и тиме избегне потенцијални проблем да повреде конкуренције које имају значајан утицај на тржиште остану ван домашаја Комисије из разлога ограничених капацитета Комисије.

Нови закон овлашћује Комисију да изврши радњу ненајављеног увиђаја и уласка у просторије без посебне судске одлуке, и то у ситуацији када се основано сумња да постоји опасност уклањања или измене доказа који се налазе код странке или трећег лица. У оквиру спровођења ненајављеног увиђаја службено лице Комисије има законско овлашћење да привремено одузме исправе и ствари пронађене током увиђаја а које могу бити од значаја за одлучивање у поступку.

У случају утврђења постојања повреде конкуренције Комисија има овлашћење да изрекне:

1. мере понашања – радње које је учинилац повреде конкуренције дужан да предузме или да се уздржи од истих у циљу отклањања утврђене повреде конкуренције, односно спречавањем могућности настанка исте или сличне повреде и

2. структурне мере – ако се утврди значајна опасност од понављања исте или сличне повреде као непосредне последице саме структуре учесника на тржишту, комисија може да одреди меру која би имала за циљ промену у тој структури ради отклањања такве опасности, односно успостављања структуре која је постојала пре наступања утврђене повреде.

Комисија изриче меру заштите конкуренције а то јесте заправо новчана казна у висини од 10% укупног годишњег прихода учеснику на тржишту у случају повреде конкуренције. Ово је потпуно ново овлашћење Комисије с обзиром да је у старом Закону Комисија могла једино да поднесе прекршајну пријаву надлежном прекршајном органу. Нови закон познаје и институт ослобођења односно ублажавања новчане казне за оног учесника рестриктивног споразума који први пријави Комисији постојање таквог споразума или достави доказе о томе.

Комисија може изрећи учеснику на тржишту меру плаћања процесног пенала у износу од 500 € до 5.000 € за сваки дан понашања супротно налогу Комисије датом у поступку односно непоступања по том налогу ако:

1. не поступи по захтеву Комисије да јој достави или саопшти тражене податке или јој достави или саопшти нетачне, непотпуне или лажне податке

2. не поступи по привременој мери

3. не поднесе пријаву концентрације у законском року.

Процесни пенал не може прећи износ од 10% укупног годишњег прихода учесника на тржишту.

Положај Комисије за заштиту конкуренције одређен је чланом 20. новог Закона који Комисију одређује као самосталну и независну организацију која врши јавна овлашћења у складу са овим Законом и има статус правног лица. Чланом 22. новог Закона предвиђено је да су органи Комисије Савет Комисије и председник Комисије и да Савет доноси све одлуке и акте о питањима из надлежности Комисије, ако Законом и Статутом није друкчије прописано. Савет чине председник Комисије и четири члана. Чланом 23. новог Закона предвиђено је да се председник Комисије и чланови Савета бирају из реда угледних стручњака из области права и економије са најмање десет година релевантног радног искуства, који су остварили значајне и признате радове или праксу у релевантној области, нарочито у области заштите конкуренције и европског права и који уживају углед објективне и непристрасне личности. Председника Комисије и чланове Савета бира и разрешава Народна скупштина на предлог надлежног одбора за послове трговине. Избор председника Комисије, односно чланова Савета врши се са две одвојене листе кандидата које садрже најмање исти, а највише двоструко већи број кандидата који се бира. За председника Комисије, односно чланове Савета, изабрани су кандидати који добију највише гласова на свакој листи ако су добили већину гласова од укупног броја народних посланика. Исто лице може бити кандидат на обе листе и ако буде изабрано са листе за председника Комисије неће се узети у обзир резултат гласања за то лице на другој листи. Избор органа Комисије врши се по јавном конкурсу који оглашава председник Народне скупштине најкасније три месеца пре истека мандата председника Комисије и чланова Савета, односно непосредно по престанку или разрешењу у смислу члана 24. овог Закона.

Управном суду поднете су две тужбе од стране учесника на јавном конкурсу за избор председника и чланова Савета Комисије за заштиту конкуренције којима се оспорава њихов избор од стране Народне скупштине.

Управни суд је у оба предмета тужбе одбацио налазећи да оспорене одлуке Народне скупштине Републике Србије не представљају акт који ужива управно-судску заштиту пред Управним судом. Тужиља је поднела захтеве за преиспитивање тих решења Управног суда Врховном касационом суду. Приложила је решење Уставног суда број Уж 4772/2010 од 10.1.2011. године којим решењем је одбачена њена уставна жалба изјављена против одлуке Народне скупштине о избору чланова Савета Комисије за заштиту конкуренције, где се у образложењу под тачком 5. истиче да се ради о појединачном коначном акту који по својој правној природи представља појединачни акт чија законитост, у смислу члана 198. Устава и члана 3. став 2. ЗУС-а, подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, што значи да оспорени акт није појединачни акт против кога нису предвиђена друга правна средства за заштиту зајамчених права и слобода, па је стога одбацио уставну жалбу.

Судска заштита учесника у поступку заштите конкуренције

Одредбом члана 52. старог Закона предвиђено је да се у поступку пред Комисијом примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, да су решења Комисије коначна и да се против тих решења може покренути управни спор пред надлежним судом (Врховни суд Србије).

Одредбом члана 34. новог Закона такође је предвиђено да се у поступку пред Комисијом примењују правила општег управног поступка. Уз чињеницу да Комисија врши јавна овлашћења и да ради по правилима ЗУП-а, очигледно је да и решења која доноси имају карактер управних аката, па се њихова контрола законитости врши у поступку код Управног суда који је почео са радом од 1.1.2010. године. Нови Закон се примењује од 1.11.2009. године. Овде треба указати на одредбу члана 77. став 1. новог Закона којим је предвиђено да ће до почетка рада Управног суда о поднетим тужбама одлучивати Виши трговински суд. Сматрам да није требало прописивати овакву одредбу за врло кратак период важења (новембар и децембар 2009. године) утолико пре што је Управно одељење Врховног суда Србије одлучивало у управном спору по поднетим тужбама по старом Закону. Извршеном провером код Апелационог привредног суда аутор реферата је утврдио да у периоду новембар – децембар 2009. године није била поднета ниједна тужба тадашњем Вишем трговинском суду.

Чланом 72. став 1. новог Закона предвиђено је да се у поступку пред судом ради оцене законитости донетог решења примењују одредбе закона којим се уређују управни спорови, ако тим законом није друкчије предвиђено, а ст. 4. и 5. наведеног члана предвиђа обавезу Управног суда да тужбу достави Комисији на одговор у року од осам дана, а рок за достављање одговора је 15 дана од пријема. Суд је дужан да донесе одлуку по тужби у року од два месеца од дана пријема тужбе.

Ово је један од ретких материјалних закона где се предвиђају процесни рокови различити од оних из Закона о управним споровима[8]. Треба рећи и то да је нови ЗУС ступио на снагу 30.12.2009. године и све тужбе у управном спору поднете Управном суду после тог рока биће пресуђиване по новом ЗУС-у.

Нови ЗУС садржи значајне новине у односу на ранији Закон о управним споровима[9], а које су важне и за примену новог Закона о заштити конкуренције. Ту пре свега имам у виду члан 23. новог ЗУС-а о одложном дејству поднете тужбе у управном спору, према ком ће Управни суд решењем одлучити у року од пет дана од поднетог захтева о одлагању извршења коначног управног акта. У овој материји ће се примењивати и одредбе члана 34. став 2. новог ЗУС-а о обавезној јавној расправи, обзиром да ће се најчешће радити о предметима са учешћем две или више странака са супротним интересима. Међутим, чињенично стање ће се свакако утврђивати код Комисије, јер се поступак код Управног суда не може претворити у парницу (члан 39. став 1. новог ЗУС-а).

Одлуке Управног суда су правноснажне, а у овој материји дозвољен је поступак по ванредном правном средству – захтеву за преиспитивање судске одлуке из члана 49. новог ЗУС-а код Врховног касационог суда.

Појам доминантног положаја тржишног субјекта и његова злоупотреба

Слободна конкуренција на тржишту може бити нарушена на више начина, а један од њих је злоупотреба доминантног положаја на заједничком тржишту. Доминантни положај није обавезно и нужно и монополски

[8] Закон о управним споровима – у даљем тексту – нови ЗУС објављен у "Службеном гласнику РС", бр. 111/09

[9] "Службени лист СРЈ", бр. 46/96

положај, он може постојати и кад предузеће има могућност да се понаша независно од других учесника на истом тржишту. Та могућност је најчешће последица држања знатног дела тржишта производа.

Концепт злоупотребе доминантног положаја као вида нарушавања комунитарног права конкуренције (право конкуренције ЕУ) садржан је у одредби поменутог члана 82. Споразума (Уговора) о оснивању. Са становишта комунитарног права конкуренције недозвољена је само злоупотреба доминантног положаја а не сам доминантни положај. Према дефиницији Суда правде доминантан положај је положај у коме предузеће има моћ да се на тржишту понаша независно од својих конкурената или клијената[10].

Постојање доминантног положаја утврђује се посредством два елемента: то су постојање релевантног тржишта и учешћа на том тржишту.

Релевантно тржиште, као тржиште на коме постоји реална конкуренција између два производа, обухвата стварно тржиште производа и географско тржиште, а детаљно је регулисано Уредбом о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта.

Учешће привредног субјекта на тржишту утврђује се на основу укупних послова на тржишту и послова које предузима конкретни привредни субјекат.

Како члан 82. Споразума (Уговора) о оснивању санкционише доминантан положај само ако се утврди да га привредни субјект злоупотребљава, то је потребно утврдити шта заправо представља злоупотребу. Злоупотребу подразумева утврђење ограничавајућег дејства које има одређено понашање на конкуренцију на тржишту.

Наш Закон о заштити конкуренције (2005, 2009) утврђује постојање доминантног положаја и начин његовог утврђивања на сличан начин као и комунитарно право. У складу са Законом о заштити конкуренције доминантан положај на релевантном тржишту има онај учесник који може да послује независно од других тржишних учесника, односно који може да доноси пословне одлуке не водећи рачуна о одлукама својих конкурената, добављача, купаца и (или) крајњих корисника.

[10] 28/76 United Braunds Company v. Commission (1978) ECR

Учесник на тржишту може имати (али и не мора) доминантан положај ако је његов удео на релевантном тржишту већи од 40%. У том случају терет доказивања сноси учесник на тржишту.

Доминантан положај може имати и учесник на тржишту чији је удео мањи на релевантном тржишту од 40%, али у том случају терет доказивања постојања доминантног положаја сноси Комисија или подносилац захтева за утврђење доминантног положаја [11].

Као што је већ речено, доминантан положај није сам по себи забрањен али његова злоупотреба јесте. Злоупотребом доминантног положаја на релевантном тржишту сматрају се радње којима се спречава, ограничава или нарушава конкуренција. Закон изричито наводи радње којима се непосредно или посредно намећу неправедне куповне или продајне цене или други неправедни услови пословања, радње којима се ограничава производња, тржиште или технички развој, а на штету потрошача, радње којима се примењују различити услови пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту и радње којима се закључивање уговора условљава додатним обавезама које немају везе са предметом уговора.

Пракса како комунитарног права тако и националног показала је да није ни мало лако практично утврдити постојање одређених критеријума и применити одређена правна правила.

Спорна правна питања у вези примене Закона о заштити конкуренције

Врховни суд Србије одлучивао је у више предмета по тужбама странака поднетим против решења Комисије за заштиту конкуренције донетих применом старог Закона.

Странке су указивале на непрецизност одредби Закона у погледу доносиоца решења у управном поступку – да ли је то Комисија или орган Комисије – Савет.

У више пресуда Врховни суд Србије је тужбе уважио и поништио решења Комисије налазећи да је при решавању Комисија учинила битну повреду правила управног поступка и указао да се мора поштовати одредба члана 196. ЗУП-а којом је прописано да у уводу решења, између оста-

[11] Члан 16. старог Закона и члан 15. новог Закона

лог, мора бити означен и назив органа који доноси решење. У оспореним решењима наведено је да Комисија за заштиту конкуренције доноси решење, али није означен орган који је, у складу са чланом 33. став 1. старог Закона, надлежан за доношење одлуке из надлежности Комисије – Савет комисије, односно у оспореним решењима у уводу је означено правно лице а у потпису председник Савета, па се по ставу суда не може са сигурношћу утврдити ко је доносилац решења.

Такође, суд налази да је у оспореним решењима дошло до повреде члана 69. ЗУП-а, а који прописује под 1) да кад у поступку решава колегијални орган, о већању и гласању се саставља посебан записник. Кад је у поступку по жалби једногласно одлучено, не мора се састављати записник о већању и гласању, већ се о томе може саставити само забелешка на списи, а под 2) у записнику о већању и гласању уписују се, поред података о личном саставу колегијалног органа означење предмета о коме се ради и кратак садржај онога што је речено као и издвојена мишљења ако их је било. Тај записник потписује лице које председава и записничар. Према одредби члана 45. ст. 1. и 2. старог Закона рад Савета је јаван, а Савет одлучује већином гласова присутних чланова, ако је испуњен кворум од најмање три члана, а ставом 3. прописано је да у случају једнаке поделе гласова одлучује глас председника Савета, а у случају његове спречености одлучује глас заменика председника Савета, као и да члан Савета при доношењу одлуке у појединим предмету може да издвоји мишљење, писмено или усмено, на записник – став 4. Међутим, у списима предмета суд је утврдио да нема доказа на основу којих би се могло проверити да ли је извршено гласање за доношење одлуке по жалби тужиоца на закључак председника Комисије нити се може испитати постојање кворума за доношење одлуке, па самим тим ни утврдити да ли је већање и гласање извршено на начин прописан чланом 69. Закона о општем управном поступку. По ставу суда у складу са наведеном одредбом Закона о општем управном поступку при доношењу одлуке о жалби тужиоца Савет комисије за заштиту конкуренције, као колегијални орган, морао је сачинити посебан записник а уколико је у поступку по жалби једногласно одлучено, није неопходно сачинити записник о гласању, већ је тада требало ставити само забелешку на списи, како би суд могао на несумњив начин оценити да ли

је одлука туженог донета у свему сагласно одредбама члана 45. Закона о заштити конкуренције[12].

У предмету Врховног суда Србије У 1395/08 пресудом од 27.2.2009. године тужба је уважена и поништено оспорено решење због повреде одредбе члана 199. став 2. ЗУП-а јер решење не садржи правилне и довољне разлоге у погледу утврђивања одлучних чињеница и примене члана 6. старог Закона али и Уредбе о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта[13]. По ставу суда тужена Комисија је при доношењу одлуке о томе да тужилац има доминантан положај на релевантном тржишту и да је злоупотребио тај положај, морала да примени и наведену Уредбу при утврђивању релевантног тржишта донету на основу овлашћења из члана 6. старог Закона. Стога суд није могао да провери ни да ли се садржином доказа приложених уз тужбу доводи у сумњу чињенично стање утврђено од стране Комисије.

Из Комисије су уследиле реакције на пресуде Врховног суда Србије и то тако „да суд није ушао у суштину проблема, осим мањих повреда поступака које Комисија признаје“.[14] Критике је упутила и тадашња председница Савета комисије др Дијана Марковић Бајаловић која сматра: „да примена правила општег управног поступка која често пута нису адекватна потребама поступка који се води пред Комисијом, затим надлежност Управног одељења Врховног суда Србије за спорове по одлукама Комисије, који претпостављају знања из области економије, што судијама по правилу недостаје су недостаци старог Закона, који спречавају његову ефикасну примену“[15].

Овако изражен став Врховног суда Србије, а касније и Управног суда потврђен је и пресудом Врховног касационог суда Узп 141/10 од 19.5.2011. године. У образложењу ове пресуде ВКС се наводи да „према образложењу побијане пресуде одлука као у диспозитиву донета је јер је

[12] Пресуде Врховног суда Србије У 5763/06 од 24.10.2007. године, У 807/07 од 05.3.2008. године, У 1595/07 од 23.8.2007. године, У 2101/07 од 10.12.2008. године, У 2102/07 од 31.10.2008. године, У 2518/07 од 23.8.2007. године

[13] "Службени гласник РС", бр. 49/05

[14] др Иванка Спасић: *„Злоупотреба доминантног положаја и стварање Мергер-а у праву конкуренције ЕУ и Србије“* – Институт за упоредно право, БГД 2009

[15] др Дијана Марковић Бајаловић *„У сусрет новом Закону о заштити конкуренције“* – право Републике Србије и право ЕУ – стање и перспективе

Управни суд нашао да су оспореним решењем повређена правила поступка прописана члановима 197. и 201. став 2. ЗУП-а. Ово стога што је у заглављу оспореног решења, као орган који доноси решење, наведена Комисија и датум 22.3.2007. године, а у уводном делу решења стоји да решење доноси Комисија на основу одлуке Савета Комисије са 41. седнице одржане 14.3.2007. године. Решење је потписао председник Савета, а записник о већању и гласању од 14.3.2007. године потписала је заменица председника Савета Комисије. Из записника се не види који орган је већао и гласао, јер се у истом наводи да је састављен у Комисији на дан 14.3.2007. године у присуству заменице председнице и три члана, што све доводи у сумњу да је оспорено решење донео стварно ненадлежни орган. Код таквог стања ствари, према налажењу ВКС, правилно је Управни суд у побијаној пресуди оценио да је увод оспореног решења, у коме стоји да је Комисија донела то решење нејасан и контрадикторан осталим деловима решења и да се из истог не може са сигурношћу утврдити да ли је решење донео стварно надлежни орган и тачан датум када га је донео. Ово са разлога што је чланом 33. став 1. старог Закона прописано да је Савет орган Комисије који доноси све одлуке и друге акте о питањима из надлежности Комисије, а исту одредбу садржи и члан 11. став 2. Статута Комисије (Службени гласник РС бр. 47/06 и 24/08)".

Сматрам да само законито спроведен поступак води законитој одлуци те се не може узети као основана критика да је суд у оспореним решењима уочио само мање повреде поступка.

Од 1.1.2010. године све нерешене предмете из Врховног суда Србије преузео је Управни суд у складу са чланом 77. став 1. ЗУС-а (Сл. гласник РС 111/09), у вези члана 29. став 1. и члана 90. став 1. Закона о уређењу судова (Сл. гласник РС 116/08, 104/09). До сада је Управни суд решио значајан број предмета заштите конкуренције.

У већини предмета суд је тужбе одбио налазећи да је Комисија, доносећи оспорена решења у управном поступку без повреде правила поступка потпуно и правилно утврдила чињенично стање и правилно применила Закон о заштити конкуренције[16].

[16] Пресуде Управног суда У 285/10 од 24.6.2010. године, У 2813/10 од 09.12.2010. године, У 2228/10 од 01.12.2010. године и др

У неколико предмета Управног суда тужбе су одбачене као неблаговремене (члан 22. став 1. ранијег ЗУС-а – Сл. лист СРЈ 46/96)[17] или недозвољене[18] или је поступак обустављен применом члана 26. односно 30. старог ЗУС-а (Сл. лист СРЈ 46/96)[19].

Управни суд је у више својих пресуда уважио тужбе и поништио решења Комисије налазећи да је при решавању Комисија погрешно применила материјално право и учинила битну повреду правила управног поступка и то најчешће повреду одредби чл. 9, 69, 132, 133, 197. и 199. став 2. ЗУП-а[20].

Врховни касациони суд је одлучивао о предметима заштите конкуренције, по захтевима за преиспитивање судске одлуке и то тако што је у неким предметима захтеве уважио и укинуо пресуде Управног суда, а у одређеном броју предмета захтеве је одбио [21].

У овом реферату биће анализирани карактеристични предмети с аспекта примене материјалног и процесног права.

У предмету Управног суда У 2185/10 суд је пресудом од 2.7.2010. године уважио тужбу тужилаца и поништио је оспорено решење Комисије из 2007. године којим је ставом првим диспозитива утврђена повреда старог Закона настала закључивањем и применом забрањеног споразума – одлуке о примени јединствене цене такси услуга од 28.11.2006. године закљученој између такси удружења и привредних друштава које пружају услуге ауто-такси превоза у Београду наведених у том ставу, ставом другог диспозитива оспореног решења утврђује се забрањеном и оглашава ништавом иста одлука од 28.11.2006. године, потписана од стране представника такси удружења и привредних друштава која пружају услуге ауто-такси превоза у Београду, а ставом три диспозитива одређује да ће се решење

[17] Решење Управног суда У 12224/10 од 18.2.2010. године и решење Управног суда У 12259/10 од 18.2.2010. године

[18] Решење Управног суда У 6595/11 од 21.9.2011. године

[19] Решење Управног суда У 17194/10 од 20.6.2011. године и решење Управног суда У 13791/10 од 22.12.2010. године

[20] Пресуде Управног суда У 2161/10 од 10.6.2011. године, У 310/10 од 21.6.2010. године, У 2185/10 од 2.7.2010. године и др.

[21] Пресуде Врховног касационог суда Узп 390/10 од 28.10.2011. године, Узп 85/10 од 11.3.2011. године, Узп 162/10 од 15.7.2011. године, Узп 141/10 од 19.5.2011. године.

објавити у Службеном гласнику Републике Србије. Према образложењу побијане пресуде одлука као у диспозитиву донета је јер је Управни суд нашао да су оспореним решењем повређена правила поступка прописана чланом 199. став 2. ЗУП-а и чланом 8. став 1. старог Закона. Ово стога што је тужени орган, имајући у виду одредбе члана 8. став 1. и 2. старог Закона био дужан да након што је утврдио повреду Закона насталу закључењем и применом забрањеног споразума Одлуке о примени јединствене цене такси услуга од 28.11.2006. године, одреди меру коју су учиниоци у споразуму дужни да предузму, а не да утврђује да је одлука забрањена и да исту огласи ништавом, јер доношење такве одлуке од стране Комисије није прописано одредбама наведеног Закона, нити је тужени у образложењу оспореног решења навео правни основ и дао правне разлоге за одлуку из става два диспозитива тог решења.

Комисија је поднела ВКС захтев за преиспитивање ове пресуде који је заведен под бројем Узп 162/10. Одлучујући по том захтеву својом пресудом од 15.7.2011. године, Врховни касациони суд налази да је правилно Управни суд у побијаној пресуди која је донета без битних повреда правила поступка оценио да је оспореним решењем повређен закон на штету тужилаца и за донету одлуку је дао довољне и јасне чињеничне и правне разлоге које као правилне у свему прихвата Врховни касациони суд. Ово због тога што и по оцени ВКС одредба члана 7. Закона, као и одредба члана 8. истог Закона, на које се тужени позива у образложењу оспореног решења, не представљају правни основ за доношење одлуке каква је донета у ставу другом диспозитива тог решења, нити је неком другом одредбом наведеног Закона прописано овлашћење Комисије за доношење такве одлуке.

У предмету Управног суда У 10130/10 суд је пресудом од 22.10.2010. године одбио тужбу поднету против оспореног решења Савета Комисије, којим је, у извршењу пресуде Врховног суда Србије У 1395/08 од 27.2.2009. године, у ставу првом диспозитива утврђено да тужиоци имају доминантан положај на релевантном тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије. У ставу другом диспозитива је утврђено да су злоупотребили доминантан положај на релевантном тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије наметањем неправедних услова пословања и применом неједнаких услова пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту на начин означен у том ставу диспозитива. Ставом три диспозитива тужиоцима је наложено да изме-

не одредбе типског уговора о производњи, испоруци и откупу млека, да у откупним станицама истакну обавештење произвођачима о њиховом праву да траже контролну анализу хемијских и микробиолошких резултата млека, да сачине нове ценовнике, као и да спроведу друге мере на начин означен у том диспозитиву. Суд налази да је правилно тужени орган поступио када је у извршењу пресуде Врховног суда Србије донео оспорено решење у коме је отклонио повреде правила поступања на које му је том пресудом указано и у поновном поступку утврдио да тужиоци имају доминантан положај на релевантном тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије, при чему се као релевантно тржиште узима само тржиште премираног млека, те да су злоупотребили доминантан положај на начин означен у ставу два диспозитива тог решења. Ово стога што су тужиоци закључивањем типских уговора о производњи, испоруци и откупу млека наметнули неправедне и неједнаке услове пословања, с обзиром да ти уговори садрже одредбе којима су отежани услови једностраног раскида уговора од стране добављача, кога обавезују на испоруку целокупне произведене количине млека млекари која му је доделила јунице или преузела јемство за његову кредитну обавезу. Везивањем примарних произвођача на овај начин тужиоци су онемогућили улазак нових конкурената на тржиште откупа млека, а произвођачима млека ускраћена је могућност приговора о висини цене и условима откупа, што изазива штетне последице на тржишту примарне производње млека. Стога суд налази да оспореним решењем није повређен закон на штету тужилаца, па је тужбу као неосновану одбио.

Против ове пресуде тужиоци су поднели захтев за преиспитивање судске одлуке Врховном касационом суду. Својом пресудом Узп 390/10 од 28.10.2011. године Врховни касациони суд је уважио захтев и укинуо пресуду Управног суда на основу члана 55. став 3. новог ЗУС-а и предмет вратио на поновно одлучивање. Врховни касациони суд налази да су основани наводи захтева да је Управни суд доношењем пресуде битно повредио правила поступка и то повредом права подносиоца на правично суђење, односно изношење доказа и образложену судску одлуку, јер је у потпуности прихватио разлоге оспореног решења који су тужбом детаљно оспорени и у погледу чињеничног стања и у погледу примене материјалног права. Наиме, ВКС наводи: „да су тужиоци у тужби истицали да Комисија није у смислу члана 6. Закона о заштити конкуренције правилно утврдила шта представља релевантно тржиште, јер га је ограничила само на откуп свежег сировог млека од стране свих млекара у Републици Срби-

ји, и то само оног за које је РС преко млекара исплатила премије, искључујући све остале откупљиваче који реално учествују на тржишту и искључујући млеко за које није плаћена премија а које су млекаре откупиле. Из навода тужбе, који су поновљени и у захтеву, се види да су подносиоци указивали на доказе од битног утицаја за одређивање релевантног тржишта откупа млека и доминантног положаја на истом, а који су садржани у актима под називом "Анализа“ и „Додатна анализа“. Међутим, у образложењу побијане пресуде ти докази, сем што је „Анализа“ поменута у наводима тужбе, уопште нису разматрани и цењени, чак ни у толикој мери да су сматрани ирелевантним за оцену законитости оспореног решења. Управни суд се није упустио у оцену тачности чињеничних закључака Комисије у вези одређивања релевантног тржишта и постојања доминантног положаја, већ их је прихватио као правилне, не обазирући се на супротне и детаљно образложене наводе тужилаца засноване на чињеницама изнетим у „Анализи“ и „Додатној анализи“, те доказима који су приложени уз тужбу. Тиме што је пропустио да оцени наведене доказе, као и детаљне наводе тужбе којима се оспорава утврђено чињенично стање из дописа Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде Републике Србије од 22.10.2007. године и дописа Пословног удружења „Заједнице сточарства Београда“ или наведе разлоге због којих сматра да су без значаја, према налажењу ВКС, Управни суд је повредио право подносиоца захтева на правично суђење. Ово право је предвиђено чланом 32. став 1. Устава Републике Србије (Службени гласник РС број 98/06) и представља обавезу суда да образложи своју одлуку, јер странка има право да буде упозната са ставовима суда на којима је та одлука заснована. То право странке је праћено дужношћу суда да изнесе разлоге своје одлуке, који чине гаранцију објективности суђења и спречавају могуће злоупотребе. Обавеза образложења судске одлуке односи се на кључне аргументе који морају бити прецизно и јасно наведени, с тим што суд треба брижљиво и пажљиво да размотри све доказе и да ценећи их и појединачно и заједно одлучи које ће и због чега чињенице сматрати утврђеним, а које и због чега неће. Затим, Управни суд у побијаној пресуди уопште не даје разлоге због којих се чињенично стање, за које је нашао да је правилно утврђено, има подвести под одредбе чл. 1, 2, 6, 16. и 18. Закона о заштити конкуренције који су цитирани у образложењу и очигледно чине материјално-правни основ пресуде. У побијаној пресуди нису наведене чињенице, докази и метод квалификовања тржишног удела подносиоца захтева као учесника

на тржишту који би указали на његов доминантан положај и примену члана 16. Закона, нити су дати разлози због којих се њихово поступање на тржишту квалификује као злоупотреба доминантног положаја у смислу члана 18. истог Закона. Такође, у образложењу побијане пресуде је наведено да је тужени орган правилно применио Уредбу о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта, која је донета ради спровођења Закона, и цитиране су одредбе члана 2. став 4. и став 5. тачка 1. те Уредбе али не и став 1. члана 2. којим је прописано да се релевантно тржиште утврђује применом теста малог, али значајног и трајнијег повећања цена од стране претпостављеног монополисте и став 2. истог члана Закона којим је прописано у чему се састоји тај тест. Из оспореног решења произлази, а и у тужби и захтеву се то истиче, да Комисија није спровела тест претпостављеног монополског повећања цена, већ је независно од тога утврдила релевантно тржиште ограничавајући га једним административним обележјем као тржиште премираног млека. Међутим, критеријум административног обележја млека као својства производа није предвиђен Уредбом, што доводи у сумњу правилност примене материјалног права у дефинисању појма релевантног тржишта, а што је од битног утицаја за утврђивање доминантног положаја и злоупотребе тог положаја на тржишту. Подносиоци захтева су у акту „Додатна анализа“ приложили тест у смислу члана 2. ст. 1. и 2. Уредбе, урађен од стране стручњака из економске области. Међутим, тај доказ Управни суд уопште није разматрао, већ је прихватио став Комисије о релевантном тржишту, али без дате икакве правне аргументације за то, чиме је ускратио право подносилаца на образложену судску одлуку. Даље из побијане пресуде се види да је Управни суд посебно, а и једино, оценио наводе тужбе у вези немогућности тужилаца да учествују у поновном поступку, налазећи да су ти наводи неосновани јер је увидом у списе утврђено да је тужиоцима омогућено учешће у поступку, с обзиром да су доставили изјашњење и да су овлашћена лица саслушана. Тиме је суд одговорио на наводе које тужиоци нису ни истицали, будући да из тужбе произлази да нису оспорили право учешћа у поступку, већ неодржавање усмене расправе у смислу члана 139. ЗУП-а. Подносиоци овог захтева су дана 22.5.2009. године поднели захтев који је допуњен 25.5.2009. године туженом органу за одржавање усмене расправе, о коме нема доказа у списима да је одлучено, нити су о том дати разлози у оспореном решењу, а пропуштањем суда да то оцени повређено је њихово право на правично суђење и образложену судску одлуку.“

У извршењу наведене пресуде Врховног касационог суда, Управни суд је пресудом У 12773/11 од 28.2.2012. године уважио тужбу и поништио оспорено решење Савета Комисије донето у овој управној ствари.

У предмету Управног суда пресудом У 2087/11 од 21.4.2011. године суд је одбио тужбу поднету против решења Савета Комисије број 5/0-02-43/2011 веза 5/0-02-607/2010-3 од 24.1.2011. године којим је у тачки 1 диспозитива одређена мера заштите конкуренције тужиоцима у облику обавезе плаћања новчаног износа у висини од 1,92% од укупног годишњег прихода оствареног у 2006. години због злоупотребе доминантног положаја на релевантном тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије наметањем неправилних услова пословања и применом неједнаких услова пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту утврђене правноснажним решењем Комисије за заштиту конкуренције 5/0-02-135/09-18 од 22.5.2009. године. У тачки 2 диспозитива обавезују се тужиоци да изврше одређену меру заштите конкуренције из става првог тако што ће уплатити новчани износ у корист буџета Републике Србије, а следећим ставом диспозитива утврђује се рок од четири месеца за извршење обавеза од стране тужилаца под претњом принудног извршења.

Према оцени Управног суда, правилно је тужени орган одредио меру заштите конкуренције у облику обавезе плаћања новчаног износа у висини од 1,92% од укупног годишњег прихода оствареног у 2006. години и обавезао тужиоце на уплату наведеног новчаног износа, позивајући се на одредбу члана 68. став 2. новог Закона. Ово из разлога што је пресудом Управног суда У 10130/10 од 22.10.2010. године одбијена тужба тужилаца и потврђено као правилно и на закону засновано решење тужене Комисије 5/0-02-135/09-18 од 22.5.2009. године, а којим је утврђена злоупотреба доминантног положаја на тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије наметањем неправедних услова пословања и применом неједнаких услова пословања на исте послове са различитим учесницима на тржишту, а у овом предмету оспореним решењем поступак заштите конкуренције у складу са законом реализован је до краја.

Против пресуде Управног суда тужиоци су поднели захтев Врховном касационом суду за преиспитивање судске одлуке који је заведен под Узп 342/11.

Поступајући по поднетом захтеву и испитујући побијану пресуду у границама захтева у смислу члана 54. новог ЗУС-а, ВКС је нашао да је захтев основан па је пресудом од 29.6.2012. године захтев уважио и преиначио пресуду Управног суда У бр. 2087/11 од 21.4.2011. године тако што је тужбу уважио и поништио решење Комисије број 5/02-02-43/2011, веза број 5/0-02-607/2010-3 од 24.1.2011. године. ВКС у пресуди наводи: „из побијане пресуде, навода захтева, доказа приложених уз захтев, достављених списа предмета Управног суда У бр. 2087/11, списа предмета Комисије број 5/0-02-43/2011 и списа предмета ВКС Узп 390/10, види се да је побијаном пресудом Управног суда У број 2087/11 од 21.4.2011. године одбијена тужба поднета против решења Комисије којим се ставом првим диспозитива тужиоцима, овде подносиоцима захтева, одређује мера заштите конкуренције у облику обавезе плаћања опредељеног новчаног износа због злоупотребе доминантног положаја на релевантном тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије, утврђене правноснажним решењем Комисије број 5/0-02-135/09-18 од 22.5.2009. године. Према образложењу побијане пресуде тужиоцима је оспореним решењем мера заштите конкуренције због злоупотребе доминантног положаја правилно одређена, јер је чињеница да су злоупотребили доминантан положај на тржишту утврђена правноснажним решењем Комисије од 22.5.2009. године. Решење Комисије број 5/0-02-135/09-18 од 22.5.2009. године, постало је правноснажно јер је у управном спору који је вођен против тог решења, пресудом Управног суда број 10130/10 од 22.10.2010. године одбијена тужба. Међутим, одлучујући по захтеву за преиспитивање те пресуде ВКС је пресудом Узп 390/10 од 28.10.2011. године укинуо наведену пресуду Управног суда и предмет вратио истом суду на поновно одлучивање. У извршењу пресуде ВКС Управни суд је донео пресуду У 12773/11 од 28.2.2012. године којом је уважио тужбу и поништио решење Савета Комисије број 5/0-02-135/09-18 од 22.5.2009. године, дакле, ставио је ван правне снаге решење којим је утврђено да су подносиоци захтева злоупотребили доминантан положај на релевантном тржишту, па се у смислу члана 61. ЗУС-а, предмет враћа у стање у коме се налазио пре него што је оспорени управни акт поништен том пресудом.

Полазећи од изнетог чињеничног и правног стања, које неспорно произилази из напред наведених правноснажних пресуда, у овој управној ствари не постоји правноснажно решење којим је утврђено да су подносиоци захтева злоупотребили доминантан положај на релевантном тржишту

откупа сировог млека на територији Републике Србије, како је то наведено у првом ставу диспозитива оспореног решења. Стављањем ван снаге решења којим је утврђена наведена злоупотреба доминантног положаја на релевантном тржишту отпао је и чињенични и правни основ на коме је засновано оспорено решење Комисије 5/0-02-43/2011 веза 5/0-02-607/2010-3 од 24.1.2011. године, на шта се основано указује и у допуни захтева за преиспитивање побијане пресуде. Правне последице пресуде Управног суда У бр. 12773/11 од 28.2.2012. године, која је донета у извршењу пресуде ВКС Узп 390/10 од 28.10.2011. године, су да у управном поступку решењем Комисије није утврђено да су подносиоци злоупотребили доминантан положај на релевантном тржишту, а због које злоупотребе им је оспореним решењем, чија је законитост цењена овде побијаном пресудом и одређена мера заштите конкуренције у облику обавезе плаћања опредељеног новчаног износа. ВКС је ценио и све остале наводе захтева, али их с обзиром на разлоге због којих је одлучио као у диспозитиву пресуде није посебно образлагао.“

У предмету Управног суда У 4145/11 суд је тужбу одбио пресудом од 7.7.2011. године поднету на решење тужене Комисије број из 2011. године, којим је у првом ставу одређена мера заштите конкуренције тужиоцу у облику обавезе плаћања новчаног износа у висини од 7% од укупног годишњег прихода оствареног у 2007. години, због тога што је тужилац закључио и извршио забрањени споразум доношењем одлуке Управног одбора тужиоца под називом „Ценовник минималних цена ветеринарских услуга“ са важношћу од 1.5.2008. године, утврђен правноснажним решењем Комисије за заштиту конкуренције из 2008. године, те је наложено тужиоцу да изврши меру заштите конкуренције уплатом одређеног новчаног износа у корист буџета Републике Србије и утврђен рок од четири месеца за извршење обавезе уплате новчаног износа под претњом принудног извршења. Суд налази да је оваква одлука Комисије правилна и у свему у складу са одредбом члана 68. став 2. новог Закона.

Ово стога што је правноснажним решењем Комисије за заштиту конкуренције из 2008. године утврђено да одлука Управног одбора тужиоца из 2008. године под називом „Ценовник минималних цена ветеринарских услуга“ представља забрањени споразум који за циљ или последицу има или може имати битно спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на релевантном тржишту пружања ветеринарских услуга на територији РС, и

наложено је тужиоцу да предузме мере означене у ставу III диспозитива тог решења, за отклањање повреде конкуренције. Како тим решењем нису одређене и мере заштите конкуренције, Комисија је на основу овлашћења из члана 5. став 1. Уредбе о критеријумима за одређивање износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера („Службени гласник РС“ 50/10) покренула поступак у циљу самосталног одређивања мере заштите конкуренције на основу новог Закона. Према налажењу Управног суда, како је поступак самосталног одређивања мере заштите конкуренције покренут и окончан у време важења новог Закона, на начин и под условима прописаним наведеном Уредбом, неосновани су наводи тужбе да је оспорено решење донето ретроактивном применом закона. Управни суд такође налази да се у овом случају не ради ни о повреди правила *ne bis in idem*, јер у истој правној ствари није одлучивао исти орган нити је реч о истој правној квалификацији извршене радње.

Против пресуде Управног суда тужилац је поднео захтев за преиспитивање побијане пресуде који је заведен код ВКС под бројем Узп 477/11.

Према личном ставу аутора реферата, а имајући у виду наведено чињенично и правно стање ствари, погрешна је оцена Управног суда у побијаној пресуди да је Комисија правилно по службеној дужности покренула поступак у циљу самосталног одређивања мере заштите конкуренције на основу новог Закона. Ово стога што је повреда конкуренције настала и трајала је у време важења старог Закона. Нови Закон је у примени од 1.11.2009. године и не предвиђа ретроактивно дејство ни једне одредбе, с обзиром да у прелазним и завршним одредбама у члану 74. прописује да се на поступке који су започети до дана почетка примене овог закона примењују прописи по којима су започети. Чињенице указују да је поступак у вези повреде конкуренције започет у време важења старог Закона, па је сходно цитираном члану 74. Закона у овом случају могућа примена само одредби старог Закона. У прилог овоме говори и члан 197. Устава Републике Србије (Службени гласник РС 98/06) који у ставу првом прописује да закони и сви други општи акти не могу имати повратно дејство, а у ставу другом да изузетно само поједине одредбе закона могу имати повратно дејство, ако то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона, што овде није случај. Затим, у овој управној ствари Комисија је покренула по службеној дужности управни поступак ради одређивања управне мере, према члану 114. став 1. и чла-

ну 115. став 1. ЗУП-а, достављањем странкама у поступку обавештења с позивом на изјашњење од 27.12.2010. године. Међутим, према образложењу оспореног решења Комисија је и у време важења старог Закона донела закључак о покретању поступка по службеној дужности против тужиоца на основу сазнања које основано указује да је извршена радња којом је учињена повреда старог Закона. Имајући у виду да је чланом 115. став 1. ЗУП-а прописано да је поступак покренут чим орган изврши ма коју радњу ради вођења поступка, те да је поступак покренут, вођен и окончан по старом Закону, по ком је и утврђено постојање забрањеног споразума, налазим да је погрешно закључивање Управног суда у побијаној пресуди, да је правилно Комисија за заштиту конкуренције на основу члана 114. став 1. ЗУП-а покренула поступак за одређивање мере заштите конкуренције, с обзиром да та мера није одређена правноснажним решењем донетим у време важења старог Закона, односно 2008. године. Ово са разлога што стари Закон који је меродаван у овом поступку није прописивао да се мера заштите конкуренције може одредити самостално или са мером отклањања повреде конкуренције, већ је чланом 70. став 2. тог Закона било предвиђено да против учесника на тржишту који је учинио радњу спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције Комисија подноси захтев за покретање прекршајног поступка надлежном органу за прекршаје, што је Комисија и урадила. Прекршајни суд је одбацио захтев за покретање прекршајног поступка и утврђивање прекршајне одговорности у односу на тужиоца, а на које решење се Комисија није жалила. Сматрам да се мера заштите конкуренције која је прописана чланом 68. новог Закона може изрећи само код повреда конкуренције које су извршене у време када је тај Закон био у примени, тј. од 1.11.2009. године, а не и на раније извршене повреде конкуренције. С обзиром да се у конкретном случају питање извршења повреде конкуренције није поставило као спорно, већ је неспорно да је та повреда настала и утврђена у време важења старог Закона, јасно је да је примена старог Закона једино могућа, с обзиром да ретроактивна примена новог Закона није тим законом предвиђена.

Управни суд је пресудом У број 2553/12 од 10.5.2012. године уважио тужбе тужилаца и поништио оспорено решење Комисије из јануара 2012. године, којим се привредним друштвима, тужиоцима означеним у диспозитиву, одређује мера заштите конкуренције у облику обавезе плаћања новчаног износа у висини (сваком од привредних друштава) од 2% од укупног годишњег прихода оствареног у 2007. години, због тога што је

привредно друштво закључило и извршило забрањени споразум утврђен правноснажним решењем Комисије из 2008. године, те се налаже привредним друштвима да изврше меру заштите конкуренције уплатом одређених новчаних износа у корист буџета Републике Србије и одређује рок од четири месеца за извршење обавезе под претњом принудног извршења. Ово стога што је пресудом Управног суда У 6885/10 од 15.4.2011. године потврђено решење Комисије из 2008. године, којим је утврђено закључење забрањеног споразума. У образложењу оспореног решења оцењујући правни основ за одређивање управних мера у конкретној ситуацији на основу правноснажног решења Комисије донетог по старом Закону, Комисија је заузела правни став према коме је у оваквој чињенично-правној ситуацији нужно изрицање управних мера из члана 68. у вези члана 57. став 1. новог Закона. У образложењу се наводи да спроведени поступак није у супротности са чланом 74. новог Закона, нити супротан опште прихваћеном начелу правне сигурности у казненом праву, имплементираном у члану 34. став 2. Устава РС, да се казна одређује према пропису који је важио у време када је дело учињено, изузев када је каснији пропис повољнији за учиниоца. Истиче се да није сметња да се поступак изрицања управних мера спроведе након правноснажно окончаног поступка којим је утврђена повреда конкуренције, јер смисао одредбе члана 38. став 3. новог Закона је у томе да се управна мера мора изрећи, а небитно је у ком временском периоду је изречена. У образложењу оспореног решења даље се наводи, а у вези са истакнутим приговором немогућности изрицања мере након истека рока од три године да се не ради ни о каквој ретроактивној примени новог Закона на ситуације које нису биле предвиђене у претходном закону, већ се ради о примени повољнијег закона за странку (члан 6. став 3. ЗУП-а), при чему изражено правно схватање није у супротности са одредбом члана 74. новог Закона. Надаље се истиче да застарелост није наступила, јер из саме чињенице да је рок утврђен новим Законом, односно да није био утврђен старим Законом произилази да није ни могао да тече пре ступања на снагу закона којим је утврђена мера заштите конкуренције. Стога, Комисија налази да је неоснован приговор странака за обуставу поступка због застарелости.

По налажењу Управног суда при доношењу оспореног решења није било места примени одредаба новог Закона у поступку у коме је пресудом Управног суда У број 6885/10 од 15.4.2011. године потврђено решење Комисије из 2008. године, донето применом одредаба старог Закона и прекршајном поступку покренутом од стране Комисије захтевом из фе-

бруара 2009. године по одредбама истог Закона на основу члана 70. став 2. старог Закона који је окончан доношењем правноснажне одлуке Прекршајног суда из марта 2010. године, којом се тужиоци ослобађају од кривице на основу одредбе члана 218. став 1. тачка 1. у вези члана 6. став 2. Закона о прекршајима, јер дело за које се терете у захтеву за покретање прекршајног поступка, није прекршај према одредбама измењеног прописа. Управни суд налази да се оспореним решењем није могла одредити мера заштите конкуренције са налогом уплате одговарајућег новчаног износа, јер се ради о већ правноснажно прекршајно пресуђеној ствари. Даље, како је правноснажно решење из 2008. године, којим је утврђена повреда конкуренције, донето применом старог Закона, а како прекршајни поступак по том закону није био окончан до ступања на снагу новог Закона који је почео да се примењује од 1.11.2009. године, то се сагласно одредби члана 74. новог Закона поступак окончава по пропису на основу којег је и започео. Такође, по налажњу суда мера заштите конкуренције по одредбама члана 68. став 3. новог Закона не би могла да се одреди ни наплати протеком рока од три године од дана извршења радње или пропуштања рока имајући у виду време извршења радње (2008. година), јер је и тај рок, у конкретном случају за тужиоца истекао.

Против пресуде Управног суда Комисија је поднела захтев за преиспитивање побијане пресуде који је заведен у Врховном касационом суду под број Узп 323/12.

Према личном ставу аутора реферата, правилна је одлука Управног суда у побијаној пресуди, а из истих разлога наведених код анализе предмета ВКС Узп 477/11.

У овом предмету задржала бих се код навода Комисије да је у конкретној ситуацији примењен повољнији закон за странку. У реферату је већ истакнуто да је старим Законом Комисија могла само да наложи одређено понашање, али није имала овлашћења да сама предузима мере, нити да изриче санкције, а што јој је омогућено новим Законом. Старим Законом прописују се прекршајне санције за повреде конкуреције чије је изрицање у надлежности прекршајних органа. Поставља се питање да ли је нови Закон заиста „блажи закон“ за странку у односу на стари Закон који је имао „казнене одредбе“ (чл. 70 – 74) и упућивао на примену Закона о прекршајима. По мом схватању управна мера заштите конкуренције сама по себи не мора и није блажа од прекршајних санкција у идентичном контек-

сту. „По новом Закону (чл. 68-70) „Мере заштите конкуренције и процесног пенала“ у поређењу са „Прекршајне казне и заштитне мере“ из чл. 71-73 старог Закона, само су нешто друкчије формулисане, а мере процесног пенала из члана 70. новог Закона могу се чак квалификовати строжијим у односу на упоредиве прекршаје из члана 72. старог Закона. Мере заштите конкуренције и процесног пенала представљају озбиљне новчане санкције. Нови Закон предвиђа надлежности истог органа за утврђивање повреда и за изрицање мера на основу претходно утврђених повреда, па се може поставити питање релативне објективности код изрицања одговарајућих санкција од стране комисије у поређењу са Прекршајним судом. Надаље, у смислу члана 69. новог Закона постоји могућност ослобођења од обавезе из мере заштите конкуренције, али само оног учесника који је Комисији пријавио први постојање споразума, а по старом Закону сваки учесник који је пријавио Комисији постојање споразума (члан 71. став 5. старог Закона) је био ослобођен санкција. И ово указује да нови Закон није блажи у односу на стари у погледу прописаних мера кажњавања“[22].

Што се тиче приговора застарелости не прихватам правну аргументацију Комисије да је овај институт предвиђен новим Законом (члан 68. став 3), односно да није био утврђен претходним законом, па да из тога произилази да рок није ни могао да тече пре ступања на снагу новог Закона којим је утврђена мера заштите конкуренције. Одредба члана 68. став 3. у вези са ставом 1. новог Закона прописује да се мера заштите конкуренције не може одредити нити наплатити протеком три године од дана извршења радње или пропуштања испуњења обавезе, односно од последњег дана временског периода ивзршења радње из става 1. наведеног члана. Одредба је јасна и прецизна и не може се везивати за дан почетка примене новог Закона како то тумачи Комисија.

У предмету Управног суда У бр. 7215/11 суд је пресудом од 29.9.2011. године у првом ставу уважио тужбу тужиоца и поништио решење Комисије из маја 2011. године и предмет вратио надлежном органу на поновно одлучивање, а у ставу другом и трећем одлучио о трошковима управног поступка. Решењем Комисије се утврђује да је одредба Анекса I- Основни комерцијални услови и накнаде Уговора о купопродаји бр. 0058/2009 из

[22] Професор др Зоран Томић *„Експертски налаз и управноправно мишљење из области заштите конкуренције“* од 28.2.2012. године дато у предмету Управног суда У бр. 2553/12

2009. године који је закључен између тужилаца под називом „Рабати“, забрањен рестриктивни споразум у делу у коме је уговорена обавеза продавца да одобри купцу 2% рабата за поштовање препоручених цена продавца у оквиру основног рабата од 10% на фактури за производе из производног програма привредних друштава означених у диспозитиву решења, јер је истим значајно нарушена конкуренција на тржишту трговине на велико наведеним производима, као и на тржишту трговине на мало на територији Републике Србије, чиме су тужиоци учинили повреду конкуренције. Истим решењем утврђено је да је забрањени рестриктивни споразум ништав и забрањено је наведеним привредним друштвима свако будуће понашање којим би се могла нарушити конкуренција уговарањем одредби које садрже обавезу купца на примену минималне заштитне фиксне или препоручене цене за назначене прозводе, одређене су мере заштите конкуренције овим привредним друштвима, означене у ставу пет и шест диспозитива решења и наложена је уплата истих у року од четири месеца од дана пријема решења под претњом извршења и одбијен је захтев једног од тужилаца за ослобађање од обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције. Суд је уважио тужбу и поништио оспорено решење сматрајући да тужени орган није на довољно јасан и потпун начин образложио правну природу пријаве једног од тужиоца од 30.10.2009. године, који је закључио уговор о купопродаји са аспекта законом прописаног начина покретања поступка у односу на закон који је важио у моменту подношења те пријаве, у току вођења поступка нису правилно примењена правила посебног управног поступка у вези предлога странака за извођење доказа саслушањем сведока, учињена је битна повреда правила управног поступка из члана 199. став 2. Закона о општем управном поступку јер нису оцењени сви докази у вези примене јединственог ценовника на територији Републике Србије, а тичу се цена у набавци а не у малопродаји, Комисија није донела посебан закључак о неприхватању извођења доказа саслушањем странака, како је то законом прописано, већ је образложење за неприхватање предлога дато у форми обавештења. Комисија треба да примени одредбе о кажњавању које су блаже за учиниоца с обзиром да су прописане санкције за повреду конкуренције различито прописане у старом и новом Закону, нису оцењене олакшавајуће околности на истоветан начин у односу на једног од тужилаца као учесника који је закључио уговор.

Комисија је поднела захтев за преиспитивање побијане пресуде који је заведен код ВКС под Узп 70/12.

Према личном ставу аутора реферата, а имајући у виду наведено чињенично и правно стање ствари, сматрам да је правилно Управни суд нашао да је оспореним решењем повређен закон на штету тужилаца, са разлога што је на правну ситуацију насталу за време важења старог Закона, примењен нови Закон и поред тога што је чланом 74. тог закона прописано да се на поступке који су започети до дана почетка примене овог Закона примењују прописи по којима су започети. Међу странкама у управном спору није спорно да је пријава о постојању уговора о купопродаји поднета Комисији дана 30.10.2009. године, што значи да је Комисија тог дана дошла до сазнања да је на основу пријављеног уговора извршена радња којом се врши повреда наведеног Закона. Имајући у виду члан 56. старог Закона којим је прописано да Комисија покреће поступак по службеној дужности и даје налог Служби да поступак спроведе када дође до сазнања које основано указује да је извршена радња којом се врши повреда одредаба овог Закона, налазим да је дан подношења пријаве као дан сазнања Комисије за учињену повреду релевантан за одређивање прописа који ће се применити у овом случају. Како се пријављене чињенице односе на период до 1.11.2009. године, као дана примене новог Закона то произилази да примена тог Закона није могућа јер би довела до повреде уставног принципа забране повратног дејства закона и других општих аката у смислу члана 197. Устава Републике Србије (Службени гласник РС 98/06). Како нови Закон у прелазним и завршним одредбама није прописао да нека одредба тог закона има повратно дејство, а забрањени споразум је настао 5.3.2009. године и поступак је започет подношењем пријаве 30.10.2009. године, за време важења старог Закона, налазим да су одредбе тог закона меродавне у овој правној ствари. Такође, налазим да су неосновани наводи Комисије да је била у обавези да примени нови Закон, сходно члану 74. новог Закона. Ово стога што управо наведени члан 74. упућује на стари Закон, с обзиром да су повреде конкуренције, односно забрањени споразуми пријава тог споразума настали у време кад се примењивао стари Закон по коме је подношењем пријаве од стране једног од тужилаца управни поступак започет. Сагласно одредби члана 56. став 1. старог Закона, по мом схватању сазнањем Комисије да је учињена повреда конкуренције покренут је поступак по службеној дужности за утврђење повреде па се на тај начин примењују прописи важећи у моменту сазнања.

На крају разматрања основних питања примене Закона о заштити конкуренције, према досадашњој судској пракси, произилази као неспор-

но да Савет комисије за заштиту конкуренције доноси одлуке из надлежности Комисије и да приликом одлучивања у управном поступку примењује одредбе које се односе на одлучивање колегијалног органа. Сматрам да се мера заштите конкуренције прописана чланом 68. Закона може изрећи само за повреде конкуренције које су извршене у време када је тај закон био у примени, односно од 01.11.2009. године, а не и за раније извршене повреде конкуренције, те да сазнањем Комисије да је учињена повреда конкуренције је покренут поступак по службеној дужности за утврђивање повреде, па се на тај поступак примењују прописи важећи у моменту сазнања. Према одлуци Уставног суда, која је општеобавезујућа, одлука Народне скупштине о избору чланова Савета комисије за заштиту конкуренције представља по својој правној природи појединачни акт чија законитост подлеже преиспитивању пред судом у управном спору.

Једно од основних питања које се поставља је: шта треба да буду пожељни ефекти примене Закона о заштити конкуренције?

Примена овог Закона требала би да створи добре подстицаје за економску ефикасност и привредни напредак. У вези са тим битно је да се Закон о заштити конкуренције спроводи на козистентан начин, односно да у истим ситуацијама исход примене закона буде истоветан. Примену закона не треба процењивати само по томе шта се дешава, она се мора процењивати и са становишта онога што је могло да се догоди, а није. Учесници на тржишту се увек прилагођавају новонасталој ситуацији и увек имају неки одговор. Уколико примена закона буде неуједначена и нерегуларна, уколико таква примена закона доведе до за њих неприхватљивог раста регулаторне неизвестности, они ће једноставно напустити тржиште. Активност званичника тела за заштиту конкуренције искључиво треба да буду у функцији спровођења закона. „Стога и наступи тих званичника у јавности морају да буду усредсређени на спровођење закона и заступање политике заштите конкуренције. Није лако примењивати Закон о заштити конкуренције, односно шире посматрано није лако штитити конкуренцију. Ипак, све ове тешкоће не би требало да нас обесхрабре, већ само да нас учине опрезнијим, озбиљнијим и одговорнијим“[23].

[23] Борис Беговић и Владимир Павић, Центар за либерално-демократске студије *„Шта је то конкуренција и како се штити?“*

Литература:

- Борис Беговић и Владимир Павић, Центар за либерално демократске студије *„Шта је то конкуренција и како се штити?“*
- Верица Бараћ *„Коментар Закона о заштити конкуренције* ('Сл. гласник РС 79/05) од 19.10.2007. година.
- Др Иванка Спасић, научни саветник Института за упоредно право *„Злоупотреба доминантног положаја и стварање Мергер-а у праву конкуренције ЕУ и Србије“* – Институт за упоредно право 2009. година.
- Богдан Гецић, *„Приватно-правно санкционисање правила конкуренције – Европска перспектива“* – Институт за међународну политику и привреду (2010 година).
- Др Дијана Марковић-Бајаловић *„У сусрет новом Закону о заштити конкуренције“* – право Републике Србије и право ЕУ – Стање и перспективе.
- Љубодраг Пљакић, ранији судија Врховног суда Србије *„Нека процесна питања Закона о заштити конкуренције“*.
- Предраг Гроза, адвокат *„Нови Закон о заштити конкуренције“* TSD NEW- SLETTER.

Јелена Ивановић,
судија Управног суда

ВАНРЕДНО УКИДАЊЕ РЕШЕЊА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Уставни оквир

Један од основних постулата правне сигурности, којој свака правна држава тежи и покушава да обезбеди својим грађанима, је установљење начела законитости и правноснажности.

Ови принципи су битни у свим сегментима поступања државних органа без обзира на то да ли се ради о судском или поступку пред органима управе па је њихово установљење у Уставу Републике Србије[1] (у даљем тексту: Устав) као и законима којима се регулишу опште процесне норме (у форми начела), начин да и у пракси нађу своју потпуну примену.

Основ за установљење ових начела је Осми део Устава у оквиру кога се чланом 198. даје оквир законитог поступања управе и то на два начина: 1) прописивањем да појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе морају бити засновани на закону и 2) прописивањем судске контроле законитости рада управе кроз оцену законитости коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези и на закону заснованом интересу, у управном спору, која је најшири и требало би да буде најефикаснији облик контроле законитости рада управе.

Из наведеног произилази да свако поступање органа управе мора да буде засновано на закону како до правноснажности донетих одлука, а посебно након ње, ако тада долази до одређених интервенција које се тичу даљег опстанка правноснажних одлука у правном животу.

Један од најочигледнијих примера таквих интервенција у управном поступку је примена ванредних правних средстава. Због могућности кршења начела законитости и правноснажности (самим тим и правне сигурности грађана), њихова примена је веома деликатна и захтева како из-

[1] ("Службени гласник РС" 98/06)

ванредно познавање уставне и законске регулативе, тако и обазривост у примени. То подразумева да се могу користити искључиво и једино под законом прописаним условима. Њихова примена ствара многе недоумице и дилеме што указује на потребу да се ванредним правним средствима посвети посебна пажња како од стране управне науке и судске праксе тако и целокупне правничке стручне јавности. Због тога је повод за писање овог реферата да се неке од тих дилема у примени ванредног укидања као једног од ванредних правних средстава прописаних Законом о општем управном поступку[2] (у даљем тексту: ЗУП), отклоне.

Начело законитости и правноснажности по ЗУП-у

Законски основ за поступање органа управе како до правноснажности одлуке тако и након ње (у вршењу могућих правних интервенција) прописан је ЗУП-ом као и процесним одредбама посебних закона којима су прописана ванредна правна средства ван оних прописаних ЗУП-ом. За разумевање суштине и правне природе и за правилну примену сваког појединог ванредног правног средства, неопходно је познавати основна начела управног поступка, а посебно начела законитости и правноснажности.

ЗУП у својим Основним одредбама, које се тичу важења закона и дефиниције основних начела поставља основ за примену начела законитости установљеног Уставом и прописује да су сви органи државне и недржавне управе дужни да поступају по њему, а да одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка (посебни поступци), морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним ЗУП-ом. Дефиницијом дванаест начела, ЗУП је поставио најопштије и најосновније, а самим тим и најважније норме у поступању органа управе.

Начело законитости дефинисано чланом 5. садржи две основне одреднице и то: 1) да постоји обавеза органа који поступају у управним стварима да решавају на основу закона и других прописа и 2) да се у управним стварима у којима је орган овлашћен по слободној оцени, решење мора донети у границама овлашћења и у складу са циљем у коме је оно дато. Прва подразумева придржавање ЗУП-а, других одговарајућих посебних процесних прописа и других правних норми на које они упућу-

[2] ("Службени лист СРЈ" 33/97 и 31/01 и "Службени гласник РС" 30/10)

ју. Норма је јасна и њој не треба никакав коментар. **Увек** када решава у управним стварима, непосредном применом прописа о правима, обавезама или правним интересима физичког лица, правног лица или друге странке или кад обављају друге послове утврђене ЗУП-ом, орган мора да примењује закон и друге прописе. Друга ситуација подразумева такође да када је орган овлашћен да одлучује по слободној оцени, **увек** мора да примењује закон и друге прописе, али **обавезно** мора да има у виду и одговарајући материјално -правни пропис ради утврђења граница овлашћења и циља у коме је оно дато.

Начело правноснажности, садржано у члану 13. ЗУП-а, је дефинисано тако што је прописано да се решење против кога се не може изјавити жалба, нити покренути управни спор (правноснажно решење), а којим је странка стекла одређена права, односно којим су странци одређене неке обавезе, може поништити, укинути или изменити само у случајевима који су предвиђени законом. Елементи правноснажности решења по ЗУП-у, су: да се против решења не може изјавити жалба (када је она недопуштена, када је искоришћена или је за жалбу протекао рок) чиме настаје коначност решења и да о законитости решења није могуће покренути управни спор (када је он вођен па је тужба одбијена, затим да се он не може водити у тој ствари или је рок за подношење тужбе истекао, а она није поднета). Овај део дефиниције представља категорију формалне правноснажности док је материјална везана за садржину самог акта односно за то да ли је решењем против кога се не може изјавити жалба нити покренути управни спор, странка стекла одређена права односно да ли су јој њиме одређене неке обавезе. Правноснажност по ЗУП-у обухвата обе врсте правноснажности па он, само решење које садржи елементе и формалне и материјалне правноснажности, дефинише као правноснажно решење. Оно је непроменљиво и не може да се поништи, укине или измени ван оних случајева који су изричито предвиђени законом.

Овакво одређење начела законитости и правноснажности обавезно упућује на то да се само ЗУП-ом или евентуално процесним одредбама у посебним законима, може изричито прописати посебно ванредно правно средство којим се утиче на правну судбину правноснажног решења којим странка стиче одређена права или којим су њој одређене неке обавезе. Оно је у функцији како заштите правне сигурности тако и заштите јавног интереса.

Ванредна правна средства по ЗУП-у

За разлику од жалбе као редовног правног средства које се користи ради оцене законитости решења органа у управном поступку до коначности решења, за интервенцију након ње односно након правноснажности, ЗУП-ом су прописана ванредна правна средства која је законодавац управо имао у виду када је прописивао начело правноснажности. То су: понављање поступка прописано члановима 239. до 250. ЗУП-а и пет нарочитих случајева поништавања, укидања и мењања решења и то: мењање и поништавање решења у вези са управним спором (члан 251.); поништавање и укидање по основу службеног надзора (чл. 253. до 254); укидање и мењање правноснажног решења уз пристанак или по захтеву странке (члан 255.) и ванредно укидање решења (члан 256); и оглашавање решења ништавим (члан 257). Треба поменути такође да и посебни закони којима се због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима регулише посебан управни поступак, прописују посебна ванредна правна средства (понављање поступка и ревизија по Закону о пензијском и инвалидском осигурању, накнадна контрола царинске декларације по Царинском закону и др), али ове одредбе не само што не смеју бити у супротности са основним начелима ЗУП-а, већ морају бити у сагласности са њима.

Понављање управног поступка представља правну могућност да се још једном решава о истој ствари од стране доносиоца решења којим је окончан ранији поступак из разлога који су искључиво процесне природе, а прописани ЗУП-ом, док се код нарочитих случајева поништавања, укидања и мењања решења ради о ванредној контроли законитости, али не и целисходности решења донесених у управном поступку где само ванредно укидање, о коме ће бити речи у наредном поглављу, представља изузетак од овог правила. Рокови код ових ванредних правних средстава су знатно дужи у односу на рок за жалбу при чему рок за покретање поступка за ванредно укидање, оглашавање решења ништавим и понављање поступка из разлога прописаних чланом 239. тач. 2, 3. и 5. ЗУП-а, као и код поништавања и укидања решења по основу службеног надзора по члану 253. став 1. тачка 5. ЗУП-а нису орочени већ су без временског ограничења. Ове врсте правних интервенција врше се управним актима донетим од стране издаваоца управног акта или другостепеног односно органа који врши надзор. Предмет анализе овог реферата је ванредно укидање па су остала ванредна средства само поменута, при чему свако од њих заслужу-

је да буде предмет свеобухватног и студиозног проучавања како у теоретском тако и у практичном смислу.

Што се тиче правних последица, поништавање решења представља елиминисање његових правних дејстава од момента доношења уз онемогућавање даљих дејстава. Укидање је такав облик правне интервенције који подразумева спречавање да управни акт производи правне последице надаље, у будућности, при чему настала дејства остају, док мењање или преиначавање решења делује или ретроактивно или само за убудуће. Оглашавање ништавим се примењује код ништавих аката док се поништавање, укидање и мењање примењују над рушљивим актима. По захтеву странке се може вршити укидање и мењање правноснажног решења уз пристанак или по захтеву странке као и интервенисати по захтеву за поништавање по основу службеног надзора, док се оглашавање решења ништавим може вршити и по службеној дужности и на основу захтева странке као и јавног тужиоца.

Ванредно укидање

Одредбом члана 256. став 1. ЗУП-а прописано је да се извршно решење може укинути ако је то потребно ради отклањања тешке и непосредне опасности за живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или јавни морал, или ради отклањања поремећаја у привреди ако се то не би могло успешно отклонити другим средствима, којима би се мање дирало у стечена права. Решење се може укинути и само делимично у обиму неопходном да се опасност отклони или заштите наведени јавни интереси.

Ово ванредно правно средство је крајње изузетан начин да се стави ван снаге решење донето у управном поступку. То је једино ванредно средство које је управљено против **извршног** решења и подразумева настанак посебних околности након извршности које више не оправдавају његов опстанак односно подразумева да би извршење овог решења, за које је, при одлучивању о испуњености услова за ванредно укидање, небитно да ли је у време доношења било законито или није, да ли је у току поступак по жалби или неком другом ванредном средству, за последицу могло да има тешку и непосредну опасност за заштићена добра односно поремећај у привреди.

Какве су то околности чији накнадни настанак може да проузрокује укидање решења, ако је већином ванредних средстава заштићен чињенични основ из времена настанка?

Језичким тумачењем норме из члана 256. став 1. ЗУП-а, јасно произлази да се ово средство може применити **само** ако је то **потребно** (ако није потребно неће се применити) ради отклањања: 1) **опасности** која мора да буде **тешка и непосредна** за заштићена добра**: живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир, јавни поредак, и јавни морал** или 2) **поремећаја у привреди.** Шта је тешка и непосредна опасност и шта је то што може да изазове поремећај у привреди, мора да се цени у сваком поједином случају. То је сигурно велика опасност која директно угрожава заштићена добра, а поремећај би био оно дешавање које би зауставило нормално функционисање привреде не само као целине већ и у појединим областима.

Овакве околности заиста су изванредне и у примени овог средства службено лице органа који одлучује, то мора да има у виду. Потреба за применом овог правног средства до те мере је изузетна да у пракси веома ретко настаје.

Други неопходан услов за правилну примену овог средства је да се тешке последице чији је настанак известан **нису могле успешно отклонити другим средствима којима би се мање дирало у стечена права**. Ово значи да, чак и да постоји степен тежине прописане опасности за једно од заштићених добара, уколико је она, иако таква (тешка и непосредна опасност) могла да се отклони другим средствима, нису испуњени услови за примену ванредног укидања. У противном крши се начело заштите права грађана прописаног чланом 6. ЗУП-а.

Ово правно средство се у пракси најчешће користи када протекну сви рокови односно престану све могућности за коришћење редовног односно осталих ванредних правних средстава и када се и странци и органу учини да је ово једини начин за уклањање решења из правног промета без обзира да ли оно задовољава услове прописане законом. Такво поступање је незаконито, јер је противно циљу његовог установљења.

Већ је речено да је ово једино ванредно средство управљено против извршног решења. Када решење донето по правилима управног поступка постаје извршно одређено је чланом 261. ст. 3, 4. и 5. ЗУП-а. За ово правно средство је битно да су након његове извршности, која се не мора подударити са коначношћу (када жалба не одлаже извршење, решење постаје извршно даном достављања странци-значи пре коначности), настале околности које више не оправдавају произвођење правних последица наложених диспозитивом, чак и да је решење у тренутку доношења било

потпуно законито. Извршност се не мора подударити ни са правноснажношћу, а посебним законима може се прописати да решење постаје извршно тек након ње.

Посебна дилема у примени овог средства настаје у тумачењу категорије извршења у ширем и извршења у ужем смислу и примењивости овог института. Члан 256. ЗУП-а јасно прописује да се може укинути извршно решење, а по ЗУП-у су подобна за извршење само она решења чији диспозитив садржи обавезу чињења, пропуштања или трпљења туђе радње.Ова решења су извршна у ужем смислу и за њих нема дилеме да могу бити предмет ванредног укидања. Међутим, да ли решења чији диспозитив не садржи обавезу чињења, пропуштања или трпљења туђе радње, али се њима мења дотадашња правна ситуација одређеног субјекта права, његов дотадашњи правни статус, могу да буду предмет ванредног укидања, уколико након тога дође до настанка таквих околности које више не оправдавају постојање тог решења из разлога наведених у члану 256. ЗУП-а? По ставу аутора и ова решења, која подлежу извршењу у ширем смислу могу, и ако су испуњени услови, треба да буду предмет ванредног укидања. Тренутком извршности у ширем смислу започиње правно дејство решења. Иако не садрже обавезу на чињење, пропуштање, трпљење, она мењају правни статус субјекта права чиме долази до њиховог извршења. У противном, применом ванредног укидања само на решења извршива у ужем смислу, знатно би се сузила могућност примене овог средства и ускратила могућност интервенције органа у некој ситуацији у којој би она била неопходна и нужна.

За ово правно средство није битно да ли је поступак извршења покренут и да ли је у току, а по ставу аутора небитно је ни да ли окончан, јер чак и ако јесте, уклања се решење из правног промета и престаје основ правних и фактичих последица за убудуће, посебно ако се има у виду да постоје радње извршења које трају, па их треба прекинути, а прописана је могућност накнаде штете странци која услед укидања трпи штету о чему одлучује надлежни суд у парничном поступку (члан 256. став 4. ЗУП-а). Такође није од утицаја ни то да ли је окончан поступак по жалби ни да ли је још увек у току поступак по неком ванредном правном средству. Колико је законодавац сматрао да ово ванредно средство треба примењивати рестриктивно показује и чињеница да је прописао да се решење може укинути делимично и то само у обиму који је неопходан да се опасност отклони или заштите наведени јавни интереси.

Начин на који се врши уклањање решења из правног промета је укидање што значи да правне последице оваквог чина настају за убудуће. Иначе нема рока у коме се ово ванредно средство може применити што показује квалитет добара које се његовим прописивањем штити.

Ванредно укидање не може да се врши по захтеву странке, нити је за њега потребан њен пристанак. Странка је заштићена могућношћу накнаде штете и ово је једино ванредно правно средство код кога је законодавац прописао обавезу накнаде штете у случају његове примене, јер се управо ради о извршном решењу на основу кога је странка стекла одређена права, које без њеног пристанка, под законом пропиасним условима, може да буде стављено ван снаге. Оваквим прописивањем права на накнаду штете, наглашена је ванредност примене овог средства и овлаћења органа да интервенише у случају потребе. Поднесак странке којим тражи примену овог средства сматра се иницијативом, па уколико орган сматра да нису испуњени услови за примену, неће одлучивати решењем, већ ће о својим разлозима обавестити подносиоца. Овакво обавештење нема карактер управног акта против кога може да се води управни спор, у смислу чл. 3. и 4. Закона о управним споровима (у даљем тексту: ЗУС)[3], чак ни када орган донесе одлуку у форми решења, јер се њиме не решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге странке у управној ствари. Поступак по овом правном средству покреће се **искључиво** по службеној дужности од стране надлежног органа. То је првостепени орган као доносилац, а може га укинути и другостепени. Ако њега нема то може да учини орган који врши надзор над доносиоцем. Овако утврђена надлежност за поступање различитих органа указује на озбиљност примене овог средства.

Иначе, против решења којим се раније решење укида допуштена је жалба само кад је то решење донео првостепени орган. Када је то решење донео другостепени орган или орган који врши надзор против таквог решења може се непосредно покренути управни спор.

Судска пракса

Због рестриктивности примене и посебности услова ово ванредно правно средство се ретко примењује. Због тога и судска пракса не садржи већи број примера из чије би се анализе лакше могло уочити како и када

[3] ("Службени гласник РС" 111/09)

ово средство треба примењивати. Постојећа пракса већином указује на неадекватну и незакониту примену овог средства од стране органа и углавном је пример како га не треба користити.

До ступања на снагу и почетка примене Закона о уређењу судова[4], за поступање у управном спору, оцену законитости аката донетих применом овог правног средства вршили су окружни судови и Врховни суд Србије, а од 01.01.2010. године надлежност у управном спору је установљена за новоформирани Управни суд у Београду.

Ранија судска пракса забележила је само два примера карактеристична за примену овог института. Један се тиче могућности настанка тешке опасности по живот и здравље људи односно њеног настанка па је суд закључио да за примену овог средства није потребно да је оваква опасност и настала, већ да је само настала могућност њеног настанка. О томе се изјаснио Савезни Врховни суд у својој пресуди[5]:

"**За оцену питања да ли би извршењем акта настала тешка опасност по живот и здравље људи није потребно да је таква опасност настала неком непосредном извршеном радњом, већ је довољно да би извршењем акта постојала објективна могућност угрожавања живота и безбедности људи**".

О томе да се ова врста правног средства може користити и употребити само по службеној дужности судска пракса је забележила став изражен кроз Закључак број 2 са саветовања Управних одељења Савезног суда, републичких и покрајинских судова и Врховног суда Србије одржаног у Београду 09.12.1986.године у коме су се судови изјаснили[6].

"**Надлежни орган за доношење решења о укидању извршног решења у смислу члана 266. (256.) став 2. ЗУП-а, је орган који је донео извршно решење с тим, ако је извршно решење донео првостепени орган, њега може укинути и другостепени орган, а ако таквог нема онда надзорни органи. Поступак за ванредно укидање извршног решења покреће се и решење доноси само по службеној дужности. Заинтересовани органи, организације и појединци могу дати иницијативу**

---

[4] ("Службени гласник РС" 116/08 и 104/09)

[5] СВС, Уж. 5398/57 од 19.10.1957.године

[6] Закључак број 2 са саветовања Управних одељења СС, Републичких и покрајинских судова и ВВС одржаног у Београду 09.12.1986.године

за доношење решења о укидању извршног решења, а ако орган такву иницијативу не прихвати, не доноси решење већ о томе обавештава подносиоца иницијативе."

У пракси Врховног суда Србије забележена су два става изражена у истој пресуди везана за примену овог института. Један се тиче начина на који се покреће поступак за ванредно укидање решења и он је идентичан као и став заузет од стране Савезног врховног суда и о томе се Врховни суд Србије изјаснио[7]**:**

„**Ванредно укидање решења из члана 256. ЗУП-а увек се доноси по службеној дужности."**

Образложење за заузимање оваквог става произилази из чињенице да је тиме што је усвојен захтев заинтересованог лица за ванредно укидање решења учињена повреда правила поступања, јер се решење о ванредном укидању из члана 256. ЗУП-а увек доноси по службеној дужности. Заинтересована лица за примену овог средства могу дати иницијативу за доношење решења о укидању извршног решења, али се оно увек доноси по службеној дужности, јер се увек односи на извршна решења, а уколико се донесе такво решење странка која је извршним решењем стекла одређена права у смислу члана 256. тачка 4. ЗУП-а има право на накнаду претрпљене штете уколико такву штету трпи услед укидања решења. Због тога је управни орган обавезан да оцени да ли ће по службеној дужности донети решење из цитиране законске одредбе, а за случај да оцени да нема услова за примену овог средства, доставиће обавештење подносиоцу иницијативе које обавештење нема карактер управног акта па се против њега не може водити управни спор.

У истој пресуди заузет је још један став који је битан за примену овог инситута, о чему се Врховни суд Србије изјаснио:

„**Ванредним укидањем решења у управном поступку се отклањају штетне последице неограниченом броју људи, па се ово ванредно средство не може користити у случају када се извршним решењем наноси штета здрављу неком од суседа".**

Образложење за овакав став Врховни суд Србије је нашао у томе да извршност решења која настаје на начин предвиђен одредбом члана

[7] Пресуда Врховног суда Србије У.1961/03 од 29.4.2004. године

261. тачка 3. ЗУП-а треба да се односи на решење чијим се непосредним извршавањем стварају последице из члана 256. ЗУП-а и то за неограничен број људи. У тој управној ствари решење које је укинуто по овом ванредном правном средству, својим непосредним извршењем не ствара никакву непосредну опасност предвиђену цитираном законском одредбом већ представља само један од доказа у поступку прибављања одобрења за градњу стругаре. Такође, оно се примењује само у ситуацијама ако се непосредне опасности предвиђене овом одредбом не би могле успешно отклонити другим средствима којима би се мање дирало у стечена права.

Поред наведеног, приликом одлучивања о овом ванредном средству, без обзира што није потребан пристанак странке за његову примену и што оно подразумева ефикасно поступање органа по добијању обавештења о потреби његове примене, јер је у изгледу наступање тешких последица, не могу се странци ускратити процесна права прописана ЗУП-ом, посебно право да буде обавештена о покретању поступка по службеној дужности, а посебно да као странка буде саслушана и да јој буде омогућено изјашњење у поступку, све у смислу чл. 9. и 133. ЗУП-а.У том смислу се изјаснио и Управни суд[8]:

„Приликом доношења оспореног решења учињена је повреда правила поступања из члана 9. ЗУП-а која је била од утицаја на решење ствари, којом је прописано да се пре доношења решења странци мора омогућити да се изјасни о чињеницама и околностима које су од значаја за доношење решења и да се решење може донети без претхдног саслушања странке само у случајевима у којима је то законом допуштено.Тужени је сматрао да су се стекли услови из члана 256. ЗУП-а за ванредно укидање решења којим је одобрена изградња пословног објекта за прераду камена и грађевинског материјала.У конкретном случају, оспорено решење је донето без саслушања тужиоца у својству странке, па је на овај начин учињена повреда правила поступања из члана 133. ЗУП-а, јер је на овај начин тужилац онемогућен да учествује у испитном поступку ради остварења циља поступка, да даје потребне податке и брани своја права и законом заштићене интересе.“

[8] Пресуда Управног суда I-1 У. 6227/10 (2008) од 14.10.2010. године

Закључак

Ванредно укидање као једно од ванредних правних средстава може се примењивати само под законом прописним условима. Његова примена је изузетна и не сме се користити као начин за стављање ван правног промета решења за које су протекли рокови по жалби или осталим ванредним средствима.Свако супротно поступање значи кршење начела законитости и начела правноснажности, што за последицу има повреду како правне сигурности тако и очувања јавног интереса.

Ово ванредно правно средство се увек покреће по службеној дужности, а заинтересована лица могу само давати иницијативу за покретање постука.

Уколико орган не прихвати иницијативу за покретање поступка по службеној дужности обавестиће о томе подносиоца. Обавештење нема карактер управног акта против ког би се користила правна средства, чак и ако је обавештење дато у форми решења.

Стево Ђурановић,
судија Управног суда

ОДЛАГАЊЕ ИЗВРШЕЊА УПРАВНОГ АКТА ОД СТРАНЕ СУДА

Преглед решења у упоредном праву

Одговарајући на захтев за ефикасном судском заштитом права и правних интереса учесника у управном спору, Закон о управним споровима ("Сл. гласник РС" 111/09) донео је низ новина, од којих је свакако једна од значајнијих могућност одлагања извршења управног акта од стране суда.

Општа разматрања

Према одредби члана 23. став 1. Закона о упоравним споровима, тужба, по правилу, не одлаже извршење управног акта против кога је поднета.

Како су се у спровођењу извршења управних аката могле појавити околности које би тужиоцу могле нанети штету која би се тешко могла надокнадити, то се увођењем института одлагања оваква животна, па и правна ситуација могла ублажити.

Стога је и одредбом члана 23. став 2. Закона о упоравним споровима прописано да по захтеву тужиоца, суд може одложити извршење коначног управног акта којим је мериторно одлучено у управној ствари, до доношења судске одлуке, ако би извршење нанело тужиоцу штету која би се тешко могла надокнадити, а одлагање није противно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа или ненадокнадива штета противној странци, односно заинтересованом лицу. Став трећи истог члана прописује да изузетно, странка из управног поступка може тражити од суда одлагање извршења управног акта и пре подношења тужбе у случају хитности и када је изјављена жалба која по закону нема одложно дејство, а поступак по жалби није окончан. Ставом четвртим дефинисано је поступање суда у овој правној ситуацији, па тако по захтеву за одлагање извршења суд одлучује решењем, најкасније у року од пет дана од дана пријема захтева из ст. 2. и 3. овог члана.

На овај начин одлучивање о захтеву за одлагање није остављено искључиво у надлежности управних органа. Тиме се суд нашао у новој улози, и то спречевања правних последица извршења управног акта који се тужбом оспорава, сходно одредби члана 23. став 2. Закона. Али што је и важније, могућности деловања и његове активне улоге у ситуацији када није донет коначни управни акт, односно, када поступак по жалби није окончан, али су правне последице одлуке првостепеног управног органа у спротности са правним интересом странке у поступку да се управни акт не изврши, а како је то прписано одредбом члана 23. став 3. Закона.

Прихватајући ово решење, суд је у поступању обезбедио потпуну судску заштиту права и правних интереса тужиоца али и трећих лица у управном спору, чиме су потврђени и одговарајући међународно – правни стандарди.

Како је у ранијем реферату који је објављен у првом Билтену Врховног касационог суда дато исцрпно дефинисање појма одлагања извршења и поступања суда при одлучивању о захтеву, то налазим као потребу да овим радом искажем бар основне идеје других законодавстава у примени института одлагања извршења управног акта од стране суда, и укажем на решења која би се могла инкорпорирати у домаће законодавство, са основном идејом - пружања довољне и што ефикасније заштите учесника у управном спору и налажења најоптималнијих решења. Управо, заштита људских права у управном поступку, давање могућности да странка може да поднесе правни лек пред независни и непристрастни суд, а у управно-судској пракси, право на подношење захтева за одлагање извршења управног акта, у нераскидивој су вези са правом на ефикасну судску заштиту. Стога, не само да се ради о основном уставном принципу, већ и о међународно - правним стандардима из Конвенције о заштити људских права и основних слобода, као и о општим правним начелима према праву Европске уније.

Одлагања извршења управног акта
Приказ решења датих у појединим законима земаља у окружењу

Нови Закон о управним споровима **Хрватске** прописује да "суд може одлучити да тужба има одгодни учинак ако би се извршењем појединачне одлуке или управног уговора тужитељу нанијела штета која би се тешко могла поправити, ако законом није прописано да жалба не одгађа

извршење појединачне одлуке, а одгода није противна јавном интересу" али и оставља могућност одређивања привремене мере тако да "суд може на приједлог странке издати привремену мјеру ако је то нужно како би се избјегла тешка и непоправљива штета".

Према Закону о управним споровима **Црне Горе**, у члану 13. прописано је да "тужба, по правилу, не спрјечава извршење управног или другог акта против кога је поднијета. али по захтјеву тужиоца, орган чији се акт извршава, односно орган надлежан за извршење, ако је у питању акт организације која није овлашћена за извршење, одложиће извршење до правоснажности судске одлуке, ако би извршење нанијело тужиоцу штету која би се тешко могла надокнадити, а одлагање није противно јавном интересу, нити би се одлагањем нанијела већа ненакнадива штета противној странци. Уз захтјев за одлагање мора се приложити доказ о поднијетој тужби. По захтјеву надлежни орган мора донијети рјешење најкасније у року од три дана од дана пријема захтјева. Орган из става 2 овог члана може и из других важних разлога одложити извршење оспореног акта, ако то није у супротности са јавним интересом. Члан 14. истог закона прописује да тужилац може од суда захтјевати доношење привремене мјере за уређење стања до доношења судске одлуке, ако се мјером из члана 13. став 2. овог закона не могу спријечити велике штетне посљедице за тужиоца или би оспорени акт прузроковао ненакнадиву штету. О привременој мјери одлучује предсједник вијећа у року од пет дана од дана подношења захтјева. Против рјешења којим је одлучено о привременој мјери може се изјавити жалба вијећу Управног суда у року од три дана. Жалба не задржава извршење привремене мјере. Вијеће Управног суда одлучује о жалби у року од седам дана од дана пријема жалбе." Овде је приметна правна конструкција по којој се тужилац морао најпре обратити управном органу надлежном за извршење са захтевом за одлагање извршења оспораваног акта, па тек у колико надлежни управни орган не одложи извршење, тужилац је могао суду да поднесе захтев за одређивање привремене мере, или пак ако суд нађе да је то неопходно ради спречавања штетних последица по тужиоца.

У **Словенији**, закон познаје више врста привремених мера. Код прве врсте привремене мере оцењује се испуњеност услова и то тешко поправљива штета за тужиоца и погођеност јавне користи преко начела пропорционалности, дуга врста привремене мере представља меру за приврe-

мено уређење стања с обзиром на спорни правни однос, док се трећа врста мера доноси у случајевима кршења људских права.

Закон о управним споровима **Босне и Херцеговине** у члану 18. прописује да "тужба по правилу, не спречава извршење коначног управног акта против кога је поднесена, ако законом није друкчије одређено. По захтјеву тужиоца, надлежна институција за провођење извршења побијаног коначног управног акта, одгодит ће извршење до коначне судске одлуке, ако би извршење нанијело тужиоцу штету која би се тешко могла поправити, а одгађање није противно јавном интересу нити би се њиме нанијела већа ненадокнадива штета противној странци. Уз захтјев за одгађање мора се приложити доказ о поднесеној тужби. По сваком захтјеву надлежна институција мора донијети рјешење најкасније у року од три дана од пријема захтјева за одгоду извршења. Надлежна институција из става 2. овог члана може и из других разлога одгодити извршење побијаног коначног управног акта до коначне судске одлуке, ако то јавни интерес дозвољава. Под условима из ст. 2. и 3. овог члана о одгађању извршења коначног управног акта против којег је поднесена тужба може одлучити и Суд коме је тужба поднесена, ако то писмено затражи тужилац."

Слично решење садржи и Закон о управним споровима **Републике Српске**, па је одредбом члана 14. прописано да "тужба, по правилу, не спречава извршење управног акта против кога је поднесена. По захтјеву тужиоца, орган надлежан за извршење одложиће извршење акта, до коначне судске одлуке ако би извршење нанијело тужиоцу штету која би се тешко могла надокнадити, а одлагање није противно јавном интересу, нити би се одлагањем нанијела већа ненадокнадива штета противној странци. Уз захтјев за одлагање мора се приложити доказ о поднесеној тужби. По таквом захтјеву надлежни орган мора донијети рјешење најкасније у року од осам дана од пријема захтјева. Орган из става 2. овог члана може и из других разлога одложити извршење оспореног управног акта до доношења судске одлуке, ако то јавни интерес дозвољава. Под условима из ставова 2. и 3. овог члана о одлагању извршења управног акта против којег је поднесена тужба може одлучити и надлежни суд код којег је тужба поднесена, ако то писмено затражи тужилац. Овај захтјев тужилац може поставити само под условом ако претходно није тражио одлагање извршења рјешења код органа из става 2. овог члана суд може одложити извршење управног акта у трајању до 60 дана рачунајући од дана доношења од-

луке о одлагању. О захтјеву из претходног става суд је дужан одлучити у року од 15 дана."

Члан 16. Закона о управим споровима **Дистрикта Брчко** прописује да "тужба, по правилу, не спречава извршење управног акта против кога је поднесена, ако законом није друкчије одређено али даље прописује да ће по образложеном захтеву тужиоца, суд наредити одлагање извршења управног акта до коначне одлуке, ако би извршење нанијело тужиоцу штету која би се тешко могла надокнадити, а одлагање није противно јавном интересу нити би се одлагањем нанијела штета која би се тешко могла надокнадити противној странци. Суд може и из других разлога одложити извршење оспореног управног акта до коначне судске одлуке, ако то јавни интерес дозвољава. Суд ће о захтјеву тужиоца за одлагање извршења управног акта одлучити у року од 24 сата од момента подношења захтјева. Жалба изјављена на рјешење суда о одлагању извршења не одлаже његово извршење."

Код изнетог, када говоримо о законодвствима у окружењу, може се уочити да се код одложног дејства тужбе углавном примењује концепт одређивања привремене мере, којом се привремено уређује спорни однос, односно стање, а без намера да се нешто дубље анализирају прихваћени концепти, може се успешно бранити теза да је привремена мера шире постављена и пружа могућност да се привремено уреди спорно стање, посебно имајући у виду сложеност управног спора.

Осврт на решења немачког законодавства

Ради општијег приказа решења која су примењена у појединим законодавствима издвајам и приказ о привременој правној заштита против управних аката, према **немачком праву**. Разлог за ово је управо систем заштите у управом поступку и спору који датира из 1836. године, када је основан и први административни суд. Према Закону о управним судовима (ЗУС) то су одредбе - параграфи § 80 и § 80а.

Полазиште и основна разлика од наведених приказа датих законодавних решења у примени института одлагања извршења управног акта, односно привремене правне заштита је управо одредба параграфа 80. Закона, којом је прописано да приговор и тужба за укидање управног акта имају одложно дејство. Стога након подношења тужбе, а до доношења одлуке, орган управе у том периоду не сме да спроведе мере извршења

управног акта. Ова одредба је начелног карактера и важи за све управне акте, независно од њиховог садржаја.

Одредбе параграфа 80. и 80а. Закона регулишу привремену правну заштиту против управних аката при чему се управним актом сматра свака суверена мера коју орган управе предузима ради регулисања појединачног случаја у области јавног права и која је усмерена на директно екстерно правно дејство.

Управни акт се не може побијати након једног месеца, те након истека рока од једног месеца, се више не могу предузмати мере – улагати правна средства, против управног акта. То се мора учинити пре истека рока од једног месеца, а у свакој покрајини могуће је управном суду поднети тужбу за укидање управног акта, а у неким савезним покрајинама претходно се мора уложити приговор органу управе који је донео управни акт. Сагласно изнетом, извршност управног акта настаје тек протеком времена од једног месеца или пак по окончању проведеног поступка по тужби

Међутим, од овог општег правила прописани су изузеци, те у законом прописаним случајевима орган управе може да спроведе извршење управног акта иако је против истог поднета тужба или још није истекао рок од једног месеца. Ова одступања су одређена код потраживања јавних дажбина и трошкова, код неодложних налога и мера полицијских извршних службеника, у случајевима у којима орган управе који је донео управни акт или који је надлежан за одлучивање о приговору у општем интересу или у превасходном интересу једне од укључених страна посебно налаже тренутно извршење, као и у другим случајевима када сам закон – материјално правни пропис одређује да не постоји одложно дејство акта. У примени ових одступања, орган управе орган управе је дужан да писмено образложи зашто налаже тренутно извршење, при чему орган управе који је донео управни акт или је надлежан за одлучивање о приговору може да одложи извршење, уколико савезним законом није другачије регулисано. На тај начин остављено је право управом огану да и у случајевима када би било могуће тренутно извршење, ипак одложи извршање акта. Тиме тужба за укидање управног акта и приговор имају одложно дејство.

За примену овог института, а са аспекта одлучивања суда, су норме из којих произилази могућност да се и пред судом оствари право на привремену правну заштиту у ситуацијама када акт предвиђа тренутно из-

вршење. Стога на постављен захтев, суд у погледу главне ствари у случајевима када акт садржи одредбу о тренутном извршењу, у целини или делимично може да наложи одложно дејство, и тиме исто успостави у целини или делимично. У пракси се подноси тужба против управног акта, а како тужба због примене наведених одредби не поседује одложно дејство додатно се суду подноси захтев за одлагање. Ако се тај захтев усвоји, суд налаже одложно дејство тужбе а извршење управног акта се тада може спровести тек када је по основу тужбе донета правоснажна одлука.

Према прегледу праксе и поступања судова, може се уочити да када суд одлучује о оваквом захтеву мора извршити процену интереса за извршење управног акта, јер се интерес да се управни акт не изврши - „интерес за одлагање“ супротставља интересу органа управе који свој управни акт жели да спроведе и има „интерес за извршење“. Да би одлучио који од ова два интереса у конкретном случају поседује приоритет, суд спроводи „збирну процену главне ствари“ а то значи да се проверава да ли тужба за укидање управног акта, према тренутно расположивим документима и информацијама има изгледа за успех. Тужба за укидање управног акта има изгледа за успех, ако је оспорен управни акт противправан и ако повређује права тужиоца. Ако је то случај, преовлађује интерес за одлагање примаоца: јер у правној држави не постоји заштите вредан интерес за извршењем противправног управног акта. Суд тада налаже одложно дејство. Уколико тужба, међутим, нема изгледа за успех, ако је управни акт законит, преовлађује интерес за извршење органа управе: јер грађанин у правној држави не може успешно да се противи законитом поступању органа управе, већ мора да га прихвати. Суд тада одбија захтев, а тренутна извршност остаје на снази.

Нешто опширнију проверу суд спроводи, када је сам орган управе наложио тренутно извршење. Тада суд најпре проверава, да ли је тај налог у довољној мери писмено образложен јер како је то наведено, орган управе је дужан да своју одлуку образложи конкретно и у појединачном случају и да то саопшти тужиоцу, на пример тиме што ће навести, зашто већ сада постоје посебне опасности, итд. То образложење не мора нужно бити тачно, оно само мора да представља одржив основ. При овоме није довољно, ако орган управе само препише текст закона на пример „налаже се тренутно извршење, јер је то у јавном интересу“ или ако само напише да је управни акт очигледно законит. Ако је суд дошао до закључка да је

образложење у реду, спроводи процену интереса. У ту сврху проверава као и у ранијем случају изгледе за успех главне ствари. Али чак иако тужба нема изгледа за успех и да је управни акт, дакле, законит суд утврђује, да ли постоји „посебан интерес за извршење“ јер и код законитог управног акта закон прописује да тужба поседује одложно дејство, а ако орган управе жели да одступи од тога, мора да да разлог за своју одлуку и образложи интерес за тренутно извршење.

Ако је орган управе наложио тренутно извршење, суд може поступати на следеће начине и то: ако је управни акт законит, постоји посебан интерес за извршење и образложење органа управе: захтев се одбија а тренутно извршење остаје на снази. Даље, ако је управни акт законит, постоји посебан интерес за извршење, али недостаје образложење органа управе или је мањкаво, суд само укида налог за тренутно извршење а то као последицу има да орган управе поново може да наложи тренутно извршење, али сада са валидним образложењем. како у овој ситуацији поново постоји тренутна извршност против тога се поново може поднети захтев. Следећа варијанта је да је управни акт противправан па суд успоставља одложно дејство. И најзад у ситуцији у којој је управни акт законит, али не постоји интерес за тренутно извршење у ком случају суд поново успоставља одложно дејство. Када суд одложи извршење важно је напоменути да он приликом каснијег одлучивања о главној ствари, није везан овом одлуком. Следствено томе, суд може да одложи тренутно извршење, али касније у својој пресуди ипак да одлучи да је управни акт био законит. Треба навести и то да суд на постављени захтев може да измени своју одлуку и да одложи тренутно извршење, иако је ранији захтев одбио.

Примена параграфа § 80.а ЗУС представља релативну новину и односи се на привремену правну заштиту против управних акта са дејством на треће лице. Разликују се начелно две ситуације и то "повољна управна акта" са неповољним дејством на треће лице која представљају управна акта која за једног учесника у поступку поседују позитивна дејство, али за неког другог поседују негативно дејство и "неповољна управна акта" са повољним дејством на треће лице. Сама норма прописује да „уколико треће лице уложи правно средство против управног акта упућеног другом лицу за које је исти акт повољан, орган управе на захтев повлашћеног лица може да наложи тренутно извршење.“

Као пример то би се односило на ситуацију када је донет повољан управни акт, нпр. дозвола за рад угоститељског објекта. Треће лице подноси тужбу, нпр. сусед, који жели да спречи да прималац може да послује у угоститељском објекту. Тужба трећег лица поседује одложно дејство. Прималац дакле не сме да отвори угоститељски објекат. Уколико не жели да чека док се не донесе одлука по основу тужбе трећег лица, органу управе се може поднети захтев а након тога орган управе може да наложи тренутно извршење. Исто то може да наложи и суд, ако се захтев поднесе суду. То је регулисано нормом да „суд на захтев може да измени или укине мере сходно ставовима 1. и 2. или да предузме такве мере.“ Као и у раније наведеним случајевима суд приликом одлучивања узајамно процењује постојеће интересе али се овога пута ради о интересу за извршење лица које има позитиван акт и интересу за одлагање трећег лица. Суд и у овој ситуацији проводи збирну процену главне ствари.

Закон регулише, даље, и супротну ситуацију, по којој „уколико треће лице уложи правно средство против управног акта упућеног другом лицу за које је исти акт повољан, орган управе на захтев трећег лица може да одложи извршење“. У овим случајевима треће лице органу управе или суду може да поднесе захтев за одлагање извршења. Поново су меродавни изгледи за успех главне ствари, а ако је сам орган управе наложио тренутно извршење, суд осим тога проверава и образложење органа управе и постојање посебног интереса за извршење. Једина разлика лежи у томе, што се у крајњој линији ради о два „приватна“ интереса, а не о интересу органа управе.

И најзад, закон прописује и ситуацију у случају доношења "неповољног" управног акта, по којој „ако укључено лице уложи правно средство против њему упућеног и за њега неповољног управног акта који поседује повољно дејство на треће лице, орган управе на захтев трећег лица може да наложи тренутно извршење“. Примера ради тиме је регулисана ситуација у којој је лицу на кога се односи управни акт одређена каква забрана те исти против тог управног акта подноси тужбу која поседује одложно дејство па се забрана не може извршити. Треће лице коме ова забрана "одговара" то не жели да прихвати и захтева тренутно спровођење извршења. У тој ситацији органу управе или суду може се поднети захтев за налагање тренутног извршења.

Закључна разматрања

Сложеност и спорност односа произашлих из решавања у управним стварима, као и задирање у основна људска права, одређују и поступање суда али само у оквирима решења која садржи закон.

Заједничко свим наведеним системима је настојање законодавца да се оствари што ефикаснија заштита учесника у управно - правном односу, али и да се заштите основни јавни интереси. „Интересу за одлагање“ увек се супротставља „интерес за извршење“ и то без обзира да ли се ради о системима који прокламују суспензивно дејство тужбе или пак пописују да тужба не задржава спровођење управног акта.

Стога, законом постављање исувише уских – рестриктивних оквира, или пак њихова превелика ширина, могу довести до правне несигурности и неједнаког поступања у сличним стварима.

Павел Јонаш,
судија Управног суда

СХОДНА ПРИМЕНА НЕКИХ ОДРЕДБИ НОВОГ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ У УПРАВНИМ СПОРОВИМА

Увод

Одредбом члана 74. Закона о управним споровима ("Службени гласник РС" 111/09), који је ступио на снагу 29.12.2009. године је прописано да на питања поступка решавања управних спорова која нису уређена овим законом сходно ће се примењивати одредбе закона којим се уређује парнични поступак.

Нови Закон о парничном поступку објављен је у "Службеном гласнику РС" 72/11 и ступио је на снагу 1. фебруара 2012. године.

Према образложењу предлога новог закона новим Законом о парничном поступку се конкретизује право на суђење у разумном року и убрзање поступка, што је остварено заоштравањем процеса дисциплине и сузбијање злоупотребе процесних права. Закон је усклађен са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода Савета Европе коју је прихватила и наша земља.

Досадашња пракса је показала да је неефикасност судова била последица у приличној мери због одредби старог Закона о парничом поступку који је странкама омогућавао одуговлачење поступка, а евидентно је да од ефикасних процесних прописа у великој мери зависи и правилна примена матријално правних прописа.

Како се новим одредбама Закона о парничном поступку (ЗПП) у већој или мањој мери другачије уређују правила поступка за пружање судске правне заштите, у односу на стари ЗПП, то се овим рефератом жели осветлити неколико правних инсистута новог ЗПП-а, посебно у одржавању јавних расправа пред Управним судом у смислу одредби чл. 33-39 Закона о управним споровима.

Достављање писмена

Нови Закон о парничном поступку је посебну пажњу посветио достављању писмена јер се успешним достављањем онемогућава одуговлачење поступка и злоупотреба процесних права странака, а уколико достављање није извршено у складу са законом оно је неуредно и управни спор не може да се развије ка мериторној одлуци.

Одредбом члана 128. Закона предвиђено је више органа преко којих се може извршити достављање и то непосредно у суду, преко поште, лица регистрованих за обављање послова достављања, лица запосленог у суду, других државних лица, лица са јавним овлашћењима или других лица одређених посебним прописима на начин прописан овим законом. Одредбом овог члана је прописано и да лице које врши достављање је дужно да на захтев лица коме се достављање врши докаже својство лица овлашћеног за достављање, а лица која достављач затекне на месту на коме треба да се изврши достављање дужна су да на његов захтев пруже податке о свом идентитету. Одредбом истог члана је прописано да је на захтев суда надлежни орган полиције дужан да му помогне приликом обављања послова достављања.

Одредбом члана 129. је прописано да се достављање може извршити и електронским путем у складу са посебним прописима. Битну новину Закона о парничном поступку представља достављање електронским путем уз услов да је могуће да се обезбеди повратни податак да је лице примило писмено, а потврда о пријему писмена представља одштампани електронски запис о дану и часу када је писмено достављено.

Одредба члана 130, такође, представља новину у Закону о парничном поступку, према којој странке могу непосредно једна другој да доставе поднеске, осим писмена за које је прописано лично достављање.

Према одредби члана 131. достављање физичким лицима врши се на адресу која је означена у тужби односно на адресу пребивалишта или боравишта уписану код органа надлежног за вођење евиденције у личним картама. Достављање државним органима, органима аутономне покрајине и јединица локалне самоправе врши се предајом писмена у просторији за предају писмена или писарници, а као дан достављања сматра се дан предаје писмена. Достаљање правним лицима прописано одредбом члана 131. став 3. је уређено на нови начин. Закон предвиђа две алтернативне

могућности достављања и то запосленом лицу у правном лицу под условом да се достављање врши у просторијама правног лица, односно заступнику правног лица на адресу из јавног регистра, односно на адресу његовог пребивалишта. Према томе није правилно достављање писмена члановима правног лица односно члановима органа правног лица уколико нису истовремено и запослена лица у правном лицу као и достављање изван просторија правног лица. Новина је и да се достављање писмена може извршити и заступнику правног лица на адресу његовог пребивалишта, поред адресе правног лица из јавног регистра.

Судска пракса:

"За лице које потпише доставницу и стави печат правног лица постоји претпоставка да је овлашћено за пријем писмена, која се може обарати доказивањем да је печатом неовлашћено располагало. При томе лице овлашћено за заступање правног лица свакако је овлашћено и за пријем писмена (из решења Привредног апелационог суда Иж. 367/10 од 12.02.2010. године)".

Одредбом члана 132. је прописано достављање војним лицима припадницима полиције и запосленим у сувоземном, речном, поморском и ваздушном саобраћају када је омогућено да се достављање позива може извршити и преко њихове команде односно непосредног старешине или руководиоца, а по потреби може да им се на тај начин врши достављање и осталих писмена.

Одредбом члана 133. је прописано достављање које треба да се изврши физичким или правним лицима у иностранству или страним држављанима који уживају имунитет, као и достављање правним лицима који имају седиште у иностранству, а представништво у Републици Србији, када се достављање може извршити и њиховом представништу.

У члану 134. је прописано достављање лицима лишеним слободе када се достављање врши преко Завода за извршење кривичних санкција.

Према одредби члана 135. ако странка има законског заступника достављање се врши законском заступнику ако законом није другачије прописано а ако странка има више законских заступника односно пуномоћника довољно је да се достављање изврши једном од њих.

Судска пракса:

"Ако странка има пуномоћника-адвоката, позивање за ново рочиште није уредно ако је позив саопштен статутарном заступнику странке који присуствује рочишту већ се независно од тог саопштења, позив за ново рочиште мора доставити и адвокату. (Из решења Вишег Трговинског суда В Пж.1154/07 од 23.02.2007 године)".

Одредбама чл. 136, 137. и 138. је уређено достављање писмена адвокатима према којима се достављање може извршити предајом писмена лицу које ради у његовој адвокатској канцеларији, као и предајом писмена одраслом члану породичног домаћинства, ако пуномоћник делатност обавља у стану. На исти начин се може извршити достављање и јавном бележнику и извршитељу. Одредбама ових чланова Закона о парничном поступку је прописана и могућност да се достављање адвокатима и правним лицима може извршити у суду полагањем у посебан преградак на њихов захтев, а по одлуци председника суда.

У члану 139. преузете су одредбе из ранијег Закона о времену и месту достављања, према којем се достављање врши у радно време и на радном месту или у стану од 7,00-22,00 часа, или у суду када се то лице тамо затекне. Мимо овог редовног начина достављања писмено може бити достављено само на основу посебне одлуке суда.

Одредбом члана 140. је регулисано достављање писмена која се не морају лично достављати, уколико се лице коме се писмено има доставити не затекне у свом стану односно на радном месту. Новина у новом Закону о парничном поступку у вези достављања писмена која се не морају лично доставити представља одредба да ако достављање није могло да се изврши предајом писмена неком од одраслих чланова домаћинства или на радном месту када се лице не затекне у свом стану или на радном месту, да се достављање може извршити прибијањем писмена на врата стана или просторије правног лица и тиме се сматра да је достављање извршено.

Одредбом члана 141. је уређено достављање писмена која се морају лично доставити странци односно законском заступнику или пуномоћнику. Овом одредбом на нови начин је уређено достављање писмена када је прописано да се та писмена имају лично достављати. Треба напоменути да се одредбе овог члана односе искључиво на физичка лица што је и прописано ставом 4. овог члана. Наиме, уколико се лице којем се мора лично доставити пи-

смено не затекне тамо где достављање треба да се изврши, под условом да је адреса тачна, достављач ће да остави обавештење да писмено може да се преузме у суду у року од 30 дана од дана покушаног достављања, након чега се сматра да је достављање уредно извршено. Копија писмена се истиче и на огласној табли суда. Ставом 3. овог члана је прописано шта треба обавештење да садржи да би се достављање сматрало пуноважним.

Циљ ове новине у закону је да се избегне безуспешност достављања и да се омогући ефикасније вођење поступка. Како закон не предвиђа понављање покушаја достављања, то одредбе овог члана значе да већ након првог неуспелог достављања достављач оставља обавештење о томе да се писмено може преузети у суду и да ће копија писмена бити истакнута на огласној табли. Да се поступак не би одуговлачио суд би већ приликом првог достављања писмена достављачу могао доставити и формулар обавештења, а не тек након враћене доставнице да је достављање било безуспешно.

Одредба о одбијању пријема и правних последица одбијања пријема, преузета је из претходног закона и према њој уколико лице коме је писмено упућено односно одрасли члан његовог домаћинства односно овлашћено лице или запослени у државном органу или правном лицу без оправданог разлога одбије да прими писмено достављач ће да га остави у стану или просторијама где лице коме је писмено упућено ради или ће писмено да прибије на врата стана или просторије, а на доставници ће да се забележе дан, час и разлог одбијања пријема као и место где је писмено остављено и тиме се сматра да је достављање извршено.

Закон је као новину увео обавезу странке да суду саопшти адресу противне стране којој писмено треба лично да се достави, а ако странка није у могућности да сама сазна адресу и о томе поднесе суду доказе, суд ће од надлежног органа да прибави потребне податке.

Према одредби члана 144. када странка или њен заступник за достављање одлуке којом се поступак правоснажно окончава промени адресу дужни су о томе да обавесте суд, а ако то не учине суд ће да одреди да се сва даља достављања за ту странку врше истицањем писмена на огласну таблу суда. Достављање се сматра извршеним по протеку рока од осам дана од дана истицања писмена на огласну таблу суда. Ако пуномоћник односно пуномоћник за примање писмена промени своју адресу, а не обавести о томе суд достављање ће се извршити као да пуномоћник није постављен. Одредбе овог члана се примењују и у поступку по ванредном

правном леку што представља новину у односу на досадашње законске одредбе о парничном поступку.

Судска праска:

"1) Није у складу са законом достављање прибијањем писмена на огласну таблу суда ако је адресар на путу и само ће одређено време (месец дана) бити одсутан (одлука Врховног суда Војводине Гж 22/91).

2) За достављање писмена преко огласне табле суда није довољно да странка отпутује у иностранство већ је потребно да промени пребивалиште или стан (одлука Окружног суда у Пожаревцу Гж 705/94). Достављање прибијањем писмена на огласну таблу суда неуредно је ако достављање није било могуће из других разлога, а не због тога што странка није обавестила суд о промени адресе(одлука Врховног суда Србије Рев.70/94)".

Према одредби члана 145. странка или њен законски заступник који одсуствује дуже од 30 дана са адресе на коју је достављење већ извршено, дужна је да о томе обавести суд и одреди пуномоћника за примање писмена. Одредба овог члана, такође, представља законску новину у области достављања.

Према одредби члана 146. је регулисано одређивање пуномоћника за пријем писмена и привременог заступника овлашћења за примање писмена ради олакшања достављања странци која се налази у иностранству, а нема пуномоћника у Републици Србији. Новина у новом закону је да ће суд дати рок таквој странци од 30 дана да сама одреди пуномоћника за пријем писмена, ако она то не у чини у том року суд ће сам одредити пуномоћника за пријем писмена на терет странке.

Судска пракса:

"Пуномоћник за примање писмена овлашћен је само да за странку прима писмена а не и за било коју другу парничну радњу (одлука Врховног суда Србије Гж 756/77)".

Одредбом члана 147. је регулисано именовање заједничког пуномоћника за примање писмена у случају супарничарства.

Управни суд има не мале проблеме у погледу достављања писмена заинтересованим лицима до чијих адреса долази из списа које доставља ту-

жени орган уз одговор на тужбу, а које адресе заинтересованих лица због дужине трајања управног поступка могу у међувремену да буду промењене, па услед тога и неуспеле доставе писмена. Уколико након неуспеле доставе писмена заинтересованом лицу достављач на доставници констатује да писмено није уручено јер лице које писмено треба да прими не станује на датој адреси, поставља се питање да ли ће суд одмах применом одредбе члана 144. ЗПП извршити достављање или ће прво затражити, у смислу одредбе члана 128. став 4. и члана 143. ЗПП, помоћ од надлежног органа полиције и на тај начин утврдити праву адресу, па онда достављање извршити применом одредбе члана 141. ЗПП. Како заинтересовано лице пре него што прими тужбу на одговор није обавештено о покренутом управном спору, то оно и нема обавезу да обавештава суд о евентуалној промени адресе, па је ближе становиште да уколико није извршена достава писмена, у конкретном случају тужбе у управном спору заинтересованом лицу због тога што се оно одселило са адресе из списа, да се прво затражи обавештење од полиције о новој адреси, па ако то буде иста адреса из списа, да се онда достава тужбе на одговор изврши по члану 141. став 2. ЗПП.

Међутим, што се тиче ситуације да је тужилац од подношења тужбе променио адресу, а о томе није обавестио суд, као и ситуације да је заинтересовано лице које је примило тужбу ради давања одговора након достављања тужбе променило адресу, а позив за јавну расправу није уручен због промене адресе, у том случају ће суд следећу доставу извршити применом одредбе члана 144. ст. 2. и 3. ЗПП.

Странке и њихови пуномоћници у управном спору

Странке у управном спору

Одредбом члана 11. Закона о управним споровима је утврђено да тужилац у управном спору може бити физичко лице правно и друго лице ако сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону засновани интерес. Државни органи, органи аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, организација, део привредног друштва са овлашћењима у правном промету, насеље, група лица и други који немају својство правног лица, могу покренути управни спор ако могу да буду носиоци права и обавеза у којима се решавало у управном поступку. Ако је управним актом повређен закон на штету јавног интереса управни спор може да покрене надлежни јавни тужилац. А ако су управним актом по-

вређена имовинска права и интереси Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправне, управни спор може да покрене и надлежно јавно правобранилаштво.

Одредбом члана 12. Закона о управним споровима је прописано да је тужени у управном спору орган чији се управни акт оспорава, односно орган који по захтеву односно по жалби није донео управни акт, а по члану 13. закона у управном спору може учествовати заинтересовано лице, а то је лице којим би поништај оспореног управног акта непосредно био на штету.

У поступку претходног испитивања тужбе судија појединац и веће Управног суда нема неких већих проблема око утврђивања страначке легитимације туженог, јер је то орган који је донео управни акт који се оспорава односно орган који по захтеву односно по жалби странке није донео управни акт. Већих проблема има око утврђивања чињенице да ли се управним актом који се тужбом оспорава не дира очигледно у право тужиоца или у његов на закону заснован интерес. Наиме, тужиоци подносе тужбе ако сматрају да им је управним актом повређено неко право и на закону заснован интерес. Ради се о њиховој субјективној процени, а суд ће у управном спору мериторно одлучити да ли је тужбени захтев основан. Међутим, уколико судија појединац или веће утврди у претходном поступку да се управним актом очигледно не дира у право тужиоца или његов на закону засновани интерес, неће се упуштати у утврђивање чињеница и мериторно решавање тужбе већ ће тужбу одбацити у смислу одредбе члана 26. став 1. тачка 4. ЗУС-а.

Заинтересовано лице и управном спору је по правилу лице које је било странка у двостраначком или вишестраначком управном поступку. Оно нема интерес да као тужилац води управни спор пошто је одлука туженог органа донета у његову корист, али је непосредно заинтересовано за исход управног спора у којем се одлука туженог органа по тужби тужиоца напада јер би поништај оспореног управног акта био њему непосредно на штету.

Треба напоменути да за разлику од Закона о парничном поступку у управном спору нема умешача и лице које се меша у управном спору на страни тужиоца има процесни положај тужиоца чији је циљ поништај оспореног решења, а не опстанак решења какав је циљ заинтересованог лица, па суд са евентуалним поднеском ради мешања на страни тужиоца треба да поступа као са тужбом у управном спору.

Судска пракса:

"Лице које се меша на страни тужиоца у управном спору има процесни положај тужиоца а не заинтересованог лица из члана 15. ЗУС-а (сада 13.), које се у поступку увек појављује на страни туженог органа (ВСС У-2784/2001 од 12.04.2002 године)".

Странке и њихови заступници

Према члану 75. Закона о парничном поступку странка која је потпуно пословно способна може сама да предузима радње у поступку, има парничну спосност, а пунолетно лице коме је ограничена пословна способност парнично је способно у границама своје пословне способности. Малолетник је парнично способан у границама признате пословне способности.

Странку која нема парничну способност заступа њен законски заступник. То су родитељи, усвојиоци или старатељи тог лица.

Суд ће по службеној дужнбости да пази да ли лице које се појављује као странка може да буде странка у поступку и да ли је парнично способна, да ли парнично неспособну странку заступа њен законски заступник и да ли законски заступник има посебно овлашћење ако је оно потребно према посебним прописима.

Лице које се појављује као законски заступник дужно је да приликом преузимања прве радње у поступку докаже да је законски заступник а такође да поднесе посебно овлашћење ако је за предузимање одређених радњи у поступку то потребно.

Судска пракса:

"1) Парнични суд полази од животне претпоставке да је пунолетна странка пословно и парнично способна. Сумњу у постојању те претпоставке може изазвати сама странка својим понашањем или њен противник навођењем околности које убедљиво говоре да постоји такав недостатак. Гола тврдња противника о томе није довољна. Суд је дужан да у таквом случају провери да ли је странка парнично способна, (одлука ВСС Рев.1299/99).

2) Ни на који други начин осим извођењем одговарајућих доказа (па ни тзв."позајмљивање доказа" из другог поступка) не може се распра-

вљати питање парничне способности странака (из решења ВС у Ваљеву Гж.310/2010 од 25.02.2010. године)".

Нови Закон о парничном поступку је на посебан начин утврдио у члану 77. заступање правних лица у поступку и тиме направио разлику између законског заступника пословно неспобног и заступника правног лица. Заступник правног лица у поступку је лице које је уписано у одговарајући регистар а одређено је посебним прописом, општим и појединачним актом правног лица или одлуком суда. Суд ће у управном спору водити рачуна да ли је заступник правног лица у поступку лице које је уписано у одговарајући регистар. Дакле, само то лице може заступати правно лице у управном спору а не и друга лица без обзира на њихову функцију у правном лицу уколико немају уредно пуномоћје од заступника правног лица у смислу одредбе члана 85. став 2. Закона о парничном поступку.

Пуномоћници

Посебна новина у Закону о парничном поступку представља уређење положаја, права и дужности пуномоћника странака. Странке могу да предузимају радње у поступку лично или преко пуномоћника који мора да буде адвокат. Ова одредба која искључује могућност да странку у поступку заступа друго лице осим адвоката, без обзира да ли то лице има завршени правни факултет и положени правосудни испит треба да обезбеди закониту и ефикасну заштиту права странке.

Што се тиче заступања правних лица путем пуномоћника и ту закон уводи новину према којој пуномоћник правног лица осим адвоката може бити и дипломирани правник са положеним правосудним испитом који је стално запослен у том правном лицу. Закон је и поводом заступања правних лица путем пуномоћника изричит, па је за уредно заступање правног лица у управном спору непходно уколико није адвокат да лице суду поднесе доказ да има завршени Правни факултет и положен правосудни испит и да је стално запослен у том правном лицу. Оба ова услова морају бити кумулативно испуњена. Дакле, за уредно заступање правног лица ово лице као пуномоћник мора да суду приложи осим уредног пуномоћја издатог од заступника правног лица (члан 77. ЗПП-а) и доказе о испуњености ова два услова.

Нови закон је углавном преузео остале одредбе старог Закона о парничном поступку у погледу пуномоћника, па тако и одредбе да пуномоћника адвоката може да замењује адвокатски приправник који је код

њега запослен ако је странка тако одредила у пуномоћју, осим у поступку по правним лековима. Дакле, у управном спору адвоката би могао да замени и адвокатски приправник уколико приложи као доказ да је запослен код адвоката који је пуномоћник странке а која је у пуномоћју издатом адвокату одредила да га може заменити и његов приправник. Како приправници немају по правилу положен правосудни испит то је законодавац био благонаклон у погледу њиховог учешћа у поступку за разлику од изричитог става утврђеног у одредби члана 85. ЗПП-а.

У новом ЗПП-у на идентичан начин као и раније је утврђено које радње може пуномоћник преузети уколико странка није ближе одредила овлашћење у пуномоћју. Новина је да није прописано као раније да је адвокату увек потребно посебно (специјално) пуномоћје за подношење предлога за понављање поступка. Такође пуномоћник без посебног овлашћења може да од противне стране прими и наплати досуђене трошкове.

Странка издаје пуномоћје у писаном облику. Обавезна је писана форма пуномоћја али је у новом закону изостала одредба ранијег закона према којој је суд био овлашћен да ако посумња у истинитост писменог пуномоћја наложи пуномоћнику да поднесе оверено пуномоћје.

Судска пракса:

"Уколико се као странка у поступку појављује правно лице са седиштем у иностранству, његов пуномоћник је дужан да приликом предузимања прве радње поднесе пуномоћје у писаном облику, стим што то пуномоћје не мора бити оверено јер ову форму не прописују одредбе домаћег процесног права, које се примењује увек, без обзира на држављанство и парничне странке (из решења Привредног апелационог суда Иж.129/10 од10.02.2010. године)".

Према члану 91. став 1. ЗПП, пуномоћник је дужан да приликом предузимања прве радње у поступку поднесе пуномоћје, а према ставу 2. ако суд утврди да лице које се појављује као пуномоћник није овлашћено за предузимање одређене радње, суд ће да укине парничне радње које је то лице предузело ако те радње странка није накнадно одобрила. Поставља се питање да ли је изричитост одредбе става 1. овог члана релативизована одредбом става 2., односно да ли су оне у коализији.

Према ставу заузетом на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 05. и 25.10. и 07. и 14.11.2006. године, пуно-

моћник је дужан да приликом предузимања прве радње поднесе пуномоћје и суд тужбу без пуномоћја одмах одбацује са образложењем да је поднета од стране неовлашћеног лица. На основу изнетог може се закључити да се могућност накнадног одобрења парничних радњи односи само на радње којима је прекорачено пуномоћје, а не и на радње без пуномоћја, односно на поједине радње за које пуномоћник нема овлашћење, а које би накнадно могле бити од странке одобрене.

У погледу опозива и отказа пуномоћја и престанка пуномоћја услед смрти физичког лица проглашење за умрло и губитком пословне способности нови ЗПП овај део уређује на идентичан начин као и претходни закон.

На другачији начин нови ЗПП у члану 94. уређује престанак парничног пуномоћја као правну последицу отварања стечаја или ликвидације правног лица. Према овој одредби пуномоћје које је издало правно лице престаје престанком правног лица, отварањем стечајног поступка и поступка ликвидације. На основу ове одредбе отварањем стечајног поступка и поступка ликвидације над правним лицем, престаје овлашћење законског заступаника правног лица из члана 77. ЗПП за заступање правног лица, а ако има пуномоћника коме је он издао пуномоћје по члану 85. став 2. ЗПП-а, престаје и овлашћење пуномоћника, и та права прелазе на стечајног управника, односно ликвидационог управника.

Положај јавног правобранилаштва у управном спору

Законом о јавном правобранилаштву ("Службени гласник РС" 43/91) је прописано да послове правне заштите, имовинских права и интереса Републике Србије, аутономне покрајне, града и општине обавља Јавно правобранилаштво ако законом или одлуком аутономне покрајне или града или општине није другачије одређено. Јавно правобранилаштво је законски заступник Републике, аутономне покрајне, града и општине.

Одредбом члана 9. Законом о јавном правобранилаштву је утврђено да Републичко јавно правобранилаштво у судским и управном поступку заступа Републику Србију и њене органе и организације ради остваривања њихових имовинских права и интереса и има положај законског заступника а може заступати и друга правна лица када интереси тих правних лица нису у супротности са функцијом коју врши. Према члану 11. истог закона судови су дужни да у стварима у којима је предвиђено засту-

пање од стране Републичког јавног правобранилаштва достављају сва писмена непосредно Републичком јавном правобранилаштву а достављање извршено противно овој одредби не производи правно дејство. Чланом 15. истог закона је прописано да се трошкови заступања у судским и управим поступцима Републичком јавном правобранилаштву признају по прописима о накнадни трошкова за рад адвоката.

На идентичан начин је, као и у Закону о јавном правобранилаштву, уређен и положај Покрајинског јавног правобранилаштва Војводине и то Покрајинском Скупштинском одлуком о обављању послова правне заштите имовинских права и интереса Аутономне покрајине Војводине ("Службени лист АПВ" 10/04, 16/05, 18/09). Према овој одлуци послове правне заштите имовинских права и интереса Аутономне покрајне Војводине обавља Покрајинско јавно правобранилаштво Војводине. Чланом 11. исте Покрајинске Скупштинске одлуке је прописано да послове правне заштите имовинских права и интереса покрајине и њених органа, организација и служби правобранилаштво обавља на основу закона и других прописа у складу са Уставом и законом. Чланом 14. одлуке је на идентичан начин као и у закону уређено достављање писмена, а чланом 15. је утврђена могућност заступања и других правних лица чији је оснивач Аутономна покрајна Војводина ако интереси тих лица нису у супротности са функцијом правобранилаштва.

Одлуком о Градском јавном правобранилаштву ("Службени лист града Београда" 5/92, 16/96, 3/01) прописано да послове правне заштите имовинских права и интереса града Београда обавља Градско јавно правобранилаштво и да оно предузима правне радње и користи правна средства пред судовима и другим надлежним органима ради остваривања имовинских права и интереса града и њихових органа, организација и других правних лица чије се финансирање обезбеђује у буџету града.

Законом о локалној самоуправи ("Службени гласник РС" 129/07) у члану 20. став 1. тачка 27. је прописано да општина преко својих органа, а у складу са Уставом и законом организује вршење послова правне заштите својих права и интереса а у тачки 28. да образује органе, организације и службе за потребе општине и уређује њихову организацију и рад. Иако постојање општинских јавних правобранилаштава у општинама према Закону о локалној самоуправи није обавезно, само у неколико мањих општина у Републици се правна заштита имовинских права и интереса не остварује путем Јавног правобранилаштва општине већ на други начин утврђен статутом општине.

У члану 11. став 4. Закона о управним споровима ("Службени гласник РС" 111/09) је прописано да надлежно јавно правобранилаштво може покренути управни спор ако су управим актом повређена имовинска права и интереси Републике Србије, аутономне покрајне и јединице локалне самоуправе.

Законом о парничном поступку ("Службени гласник РС" 72/11) учешће јавног правобранилаштва у парничном поступку је уређено одредбама чл. 131, 162. и 334.

Одредбом члана 131. став 2. је прописано да се достављање писмена јавном правобранилаштву врши предајом писмена у просторији за пријем писмена или писарници, а као дан достављања се сматра дан предаје писмена.

Према члану 162. ЗПП, када се појављује као пуномоћник странке у поступку јавни правобранилац има право на награду која се признаје адвокату по Адвокатској тарифи.

Одредбом члана 334. у вези члана 333. Закона о парничном поступку је прописано поступање суда према јавном правобраниоцу уколико нарушава рад суда. Као новина је прописана могућност новчаног кажњавања јавног правобраниоца уколико нарушава рад суда, док је ранијим законом постојала само могућност обавештавања надлежног органа и одлагање рочишта.

Дакле одредбом члана 11. став 4. Закона о управним споровима се утврђује право јавном правобранилаштву, да као државни орган, самостално може покренути управни спор, али се то његово право ограничава само на повреду имовинских права и интереса Републике, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе чији је законски заступник. У другим ситуацијама када јавно правобранилаштво у складу са Законом о јавном правобранилаштву и одлукама о јавном правобранилаштву заступа друга правна лица, када интереси тих правних лица нису у супротности са функцијом коју врши, јавно правобранилаштво може та правна лица заступати само као пуномоћник и тада се са процесним правима и обавезама изједначава са адвокатом, у смислу одредби чланова 85-94 Закона о парничном поступку.

На основу изнетог јавно правобранилаштво у управном спору без посебног пуномоћја као законски заступник Републике, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе поступа само у поступцима где је дошло до повреде имовинских права и интереса ових странака. У осталим случајевима када оспореним управим актом није повређено имовинско

право и интерес странака чији је законски заступник јавни правобранилац, да би уредно заступао странку у управном поступку мора приложити посебно уредно писмено пуномоћје прописано одредбом члана 90. ЗПП. Легитимацију јавног правобранилаштва у управном спору суд је дужан да у поступку претходног испитивања тужбе утврди оценом да ли је оспореним актом повређено имовинско право и интерес странака чији је оно законски заступник уз услов, који се подразумева, да је оспореним актом повређено неко право или на закону заснован интерес странке коју заступа. Дакле, осим случајева прописаних одредбом члана 11. став 4. Закона о управним споровима, јавно правобранилаштво у управном спору може заступати странке једино уз уредно пуномоћје овлашћеног лица странке.

За разлику од надлежног јавног тужиоца који у смислу одредбе члана 11. став 3. ЗУС може покренути управни спор ако је управним актом повређен закон на штету јавног интереса када се јавни тужилац у управном спору појављује као странка односно као тужилац, надлежно јавно правобранилаштво није странка у управном спору већ је оно законски заступник странке у смислу члана 11. став 4. ЗУС.

Судска пракса:

"1) Градски јавни правобранилац није законски заступник Јавног комуналног предузећа (решење ВСС У 1315/2005 од 24.05.2006.године).

2) Јавни правобранилац општине нама легитимацију за покретање управног спора против решења министарства којим се одбија захтев грађевинског инспектора за оглашавање ништавом грађевинске дозволе (Врховни суд Србије У. 1634/01 од 13.02.2002. године).

3) Када општину у спору заступа јавни правобранилац те општине, поднесци и позиви се морају достављати том правобраниоцу предајом писмена његовој писарници. Достављање извршено општини (странци у поступку) није уредно (Врховни суд Србије Рев.397/94).

4) Суд је ускратио заступање И.Р. која се јавила за тужени орган по пуномоћју које је издало Градско јавно правобранилаштво, имајући у виду да Градско јавно правобранилаштво није тужени орган у овом управном спору нити законски заступник туженог органа у смислу члана 3. Одлуке о градском јавном правобранилаштву, према коме Градско јавно правобранилаштво у судској и управном поступку заступа Град Београд и његове органе и организације, али само ради остваривања њихових имовинских

права и интереса у ком случају има положај законског заступника. (Из образложења пресуде Управног суда у Београду 9 У 21605/10 од 08.12.2011. године)".

Закључак

Како је поступак решавања управних спорова само делимично уређен Законом о управним споровима ("Службени гласник РС" 111/09), а према одредби члана 74. тог закона је прописано да на питања поступка која нису уређена овим законом сходно ће се примењивати одредбе закона којим се уређује парнични поступак, то судији појединцу и члановима већа Управног суда је неопходно да поред спознаје одредби Закона о управном спору буду у потпуности упознати и са одредбама новог Закона о парничном поступку. Имајући у виду да се појединачним одредбама новог ЗПП у односу на ранији закон на другачији начин уређују процесне радње и права и дужност учесника у поступку то је циљ овог реферата био да се укаже на неке новине процесног закона који је непходно применити у поступку одлучивања и по тужбама у управном спору, без жеље да се теоријски оцени да ли је појединачним одредбама на бољи и ефикаснији начин уређена нека процесна област него што је то било ранијим прописима.

Литература:

- Невена Петрушић и Драгољуб Симоновић: Коментар Закона о парничном поступку, Службени гласник Београд, 2011.
- доц. др Владимир Козар: Коментар Закона о парничном поступку, Пословни биро Београд, 2011.
- Зоран Р. Томић: Коментар Закона о управним споровима са судском праксом, Службени гласник Београд 2010.

Зорица Китановић,
судија Управног суда

ЗАШТИТА ПРАВА НА ИМОВИНУ ПРЕМА ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Увод

Европска конвенција за заштиту основних људских права и слобода[1], први је међународни акт о људским правима чији је циљ био да заштити велики број грађанских и политичких права. Сва права која су загарантована Конвенцијом сврстана су у седам великих категорија, међу којима је и право на поштовање имовине. То је једино економско право и садржано у члану 1. Првог протокола[2] уз Европску конвенцију о људским правима.

У члану 1. предвиђено је да свако физичко и право 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 или казни. На наведени начин државама је дат широк степен слободе када се ради о економским, социјалним и политичким интересима, и могућност „слободне процене“, шта је у „јавном интересу“, али и појединцима да остваре судску заштиту уколико је држава прекорачила „степен слободне процене“ и прекршила право на имовину гарантовану чланом 1. Првог протокола.

Сва права, укључујући и право на неометано уживање своје имовине, остварује се пре свега на националном нивоу, преко надлежних органа, па тек ако постоји недовољна заштита на националном нивоу, ако национални акти не дефинишу право на задовољавајући начин или нацио-

[1] Европска конвенција за заштиту основних људских права и слобода, потписано у Риму 04.11.1950. године, а ступила на снагу 03.11.1953. године

[2] Први протокол уз Европску конвенцију о људским правима од 20.031952. године

нални судови не испуњавају обавезе везане за људска права у оквиру међународног права, појединац се може обратити Европском суду за људска права ради заштите. Последњих година, много је случајева у којима је суд нашао да је држава прекорачила степен слободне процене и прекршила право на имовину гарантовано чланом 1. Првог протокола.

У циљу заштите гарантованог права на неометано уживање своје имовине Србија је донела и Закон о враћању одузете имовине и обештећење[3], који уређује услове, начин и поступак враћања одузете имовине и обештећења за одузету имовину, која је на територији Републике Србије применом прописа о аграрној реформи, национализацији, секвестрацији, као и других прописа на основу аката о подржављењу после 09.3.1945. године одузета од физичких и одређених правних лица и пренесена у општенародну државну, друштвену или задружну својину, као и имовине чије је одузимање последица Холокауста на територији која данас чини територију Републике Србије.

Међутим, даљи живот донетог закона у многоме зависи од судова и управних органа, на којима је обавеза правилног тумачења одредби домаћег прописа, налажења смисла или значења које је у складу са тумачењем праксе и стандарда Суда правде. Ради бољег разумевања праксе Европског суда за људска права размотрићемо битна питања о којим суд води рачуна када одлучује да ли је било кршења права на имовину.

Право на имовину у значењу члана 1. Првог протокола

Да би се подносилац представке позвао на заштиту по члану 1, мора уживати неко право по домаћим законима, које се може сматрати правом на имовину у смислу члана 1. Првог протокола. Наиме, имовина без законом заснованог права не потпада под заштиту по члану 1. Првог протокола.

Пример за то је, пресуда у предмету Копечки против Словачке где је изнет став суда да не постоји ни имовинско право, ни легитимно очекивање имовинског права, уколико потенцијални корисник реституције не испуни услов постављен у закону, чак и уколико је то објективно тешко или немогуће учинити. Наиме, Копечки је тужио Словачку, јер је одбила да му врати златнике одузете његовом оцу, а Словачка се бранила да је законски основ за враћање закон из 1991. године, који као услов поставља да корисник ре-

[3] „Службени гласник РС 72/11 од 28.09.2011. године

ституције мора не само да докаже своје право, већ мора и да укаже тачно где се налази покретна ствар чије враћање тражи. Како Копечком није омогућен приступ државном трезору то исти није могао са сигурношћу да тврди где се златници налазе, те није могао да испуни законски услов због чега је суд представаку Копечког прогласио неприхватљивом.

Такође, потребно је да неко лице полаже право на конкретну имовину, односно заштићена је само имовина која постоји, а не и право на стицање имовине у будућности (нпр. будућа имовина код тестаменталног наслеђивања, законског наслеђивања и др).

У предмету Marcxh против Белгије најбоље је илустрован овај принцип. У овом случају су се подносилац представке и њена малолетна ћерка жалиле на чињеницу да су у Белгији ограничена права мајке да своју имовину завешта ванбрачној деци, а ванбрачној деци да наследе имовину. Међутим, суд је закључио да су повређена права мајке из члана 1. Протокола, када јој је онемогућено да завешта имовину ћерки, али да ћерка не ужива заштиту из овога члана у погледу свог очекивања да стекне имовину.

Под појмом имовине која се стиче по члану 1. спадају поред покретне и непокретне имовине и деонице (одлука Комисије за људска права Bramelid i Malstrom против Шведске), патенти, (Smith и француске лабораторије против Холандије), накнада по арбитражи (пресуда Stratis Andreadis i Stran Greek refineries против Грчке), потраживање по закону (случај Pressos Compania Naviera SA i dr. против Белгије), обављање занимањем (пресуда Koenig), пословни углед (пресуда Van Marle против Холандије), експропријацијски захтев за накнаду (пресуда Akkus – против Турске), урбанистичко-планска дозвола (пресуда Pine Valley Developements Ltd против Ирске), ауторска права одлука Комисије – Aral, доказ о власништву пресуда Holy Monasteries), право по уговору (Mellacher против Аустрије) и друге.

Такође, под појмом имовине подразумевају се и сва стечена права неке особе, као што је право из пензијског и социјалног осигурања (пресуда Müller против Аустрије).

Предмет заштите према пракси Европског суда је поред постојеће имовине и легитимно очекивање, Наиме, „суд сматра да су очекивања легитимна уколико је власнички интерес у односу на одузету имовину у време важења Конвенције, стекао такав ослонац у правном поретку да се може сматрати да је исти власнички интерес или преживео одузимање или

да је обновљен“[4]. Пример да се може заштити легитимно очекивање је и пресуда у случају Pine Valley Developements Ltd против Ирске.

У конкретном случају Европски суд за људска права је нашао да члан 1. може заштитити легитимно очекивање у овом случају подносилац је купио 1978. године земљиште ослањајући се не постојеће планске дозволе за индустријску градњу, након тога 1982. године Врховни суд Ирске је донео одлуку по којој је таква дозвола ништава, јер је у супротности са позитивним прописима. Подносилац се жалио тврдећи да је одлука Врховног суда у супротности са његовим правом на мирано уживање имовине. Суд је нашао да је у моменту добијања дозволе подносилац представке имао право изграње на том земљишту, које је могло бити предмет мешања по члану 1, да се ослањао на позитивне прописе и дозволу заведену код надлежних органа у регистар и све док није донета одлука којом је дозвола оглашена ништавом, подносилац представке је имао право да очекује да може извести изградњу на наведеној парцели, па је суд сматрао да то његово право представља саставни део имовине.

Мешање у право на имовину

Прво питање које суд поставља је да ли је било мешања у имовину. Да би одговорио на ово питање суд мора утврдити да ли и по ком од три правила по члану 1. се може конкретно мешање разматрати. Члан 1. Првог протокола обухвата три правила, прво које уводи принцип мирног уживања имовине, друго које говори о лишавању имовине и поставља услове за исто и треће које признаје право држави на контролу коришћења у складу са општим интересом.

Прво правило се примењује код мешања у коришћење или уживање имовине, али нема за циљ одузимање те имовине и контролу над њеним коришћењем. За ово правило карактеристичан је случај Jatridis против Грчке.

У назначеном спору лице K.N. наследило је имање у Грчкој, где је одлучило да изгради биоскоп на отвореном, након тога је дошло до спора по питању власништва над земљиштем на којој је изграђен биоскоп, за који је држава тврдила да јој припада. У току спора наследници K.N. су изнајмили

[4]Мр Зоран Ракитић - Анализа основних елемената општег законског решења реституције у Србији из перспективе праксе Европског суда за људска права (стр. 215) – Правни анали

биоскоп подносиоцу представке који га је обновио, да би након тога држава дала налог за принудно исељење подносиоца представке – закупца, који налог је извршен, а биоскоп дат локалним градским властима. У конкретном случају суд је нашао да поред власнитшва над материјалним добром – земљом и друга права и интереси чине средства која се такође могу сматрати правом на имовину у смислу члана 1, без обзира што се није радило ни о експропријацији земљишта и биоскопа ни о контроли над коришћењем.

Друго правило се примењује ради утврђивања да ли се ради о формалној експропријацији – одузимању имовине или преносу власништва или је то право на имовину постало толико бескорисно да се може сматрати одузетим (пресуда бивши Грчки краљ и остали против Грчке, пресуда Sporrong i Lönnroth против Шведске, случај Paramichalopoulos против Грчке), Brumarescu проив Румуније).

Добар пример за de facto експропријацију налазимо у случају Paramichalopoulos против Грчке.

Наиме, подносици представке су били власници велике површине вредног земљишта са плацом у Грчкој на којем су добили дозволу да изграде хотелски комплекс. Међутим, након што је Војна хунта преузела контролу у Грчкој земљиште које је припадало подносиоцима 1967. године пренето је на морнарицу. Подносиоци захтева су тражили повраћај земљишта, али уместо тога на наведеној површини настављена је изградња поморске базе и одмаралишта. Разматрајући представку Европски суд за људска права је нашао да се мешање има сматрати трајним кршењем све од 1967. године, да земљиште никада није формално експроприсано, односно није извршен пренос власништва, али је подносиоцима представке онемогућено да земљиште користе па се наведено одузимање могло оквалификовати као de facto експропријација. Самим губитком сваке могућности располагања (продаје, завештања, залоге, поклона) заједно са неуспешним покушајем да се таква ситуација реши правним средствима за подносиоце има озбиљне последице и њихово власништво на таквој имовини је бескорисно, те се може сматрати одузетим.

Треће правило се примењује када је мешање у право на имовину усмерено или представља контролу коришћења имовине (нпр. случај Sporrong i Lönnroth против Шведске, Pine Valley Developements Ltd против Ирске и Mellacher i ostali против Аустрије).

Случај који се најчешће цитира за треће правило је случај Sporrong i Lonmroth против Шведске. Наследници подносиоца представке су били сувласници земљишта у Штокхолму на коме се налазила зграда из 60 година XIX века на коме је ради изградње паркиралишта и вијадукта дата дозвола за експропријацију. У складу са тада важећим Законом о експропријацији, Влада је одредила рок од пет година у коме је градски савет требало да покрене поступак пред судом за утврђивање накнаде, након чега би изгубила право на дозволу. Међутим, наведени рок је продужаван више пута, последњи пут на 10 година да би тек 1979. године дозвола коначно била отказана на захтев градског савета у складу са новим урбанистичким планом, тако да је земљиште подносиоца представке било оптерећено дозволом за експропријацију у периоду од 1971. до 1979. године, а забраном градње на земљишту од 1968. до 1980. године. У наведеном периоду шведски закони нису предвиђали могућност да се тражи скраћење рока важења дозволе за експропријацију, те ни могућност накнаде штете јер је дозвола издата на дужи временски период, односно што није употребљена. Европски суд је прихватио са формално правне тачке гледишта да дозвола за експропријацију није утицала на право власника да користи имовину и њоме располаже, али је нашао да су оне у пракси знатно смањиле могућност вршења овог права и утицале на саму суштину права на својину, те права на мирно уживање имовине подносилаца представке, јер је због тога постало несигурно. Када је реч о забрани градње на земљишту европски суд је истакао да је ситуација била јасна, односно да је ова мера несумњиво ограничавала права власника да користи имовину. Европски суд је нашао да шведске власти уствари ни једног момента нису приступиле експропријацији, тако да су власници и даље могли да користе имовину, и располажу њоме, те се не би могло рећи да је наступила de facto експропријација. Иако је право својине делом изгубило своју суштину, оно није нестало. Европски суд је даље размотрио да ли су ове мере представљле контролу употребе имовине, регулисане другим ставом члана 1. Првогпротокола и закључио да је то био случај са забраном градње, али не са дозволом за експропријацију који је представљао почетни корак у процесу одузимања имовине. На крају је суд испитао и дозволу за експропријацију у светлу принципа поштовања права на мирно уживање имовине и истакао да је потребно успоставити равнотежу између потребе заштите општег интереса друштва са једне стране и потребе заштите основних права појединца са друге стране. Наиме, шведско право које је било на снази у релевантном периоду било је нефлексибилно, власници земљишта

су се током дугог временског периода налазили у стању потпуне неизвесности, без адекватне правне заштите, те су стога сносили несразмерно велики терет који би био оправдан само у случају да им је била пружена могућност да траже скраћење рока важења дозволе или да захтевају надокнаду штете.

Јавни или општи интерес

Када суд утврди каква је била природа мешања суд ће оценити да ли је мешање у право на имовину било законски оправдано из јавног или општег интереса. Свако мешање у право на имовину, мора задовољити захтев да служи легитимном јавном или општем циљу. Суд приликом преиспитивања шта је то „у јавном интересу“ полази од процене законодваца шта је то што оправдава лишавање именовине појединца уколио је та процена заснована на разумним основама. Један од случајева у којима је разматрано да ли мешање у право на имовину задовољава захтев да служи легитимном - јавном, односно општем циљу је и случај James против Ujedinjenog kraljevstva.

Представку су у конкретном случају поднели старатељи имања Vojvode od Westminstera, који је поседовао 2000 зграда у елитном делу Лондона и за које је убирао закуп. Законом о реформи закупа из 1967. године омогућено је дугогодишњим закупцима тј. онима који су користили станове дуже од 21 године да под врло повољним условима – по цени мањој од тржишне, купе станове. На наведени начин имање војводе је изгубило значајни износ новца, јер је 80 закупаца искористило то своје право и по нетржишним ценама купило станове. Основно питање које се поставило пред судом је било да ли држава може оправдати узимање имовине пре свега имајући у виду да је то узимање извршено не у јавном него у појединачном интересу закупаца. Решавајући наведено питање, суд је нашао да принудни пренос имовине са једног лица на друго може имати легитимни циљ и бити у јавном интересу, уколико је у циљу побољшања социјалне правде у заједници. У наведеном случају суд је нашао да не може процену шта је у интересу националних власти заменити властитом проценом, али да постоји његова обавеза да преиспита оспораване мере по члану 1. Првог протокола и да при томе истражи чињенице на основу којих су власти поступале. Самим тим овај суд је закључио да је циљ закона о реформи најамнина из 1967. године, већа социјална правда у домену стамбене политике и да је то легитиман циљ у јавном интересу.

Пропорционалност

Такође, суд налази да свако мешање у право на имовину мора бити у правичној равнотежи и мора постојати пропорционалност између средстава и циља коме се тежи. Дакле, мора се постићи равнотежа између задовољења општег интереса заједнице и захтева за заштиту основних права појединца, а држави је остављено да према степену слободне процене одреди мешање у имовину појединца.

У оцени пропорционалности врло је битно и да ли је законодавац предвидео одштету. Уколико је услов пропорционалности одштета, она не мора у свим околностима бити потпуна (нпр. ако је мешање у јавном интересу било ради постизања веће социјалне правде) док би у свим осталим случајевима требало да се заснива на правој вредности имовине. У великом броју пресуда је изражен став суда да, одузимање имовине без износа који би реално одражавао њену вредност, обично представља непропорционално мешање које се не може сматрати оправданим по члану 1. Првог протокола осим у одређеним случајевима. Поред тога, висина одштете може да варира у зависности од имовине и околности у којима је извршено одузимање. Стога се стандарди код одштете могу разликовати у зависности по ком основу је одузета имовина (национализација, откуп, експропријација). Поред тога што одштета код поштовања принципа пропорционалности треба да буде одговарајућа потребно је да је иста исплаћена у року односно да је иста делотворна. Пример за примену принципа пропорционалности изражен је у одлуци суда у случају Mellacher против Аустрије.

У конкретном случају власници стамбеног блока тврдили су да је аустријски закон о контроли најамнине у супротности са чланом 1. Првог протокола, јер се меша у њихово право из уговора да примају најамнину,. Суд је приликом разматрања случаја закључио да се примењује члан 1. и да је било мешања у право подносиоца на имовину у оквиру другог правила контроле коришћења. Приликом оцене да ли је наведена мера служила легитимном циљу суд је нашао, а имајући у виду Меморандум који је донела Влада Аустрије, а који говори о потреби смањења разлика у најманинама које се плаћају за једнаке станове, да се не може одлука владе окарактерисати као одлука која нема разуман основ. Оцењујући захтев за пропорционалношћу код корективних социјалних закона, а нарочито на пољу контроле најамнина суд је стао на становиште да се мора оставити слободно законодавству да предузима мере које се односне на даљу реализа-

цију раније склопљених уговора, како би се постигао циљ усвојене политике, у конкретном случају смањење разлике у најамнинама које се плаћају за једнаке станове.

У случају Pressos Compania Naviera SA против Белгије, суд је нашао да је држава прекорачила свој степен слободне процене. Наиме, у конкретном случају један број бродовласника чији су се бродови сударили у белгијским територијалним водама повео је поступак за накнаду штете услед нехата пилота. По настанку штете Белгија је донела закон којим се укида право на надокнаду штете у околностима као што су ове. Одлучујући о представци суд је стао на становиште да је потраживање подносиоца - својина и да је стога било мешање у њихово право по члану 1. Првог протокола. Суд се по питању пропорционалности позвао на тест о правичној равнотежи и приметио да су услови одштете по релевантним законима од значаја по том питању. Такође је, нашао да одузимање имовине без плаћања износа који разумно одражава њену вредност може бити оправдано само у изузетним околностима. Чињеница да су ранијим прописима биле предвиђене јако високе надокнаде није од утицаја на конкретан случај, јер не оправдава доношење прописа са ретроактивним дејством чији је циљ и последица лишавање подносиоца њихових потраживања за накнаду штете, већ може бити од утицаја за доношење прописа за убудуће, којим би се изменио Закон и надокнада штете проузроковане нехатом смањила.

Поред наведених одлука суда постоје и одлуке које се ослобађају од одговорности плаћања било какве накнаде (одлука у случају Јан и други против Немачке), као и оне које налажу накнаду пуне тржишне вредности.

У конкретном случају Јан и други против Немачке радило се о представци наследника лица насељених на пољопривредна имања по основу аграрне реформе. Непосредно пре уједињења две Немачке ДДР је усвојила законе којим је коришћење пољопривредних поседа по основу аграрне реформе изједначила са својином. Међутим, након уједињења усвојени су закони којима је предвиђено да у одређеним случајевима порески органи стичу својину на таквим имањима укидајући без икаквих накнада права појединаца стечена по наведеном Закону. Суд је одлучући о представци нашао да је одузимање било предвиђено законом и да се не може сматрати произвољним, да је наведено одузимање извршено у јавном интересу у погледу пропорционалности употребљених средстава са постигнутим циљем, као и да је неопходно да постоји разумна веза између висине накнаде за одређено имовинско право

и тржишну вредност тог права уз напомену да накнада не мора неизоставно да постоји под условом да лице које поднесе представку не сноси непропорционални и претерани терет. У конкретном случају суд је третирао поновно уједињење Немачке као једну врсту изузетних околности, која је по мишљењу суда ослободио Немачку власт обавезе да на неки начин накнаде штету нанету експропријацијом.

За разлику од случаја Јан и други против Немачке, у случају Брониовски против Пољске суд се изјаснио да држава дугује неки износ који је у разумној вези са тржишном вредношћу права које се накнађује. Наиме, пољском држављанину Брониовском, коме су издате признанице на име земљишта које је остало ван територије државе, када је дошло до померања граница државе, дуги низ година није дата накнада за наведену имовину, односно, са низом прописа који су донети смањен је земљишни фонд из кога је требало да се изврши намирење, као и висина накнаде. У конкретном случају суд је стао на становиште да имајући у виду легитимни циљ и јавни интерес, држава мора да исплати неки разумни износ.

За разлику од ова два случаја, у случају Пинцова и Пинц против Чешке Републике, суд је стао на становиште да треба досудити пуну тржишну вредност за одузету имовину. У наведеном спору господин и госпођа Пинц су откупили шумску кућицу у време комунизма која је у поступку реституције земљишта, враћена ранијем власнику, а Пинцовима је враћена цена коју су платили за кућицу 1967. године која је тада била нетржишна. Нови власник имајући у виду да Пинцови нису имали где да се иселе тражио је од истих да наставе да плаћају закупнину. Одлучујући о представци Пинцових суд је нашао да је држава дужна да Пинцовима обезбеди накнаду у висини тржишне вредности одузете куће. Образлажући своју одлуку суд је прихватио да је општи циљ реституционих захтева олакшавање одређених последица нарушавања имовинских права од стране комунистичког режима, очување законитости правног саобраћаја и заштите друштвено економског развоја државе, али и да лечење старих неправди не ствара несразмерно велике нове неправде.

Из свега наведеног може се закључити да је питање накнаде и пропорционалности веома деликатно питање, где се у сваком конкретном предмету морају узети у обзир све специфичности и околности сваког случаја.

Правна сигурност

Поред наведеног, мешање у права на имовину подлеже такође и захтеву правне сигурности или законитости. Принцип правне сигурности мора бити испошотван без обзира које правило из члана 1. Првог протокола се примењује. То подразумева постојање и доследну примену домаћих закона који су довољно прецизни и усклађени са прописима Европске уније.

Пример за примену принципа законитости је случај Hentrich против Француске. Подносилац представке и госпођа Hentrich, која је купила земљиште у Стразбуру за 150.000 француских франака, након чега је управа прихода истакла захтев по праву прече куповине, сматрајући да је цена коју је она платила прениска. Госпођа Hentrich није могла оспоравати наводе да је цена коју је она платила била прениска. Суд је у наведеном случају нашао да је de facto њена имовина експрописана, да је право прече куповине било произвољно и селективно и да није било предвиђено нити пропраћено основним процедуралним гаранцијама, а да начин на који је тумачена одредба општег пореског закона од стране Касационог суда није задовољио у довољној мери захтеве о прецизности и предвидљивости како то предвиђају прописи Европске уније, пре свега Конвенција. Наиме, суд је нашао да одлука о праву прече куповине није легитимна ако не постоји поступак у коме могу учествовати странке, износити своју одбрану, ако не постоји једнакост странака пред судом, могућност предочавања аргумената по питању плаћеног износа те да није постојао у довољној мери степен заштите од произвољности. Такође, није било ни индиција да је подносилац представке поступао у лошој намери, а држава је имала и друга средства на располагању, којима је могла да обезбеди потраживање, те је на тај начин подносилац представке сносила несразмеран терет.

Закључак

Циљ навођења примера из праксе Европског суда, у овом раду је да се боље разумеју правне категорије и правна техника, коју примењује суд посебно у сличним случајевима.

Са изнетог можемо рећи да право власништва у најширем смислу обухвата заштиту имовине, стечених права и легитимних очекивања, а да је свакој држави остављено дискреционо право да слободно процени у којој мери ће се мешати у имовину једног лица и шта је то у јавном интересу односно у општем интересу, док је суд врло флексибилан у процени по-

стојања јавног интереса као и у процени пропорционалности између јавног и приватног интереса.

Ако се определи за интервенцију, онда доноси тзв. Пилот пресуду, којом позива државу да отклони недостатке. Међутим, ако се догоди да је мешање незаконито, суд се онда не упушта у било какво даље разматрање, већ овакво мешање проглашава повредом члана 1. Првог протокола.

Литература

1. Збирке изабраних одлука суда за људска права (1, 2 и 3)
2. Правни билтени AIRE centra za ljudska prava
3. *Заштита права власништва из члана 1 Порвог протокола* – Т. Богдановић
4. *Право на имовину* (Савет Европе 2004) – Monica Corss-Frisk
5. *Анализа основних елемената општег законског решења реситутције у Србији из перспективе праксе Европског суда за људска права* (стр. 215) - др Душан Ракитић - Правни анали
6. Interights – Приручник за правнике
7. European Court of Human Rights (http: / www.echr.coe.int/ECHR – home page EU/

Маријана Тафра Мирков,
саветник у Судској пракси Управног суда

ОВЛАШЋЕЊА ЦАРИНСКОГ ОРГАНА У ПОСТУПКУ НАКНАДНЕ КОНТРОЛЕ ДЕКЛАРАЦИЈЕ

Овлашћења царинског органа протежу се над царинском робом, то јест оном која се увози, односно уноси или прима у царинско подручје, која се из тог подручја извози, односно износи или шаље или је преко тог подручја у транзиту, односно проноси се преко царинског подручја (члан 12. став 1. Царинског закона, у даљем тексту ЦЗ), која је под царинским надзором и над којом се проводе одредбе Царинског закона, као и других закона чије је провођење поверено Управи царине (члан 1. став 2. ЦЗ), како би након провођења – окончања одговарајућег, прописаног (а пријављеног) поступка и измирења, наплате свих увозних дажбина, пореза, акциза и других накнада страна роба стекла статус домаће робе.

Са изнетог, царински поступак у којем страна роба стиче статус домаће проводи се над царинском робом док је она под царинским надзором, дакле од тренутка прихватања декларације за допремљену робу (од ког тренутнка је располагање робом, као и поднетом декларацијом у режиму одобрења царинског органа) па до стављања робе у слободан промет.

При провођењу поступка пред царинским органом примењују се одредбе закона који уређује општи управни поступак, осим ако Царинским законом није другачије предвиђено (члан 22. ЦЗ) те је то, стога, царинско-управни поступак. У овом поступку царински орган утврђује да ли су испуњени услови за стављање робе у одређени – пријављени – царински поступак, а при провођењу поступка (у складу са принципима слободне трговине, уз обезбеђење ефикасне царинске контроле и уважавање принципа процене ризика и његовим управљањем – члан 2. ЦЗ) царински орган је овлашћен да изврши: контролу прихваћене декларације; преглед исправа приложених уз декларацију, захтева доставу додатних исправа, и да прегледа робу (члан 95. ЦЗ), на начин за који процени да је најделотворнији, то јест за који сматра да је неопходан за примену царинских и других прописа (члан 14. ЦЗ). По окончању царинско управног поступка, наплати увозних и других фискалних дажбина царински орган оверава –

издаје царински документ, роба се предаје – враћа декларанту то јест ставља у слободан промет са стеченим статусом домаће робе.

За разлику од изнетог чланом 105. Царинског закона је прописан изузетак према којем је царински орган овлашћен да врши накнадну контролу декларације – након што је роба изашла испод царинског надзора, стављена је у слободан промет и већ је стекла статус домаће робе.

Члан 105. ЦЗ

(1) Царински орган може, по службеног дужности или на захтев декларанта, пороверавати исправност декларације и после пуштања робе.

(2) Царински орган може после пуштања робе, ради провере тачности података наведених у декларацији, да изврши контролу комерцијалних докумената и података у вези са увозом и извозом те робе или у вези са накнадним комерцијалним пословима са том робом.

(3) Контрола може да се обави у просторијама декларанта, у просторијама другог лица које је укључено у пословни однос, односно у просторијама лица које поседује исправе и податке из става 2. овог члана.

(4) Царински орган може, поред радњи из ст. 1. до 3. овог члана, да изврши и преглед робе, ако је роба још увек доступна.

(5) Ако се накнадном провером декларације утврди да су прописи који уређују царински поступак примењени на основу неистинитих или непотпуних података, царински орган ће, у складу са прописима, предузети потребне мере за правилно спровођење поступка, у складу са новим околностима.

(6) Контроле из став 1. овог члана, укључујући и мере из става 5. овог члана, могу се спровести до истека рока од пет година од дана прихватања декларације.

7) Министар прописује начин спровођења радњи и мера из члана 95. овог закона и става 5. овог члана.

Накнадна контрола, по свом називу, јесте предузимање радњи и мера које царински орган (након процене) није провео док је роба била под царинским надзором. Супротно, ако би накнадна контрола била и контрола већ проведене контроле у редовном поступку, водило би закључку да накнадна контрола из члана 105. ЦЗ није накнадна контрола деклараци-

је, већ накнадна контрола царинско управног поступка, што не произлази из наведене законске одредбе. С тога, у накнадној контроли по службеној дужности царински орган не може контролисати, то јест предузимати оне радње и мере које је предузео у редовном поступку, а декларант не би могао захтевати накнадну контролу уколико је у редовном поступку подносио захтев за измену и допуну података декларације о којем је царински орган одлучио (члан 92. ЦЗ).

Накнадна контрола може бити:

- накнадна провера исправности декларације,

- накнадна провера тачности декларације и

- накнадна контрола робе

Из изнетог произлази да је царински орган у поступку накнадне контроле декларације овлашћен да прегледа царинску декларацију, документацију уз ову, као и робу, и другу комерцијалну докумнетацију у вези са увозом-извозом робе, односно накнадним комерцијалним пословима са робом. Када се уз изнето има у виду и то да царински органи имају овлашћење да примењују информационе технологије и на размену таквих информације са другим царинским управама, намеће се закључак да су овлашћења царинског органа у поступку накнадне контроле ограничена само роком из става 6. Може се стога закључити да су овлашћења царинског органа у накнадној контроли, по свом обиму иста оним овлашћењима које царински орган има у редовном поступку. Такав закључак има своју правну логику јер овлашћењу царинског органа да проведе царинско управни поступак подлеже царинска роба, то јест роба под царинским надзором. Следом изнетог у поступку накнадне контроле роба се има сматрати "враћеном под царински надзор" и над њим се проводи царинско управни поступак који је имао бити проведен над робом након њеног уласка у царинско подручје земље. Ако је накнадна контрола својеврсно враћање у пређашње стање; одлучне чињенице о роби, документацији и прописима цене се према околностима постојећим у време увоза – подношења царинске декларације за робу. У овом смислу су и одредбе члана 19. став 1. тачка 1. ЦЗ које прописују да се износ увозних дажбина за робу за коју је настала обавеза плаћања тих дажбина утврђује према стању робе и у складу са прописима који важе за робу која се увози – на дан прихватања декларације. Измене чињеница у вези робе – њеног стања па и уништења, као и прописа настали од увоза до накнадне контроле нису релевентни у накнадној кон-

троли декларације. Другачије схватање водило би закључку да се по члану 105. проводи накнадно царињење робе, а не накнадна контрола декларације.

У погледу радњи и мера које је царински орган овлашћен да предузме у поступку накнадне контроле декларације ваља поћи од врсте контроле коју царински орган проводи. Накнадна котрола исправности декларације представља контролу, самог, царинског документа, односно контролу саме декларације, то јест да ли је декларција сачињена на прописан начин, а потом да ли је уредна и потпуна и да ли су уз декларацију поднете све прописом предвиђене исправе. Ову контролу царински орган проводи на тај начин што проверава податке унете у декларацији, њиховим поређењем са подацима наведеним у документацији која је поднета уз декларцију. Ако се у проведеном поступку утврди да декларација није исправна царински орган је овлашћен да одреди мере ради отклањања утврђене неисправности, односно, да сам отклони неисправност декларације тако што ће је исправити или да наложи декларанту да отклони неисправност.

Посматрано са становишта одредбе става 5. релевантна неисправност је само она која утиче на правилност провођења проведеног царинског поступка. Дакле ако је декларација неисправна али ова неисправност не утиче на правилност провођења царинског поступка таква неисправност не би се могла отклонити применом члана 105. ЦЗ.

За разлику од провере исправности декларације, одредбама става 2. регулисана је провера тачности података наведених у декларацији која се проводи поређењем података декларације са подацима садржаним у комерцијалним документима и са подацима у вези са увозом или извозом робе или са накнадним комерцијалним пословима са робом. Уколико се провером утврди да подаци наведени у декларацији не одговарају подацима наведеним у документацији односно да они нису тачни царински орган је овлашћен да предузме мере ради отклањања нетачности. (подразумева се да се ради о нетачностима које утичу на правилност поровођења царинског поступка). У зависности од обима нетачности, ове може отклонити царински орган доношењем решења о измени нетачних података у декларацији или наложити да то учини декларант – подношењем нове декларације у целини, или за део робе. Могла би се за ову сврху поништити декларација и наложити декларанту да поднесе нову декларацију. Међутим, у таквој правној ситуацији јављају се неке дилеме. Прво, да ли је декларант обавезан да поднесе нову декларацију, односно да ли би (у случају да

је роба доступна декларанту) декларант имао могућност да одбије подношење нове декларације и да захтева враћање робе у иностранство (за случај његове процене да роба са измењеним подацима не одговара уговореним условима) и за случај (ипак) подношења нове декларације, применом којих прописа се проводи царински поступак, оних који важе у време подношења поништене декларације, јер је роба тада унета у царинско подручје земље, или у време подношења нове декларације када се роба царини. Са друге стране, да ли царински орган може да изврши царињење робе чија је декларација поништена, а нова, још, није поднета, и док се ова не поднесе, јер се поступак царињења проводи на захтев декларанта, а не по службеној дужности (за разлику од робе која је предмет прекршаја и над којом се царински поступак проводи по службеној дужности.

Циљ накнадне котроле у којој су утврђене другачије околности од оних утврђених у редовном поступку, је како је то и наведено у ставу 5, правилно провођење поступка то јест провођења поступка у складу са новим околностима, на основу истинитих података.

Само, језичко тумачење одредбе става 5. изазива одређене дилеме. Пре свега, како тумачити одредбе "ако се накнадном провером декларације" да ли то значи да се утврђење нових, релевантних околности односи само на накнадну проверу декларације, како законски текст става 5. гласи, или накнадна контрола декларације у себи обухвата и контролу комерцијалне документације и робе како гласе ст. 2. и 4. Затим, дилеме изазива и текст: "утврди да су прописи који уређују царински поступак..." да ли ова одредба значи да се отклањају само неправилности у примени прописа који регулишу царински поступак или се отклањају и неправилности у примени других прописа (будући да је царински орган у провођењу царинског поступка овлашћен да примењује осим одредаба Царинског закона и друге законе чије је спровођење поверено управи царина).

Према одредби става 1. царински орган може проверавати декларацију, дакле има овлашћење да поступа по слободној оцени то јест да по свом нахођењу провери или не провери декларацију (таква овлашћења царински орган има и при провођењу редовног поступка, у којем је, нпр. члан 14. ЦЗ царински орган овлашћен да може - у складу са прописима предузимати мере надзора и контроле које сматра неопходним). Међутим, за случај вршења овлашћења накнадне контроле декларације царински орган исто има вршити ради остварења циља због којег је овлашћење, ста-

вом 5, дато то јест ради правилног провођења царинског поступка (у складу са новим околностима, истинитим и потпуним). У вршењу овлашћења, пошто се царинско-управни поступак проводи по захтеву подносиоца декларације, а чланом 105. ЦЗ предвиђене су различите контроле, царински орган је обавезан да наведе коју од предвиђених контрола проводи, као правни основ надлежног поступања, како би декларанту омогућио активно учешће у овом поступку, а за радње и мере које у поступку контроле предузима, односно налаже, да наведе правни основ за њихово предузимање, то јест пропис којим су ове предвиђене. Изостајање ових, правних, основа овлашћење царинског органа да врши слободну оцену претвара у прекорачње овлашћења, односно у незаконито поступање.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

БИЛТЕН Врховног касационог суда / главни и одговорни уредник Снежана Андрејевић. - 2012, бр. 1-... . - Београд (Булевар војводе Мишића 37/II) : Intermex, 2012- (Београд : "Cicero"). - 22 cm

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