Врховни касациони суд

БИЛТЕН

бр. 3/2011

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
ПОНАВЉАЊЕ ПОСТУПКА ЗБОГ УТВРЂЕНОГ КРШЕЊА ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА.....13

Стојан Јокић
ПРАВО НА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ.....27

Јелена Боровац
НАКНАДА НЕИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА ЛИЧНОСТИ.....78

Звездана Лутовац
НОВИНЕ У ЗАКОНУ О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ – НОВИ ЗПП.....99

Снежана Андрејевић
ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ И НОВИ ЗАКОН О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ.....118

Миломир Николић
ИЗВРШЕЊЕ ОДЛУКА У ВЕЗИ СА ПОРОДИЧНИМ ОДНОСИМА.....142

Власта Јовановић
СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА И ПРАВНА СХВАТАЊА ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА.....157

Предраг Трифуновић
ШТРАЈК И ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА.....170

Мр Миливоје Миликић
ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ.....185

Реферати Привредног апелационог суда

Бранко Станић
ТУЖБЕ ПО ЗАКОНУ О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА.....203

Јасмина Стаменковић
ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ЗНАКОВА ОБЕЛЕЖАВАЊА ПО ЗАКОНУ О ЖИГОВИМА И ПО ПРОПИСИМА О НЕЛОЈАЛНОЈ КОНКУРЕНЦИЈИ 229

Младен Николић
ЗАКОН О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ
Основне одредбе и заједничке одредбе о извршењу.....249

Реферати Апелационог суда у Београду

Зорана Делибашић
ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ.....267

Боривоје Живковић
ПРАВО ЗАПОСЛЕНОГ НА УЧЕШЋЕ У РАСПОДЕЛИ ДОБИТИ 275

Реферат Апелационог суда у Крагујевцу

Изет Суљовић
НАКНАДА ШТЕТЕ У СЛУЧАЈУ НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА (члан 191. ст. 4. и 5. Закона о раду Србије) 305

Реферати Апелационог суда у Нишу

Слађана Стојановић
ПРАВИЧНА НАКНАДА ЗА РАД И ЗАШТИТА ТОГ ПРАВА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ 315

Слађана Ђуричковић
НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ И МЕРЕ ПОРОДИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ 332

Реферат Апелационог суда у Новом Саду

Вера Кнежевић-Мандић
ПРИВИЛЕГОВАНИ РОК ЗАСТАРЕЛОСТИ
ПОТРАЖИВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ (ЧЛАН 377. ЗОО) 347

УПРАВНА СЕКЦИЈА.....377

Реферати Управног суда

Јелена Ивановић
УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У УПРАВНОМ СПОРУ 379

Стево Ђурановић,
ОДЛАГАЊЕ ИЗВРШЕЊА УПРАВНОГ АКТА
ОД СТРАНЕ СУДА 390

Др Јадранка Ињац
ВРАЋАЊЕ ИМОВИНЕ ЦРКВАМА
И ВЕРСКИМ ЗАЈЕДНИЦАМА.....397

Душанка Марјановић
АКТИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА ПОДНОСИОЦА ЗАХТЕВА ЗА
ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПКУ ЈАВНИХ НАБАВКИ.....406

Ружа Урошевић
ПОСТУПАК НАКНАДНЕ КОНТРОЛЕ ПРИХВАЋЕНЕ
ЦАРИНСКЕ ДЕКЛАРАЦИЈЕ.....419

Марijана Тафра Мирков
ЦАРИНСКО – УПРАВНИ ПОСТУПАК
ТАРИФИРАЊЕ РОБЕ
(увоз, рубрика "33" царинске декларације).....432

Зорана Брајовић
СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА У ВЕЗИ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА
О УПРАВНИМ СПОРОВИМА (“Сл. гласник РС”, бр. 111/09)
ДОСАДАШЊА ПРАКСА УПРАВНОГ СУДА 439

Поштовани,

Настављајући традицију, Врховни касациони суд организује овогодишње саветовање судија Републике Србије на Златибору, од 9. до 11. октобра 2011. године и објављује два тематска броја Билтена, са стручним радовима: један посвећен казненом праву из кривичне и прекршајне материје, а други посвећен грађанском и управном праву.

У огледима 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

Реферати
Врховног касационог суда

Весна Поповић,
судија Врховног касационог суда

ПОНАВЉАЊЕ ПОСТУПКА ЗБОГ УТВРЂЕНОГ КРШЕЊА ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА

Увод

Предлог за понављање поступка је ванредни правни лек против правноснажне одлуке (пресуде и решења) чија је сврха отклањање одређених недостатака у погледу чињеничног утврђења на коме је заснована одлука која се предлогом побија, као и најтежих повреда одредаба парничног поступка. Овај ванредни правни лек има за циљ да се у поступку покренутом предлогом после наступања правноснажности, неправилна односно незаконита судска одлука укине, да се поново расправе спорна питања и донесе правилна и законита одлука. Предлог за понављање поступка је несуспензиван по правилу ремонстративан, ограничен и двострани правни лек.

Предмет понављања поступка

По предлогу странке може се поновити поступак који је одлуком суда правноснажно завршен (члан 422. став 1. ЗПП)[1]. Из ове законске одредбе произилази да предмет понављања поступка могу бити пресуде (због пропуштања, на основу одрицања и признања али само у границама у којима се могу побијати жалбом, делимична и међупресуда) и решења (о платном налогу, у парницама због сметања државине, којима се тужба или жалба одбацује, којима се констатује повлачење тужбе). Пресуда у брачном спору не може бити предмет понављања поступка[2].

---

[1] "Службени гласник РС" бр.125/2004, 111/2009.

[2] Члан 272. став 2. Породичног закона ("Службени гласник РС", број 18/05). Пресуда у брачном спору не може се побијати ванредним правним лековима у погледу дела у коме је донета одлука о поништењу или разводу брака.

Лица овлашћена за подношење предлога

Предлог за понављање поступка могу поднети лица која су, у поступку чије се понављање тражи, имала статус странака односно њихови правни следбеници. Умешач који је ступио у парницу до правноснажности одлуке о тужбеном захтеву овлашћен је да изјави овај правни лек (члан 210. став 2. ЗПП). Умешач са положајем јединственог супарничара овлашћен је да изјави овај ванредни правни лек, иако у парници у којој до наступања правноснажности одлуке о тужбеном захтеву није учествовао као умешач (члан 211. став 2. ЗПП). Ако у име странке предлог за понављање поступка подноси адвокат потребно му је посебно пуномоћје (члан 89. став 2. ЗПП).

Разлози за понављање поступка

Понављање поступка може се тражити само из законом прописаних разлога (члан 422. став 1. тач. 1. до 11), а то су:

- ***апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка*** – повреде правила којима је странкама онемогућено да расправљају пред судом, повреда начела контрадикторности и недостатака који се тичу страначке способности односно уредног заступања, повреда правила *ne bis in idem* - ако странка стекне могућност да употреби правноснажну одлуку суда која је раније међу истим странкама донета о истом захтеву (тач. 1, 2. и 6),

- ***кривична дела учесника у поступку*** - ако се одлука заснива на лажном исказу сведока или вештака, ако се одлука заснива на фалсификованој исправи или исправи у којој је оверен неистинит садржај и ако је до одлуке суда дошло услед кривичног дела судије, односно судије поротника, законског заступника или пуномоћника противне странке или неког трећег лица. По неким ауторима, ова група разлога има карактер нових чињеница за које је странка сазнала из правноснажне одлуке кривичног суда[3] (тач. 3, 4. и 5),

- ***нове чињенице и нови докази*** - поступак се може поновити ако се одлука суда заснива на другој одлуци суда или на одлуци неког другог органа, а та одлука буде правноснажно, преиначена, укинута односно поништена,

[3] Др Гордана Станковић, *Грађанско-процесно право,* Лого, Ниш 2010. године.

ако је накнадно пред надлежним органом правноснажно решено претходно питање (члан 12) на коме је одлука заснована и ако странка сазна за нове чињенице или нађе или стекне могућност да употреби нове доказе на основу којих је за странку могла бити донесена повољнија одлука, да су те чињенице или докази били употребљени у ранијем поступку (тач. 7, 8. и 9),

- ***утврђена кршења људских права и основних слобода*** - поступак се може поновити ако је по правноснажно окончаном поступку пред домаћим судом Европски суд за људска права донео одлуку о истом или сличном правном односу против Републике Србије, и ако је у поступку по уставној жалби Уставни суд утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку (тач. 10. и 11).

Из изложеног произилази да се понављање поступка не може тражити због погрешне примене материјалног права. Са разлога наведених у члану 422. тач. 1. до 3. не може се захтевати понављање поступка, ако је тај разлог без успеха изнет у ранијем поступку, а због околности наведених у тачкама 1, 7, 8. и 9. понављање поступка може се дозволити само ако странка без своје кривице те околности није могла да изнесе пре него што је ранији поступак завршен правноснажном судском одлуком (члан 423). Понављање правноснажно завршеног поступка због сметања државине дозвољено је само из разлога предвиђених у члану 422. тачка 1. и 2. ЗПП.

Рокови за понављање поступка

Понављање поступка се може тражити само у роковима прописаним чланом 424. Субјективни (релативни)[4] рок износи 30 дана и почиње да тече од дана када је странка сазнала за постојање разлога за понављање поступка или стекла могућност да употреби одређени разлог (став 1. тач. 1. до 6). Ако би субјективни рок почео да тече пре него што је одлука постала правноснажна, тај ће се рок рачунати од правноснажности одлуке ако против ње није био изјављен правни лек односно достављања правноснажне одлуке вишег суда изречене у последњем степену (став 2).

[4] Боривоје Познић, *Грађанско-процесно право,* Савремена администрација, Београд, 1995. година.

Објективни (апсолутни)[5] рок је пет година од правноснажности одлуке и његовим истеком поступак се више не може поновити и ако субјективни рок није почео да тече. Изузетно, ако се понављање поступка тражи због повреде начела контрадикторности, недостатака који се тичу страначке способности односно уредног заступања и утврђених повреда људских права и основних слобода (тач. 1, 2, 10. и 11) понављање није ограничено роком од пет година, али се може тражити у року од 30 дана од дана када странка сазна за постојање тог разлога. У парницама због сметања државине прописан је само објективни рок од 30 дана од правноснажности решења о сметању (члан 452).

Надлежност и поступак

Предлог за понављање поступка подноси се увек суду који је одлучивао у првом степену и у предлогу се морају навести законски основ по коме се тражи понављање, околности из којих произилази да је предлог поднет у законском року и докази којима се поткрепљују наводи предлагача (члан 425). Неблаговремене, непотпуне или недозвољене предлоге за понављање поступка председник већа првостепеног суда одбацује решењем без одржавања расправе. Предлог се доставља противној странци која има право да у року од 15 дана одговори на предлог. По достављању предлога или по протеку рока председник већа првостепеног суда одређује рочиште за одлучивање о предлогу (члан 426). Ако се предлог за понављање поступка односи искључиво на поступак пред другостепеним судом, председник већа првостепеног суда по одржавању рочишта за расправљање о предлогу доставља предмет другостепеном суду ради доношења одлуке (члан 429).

Одлуке суда о предлогу

Суд решењем одлучује о предлогу за понављање поступка тако што одбацује предлог без одржавања рочишта ако је предлог неблаговремен, недозвољен или непотпун, одбија предлог ако утврди да није основан или ако околности које су наведене као разлог за понављање не одговарају чињеничном стању или пак усваја предлог и укида правноснажну

[5] Исто.

одлуку којом је спор био решен. О предлогу за понављање поступка другостепени суд одлучује без расправе и уколико нађе да је предлог основан и да није потребно да се држи нова главна расправа, укинуће своју одлуку и одлуку другостепеног суда, ако таква постоји и донеће нову одлуку о главној ствари (члан 429. ст. 3. и 4). Уколико је председник већа дозволио понављање поступка и одлучио да одмах расправља о главној ствари или ако се о предлогу за понављање поступка расправља заједно са главном ствари, решење којим се дозвољава понављање поступка и укида одлука у ранијем поступку уноси се у одлуку о главној ствари (члан 428. став 5). На новој главној расправи могу се износити нове чињенице и предлагати нови докази и она представља допуну раније главне расправе и са њом чини јединствену целину а кад ствар сазри за одлучивање, суд доноси нову одлуку о главној ствари, која се може побијати свим правним лековима (редовним и ванредним).

Однос предлога за понављање поступка и других ванредних правних лекова

Могућност да се против исте правноснажне одлуке поднесе више ванредних правних лекова условила је потребу да се законом регулише њихов међусобни однос. Ако странка поднесе предлог за понављање поступка само из разлога из којих се може изјавити ревизија у року за изјављивање ревизије сматраће се да је странка изјавила ревизију (члан 430. став 1). Ако странка изјави ревизију због тога што је одлучено о захтеву о коме је већ раније правноснажно пресуђено или закључено судско поравнање или о захтеву да тече парница и истовремено или после тога поднесе предлог за понављање поступка из било ког разлога, суд ће застати са поступком по предлогу за понављање до завршетка поступка по ревизији (став 2). Међутим, ако странка изјави ревизију из било ког разлога осим због повреде правила о пресуђеној ствари и истовремено или после тога поднесе предлог за понављање поступка због неког кривичног дела учесника у поступку уз који је приложила правноснажну кривичну пресуду, суд ће застати са поступком по ревизији до завршетка поступка по предлогу за понављање (став 3).

У свим осталим случајевима у којима странка изјави ревизију и истовремено или после тога предлог за понављање суд ће одлучити који ће поступак наставити, а са којим ће застати, узимајући у обзир све окол-

ности а нарочито разлоге због којих су оба правна лека поднесена и доказе који су приложени (став 4).

Ако је најпре изјављен предлог за понављање поступка, а после тога из истих разлога ревизија, сматраће се да је изјављена ревизија. Међутим, ако је поднет предлог за понављање поступка, због кривичног дела учесника у поступку, а затим ревизија из било ког разлога, осим због повреде правила о пресуђеној ствари, суд ће прво одлучити о предлогу за понављање поступка. У свим осталим случајевима у којима странка најпре поднесе предлог за понављање поступка, потом изјави ревизију, суд ће по правилу застати са поступком по ревизији до завршетка поступка по предлогу за понављање, осим ако нађе да постоје озбиљни разлози за другачије поступање.

Који суд доноси одлуку о редоследу поступања, у случају изјављивања више правних лекова истовремено, зависи од тога који је правни лек прво изјављен као и од фазе у којој се поступак налази по раније изјављеном правном леку у тренутку изјављивања другог. Уколико предлог за понављање поступка буде поднет пошто је предмет по изјављеној ревизији достављен ревизијском суду о редоследу поступања и одлучивања одлучиће суд код кога се предмет налази. Ако предлог за понављање поступка буде примљен у првостепеном суду пре достављања списа ревизијском суду по раније изјављеној ревизији, о редоследу поступања одлучиће првостепени суд. Уколико је предлог за понављање поступка примљен у првостепени суд пре ревизије о даљем поступању одлучује првостепени суд, осим ако је предмет упућен другостепеном суду (јер се разлог за понављање поступка односи на поступак пред тим судом). У том случају одлучује решењем другостепени суд. Против ових решења није дозвољена посебна жалба јер се ради о решењима о управљању поступком (чл. 430-433).

Понављање поступка због утврђеног кршења људских права и основних слобода поводом пресуде Европског суда за људска права

Разлог за понављање поступка из члана 422. став 1. тачка 10. (ако је по правноснажно окончаном поступку пред домаћим судом Европски суд за људска права донео одлуку о истом или сличном правном односу против Републике Србије) први пут је уведен Законом о парничном поступку[6] у члану

[6] "Сл. гласник РС", број 125/04.

422. став 1. тачка 10, као резултат приступања Републике Србије Савету Европе. Република Србија је постала држава чланица Савета Европе 03.04.2003. године и потписала и ратификовала Конвенцију о заштити људских права и основних слобода 26.12.2003. године која се примењује од 03.03.2004. године.[7] Од тада наши грађани имају могућност да се обрате Европском суду за људска права када сматрају да им је повређено неко право гарантовано Конвенцијом или протоколима уз њу, под условом да претходно нису успели да своје право заштите пред домаћим судом.

Кад Европски суд за људска права утврди кршење неког људског права или основне слободе гарантоване Конвенцијом и протоколима уз њу, поступак који је правноснажно окончан пред домаћим судом, може се на предлог странке поновити по општим правилима за понављање поступка у року од 30 дана од дана сазнања за постојање овог разлога, па и по протеку објективног рока од пет година од дана правноснажности одлуке донете у поступку чије се понављање тражи (члан 424. став 3).

Првостепени суд не може одбити предлог за понављање поступка, а у поновљеном поступку дужан је да прихвати правно схватање Европског суда за људска права у погледу утврђених повреда јер се тиме отклањају штетне последице учињене повреде и обезбеђује примена Конвенције.

Увођењем овог разлога, прихваћена је препорука Комитета министара Савета Европе Р (2000)-2, упућена државама чланицама за преиспитивање или поновно отварање одређених предмета на домаћем нивоу по изрицању пресуде Европског суда за људска права усвојена 19.01.2000. године. Државе чланице Савета Европе дужне су да сходно члану 46. Конвенције о заштити људских права и основних слобода поштују правноснажне пресуде Европског суда. У случају да је у неком сличном предмету донета одлука која се разликује од домаће правноснажне одлуке, оштећена страна не сме да трпи озбиљне и негативне последице које нису адекватно санирање правичним задовољењем и не могу се поправити изузев путем преиспитивања или поновног отварања предмета, односно понављања поступка пред домаћим судом. Увођењем овог разлога у Закон о парничном поступку 2004. године, законодавац је желео да спречи будуће поступке пред Европским судом за људска права, уколико је тај суд већ одлучио о истој или сличним стварима.

[7] "Службени лист СЦГ" – Међународни уговори, број 9/03.

Понављање поступка на основу одлуке Уставног суда

Уставом гарантовано право грађана на уставну жалбу[8] довело је до потребе да се уведе нови разлог за понављање поступка. Законом о изменама и допунама Закона о парничном поступку[9] у члану 422. став 1. тачка 11. је прописано да се поступак који је одлуком суда правноснажно завршен може по предлогу странке поновити ако је у поступку по уставној жалби Уставни суд утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку.

Уставни суд Републике Србије је на седницама од 30.10.2008. године и 02.04.2009. године, утврдио ставове који се односе на поступак по претходном испитивању уставних жалби и мериторном одлучивању, између осталих и ове:

- Уставна жалба се може изјавити против појединачног акта или радње свих државних органа који су носиоци законодавне, извршне или **судске власти,**

- Уставни суд ће одлучивати о уставној жалби када је искључено право на судску заштиту или када нису обезбеђена (предвиђена), друга правна средства,

- Право на уставну жалбу има свако физичко или правно лице, домаће или страно, уколико је титулар Уставом зајемчених људских и мањинских права и слобода,

- Првим ставом изреке одлуке Уставни суд усваја уставну жалбу и утврђује да је оспореним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена конкретном одредбом Устава и одређује начин правичног задовољења,

- **Изузетно** када Уставни суд усваја уставну жалбу или утврди да је оспореним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена конкретном одредбом Устава, а на дру-

[8] Члан 170. Устава Републике Србије ("Службени гласник РС", број 98/06) - уставна жалба се може изјавити против појединачних аката и 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.

[9] "Сл. гласник РС", број 111/09.

ги начин се не могу отклонити штетне последице, суд у ставу 2. изреке одлуке **поништава појединачни акт** и предмет враћа на поновни поступак и одлучивање органу чији је акт поништен. У том случају суд може да одреди доношење новог акта и може наложити окончање поступка у најкраћем могућем року.[10]

Иако се Уставни суд у својим заузетим ставовима изјаснио да изузетно кад усвоји уставну жалбу и утврди кршење права поништиће појединачни акт па и **судску одлуку** и наложити поновно одлучивање, пракса Уставног суда говори другачије јер је Уставни суд од овог изузетка одступио и у великом броју поништио судске одлуке, па и одлуке највишег суда (Врховног суда Србије односно Врховног касационог суда).

Не упуштајући се у исправност оваквог поступања Уставног суда,[11] свакако да основ за понављање поступка по члану 422. став 1. тачка 11. не може бити одлука Уставног суда којом усваја уставну жалбу и поништава судску одлуку, јер је Уставни суд одлучио сагласно одредби члана 89. став 2. Закона о Уставном суду[12] о начину отклањања штетних последица учињене повреде.[13]

Понављање поступка из овог разлога не може се тражити ни када је Уставни суд усвојио уставну жалбу због повреде права на суђење у разумном року, пошто се понављањем поступка не би могло отклонити утврђено кршење права.

Из изложеног произилази да се понављање поступка може тражити на основу сваке друге одлуке Уставног суда којом је утврђено кршење људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку.

Лица овлашћена да траже понављање поступка су странке у парничном поступку чије су уставне жалбе усвојене као и она лица која нису

[10] Извор интернет страница Уставног суда Републике Србије.

[11] Општа седница Врховног суда Србије је 29.09.2009. године, једногласно усвојила мишљење да Уставни суд у оквиру своје надлежности о заштити људских и мањинских права и слобода својом одлуком може само утврдити да је судском одлуком повређено неко људско или мањинско право или слобода гарантована Уставом али не и поништити судску одлуку, извор записник са седнице – необјављено.

[12] "Службени гласник РС", број 109/07.

[13] Уж 869/2008, Уж 493/2009, Уж 3080/2010.

поднела уставну жалбу, а налазе се у истој правној ситуацији, сагласно члану 87. Закона о уставном суду, ако је Уставни суд тако одлучио.[14]

Предлог за понављање поступка по овом основу може се поднети у субјективном року од 30 дана од дана достављања одлуке Уставног суда по уставној жалби, подносиоцу уставне жалбе (члан 89. став 4. Закона о уставном суду), па и по протеку објективног рока од пет година од правноснажности одлуке донете у поступку чије се понављање тражи. У односу на остала лица која нису поднела Уставну жалбу рок за подношење предлога за понављање поступка је 30 дана од дана објављивања одлуке Уставног суда у "Службеном гласнику РС". По истеку ових рокова првостепени суд ће предлог за понављање поступка одбацити као неблаговремен. На исти начин председник већа првостепеног суда ће одбацити предлог и ако не садржи обавезне елементе које мора да садржи предлог за понављање поступка из члана 425. став 2. или ако је предлог за понављање поступка поднело лице које није овлашћено за подношење предлога а на основу члана 426. ЗПП-а.

Првостепени суд не може одбити предлог за понављање поступка а у поновљеном поступку дужан је да прихвати правно схватање Уставног суда у погледу утврђених повреда јер то произилази из одредбе члана 171. Устава Републике Србије и члана 104. Закона о Уставном суду.

По пријему благовременог предлога председник већа првостепеног суда поступиће на начин прописан одредбама чл. 426, 427. и 428. ЗПП-а, односно доставиће предлог противној страни која има право да у року од 15 дана одговори на предлог, а по протеку рока за одговор или кад стигне одговор председник већа одредиће рочиште за расправљање о предлогу. Рочиште по предлогу држи се пред председником већа, осим ако расправљање о предлогу није спојено са расправљањем о главној ствари и по одржаном рочишту суд доноси одлуку о предлогу. Ако се предлог за понављање поступка односи искључиво на поступак пред другостепеним судом поступиће се у складу са одредбама члана 429. ЗПП-а. Кад предмет стигне другостепеном суду судија известилац ће припремити извештај већу ради разматрања предмета и по потреби затражити извештаје од првостепеног суда о учињеним повредама поступка, а може захтевати да се због утврђивања тих повреда спроведу извиђаји (члан 368). О предлогу за

[14] Уж 109/2008, Уж 279/2008, Уж 292/2008.

понављање поступка другостепени суд одлучује без расправе и уколико нађе да није потребно да се држи нова главна расправа укинуће своју одлуку као и одлуку другостепеног суда ако таква постоји и донеће нову одлуку о главној ствари.

О томе се изјаснио и Апелациони суд у Београду у свом решењу[15] тако што је усвојио предлог тужиоца и дозволио понављање поступка правноснажно окончаног пресудом Окружног суда у Ваљеву Гж1 број 394/07 од 31.10.2007. године и укинуо пресуду Општинског суда у Ваљеву П1 861/06 од 16.04.2007. године, која се односи на одлуку по тужбеном захтеву тужилаца З.К. В.Т, Н.Т, и С.М, за исплату додатака на плату за прековремени рад, рад на дан празника и за рад ноћу за периоде ближе означене у изреци те предмет упутио основном суду на поновно суђење.

Апелациони суд је изразио став да је предлог за понављање поступка поднет из разлога прописаних чланом 422. став 1. тачка 11, да је благовремен, изјављен од овлашћених лица и основан.

У образложењу своје одлуке Апелациони суд наводи:

"да разлог из тачке 11. члана 422. ЗПП-а, не садржи исказ који се употребљава у тачки 10. ове норме када се ради о одлукама Европског суда за људска права у значењу: "донео одлуку о истом или сличном правном односу против Републике Србије). Међутим то исто правило важи и овде поштујући одредбу члана 87. Закона о Уставном суду према којој ако је појединачним актом или радњом је повређено или ускраћено Уставом зајемчено људско или мањинско право и слобода више лица, а само су нека од њих поднела уставну жалбу, одлука Уставног суда односи се и на лица која нису поднела уставну жалбу, ако се налазе у истој правној ситуацији. Овде се тужиоци иако нису поднели уставну жалбу налазе у истој правној ситуацији као и подносилац уставне жалбе из предмета Уставног суда Уж 292/2008, те имају право да користе бенефиције из одлуке Уставног суда с позивом на назначени разлог из тачке 11. члана 22. ЗПП-а у овој парничној ствари. Ради се о истој правној ситуацији и са становишта основа потраживања: право на увећање плате због нередовности, прековременог рада, ноћног рада и рада у дане државних и верских празника, примени правила из одредбе члана 147. Закона о полицији и с тим у вези праву на увећање плате због остварених назна-

[15] Гж1 6423/10 од 17.12.2010. године

чених нередовности (друго је питање чињеничне природе), да ли је овим тужиоцима увећана плата применом назначених норми Закона о полицији, што може бити и јесте разлог за расправљање по жалби тужене. Међутим, назначене чињенице чине истом ову правну ситуацију са правном ситуацијом подносиоца Уставне жалбе у предмету Уж број 292/2008 у којој је Уставни суд донео одлуку 17.03.2010. године коју тужиоци користе као чињенични основ за разлоге из тачке 11. члана 422. ЗПП-а. Ради тога и тужиоци могу правно основано користити дејство одлуке Уставног суда Уж бр. 292/2008 од 18.05.2010. године. На то управо упућује и став 3. њеног диспозитива да она има правно дејство и према лицима која нису поднела Уставну жалбу а налазе се у истој правној ситуацији – дејство одлуке Уставног суда. Прелог за понављање поступка је основан. Ово зато што према ставу Уставног суда Републике Србије запослени у овој радној средини имају право на исплату додатка на плату по основу предковременог рада, рада ноћу и рада у дане државних празника који су нерадни дани самим ступањем на снагу Закона о полицији, ако запослени нису остварили увећање плате због ових нередовности. Пошто се у пресуди Окружног суда у Ваљеву Гж1 број 394/07 од 31.10.2007. године којим је окончана ова парница заузима супротан став да тужиоци немају право на исплате додатака на плату по основу прековременог рада, рада на дан државног празника који је нерадан дан и ноћног рада, с обзиром да је такав рад вреднован кроз увећање основног коефицијента у смислу одредбе члана 147. став 1. Закона о полицији, што није расправљено са становишта индивидуалног одређења примене назначеног увећања по основу ових нередовности, следи да није на правилан начин утврђено да ли је овде тужиоцима стварно исплаћен додатак на плату. Зато следи исти закључак, с позивом на ову одлуку Уставног суда, да је остварен разлог за понављање поступка у овој парничној ствари. У присуству претходних разлога овај суд је решио по поднетом предлогу за понављање поступка и нашао да су се стекли услови да се донесе нова одлука по жалби на основу овлашћења из одредбе члана 429. став 3. ЗПП-а".[16]

Против решења којим се дозвољава понављање поступка није дозвољена посебна жалба.

Жалба је дозвољена против решења другостепеног суда о одбацивању предлога као неблаговременог, непотпуног или недозвољеног (члан

[16] Исто и у Гж1 6430/10 од 11.05.2011. године.

426. став 1), и решења којим се предлог одбија ако је другостепени суд виши суд и о тој жалби одлучује апелациони суд сагласно одредби члана 24. став 1. тачка 1. Закона о уређењу судова.[17]

Ако Апелациони суд као другостепени одбаци предлог за понављање поступка као недозвољен, непотпун или неблаговремен или одбије предлог, поставља се питање да ли је против тих решења дозвољен правни лек. Ревизија против овог решења не би могла бити изјављена с позивом на одредбу члана 412. став 4[18] , јер ово решење није правноснажно (члан 346. ЗПП-а). Стога би требало дозволити жалбу као правно средство против одлуке апелационог суда као другостепеног о одбацивању или одбијању предлога за понављање поступка на основу члана 36. став 2. Устава Републике Србије.[19] Омогућавање права на жалбу против тих решења било би и у складу са препоруком број Р (95) 5 Комитета министара земљама чланицама о увођењу или унапређивању жалбених поступака у грађанским и привредним предметима.

О жалби против тих решења одлучивао би Врховни касациони суд, иако он по Закону о уређењу судова није жалбени суд, на основу овлашћења из члана 30. став 1.[20]

Изменењеном одредбом члана 429. ЗПП-а ("Службени гласник РС", број 111/09 од 29.12.2009. године), прописано је понављање поступка пред другостепеним судом. Овим изменама одредница "вишим судом", која је постојала у Закону о парничном поступку из 2004. године, замењена је одредницом "другостепеним судом", тако да се понављање поступка може тражити само пред другостепеним судом.

Из овакве формулације наведене законске одредбе произилази да се не може тражити понављање поступка окончаног одлукама највишег суда (ревизијским или по захтеву за заштиту законитости).[21] У овим одлу-

[17] "Службени гласник РС", број 116/08.

[18] Ревизија је увек дозвољена и против решења другостепеног суда којим је правноснажно одлучено о предлогу за понављање поступка.

[19] Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.

[20] Надлежност у суђењу – Врховни касациони суд одлучује о ванредним правним средствима изјављеним на одлуке судова Републике Србије и у другим стварима одређеним законом.

[21] Рев 1801/10, Пзз 17/10, Прев 158/10, Прев 311/10, Рев 457/11, Рев 524/11.

кама изражен је јединствен став да се после измена Закона о парничном поступку извршених 29.12.2009. године, понављање поступка може тражити само пред првостепеним и другостепеним судом (виши, односно апелациони), а да таква могућност није предвиђена и за суд трећег степена – Врховни касациони суд.

Иако су законске одредбе којима се дозвољава понављање правноснажно окончаног поступка прилично јасне (члан 429), требало би омогућити понављање поступка окончаног одлуком највишег суда (Врховног касационог суда), из разлога прописаних одредбом члана 422. став 1. тач. 10. и 11. јер би се на тај начин отклониле последице проистекле из повреде учињене и пред тим судом. Због тога би било нужно извршити измену процесног закона и омогућити да се овај ванредни правни лек изјави и против одлуке Врховног касационог суда.

Закључак

Понављање поступка због утврђеног кршења људских права и основних слобода треба да обезбеди примену Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и Уставом Републике Србије гарантованих права и слобода. Истовремено понављање поступка, било на основу одлуке Европског суда за људска права или Уставног суда треба да омогући појединцима да на лакши, ефикаснији и јефтинији начин заштите права пред домаћим судовима. Са друге стране треба да омогући држави да у поновљеном поступку пред судом опште надлежности буду отклоњене неправилности које су довеле до кршења људских права и основних слобода, чиме се и сама држава штити од одговорности за рад својих органа.

Стојан Јокић,
судија Врховног касационог суда

ПРАВО НА НАКНАДУ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Уводне напомене

Све учесталије су парнице за накнаду штете због повреде најразличитијих права (заједмчених и незаједмчених). Парнице покренуте таквим тужбама у првом реду изненаде првостепене судове, јер се они први сусрећу са таквим тужбама и захтевима у њима. Најчешће су то тужбе са захтевима за исплату нематеријалне штете која се не може подвести под оквире из члана 200. ЗОО. Понекад је зачуђујуће шта се таквим тужбама тражи и на чему све тужиоци заснивају захтеве за накнаду разноразних видова нематеријалне штете. Када се штета тражи од тужене Републике Србије (**тужена**) тужиоци је за све окривљују, занемарујући притом постојање утуженог права и основа одговорности **тужене** државе за утужену штету.

У судској пракси српских судова све учесталије се сусрећемо са парницама покренутим тужбама за накнаду материјалне и нематеријалне штете настале због повреде заједмчених права, на правично суђење и суђење у разумном року. Ређе су присутне и тужбе за накнаду нематеријалне штете због тзв. "дискриминације" у судским поступцима у парницама по овим тужбама. Странке у судским поступцима свих врста (парничним, кривичним, ванпарничним, извршним, управним) као тужиоци у овим споровима у рефератима тужби, основе тужбених захтева заснивају на неправилном и непрописном раду судија који је за њих резултиран претрпљеном нематеријалном и материјалном штетом коју утужују у тужбама започетим парницама. Широка је лепеза "судијских кривица" на основу којих тужиоци у спору (као странке из неких других судећих предмета) утужују исплату штете. Судска пракса је неуједначена. Чини се да све чешће почињу да провејавају стремљења да сваки пропуст у судовању може представљати правни основ за усвајање захтева и досуду штете настале у

судским поступцима који су правноснажно окончани или који су још увек у току пред српским судовима.

Бројне су дилеме у парницама за остварења права на накнаду штете због **повреде права** на суђење у разумном року (**повреде права**) које резултирају неуједначеном судском праксом. Разлози за усвајање тужбених захтева су неуједначени, а правни основи за досуђења су под знаком питања. Извршио сам пажљиво анализе достављених ми судских одлука основних, виших и апелационих судова и уочио дилеме и спорности са којима се нижестепени судови сусрећу у парницама за досуду штете због **повреде права.** Те дилеме и спорности односе се у првом реду на прописани правни пут за остварење права, правни основ досуђења, непосредну примену Конвенције о људским правима (**Конвенција**), преурањености тужбеног захтева и процесне дозвољености тужбе, означавања у изреци пресуде основа досуде штете, висине досуђене штете... . Поменуте дилеме и спорности са којима се нижестепени судови сусрећу у овим парницама резултиране су неуједначеном судском праксом у идентичним и сличним чињеничним ситуацијама што води правној несигурности. Оне су ме определиле да напишем овај тематски рад. Циљ тематског рада је покушај да се посебно обраде указане спорности, а затим да се понуде решења за отклањање дилема из спорности заснована на ваљаним чињеничним и правним аргументима. Да ли сам и колико у том покушају и успео, процениће уважене колеге судије након упознавања са истим.

I - О суђењу у размном року

Поступајући српски судови имају обавезу да започете судске поступке окончају у разумном року. Та обавеза постоји како за кривичне тако и парничне, ванпарничне и извршне поступке, као и поступке по тужбама у управном спору. Време отпочињања судског рока рачуна се од подношења тужбе у парничном поступку и управном спору, ванпарничног предлога и предлога за извршење. Одмах се намеће и питање шта подразумева правни стандард разумног рока. Који су то његови атрибути. Чиме је дефинисан и ближе одређен. Које су му временске границе...

Правни стандард разумног рока није непроменљива константа са јасно одређеном дефиницијом која је применљива на сваки судећи предмет. То даље подразумева да се разуман – не разуман рок суђења утврђује у

сваком конкретном судећем предмету. Поменути правни стандард има правну природу "каучук" стандарда. Растегљив је и утврђује се на основу опште прихваћена четири критеријума а они су:

1. - Сложеност предмета

Сложеност судског поступка може бити резултирана бројним чињеницама, а оне су:

- непостојање или недовољно јасно прописане позитивне норме под које би се могао подвести захтев странке за признање и досуђење утуженог права;
- постављање више захтева из истог чињеничног и правног основа, било као алтернативни, било као евентуални, за које често нису испуњени ни процесни ни материјални услови за мериторно одлучивање;
- одбрана туженог заснована на злоупотреби процесних права, приговору ради пребијања, постављању противтужбеног захтева са тражењем утврђења права или чинидбе, које евентуално усвајање је резултирано одбијањем тужбеног захтева;
- број учесника – странака у судском поступку;
- усложено и тешко утврдиво чињенично стање на које утиче и старост догађаја (утврђење чињеница битних за пресуђење које су се давно дешавале);
- сложено и нетипично вештачење;
- смрт странке – странака у спору и следом тога процесно-правне претпоставке за настављање судског поступка;
- статусне промене правних лица (подела, спајање и слично);
- бројни докази које је неопходно провести зарад утврђивања чињеница битних за пресуђење.

2. - Понашање и поступање странке у судском поступку у коме јој је повређено право

Понашање странке у судском поступку у коме јој је према њеној тврдњи повређено право може утицати на дужину трајања судског поступка, па се и у зависности од тог поступања оцењује да ли је суђено у разумном року.

Ако је странка у поступку приватни тужилац у кривичном предмету, тужилац у парници, предлгач у ванпарничном предмету, извршни поверилац, тужилац у управном спору, она је пре свега обавезна да поднесак ко-

јим покреће судски поступак (приватну кривичну тужбу, парничну тужбу, ванпарнични предлог, предлог за извршење, тужбу управном спору) уреди у складу са процесним законима како би суд по поднеску којим је покренут судски поступак могао одмах и без процесних сметњи да поступа у складу са законом. Та странка је дужна да у реферату поднеска наведе јасне и релевантне чињенице на којима заснива захтев. Дужна је и да у поднеску предложи доказе који већ у поднеску потврђују или ће у проведеном поступку потврдити чињеничне наводе и следом тога и правни основ на коме се заснива право које се у поднеску тражи. Под неодговорним поступањем странке (тужиоца, приватног тужиоца, предлагача и извршног повериоца) у парничним, ванпарничним и извршним поступцима, подразумева се и неприсуствовање обавезним судским рочиштима на којима се одлучује о праву те странке. Неприсуствовање уредно позваног тужиоца на судском рочишту има за правну последицу и повлачење тужбе, која последица се потом покушава отклонити подношењем предлога за враћање у пређашње стање, чиме се парнични поступак кривицом тужиоца непотребно одуговлачи. Странка која је покренула судски поступак утиче на дужину трајања тог поступка ако на судска рочишта - претресе, долази неприпремљена, ако тражи да се расправа одложи зарад предлагања или извођења доказа који нису били предложени у поднеску којим је судски поступак покренут. Под неодговорним понашањем странке подразумева се и непоступање по позивним решењима суда, заступање без пуномоћника у сложеним чињеничним правним судским поступцима које та странка, због недостатка стручног знања не може успешно да води, као и често мењање пуномоћника у судском поступку. Злоупотреба процесних права од стране странке која је покренула судски поступак се сматра неодговорним поступањем странке. То исто важи и за злоупотребу правног лека у коме странка у жалбеном поступку покушава да употреби нове чињенице, нове доказе које је морала предложити још у поднеску којим је покренула судски поступак.

Изнето упућује да странка која је покренула поступак зарад остварења права опредељеног у поднеску којим се судски поступак покреће у том поступку мора да учествује активно, јер она тражи да јој се утврди – досуди право опредељено у том поднеску.

Од туженог, противника предлагача, и извршног дужника се не очекује да активно учествује у судским поступцима, јер они предузимају радње у границама дозвољености у циљу оспоравања захтева противника и

опструкције започетих судских поступака које наравно поступајући суд мора да спречи.

3. - Понашање и поступање суда

Понашање суда је трећи критеријум на основу кога се одређује стандард разумног рока. Судија мора да поступа ажурно по поднесцима којима се покреће судски поступак. Хитност поступања одређена је и правном природим судских поступака. Законом је прописано који су то судски поступци по својој природи хитни, а за које је законодавац прописао рокове за њихово завршење. Законом прописани судски рокови за предузимање одређених радњи у поступку треба и да се поштују. Судија мора да се припреми за судско рочиште – претрес. Мора да концентрише доказе у циљу могућег окончања спора на првом, евентуално другом рочишту – претресу, јер обзиром на број предмета у раду и оптерећеност првостепених судова не располаже са више времена за судећи предмет и исказивање очекиване ажурности. Не сме да се деси (а дешава се) да се поступак води без јасне орјентације у ком смеру га треба водити и које доказе треба проводити зарад правилног утврђења чињеница битних за одлучивање о захтеву странке. Без такве орјентације, странке у зависности од свог умећа преузимају одлучујућу улогу у поступку, у правцу у коме оне то желе. То резултира непотребним и нецелисходним извођењем доказа као и непотребним одлагањем расправа-претреса што све утиче на дужину судског поступка.

"Празна" рочишта која се често заказују само зарад привида да се "**поступа",** у поступку, не смеју да се одржавају, а нажалост одржавају се. Расправе у правилу треба одлагати само када је то процесно оправдано, што важи и за доношење решења којим се рочиште неће одржати и расправа одлаже. Потребно и целисходно је, наравно уколико зато не постоје озбиљне сметње на рочишту – претресу на коме се расправа или претрес, одлажу заказати следеће рочиште – претрес. Налози вештацима морају бити јасни и конкретни. Вештаци морају да се изјашњавају о стручним питањима о којима суд нема потребна стручна знања (члан 249. ЗПП-а), а не и о правним питањима. Нејасни налози често буду резултирани тиме да вештаци "суде" у предмету преузимајући улогу судије – суда. Суд – судија мора брижљиво да оцени налаз вештака и да га посебно критички оцењује као доказ. Често се дешава да се налаз вештака прихвата без приговора, иако за то нису испуњени потребни услови, па такво одлучивање потом у жалбеном поступку буде

санкционисано укидним решењем. Без процесног основа донета решења о прекиду поступка, зарад статистички приказаног решеног предмета који се наступањем новог извештајног периода по предлогу странке наставља, суд утиче на дужину трајања судског поступка што се може приписати непрописном понашању и одлучивању поступајућег суда – судије.

Рокови за израду судских одлука се, у толерантном одступању, морају поштовати. Жалбени или ревизијски суд у укидним решењима мора дати јасан и недвосмислен налог првостепеном суду како би исти у поновном поступку расправу - претрес могао да закључи на првом рочишту – претресу по враћању списа са укидним решењем. Не сме се злоупотребљавати процесни институт из члана 361. став 2. тачка 12. ЗПП и заступана фраза: "Кад **"мораш"** да укинеш првостепену одлуку укини је на основу **"несагласја"** из тачке 12. став 2. члана 365. ЗПП". Рокови за решавање жалбених предмета и израду другостепених одлука би требало да важе и за другостепене судове. Наравно и за ревизијски суд који додуше решава у грађанском одељењу по ревизијама као ванредним правним лековима.

4. – Значај одлуке за лице коме је повређено право

Поменути значај као четврти критеријум за утврђење разумног – неразумног рока је фактичко питање које може зависити од субјективног и објективног стања. Субјективно то може бити веома значајно за лице коме је **право повређено**, а да објективно то не представља неки значај у смислу друштвених, па ни личних вредности. При оцени субјективног значаја исти се мора ценити у склопу реалних друштвених мерила вредности као објективног критеријума. Увек се претпоставља да је одлука значајна за то лице, ако се тиче његове слободе, радно-правног и стамбеног статуса, остварења права на пензију, накнаде штете настале повредом, породичних односа, статусних утврђења (очинства), физичког идентитета, моралног интегритета, тортуре као и лица са посебним својствима.

На основу четири поменута критеријума цени се да ли је судски поступак окончан у разумном року. То подразумева да је разумна дужина трајања судског поступка релативна категорија која зависи од низа чинилаца који се морају узети у обзир у сваком појединачном судском поступку, оценом већ поменутих критеријума, па се следом свега тога одређује да ли је поступак окончан у оквиру разумног или неразумног рока. Стога,

трајање судског поступка није ограничено временским релацијама од-до. Досадашња судска пракса, како Европског суда за људска права у Стразбуру **(Суда)**, тако и Уставног суда РС (**Уставни суд**) није одредила временске границе. Још мање је то одредила за сада неискуствена судска пракса у судовима опште надлежности. У приказаним анализама одлука **Уставног суда** донетим по уставним жалбама и одлука **Суда**, покушао сам да прикажем шта је то за те судове разуман – неразуман рок. Учинио сам то и у анализи свих судских одлука донетих у овим споровима од стране српских судова, наравно само оних које су ми у ту сврху и достављене. Зато упућујем на те делове тематског рада.

II - Одлуке Уставног суда по уставним жалбама

За потребе писања тематског рада прибавио сам званичне податке од Уставног суда који се односе на утврђење повреде Уставом зајемчених права, пре свега **повреду права** на које се односи тематски рад. Уставна жалба је као правни лек прописана важећим Уставом Републике Србије који је на правну снагу ступио 8.11.2006. године. Одмах по његовом ступању на снагу, а у току 2006. године, изјављене су 34 уставне жалбе. У току 2007. године, запримљено је 325 уставних жалби, због повреде права зајемчених чланом 32. Устава. У току 2008. године примљено је 1467 уставних жалби, а од тога 123 због повреде права на правично суђење, а свега 24 због **повреде права** из тематског рада. У току 2009. године запримљене су 2843 уставне жалбе од тога 950 због повреде права на правично суђење, а 128 због **повреде права.** Од 5555 уставних жалби запримљених у 2010. години 3323 односе се на повреду права на правично суђење, а 1195 на **повреду права** из тематског рада. И на крају, у периоду до 8.7.2011. године запримљено је 3075 уставних жалби, од тога 2425 због повреде права на правично суђење, а 658 због **повреде права** из тематског рада.

У приказаном извештајном периоду 8.11.2006. године – 8.7.2011. године, усвојене су 684 уставне жалбе. Одбијено 781. Одбачено 2289. Наравно, ово су подаци о решеним уставним жалбама.

Извршио сам и анализу одлука донетих по уставним жалбама изјављеним због **повреде права,** објављених у "Службеном гласнику РС" у периоду од 1. јануара 2010. до 30. јуна 2011. године. Анализа је извршена у 27 одлука донетих по 18 уставних жалби запримљених у току 2008. године,

осам уставних жалби запримљених у 2009. години и једној уставној жалби запримљеној у току 2010. године. То су одлуке **Уж. бр. ... /2008** и то: 81; 138; 174; 201; 204; 252; 358; 365; 475; 485; 753; 1015; 1055; 1082; 1088; 1173; 1432 и 1515. Уставне жалбе запримљене у 2009. години евидентиране под бројем **Уж. .../2009** и то: 122; 153; 250; 824; 902; 994; 1385 и 1515 и уставна жалба запремљена у 2010. години под бројем Уж 1256/10.

При утврђивању **повреде права** Уставни суд је примењивао већ поменуте критеријуме који одређују разуман рок и то сложеност предмета, понашање жалиоца у судском поступку, понашање и поступање суда, значај предмета за жалиоца и на крају у зависности од тога и дужину трајања поступка као разуман рок.

У правноснажно окончаним судским поступцима из поменутих одлука Уставног суда поступци у којима је утврђена **повреда права** трајали су нешто дуже од 2,5 године, затим 4-5 па онда између 6-7, 7-8, 8-9, 9-10, 10-11, 12-13 и 14 година. У одлуци Уж бр.1256/10 од 10. марта 2011. године утврђено је да је предлог за рехабилитацију поднет 27.04.2009. године, и да у предмету није поступано, није урађена ниједна радња, на који начин је поступајући првостепени суд исказао пасивност и неделотворност.

Повреда права утврђена је и у пет одлука у којима судски поступци нису правноснажно окончани. Утврђено је то у три извршна предмета у којима су предлози за извршење поднети 26.3.2002. године; 21.11.2005. године, као и пре 5,5 година, и у парницама у којима поступак на дан подношења уставне жалбе траје 10 и 16 година.

Најкраће време у коме је утврђена **повреда права** је нешто преко 2,5 године (31.1.2006. – 18.8.2008. године). То је судски поступак у парници за сметање поседа. У одлуци се изражава став да је природа овог поступка хитна и да је процесни закон прописао рок од 90 дана за окончање парница због сметања државине.

Само у две одлуке је утврђено право подносиоца уставне жалбе и на накнаду нематеријалне штете. У осталим одлукама то право није утврђивано из разлога што жалиоци то право нису определили у уставним жалбама.

У поменутим анализираним одлукама **Уставни суд** је само у две одлуке одбио као неосноване уставне жалбе жалилаца изјављене и због повреде права на суђење у разумном року. То су одлуке Уж. бр. 753/08 и Уж. бр. 250/09. У образложењу одлуке Уж. бр. 753/08 **Уставни суд** као

разлоге одбијања истиче да је парнични поступак започет пред првостепеним судом 4.7.2005. године, окончан ревизијском пресудом од 6.2.2008. године и да је трајао преко 2,5 године које време не представља и неразумно дуго трајање парничног поступка. У образложењу одлуке Уж. 250/09 којом се одбија утврђење **повреде права Уставни суд** констатује да је другостепени поступак по жалби подносиоца уставне жалбе трајао непуну годину дана, а да је за вишегодишње трајање првостепеног поступка на који се уставна жалба односи који је започео 2000. године, а окончан доношењем првостепене пресуде септембра 2005. године пре свега одговоран подносилац уставне жалбе. Жалилац је као тужени без оправдања изостао са половине заказаних рочишта иако уредно позван јер је из различитих разлога тражио одлагање расправа које су заказиване у примереним роковима, најчешће сваког другог месеца, а примедбе на налаз и мишљење вештака и поред позивних решења суда није доставио више од годину дана да би након достављања примедбе предлагао допунско грађевинско вештачење. Указује се да и без обзира на чињенице што првостепени суд није спречио жалиоца као туженог на поменута поступања у парници, то не даје основ подносиоцу уставне жалбе да се позива на повреду тог права јер је основни предуслов за заштиту **Уставом** зајамченог права да је онај ко се позива на повреду права поступао сагласно прописаним правилима и налозима органа који је водио поступак.

III - Одлуке Комисије за накнаду штете на основу одлуке Уставног суда којом је усвојена уставна жалба

Законом о Уставном суду[1] прописано је:

Члан 29. став 1. тачка 9.

"Учесници у поступку пред Уставним судом су:

9) подносиоци уставне жалбе, као и државни орган, односно организација којој су поверена јавна овлашћења против чијег је појединачног акта или радње изјављена уставна жалба.

Члан 82.

"Уставна жалба може се изјавити против појединачног акта или радње државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење, а који-

[1] "Службени гласник РС", бр. 109/07

ма се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту.

"***Уставна жалба може се изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року."***

Члан 89.

"Одлуком се Уставна жалба усваја или одбија као неоснована.

Кад Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом, односно радњом, повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, поништиће појединачни акт, односно забранiће даље вршење или наредити вршење одређене радње и одредити да се уклоне штетне последице у одређеном року.

Одлука Уставног суда којом се усваја уставна жалба је правни основ за подношење захтева за накнаду штете или отклањања других штетних последица пред надлежним органом, у складу са законом.

Одлука Уставног суда којом је уважена уставна жалба има правно дејство од дана достављања учесницима у поступку."

Члан 90.

"На основу одлуке Уставног суда из члана 89. став 3. овог Закона, подносилац уставне жалбе може да поднесе захтев за накнаду штете Комисији за накнаду штете, ради постизања споразума о висини накнаде.

Ако захтев за накнаду штете не буде усвојен или по њему Комисија за накнаду штете не донесе одлуку у року од 30 дана од дана подношења захтева, подносилац уставне жалбе може код надлежног суда поднети тужбу за накнаду штете ако је постигнут споразум само у погледу дела захтева тужба се може поднети у погледу остатка захтева.

Актом министра надлежног за правосуђе одређује се састав комисије из става 1. овог члана и ближе уређује њен рад."

Комисија за накнаду штете на основу одлуке **Уставног суда** којом је усвојен уставна жалба (**Комисија**) образована је 2008. године по доношењу Правилника о саставу и раду **Комисије**.

Подносилац уставне жалбе коме је одлуком Уставног суда утврђена **повреда права** у смислу члана 90. а у вези са чланом 89. став 3. поменутог Закона може поднети захтев **Комисији** ради постизања споразума о висини накнаде.

Број запримљених и обрађених захтева у току 2009. и 2010. године детаљно је наведен у годишњим извештајима **Комисије**. Њихов број је у сталном порасту, посебно од друге половине 2010. године. У току 2011. године у периоду 1. јануар – 30. јун запримљено је 60 захтева за споразумно утврђење штете. **Комисија** не води посебно евиденцију о повређеним и зајемченим правима, па и о повређеном праву на суђење у разумном року.

У годишњем извештају **Комисије** за 2009. годину сачињеном 30.1.2010. године, констатовано је следеће:

Комисија је у тој години запримила 41 захтев за накнаду штете на основу одлука Уставног суда којим је то право и утврђено. **Комисија** је до краја године решила 38 захтева. Преостала 3 захтева решена су у јануару 2010. године.

Од решених 38 захтева **Комисија** је у целости усвојила само два захтева. Делимично је усвојено 26 захтева, седам захтева је одбијено, два захтева нису решена јер је **Комисија** тражила додатне исправе зарад одлучивања о захтеву. Један захтев је решен тако што је здружен са већ постојећим другим захтевом. Подносиоци захтева (у целости или делимично усвојеним – укупно 28) су у 20 предмета доставили изјаве да су сагласни са предлогом споразума, као и обавештењем да ће потписати споразум након чега се приступило закључењу споразума и доношењу решења о исплати накнаде. Седам подносилаца захтева нису доставили одговоре да ли пристају на споразум док је један обавестио **Комисију** да не пристаје на споразум и да ће покренути судски поступак за накнаду штете пред надлежним судом.

Из годишњег извештаја о броју примљених, решених и нерешених предмета закључно са 31.12.2010. године, произилази следеће:

У току 2010. године **Комисија** је запримила 124 захтева. Решено је 88 захтева. На други начин је решено шест захтева. Само пет захтева је у потпуности усвојено. Делимично је усвојено 54 захтева. Одбијено је 29 захтева, 17 захтева није решено зато што **Комисији** нису достављени релевантни докази потребни за одлучивање. Подносиоци захтева су у најве-

ћем броју прихватили понуђене споразуме о делимичној исплати накнаде штете, док је само један обавестио **Комисију** да не пристаје на понуђени споразум. Неки подносиоци захтева нису доставили изјашњења и повратних информација о понуђеним споразумима нема.

Најмањи износ понуђене и прихваћене накнаде штете износио је 20.000,00 динара, а највиши 200.000,00 динара.

До 31.12.2009. године накнада је након закљученог споразума између подносиоца захтева и министра правде исплаћена само по једном споразуму, док је у јануару 2010. године исплаћена још у десет закључених споразума. Почетком 2010. године исплаћене су накнаде по споразумима закљученим у 2009. години.

У току ове године очекује се исплата по споразумима закљученим у 2010. години.

Исплате до сада нису извршене због недостатка средстава у буџету Републике Србије опредељених за те намене.

Приликом одмеравања висине накнаде **Комисија** се руководила праксом **Суда** и домаћих судова ценећи при томе и члан 19. Правилника о саставу и раду **Комисије.**[2] Поменутим чланом прописано је

Критеријуми и мерила за одређивање врсте и висине накнаде

Члан 19.

"Приликом одређивања врсте и висине накнаде штете, **Комисија** узима у обзир све околности, а нарочито: да ли је настала обична штета или и измакла добит, цене у време доношења одлуке и настанка штете, вредност коју је ствар имала за подносиоца захтева, да ли је штета учињена са умишљањем, без умишљаја, намерно, ненамерно, односно крајњом непажњом, јачину душевних болова због повреде части, слободе и права личности и слично.

Приликом одређивања висине накнаде **Комисија** ће имати у виду и судску праксу у области накнаде штете."

[2] "Службени гласник РС", бр. 27/08

Комисија није одлучивала нити усвајала захтеве за накнаду материјалне штете.

Признавани су и трошкови у висини издатака за уставну жалбу коју је подносилац уставне жалбе определио и то признавањем трошкова у висини награде за пуномоћника – адвоката који је написао уставну жалбу.

IV - Одлуке Европског суда за људска права у Стразбуру

Извршио сам анализу одлука и пресуда Европског суда за људска права у Стразбуру донетих против Републике Србије у периоду март 2008. – март 2009. и март 2010. - април 2011. године, због **повреде права:**

1. У предмету **Чех против Србије**, утврђена је **повреда права,** зато што је у парници за иселење поступак трајао од 16.10.1990. до 30. маја 2007. године. Подносиоцу представке утврђено је право на нематеријалну штету у висини од **2400 евра** и Република Србија обавезана на исплату.

2. **Суд** је у спору **Дамљановић против Србије** пресудом одлучио да представка није прихватљива. Подносилац представке је тражио да се утврди **повреда права** зато што привремена мера у породичном спору није била извршена у периоду од 4. августа 2004. до 02. марта 2006. године, а којом је наложена предаја деце. У образложењу пресуде **Суд** наводи да је држава предузела све мере да се привремена мера у вези са старатељством над децом и изврши.

3. Пресудом **Суда** у предмету **Станковић против Србије** од 16.10.2008. године, утврђена је **повреда права**. Та повреда је утврђена зато што је тужба у радном спору поднета 24. децембра 2001. године а поступак правноснажно завршен 29. марта 2007. године. Подносиоцу представке призната је нематеријална штета у висини од **600 евра** и држава обавезана да утврђени и признати износ исплати.

4. У предмету **Влаховић против Србије**, утврђена је повреда права зато што је извршна исправа донета 11.05.2001. године, постала правноснажна 15.06.2001. године, а извршење на основу пресуде спроведено 04.10.2007. године. Подносиоцу представке признато је право на нематеријалну штету у висини од **700 евра.**

5. У предмету **Црнишанин и други против Србије**, утврђена је подносиоцима представке **повреда права** и на име нематеријалне штете признато правично задовољење у износима од по **1.800 евра** те износу од **1.500 и 1.300 евра**.

6. Пресудом суда од 27. јануара 2009. године у предмету **Дорић против Србије** утврђена је **повреда права** и подносоцу представке утврђено правично задовољење у износу од **3.500 евра** на терет Републике Србије. Повреда права утврђена је зато што је поступак у радном спору пред Основним судом удруженог рада окончан 18.09.1989. године, након чега је подносилац представке три пута подносио предлог за понављање поступка, с тим што је трећи предлог поднет 13.01.1992. године, а о њему одлучено 19.03.1996. године, а потом поступак за исплату штете у висини изгубљене зараде траје још увек.

7. У предмету **Кривошеј против Србије** пресудом од 13. априла 2010. године, утврђено је правично задовољење, обавезивањем Републике Србије на исплату нематријалне штете у износу од **7.300 евра. Повреда права** утврђена је зато што је у бракоразводном спору тужба поднета у току 2000. године. Брак је разведен 07.10.2002. године, а дете поверено оцу и обавезана подноситељка представке на исплату издржавања. Пресудом је одређен и начин виђања детета. Отац одбио да омогући виђање. Поступак за извршење пресуде у делу одлуке о утврђеном праву на виђање отпочет од правноснажности пресуде која у овом делу није извршена иако је **Суд** налагао извршење пресуде у овом делу.

8. У предмету **"Кин-Стиб" и Мајкић против Србије**, утврђена **повреда права** подносиоцима представке због делимичног неизвршења арбитражне одлуке која је донета 10.04.1996. године. Извршење је одређено 07.06.1996. године, а арбитражна одлука није извршена у делу у коме је наложена предаја казина у посед. Поступак извршења је обустављен (прекинут), због покренутог поступка реструктурирања извршног дужника као субјекта приватизације. На име нематеријалне штете због **повреде права** одређено је правично задовољење у износу од **8.000 евра** подносиоцима представке на терет Државе Србије.

9. **Повреда права** утврђена је и у предмету **Ристић против Србије** пресудом од 18. јануара 2011. године. Утврђена, зато што је брак родитеља подносилаца представке разведен 28. децембра 2000. године и отац обавезан

да им плаћа до 25% његових месечних прихода на име издржавања. Пресуда је постала правноснажна 27. јуна 2001. године. Кривична пријава због извршеног кривичног дела неплаћања издржавања поднета је 02. априла 2003. године. Надлежно јавно тужилаштво је 13. маја 2003. године, покренуло кривични поступак против оца подносилаца представке и у том поступку није одлучено о кривици оптуженог зато што је поступак обустављен 16.07.2009. године, због наступеле застарелости кривичног гоњења. На име правичног задовољења подносиоцима представке досуђена је нематеријална штета у висини од **2.600 евра** на терет Републике Србије.

10. У предмету **Вељков против Србије**, пресудом од 19. априла 2011. године, утврђена је **повреда права** због неспровођења решења о одређивању привремене мере од 15. јуна и 11. децембра 2006. године и подноситељки представки утврђено право на накнаду нематеријалне штете у висини од **2.600 евра** на терет Републике Србије. Повреда права утврђена је у усложеном породичном спору чијој дужини је знатно допринела и подноситељка представке.

11**. Суд** је представку скинуо са списка у предмету **Јосиповић против Србије.** Поступак по тужби подносиоца представке отпочет је 20.10.1994. године у тековинском спору и није окончан. Влада Републике Србије је сачинила Декларацију, признала повреду права из члана 6. став 1. и члана 13. Конвенције и понудила подносиоцу представке правично задовољење у висини од **1.500 евра** који износ покрива нематеријалну и материјалну штету подносиоца представке. Понуђена накнада штете није прихваћена од стране подносиоца представке. Међутим, **Суд** је сматрао да понуђени износ представља у конкретном случају адекватно правично задовољење понуђено једностраном Декларацијом Владе Републике Србије.

12. Влада Републике Србије је у предмету **Милорад Марисављевић против Србије**, понудила једнострану Декларацију подносиоцу представке исплатом **3.000 евра** на име накнаде нематеријалне штете због повреде права. Подносилац представке је прихватио у Декларацији понуђени износ као правично задовољење. Правично задовољење је понуђено, зато што је првостепени суд у периоду од 29.12.1990. до 25.05.1993. године, донео пет пресуда којима је делимично усвајао тужбени захтев, а другостепени суд их све укинуо. Потом је 23.10.1998. године, донета поново пресуда а тужилац у спору (отац подносиоца представке), се упокојио 04.09.1999. године. Подносилац представке преузима парницу. Првосте-

пени суд потом укида делимичну пресуду од 20.12.1999. године, а од 26.01.2001. године до 24.07.2003. године, другостепени суд три пута укида првостепену пресуду. Поступак је још у току.

13. **Суд** је 07. децембра 2010. године донео Одлуку у вези са допуштеношћу у предмету **Даница Дачић против Србије.**

Подноситељка представке 21.11.2005. године поднела тужбу ради вршења родитељског права и плаћања издржавања за дете. Првостепени Суд је пресудом од 20. марта 2007. године вршење родитељског права (старатељство) поверено подносиоцу представке, наложио оцу детета да плаћа дечје издржавање и уредио право туженог оца на виђање детета. Пресуда је постала правноснажна 05.09.2007. године. Предлог за извршење подноситељка представке подноси 27. јануара 2008. године а извршни Суд решење о извршењу 11.03.2008. године. Поступак извршења је у току.

Подноситељка представке је 11. јула 2008. године поднела жалбу **Уставном суду** у вези са њеним притужбама на рад извршног Суда.

Суд је представку прогласио недопуштеном. Недопуштена је због тога што је већ утврдио да уставну жалбу у начелу треба сматрати делотворним правним средством у смислу члана 35. став 1. Конвенције а у вези са свим представкама поднетим против Србије од 07. августа 2008. године. Такав став је изражен у предмету Винчић и др. против Србије. Предметна представка је поднета 16.09.2008. године, а **Уставни суд** о њој још није одлучио, па Суд сматра да би било преурањено да заузме став о суштини представке.

V - Судска пракса судова опште надлежности

У уводним напоменама сам назначио да су грађанска одељења из основних, виших и апелационих судова доставила информације о парницама у овим споровима пред тим судовима. Следом добијених информација написао сам овај део тематског рада.

1) Пред Основним судовима у Косовској Митровици, Параћину, Пријепољу, Пироту, Пожаревцу, Новом Пазару, Краљеву, Сомбору, Крагујевцу, Шапцу, Лозници, Смедереву и Врању... није суђено у парницама за накнаду штете због **повреде права** на суђење у разумном року. Тих

парница није било ни пред Вишим судовима у Шапцу, Сомбору, Панчеву, Косовској Митровици, Чачку, Јагодини, у Суботици и Неготину.

2) - Тужбе за накнаду штете по којима су парнице у току

1/2 Пред Основним судом у Ваљеву у току је парница за накнаду штете настале поводом **повреде права.** Парница је евидентирана под бројем П. ..37/10. Тужилац тужбом тражи накнаду материјалне штете у висини трошкова кривичног поступка које је имао у предмету Општинског суда у Ваљеву К. бр. 1135/07. Кривични поступак је окончан доношењем одбијајуће оптужбе због наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења. Оптужни предлог је поднет 14.11.2002. године, први главни претрес заказан за 3.3.2004. године, прва првостепена пресуда донета 14.5.2004. године, правноснажна пресуда уручена странкама 16.5.2005. године (по протеку годину дана од дана објављивања). Окружни суд у Ваљеву је два пута укидао изречене првостепене пресуде, а одбијајућа оптужба правноснажно изречена 8.4.2008. године.

Тужилац сматра да је **повредом права** за њега наступила материјална штета у висини издатака за ангажовање адвоката у кривичном поступку.

Уставну жалбу због повреде истог права тужилац подноси 18. јуна 2008. године, по којој **Уставни суд** до дана подношења тужбе у овом спору 29. јула 2010. године није одлучио.

2/2 Основни суд у Вршцу поступа у спору по тужби тужиље против **тужене**. Судећи предмет евидентиран је под бројем П. ..23/10. Тужбом се тражи исплата нематеријалне штете због **повреде права.** У кривичном предмету Општинског суда у Вршцу К. бр. 393/07. Приватна кривична тужба поднета је 20.10.2005. године. Кривични поступак окончан одбијањем оптужбе због наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења. Одлуку о одбијајућој оптужби донео је другостепени жалбени суд дана 19.10.2009. године. Тужбом се тражи накнада нематеријалне штете у износу од 1.000.000,00 динара.

3/2 Општинском суду у Бачкој Тополи поднета је тужба 14 тужилаца дана 19.1.2009. године за накнаду штете због **повреде права**. Тужиоци у реферату тужбе наводе да је то право повређено у парници за исплату

зараде покренутој тужбом из 1997. године, а окончаној 4.4.2008. године. Тужиоци тужбом траже исплату штете у висини од по 75.000,00 динара. У спору није донета судска одлука.

4/2 Пресудом Основног суда у Чачку П. бр. ..82/10 од 19.11.2011. године, обавезана је тужена – **Основни суд у Чачку**, да тужиоцу исплати 400.000,00 динара на име накнаде штете због **повреде права** и 32.500,00 динара на име трошкова заступања пред **Уставним судом** и Комисијом са спп. Уставни суд је утврдио **повреду права** са правом на накнаду нематеријалне штете, па је тужилац поднео захтев **Комисији** која по захтеву није одлучила у року од 30 дана, због чега је тужилац био принуђен да поднесе предметну тужбу. Крајем јуна ове године жалба **тужене** са првостепеним списом достављена је на одлучивање Апелационом суду у Крагујевцу.

Одлуком Уставног суда Уж. 4/08 од 23.4.2009. године, утврђено је да је у поступку који је у току пред Општинским судом у Гучи под бројем 289/07 **повређено право** тужиоца на суђење у разумном року и да тужилац има право на накнаду штете коју може остварити на начин прописан у члану 90. Закона о Уставном суду.

Тужба је поднета Основном суду у Гучи 23.3.1978. године ради утврђења неважности тестамента. У том парничном предмету поступало је пет судија, а прва пресуда донета је по закључењу расправе 17.10.2008. године. Апелациони суд у Крагујевцу је у жалбеном поступку преиначио другу донету првостепену пресуду П. бр. 124/09 од 18.9.2009. године.

5/2 Пред Основним судом у Крушевцу у току су спорови у осам судећих предмета за исплату накнаде штете због **повреде права.** Тужилац је сада држављанин друге државе, а осим накнаде штете због **повреде права** тражи и друге видове штете. Тужиоца у споровима заступа као пуномоћник лице које није адвокат, што отежава поступање и тужбама. Пред првостепеним судом биле су у току или су сада у току бројне парнице у којима је овде тужилац учествовао као странка које су дуго трајале или још увек трају. Стога је тужилац поднео уставну жалбу тражећи да се у 22 парнична предмета пред **Уставним судом** утврди повреда зајемчених права. Уставни суд је раздвојио поступке и формирао 22 одвојена предмета. У предмету П. бр. ..1/11 тужилац тражи исплату нематеријалне штете због **повреде права** на суђење у разумном року у висини од **3.100 еура** са споредним тражењем. Штету тражи на основу одлуке **Уствног суда** Уж.

бр. 914/08 од 20.12.2010. године, којом је утврђена **повреда права** и право подносиоца уставне жалбе на накнаду нематеријалне штете.

По деветој тужби овог тужиоца евидентираној код Основног суда у Крушевцу под бројем П. 706/10 поступак је окончан пресудом Апелационог суда од 31.3.2011. године одбацивањем тужбе и судски предмет је приказан.

Тужилац из ових парница дана 18.5.2011. године подноси пет тужби Првом основном суду у Београду против тужене за накнаду нематеријалне штете. Тужбе су код тог суда евидентиране под бројем П. ...02/11; П. ...08/11; П. ...10/11; П. ...13/11 и П. ...17/11. У рефератима тужбе помињу се извршни предмети Општинског суда и Основног суда у Крушевцу, те одлуке **Уставног суда**, којима је утврђена **повреда права** и право на накнаду нематеријалне штете. Тужбеним захтевима тражи исплату 480.000,00 динара са спп, 430.000,00 динара са спп, 350.000,00 динара са спп, 380.000,00 динара са спп и 370.000,00 динара са спп. Утужује и трошкове настале поводом уставне жалбе и захтева за исплату штете по уставној жалби у износима од по 38.750,00 динара.

6/2 Неправноснажном пресудом Општинског суда у Панчеву П. бр. ..31/10 од 17.9.2010. године, обавезана је тужена да тужиљи исплати 500.000,00 динара са каматом од момента пресуђења до исплате и трошкове спора на име "**повреде права** на окончање судског поступка у разумном року и на исплату штете у висини од 500.000,00 динара, због насилног лишења слободе."

Штета је досуђена, зато што је против тужиље решењем Окружног суда у Панчеву одређен притвор који се рачуна, почев од 18.3.1995. године. Тужиља је као окривљена у притвору провела три месеца и 11 дана, боравећи у притвору до 29.6.1995. године. Кривични поступак је обустављен правноснажним решењем Окружног суда од 24.2.2009. године. Обустављен је услед наступања застарелости кривичног гоњења. Првостепени суд је за време трајања кривичног поступка четири пута изрицао осуђујуће пресуде, а Врховни суд Србије у жалбеним поступцима изречене првостепене пресуде укидао и кривични предмет враћао првостепеном суду на поновно суђење. Тужена се у спору за накнаду штете бранила овим чињеницама тврдећи да судски поступак није одуговлачен и није дуго трајао кривицом судова који су поступали.

Првостепени суд је при одмеравању досуђене штете, ценио разлоге оспоравања тужбених захтева и није их уважио, досуђујући штету са разлога што је кривични поступак трајао скоро 14 година, досудивши половину утуженог износа по овом основу на основу одредбе члана 32. и 35. Устава РС и члана 6. **Конвенције.**

Незадовољне првостепеном пресудом обе странке, дакле тужиља и тужена су изјавиле жалбу Апелационом суду у Новом Саду.

7/2 Решењем Основног суда у Новом Саду П. бр. 55856/10 прекинут је поступак по тужби тужиље – противтужене до окончања спора у парници пред судском јединицом у Србобрану евидентираном под бројем П. ..66/10.

Тужбом од 2.9.2010. године у прекинутом парничном поступку тужиља тражи накнаду штете због **повреде права** у парници у току, евидентираној у судској јединици под бројем П. 8366/10. Парница је отпочела пре 9 година. У парници су донете две првостепене пресуде које су укинуте другостепеним решењима. Утужена је нематеријална штета у висини од 500.000,00 динара са спп. Тужбени захтев се заснива на **Конвенцији** и члана 17. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама.

8/2 Пред Вишим судом у Лесковцу у предмету евидентираном под бројем П. ./11 у току је спор по тужби тужиоца-против **тужене** у коме се поред осталих захтева тужбом тражи и исплата 3.000.000,00 динара на име накнаде штете због **повреде права.**

Тужбени захтев се заснива на правноснажној ослобађајућој кривичној пресуди Основног суда у Лесковцу.

9/2 Решењем Апалационог суда у Новом Саду пословни бр. Гж. 8854/10 од 1.10.2010. године, усвојене су жалбе парничара укинута пресуда Основног суда у Зрењанину П. бр. ..50/10 од 3.3.2010. године и предмет враћен првостепеном суду на понован поступак.

Првостепеном пресудом делимично је усвојен тужбени захтев и утврђено да је Окружни суд у Панчеву у судском предмету К. бр. 97/07 повредио право тужиоца на суђење у разумном року и обавезао **тужену** да тужиоцу исплати новчани износ од 1.000.000,00 динара са законском каматом од 3.3.2010. године и трошкове спора од 88.600,00 динара. Преко досуђеног, а до утуженог износа за износ од 4.000.000,00 динара, одбијен је као неоснован тужбени захтев.

Првостепени суд је усвојио тужбени захтев налазећи да је кривични поступак у време закључења главне расправе трајао дуже од пет година. Оптерећеност поступајућег председника већа Окружног суда у Панчеву и свих других судија који су поступали по изјављеним правним лековима није правни основ за ослобађање од обавезе суђења у разумном року па је тако дугим суђењем повређено право тужиоца заштићено чланом 6. **Конвенције** и чланом 32. **Устава** процењујући да на основу тих околности тужиоцу треба досудити 1.000.000,00 динара на име примерене сатисфакције.

Другостепени суд у укидном решењу налаже првостепеном суду да у поновном поступку утврди да ли **Уставни суд** одлучује о уставној жалби тужиоца због **повреде права**, а потом да оцени да ли је тужба пред редовним судом била дозвољена.

10/2 Пресудом Апелационог суда у Крагујевцу Гж. бр. ..68/10 од 7.2.2011. године, укинута је првостепена пресуда Вишег суда у Крагујевцу П. бр. 29/10 од 20.10.2010. године, којом је делимично усвојен тужбени захтев тужилаца и тужена обавезана да тужиоцима исплати по 200.000,00 динара на име претрпљених душевних болова због **повреде права** личности.

Досуђени износ представља накнаду штете због дужине трајања кривичног поступка.

Првостепени суд изражава став да тужиоци нису били у обавези да се претходно са уставном жалбом обрате **Уставном суду** јер је право на тужбу на накнаду ове штете засновано на одредбама Закона о облигационим односима и **Конвенцији** и да тужиоцима припада право на правичну накнаду у складу са циљем којим служи та накнада.

У укидном налогу другостепеног суда наложено је првостепеном суду да при оцени евентуалне преурањености тужбеног захтева има у виду одредбе чл. 82, 83, 89. Закона о Уставном суду, јер је првостепеном пресудом укинутом другостепеним решењем досуђен износ због **повреде права.**

11/2 Пред Општинским судом у Зрењанину у току је парница за накнаду нематеријалне штете у којој тужилац тражи да се тужена обавеже да му исплати 300.000,00 динара са споредним тражењима. Тужба је поднета 21.4.2010. године, и њоме се тражи исплата штете због **повреде права.**

Из реферата тужбе произилази да је решењем Општинског суда у Новом Бечеју Кв. бр. 24/09 од 16.3.2009. године утврђено да је наступила

апсолутна застарелост кривичног гоњења, па је против тужиоца као оптуженог у кривичном предмету обустављен кривични поступак због кривичног дела принуде. ОЈТ у Зрењанину је против овде тужиоца 10.3.1999. године подигло оптужницу због основане сумње да је учињено кривично дело принуде. Потом се поступак у претресу по оптужници преводи све до доношења решења о обустави кривичног поступка против оптуженог овде тужиоца. Тужбом утужена штета се тражи зато што је по оцени тужиоца кривични поступак против њега трајао прекомерно дуго чиме је **повређено право** из члана 6. **Конвенције.**

У овој парници Основни суд у Зрењанину је решењем П. бр. ..85/10 од 2.9.2010. године одбио приговор месне ненадлежности тог суда. Против тог решења изјављена је жалба о којој није одлучено у другостепеном поступку.

12/2 Пред Првим основним судом у Београду у току су парнице евидентиране под бројевима П. ...74/11, П. ...83/11, П. ...28/11, П. ...57/11, П. ...21/11, П. ...38/11, П. ...31/11 и П. ...96/11. У свим овим парницама за накнаду нематеријалне штете због **повреде права** тужбе су засноване на утврђеној **повреди права** одлукама **Уставног суда** и неодлучивању **Комисије** по захтевима за накнаду нематријалне штете. Тужбама се тражи исплата износа од 1.500.000,00 динара; износа од 700.000,00 динара; износа од 500.000,00 динара; износа од 640.000,00 динара; износа од 800.000,00 динара; износа од 300.000,00 динара; износа од 25.000,00 динара и износа од 200.000,00 динара.

13/2 Тужилац у тужби евидентираној код Првог општинског суда у Београду под бројем П. ..65/10 тражи да се обавеже **тужена** да му исплати претрпљену нематеријалну штету у износу од 49.450,00 динара са спп и до тада настале трошкове. Према реферату тужбе повреда права извршена је у предмету извршења започетог 6.4.2004. године, пред Основним судом у Јагодини. На основу тужиочеве притужбе као повериоца предмета извршења Надзорни одбор Врховног суда Србије утврдио је да постоје неправилности у поступку извршења, о њима обавестио председника Општинског суда у Јагодини и наложио да у оквиру својих овлашћења предузме мере да се поступак спроведе по правилима ЗИП-а.

14/2 Неправноснажном пресудом због пропуштања Првог основног суда у Београду П. бр. ..66/11 од 13.4.2011. године, обавезана је тужена да

тужиоцу на име **повреде права** исплати износ од 650.000,00 динара са каматом почев од 13.4.2011. године и трошкове спора.

У образложењу поменуте пресуде првостепени суд наводи да је одлуком **Уставног суда** од 20.4.2010. године утврђена повреда права и право на накнаду нематеријалне штете о коме **Комисија** није одлучила.

15/2 Неправноснажном пресудом Првог основног суда у Београду П. бр. ...66/10 од 18.3.2011. године делимично је усвојен тужбени захтев и обавезана **тужена** на исплату нематеријалне штете због **повреде права** и тужиоцима исплати по 450.000,00 динара са спп. Преко досуђеног, а за износе од по 3.050.000,00 динара са утуженом каматом тужбени захтеви су као неосновани одбијени.

Првостепени суд је утврдио да је одлуком **Уставног суда** од 9.6.2010. године усвојена уставна жалба тужилаца, утврђена **повреда права** и права на накнаду нематеријалне штете. Тужба је поднета за накнаду штете 23.6.1976. године. Поступак у парници је окончан 18.11.2010. године. Првостепени суд цени све околности које су утицале на дужину поступка и налази да је на дужину поступка утицало и понашање тужилаца у сразмери од 10%, па налазећи да тужиоцима припада накнада у износима по 500.000,00 динара умањио те износе за 10% за по 50.000,00 динара и тужиоцима досудио по 450.000,00 динара.

16/2 Неправноснажном пресудом Првог основног суда у Београду П. бр. ..36/10 одбијен је као неоснован тужбени захтев тужиље због незаконитог рада Општинског суда у Суботици, а за исплату штете у износу од 301.000,00 динара са спп. Утужени износ тужиља тражи због **повреде права** у предмету Општинског суда у Суботици К. бр. 35/06 у коме је одбијена оптужба против окрвиљеног због наступеле апсолутне застарелости кривичног гоњења а по приватној кривичној тужби тужиље због кривичног дела клевете. Тужбени захтев је одбијен јер је првостепени суд нашао да бројно одлагање претреса није безразложно, да за свако одлагање постоје разлози који су у функцији економичности поступка. Претреси су одлагани због недоласка неког од позваних, а притом је вођено рачуна да се докази концентришу и позивање врши преко МУП-а. Тужиља је и одуговлачила кривични поступак јер јој је требало неколико месеци да уреди тужбу, па је у таквом стању поступка наступила застарелост 9.9.2008. го-

дине иако је првостепена пресуда експедована 18.8. исте године достављена пуномоћнику приватне тужиље.

17/2 Неправноснажном пресудом Основног суда у Неготину, Судска јединица у Кладову пословни број П. ..1/10 од 11.6.2010. године обавезана је тужена да тужиоцу на име накнаде штете због **повреде права** у предмету првостепеног суда П. бр. 781/06 исплати износе од 150.000,00 динара на име накнаде нематеријалне штете, а који износ је тужиоцу признала **Комисија** одлуком од 10.11.2009. године, са законском каматом почев од 10.8.2009. године, до исплате. Истом пресудом делимично је усвојен тужбени захтев и обавезана тужена да тужиоцу на име накнаде материјалне штете због **повреде права** у предмету првостепеног суда П. бр. 781/06 исплати износ од 137.450,00 динара све са законском каматом почев од 10.8.2009. године па до исплате, те износ од 1.500,00 динара и 10.000,00 динара са каматом од првостепеног досуђења па до исплате. Преко досуђеног, а утуженог износа за накнаду материјалне штете тужбени захтев је одбијен као неоснован, а **тужена** обавезана да тужиоцу исплати парничне трошкове.

Против ове пресуде **тужена** је изјавила благовремену жалбу о којој Апелациони суд у Београду није одлучио.

Првостепени суд утврђује да је одлуком **Уставног суда** Уж. бр. 690/08 од 17.6.2009. године утврђено да је у парничном предмету пред првостепеним судом П. бр. 781/06 повређено право тужиоца (подносиоца уставне жалбе) на суђење у разумном року и утврђено право на накнаду штете на начин предвиђен чланом 90. Закона о Уставном суду. **Повреда права** и утврђење права на накнаду штете утврђено је са разлога што је поменути парнични поступак трајао 16. година.

Комисија је Одлуком од 10.11.2009. године признала тужиоцу право на накнаду нематеријалне штете у износу од 150.000,00 динара са којом висином се тужилац сагласио писменом изјавом од 27.11.2009. године. Међутим, утврђена и призната накнада није исплаћена, а тужиоцу није признато ни право на трошкове уставне жалбе у висини од 15.800,00 динара.

Материјална штета досуђена је у висини издатака за парничне трошкове настале по протеку три године од дана подношења тужбе јер првостепени суд сматра да је то разуман рок у коме је парницу трабало окончати па су у том смислу обрачунати парнични трошкови и тужиоцу досуђени ставом 2. изреке првостепене пресуде.

18/2 Неправноснажним решењем Основног суда у Зрењанину од 18.10.2010. године, одбијен је приговор стварне ненадлежности за поступање тог суда у парници по тужби тужиоца против **тужене** за накнаду нематеријалне штете због **повреде права,** а у износу од 300.000,00 динара са законском каматом почев од првостепеног пресуђења до исплате.

Против овог решења тужена је изјавила благовремену жалбу Вишем суду у Зрењанину о којој није одлучено.

Тужилац у реферату тужбе истиче да је парнични поступак покренут тужбом поднетом суду 16.12.2002. године и да је још увек у току пред Основним судом у Новом Саду.

3) - Парнице за накнаду материјалне штете

1/3 Правноснажном пресудом Окружног суда у Ваљеву Гж. 1188/09 одбијена је као неоснована жалба тужене и потврђена пресуда Општинског суда у Ваљеву П. 262/08 којом је **тужена** обавезана да тужиоцу исплати накнаду штете у износу од 94.000,00 динара са спп.

Утужени и досуђени износ представља накнаду материјалне штете, у висини трошкова кривичног поступка насталих за тужиоца у кривичном предмету Општинског суда у Ваљеву К. бр. 138/07. У кривчном предмету у коме је оштећеног тужиоца заступао пуномоћник адвокат, наступила је апсолутна застарелост кривичног гоњења 12.11.2007. године, па је оптужба одбијена првостепеном пресудом Кж. бр. 465/08 од 5.8.2008. године.

Првостепени суд је утврдио да је прва изречена кривична пресуда од 23.3.2005. године из суда експедована 23.5.2006. године. Другостепено укидно решење донето је 19.11.2006. године и у првостепени суд са списом приспева 29.3.2007. године. Поменути дуги рокови за израду и експедицију првостепене и другостепене пресуде представљали су правни основ за усвајање тужбог захтева. Таквим поступањем у кривичном поступку по оцени парничног суда првостепени и другостепени суд су узроковали одбијање оптужбе онемогућавањем оштећеног као тужиоца (у овом спору тужиоца) да у кривичном поступку наплати трошкове од окривљеног.

2/3 Пресудом Окружног суда у Ваљеву Гж. бр. 691/08 од 14.5.2008. године одбијена је као неоснована жалба тужене и потврђена пресуда Општинског суда у Ваљеву П. бр. 1369/06 од 27.3.2008. године, којом је **ту-**

жена обавезана да тужиоцу исплати 59.350,00 динара са спп. Утужени и досуђени износ представља трошкове кривичног поступка, у предмету првостепеног суда К. бр. 179/04. Поступак је обустављен услед наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења.

3/3 Правноснажном пресудом Општинског суда у Ваљеву П. бр. 27/09 од 29.5.2009. године обавезана је **тужена** да тужиоцима од 1. до 26. реда исплати од 12.078,25 до 37.673,82 динара, свима са каматом почев од 20.4.2006. године, до исплате и трошкове спора у износу од 630.200,00 динара. Спорови по тужбама окончани су по правилима поступка у споровима мале вредности. Утужени и досуђени износи представљају накнаду штете коју су тужиоци претрпели појединачно у предмету извршења Општинског суда у Ваљеву евидентираном под бр. И. 47/06. Досуђена штета представља новчене износе утврђене растом цена на мало, на висину извршних тражбина у овој парници тужилаца, а у поступку извршења извршних поверилаца у периоду од 25.4.2005. године, као дана доношења првог решења о намирењу па до 19.4.2006. године, као дана намирења. Утврђено је да је у извршном поступку намирење непотребно трајало 17 месеци кривицом извршног суда и без икакве кривице извршних поверилаца, с тим што је поступак извршења започет предлогом из 2001. године.

4/3 Пресудом Вишег суда у Ваљеву Гж. бр. 1378/10 од 14.11.2010. године, одбијена је као неоснована жалба тужиоца и потврђена пресуда Општинског суда у Ваљеву П. бр. 2205/09 од 3.12.2009. године, којом је као неоснован одбијен тужбеи захтев тужиоца за исплату 155.500,00 динара.

Утужени и правноснажном пресудом одбијени тужбени захтев, тужилац тражи на име трошкова кривичног поступка које је услед обуставе кривичног поступка није наплатио од окривљеног у кривичном предмету првостепеног суда. Приватна кривична тужба поднета је 3.3.2005. године, а кривични поступак обустављен 27.3.2009. године услед наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења.

Тужбени захтев је одбијен јер је првостепени суд поступао ажурно, заказујући претресе на 15 или 20 дана. Исти суд је спречавао злоупотребу процесних права окривљеног у приватној кривичној тужби. Издавао је наредбе за привођење окривљеног који се у току поступка и крио. Спречавао је злоупотребе изузећа. Два пута изрицао првостепене пресуде које је другостепени суд по жалбама окривљеног укидао, што све указује да у

поступању кривичних судова нема незаконитог ни неправилног рада, па следом тога ни одговорности тужене за накнаду штете.

5/3 Правноснажном пресудом Основног суда у Ваљеву П. бр. 659/10 од 10.5.2010. године, **тужена** је обавезана да плати тужиоцу 158.000,00 динара са спп.

Утужени и досуђени износ представља трошкове кривичног поступка насталих у кривичном предмету по тужиочевој приватној кривичној тужби у предмету Основног суда у Ваљеву у коме је оптужба одбијена услед наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења. У том кривичном предмету тужиочеви трошкови су 48.000,00 динара. Правноснажно су му досуђени зато што су кривични судови повредили права тужиоца на суђење у разумном року обустављањем кривичног гоњења. Утврђено је да су кривични судови поступали неажурно јер је првостепени суд пресуду доставио странкама након седам до девет месеци рачунајући од изрицања. Жалбе странка достављене су на одговор шест месеци по њиховом изјављивању. Након уручења укидног другостепеног решења нови главни претрес заказан је осам месеци по достављању списа другостепеног суда.

6/3 Пресудом Вишег суда у Ваљеву Гж. бр. 52/11 од 27.1.2011. године, одбијена је жалба тужене и потврђена пресуда Основног суда у Ваљеву П. бр. 3066/10 од 24.5.2010. године, којом је тужена обавезана да плати тужиљи штету у висини трошкова кривичног поступка у износу од 92.500,00 динара са спп.

Тужиљи су досуђени трошкови кривичног поступка зато што је у кривичном поступку у предмету Основног суда у Ваљеву К. бр. 940/10 одбијена оптужба против окривљеног услед наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења. У кривичном поступку по оптужном предлогу ОЈТ Ваљево, тужиља је учествовала као оштећена. Оптужни предлог поднет је 27.9.2004. године. У поступку по њему одржано је пет, а неодржано 13 претреса без изрицања првостепене пресуде. Пресуда којом је оптужба одбијена донета је 9.2.2010. године. Тужиљини трошкови састоје се у издацима за пуномоћника – адвоката који ју је заступао као оштећену у кривичном поступку.

7/3 Виши суд у Ваљеву пресудом Гж. бр. 1354/10 од 4.11.2010. године одбија као неосновану жалбу тужене и потврђује пресуду Општинског суда у Убу П. бр. 174/09 од 10.8.2009. године, којом је тужена обавезана да тужиоцу исплати 116.000,00 динара са спп.

Утужени и досуђени износ представља трошкове кривичног поступка настале за тужиоца као приватног тужиоца у предмету Општинског суда у Убу. Првостепени кривични суд је три пута изрицао првостепену пресуду која је у жалбеном поступку укидана другостепеним решењем. Главни претрес није одржан 16 пута, а одржан је 7 пута. До застаре кривичног гоњења дошло је по оцени првостепеног и другостепеног суда зато што првостепени кривични суд није спречио злоупотребу процесних права окривљеног у кривичном поступку.

8. Окружни суд у Ваљеву је пресудом Гж. бр. 810/08 од 5.6.2008. године преиначио првостепену пресуду Општинског суда у Ваљеву П. бр. 1118/07 од 5.12.2007. године којом је одбијен као неснован тужбени захтев, усвојио тужбени захтев и обавезао тужену да тужиоцима исплати штету у износу од 98.250,00 динара са спп.

Утужени и другостепеном пресудом досуђени износ представља трошкове кривичног поступка у предмету првостепеног суда К. бр. 970/04 у коме је одбијена оптужба против окривљеног због наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења против окривљеног. Тужиоци су као оштећени 26.3.2003. године поднели кривичну пријаву против окривљеног због кривичног дела преваре извршеног у мају 1999. године. ОЈТ Ваљево је 28.4.2004. године поднео оптужницу која је ступила на правну снагу почетком јануара 2005. године. Главни претрес заказан је за 5.4.2005. године и наређено привођење окривљеног који се није појавио на заказаном претресу дана 8.2.2005. године. Оптужени није приведен јер није пронађен на адреси становања. Потом су заказани претреси неодржани због недоласка оптуженог па његовог браниоца па онда и сведока. Првостепени суд пресудом од 12.1.2006. године одбија оптужбу према окрвиљеног због апсолутне застаре. Апсолутна застара је према кривичног закону важећем у време извршења дела и оптужења наступала у првој половини 2009. године. Међутим 1.1.2006. године ступио је на правну снагу кривични закон, који је за кривично дело преваре прописивао новчану казну или казну затвора у трајању од три године, који је као блажи примењен на учиниоца – оптуженог. Првостепени суд је одбио тужбени захтев налазећи да нема кривице суда, нити **повреде права**. Другостепени суд изражава другачији резон и сматра да је првостепени кривични суд крив што до ступања на правну снагу новог кривичног закона није донео мериторну пресуду, спречио злоупотребу процесних права, а и зато: ***"Што се***

у стручним круговима чуло да се припрема нови кривични закон са чијим нацртом су судије могле да се упознају"???

4) - Парнице за накнаду нематеријалне штете

1/4 Неправноснажном пресудом Основног суда у Новом Саду П. бр. ..60/10 од 30.5.2011. године, делимично је усвојен тужбени захтев и **тужена** обавезана да плати тужиоцу на име накнаде штете због **повреде права** личности 400.000,00 динара са спп. Преостали тужбени захтев до утуженог износа од 1.000.000,00 динара је као неоснован одбијен.

Првостепени суд је досудио тужиоцу пресудом утврђену штету због **повреде права**. Ово право повређено је по утврђењу првостепеног суда у два судећа радна спора у којима је тужилац био тужилац у радном спору. То су предмети првостепеног суда П. бр. 2639/04 и П. бр. 3/09. У предмету П. бр. 2639/04 радни спор је трајао од 12.10.1999. године до 15.12.2005. године, укупно 6 година 2 месеца и 3 дана. У предмету П. бр. 3/09 радни спор је трајао од 3.5.2006. године до 21.12.2010. године, укупно 4 године, 7 месеци и 18 дана. Тужилац није скривио дужину трајања поступка. Тужбени захтев је делимично усвојен на основу члана 172. ЗОО, 32. и 35. Устава, члана 6. **Конвенције**, члана 195. став 3. Закона о раду и члана 435. ЗПП.

2/4 Пресудом Основног суда у Новом Саду – Судска јединица у Темерину П. бр. ..71/10 од 7.7.2010. године делимично је усвојен тужбени захтев и тужена обавезана на исплату 55.000,00 динара са спп на име накнаде штете због претрпљених душевних болова због повреде **права** личности.

Утужени и делимично досуђени износ заснован је на **повреди права**. Првостепени суд је утврдио да је тужилац тужбом од 15.12.2005. године покренуо радни спор и да је у току првостепеног поступка донето више пресуда које је другостепени суд укидао у жалбеном поступку. Последња првостепена пресуда донета је 17.4.2009. године и потврђена је пресудом Апелационог суда у Новом Саду Гж. бр. 7768/10 од 14.4.2010. године.

Пресуда је заснована на члану 6. **Конвенције** и члану 32. Устава, члану 195. Закона о раду, члану 435. ЗПП, те члану 200. ЗОО и члану 224. ЗПП.

(Нема података да ли је против првостепене пресуде изјављена жалба).

3/4 Судска јединица у Темерину, Основног суда у Новом Саду, пресудом пословни број П. ..57/10 од 22.11.2010. године делимично усваја тужбени захтев и **тужену** обавезује да тужиоцу на име накнаде нематеријалне штете услед душевних болова због повреде права личности исплати 70.000,00 динара са спп.

Тужбом утужени, а првостепеном пресудом досуђени износ заснован је на **повреди права**, на члану 6. **Конвенције**, члану 32. **Устава**, члану 435. ЗПП, члану 195. Закона о раду, члану 200. став 2. ЗОО и члану 224. ЗПП.

Првостепени суд је утврдио да је тужба поднета 21.5.2002. године. Парница у радном спору окончана је пресудом Окружног суда у Новом Саду Гж. 4577/08 од 17.9.2009. године. Тужбени захтев је правноснажно одбијен. Тужилац је против другостепене пресуде ревизију изјавио јануара 2010. године. Ревизија је одбијена као неоснована.

(Нема података да ли је у току жалбени поступак против првостепене пресуде).

4/4 Апелациони суд у Новом Саду је пресудом Гж. бр. ..54/10 од 20.4.2011. године одбио као неосновану жалбу тужиље и потврдио пресуду Општинског суда у Зрењанину П. бр. ..7/09 од 1.4.2009. године, којом је одбијен захтев тужиље за исплату износа од 900.000,00 динара са спп.

Утужени износ се тражи по основу **повреде права.**

Нижестепени судови су захтев одбили налазећи да не постоји повреда тог права. Утврђено је да је тужба поднета 14.1.1994. године, и да у спору је поднета и противтужба. На сагласан предлог парничара у спору решењем првостепеног суда од 25.8.1999. године парнични поступак је прекинут и настављен је 24.7.2000. године. У спору по тужби и противтужби поступак је био усложен. Неколико пута је одређивано грађевинско вештачење које је додатно доприносило продужењу поступка. У спору су донете три првостепене и две другостепене одлуке у периоду од 2003. до септембра 2006. године. Ревизијска одлука којом је поступак коначно окончан донета је 24.1.2007. године. Оцењено је да је спор био изузетно сложен, да је у току поступка било специфичних околности које су доприносиле да спор дуже траје него што је уобичајено (сложеност вештачења). Зато другостепени суд изражава став да је поступак вођен у оквирима стандарда "суђења у разумном року".

5/4 Правноснажном пресудом Општинског суда у Зрењанину П. бр. ..3/09 од 29.5.2009. године обавезана је тужена да тужиоцу исплати 150.000,00 динара са спп, на име накнаде нематеријалне штете због **повреде права.**

Утуженим и делимично усвојеним тужбеним захтевом досуђени износ заснован је на накнади штете због **повреде права. Повреда права** извршена је у предмету првостепеног суда И. бр. 1071/96. Извршни поступак трајао је преко 11 година. У предмету извршења чињене су грешке у достављању, одређивању прекида поступка, налагању тужиоцу уплате износа од 11.760,00 динара на име трошкова спровођења извршења у форми дописа, непримерено дугог временског размака између закључка И. бр. 1071/96 од 14.11.2001. године и израде записника о спровођењу извршења урађеног по протеку 28 месеци. У поступку извршења поступало је више извршних судија, а вршене су и злоупотребе процесних овлашћења улагањем приговора и поднесака којима су извршни дужник и трећа лица тражили прекид поступка до окончања других поступака између истих лица. Све те чињенице као релевантне оцењене су и определиле висину досуђеног износа.

6/4 Пресудом Апелационог суда у Новом Саду пословни број Гж. ...11/10 од 5.12.2010. године, одбијена је као неоснована жалба тужене и потврђена пресуда Основног суда у Зрењанину пословни бр. П. 1339/10 од 21.9.2010. године у делу у коме је тужена обавезана да тужиоцу исплати 100.000,00 динара са спп због повреде члана 6. став 1. **Конвенције** којом су предвиђени услови за остваривање права на правично суђење у разумном року. Са вишком тужбеног захтева за преосталих утужених 100.000,00 динара, тужбени захтев је као неоснован одбијен.

Досуђени новчани износ представља накнаду штете због **повреде права** у предмету извршења Општинског суда у Зрењанину И. бр. 1576/04. Предложено извршење одобрено је и одређено решењем првостепеног суда од 7.7.2004. године. Поступак извршења је још увек у току.

Нижестепени судови правноснажно досуђују накнаду нематеријалне штете одбијајући и приговор стварне ненадлежности тужене. Истакнути приговор одбијају зато што у случају **повреде права** на суђење у разумном року, оштећени може захтев за накнаду штете поднети домаћем суду опште надлежности позивом на непосредну примену члана 6. **Конвенције,** као и на одредбе члана 35. став 2. Устава, јер свако има право на накнаду материјалне или нематеријалне штете коју му је незаконитим или неправилним радом

проузроковао државни орган ималац јавних овлашћења. Досуђени износ заснива се и на одредби члана 10. ЗПП, те одредби члана 172. ЗОО.

При одмеравању висине досуђене штете нижестепени судови су имали у виду да извршни поступак траје шест година, да још увек није окончан, да тужилац као извршни поверилац не може да оствари своје потраживање и да му је тиме **повређено право.** Изражен је став да у предмету извршења није било нарочито сложених и правних питања која би утицала на дужину трајања поступка и да је дуго трајање извршног поступка узроковано неажурним и неделотворним поступањем Општинског суда у Зрењанину, сада Основног суда у Зрењанину, јер извршни поступак представља законом уређен поступак по коме повериоци на законит начин остварују потраживања утврђена судским одлукама.

7/4 Неправноснажном пресудом Основног суда у Зрењанину П. бр. 1777/10 од 25.5.2011. године одбијен је приговор стварне ненадлежности суда за поступање у парници, тужбени захтев делимично усвојен, обавезана тужена да тужиоцу исплати новчану суму од 150.000,00 динара на име задовољења са каматом од 25.5.2011. године због повреде оредбе члана 10. ЗПП и тиме и права тужиоца на суђење у разумном року из члана 6. **Конвенције** и аналогном применом члана 32. Устава, учињеним од стране Општинског и Окружног суда у Зрењанину у парничном предмету П. бр. 875/09 с тим да тужилац плати трошкове спора у износу од 63.050,00 динара.

Утужени и првостепеном пресудом делимично досуђени износ представља накнаду штете због **повреде права**. Првостепени суд утврђује да је тужилац тужбу поднео 31.1.2007. године. У парници по тужби заказано је девет рочишта за главну расправу и главна расправа закључена је 9.10.2008. године. Тужилац је у парници тражио изузеће поступајућег судије. У парници тужилац има два пуномоћника адвоката и оца дипломираног правника.

Решењем другостепеног суда од 13.4.2009. године укинута је донета првостепена пресуда од 9.10.2008. године и предмет враћен првостепеном суду на поновно суђење другом судији. У поновљеном поступку расправа је закључена 2.6.2009. године и пресудом П. бр. 875/09б одбијен тужбени захтев. Виши суд у Зрењанину пресудом Гж. 31/10 од 17.2.2010. године усваја жалбу тужиоца, преиначује првостепену пресуду од 2.6.2005. године и усваја тужбени захтев, за исплату новчаног износа од **11.712,90 динара са спп.**

Првостепени суд утврђује да је поступак укупно трајао три године и скоро месец дана, чиме је **повређено право** изражавајући став да првостепени суд има право на непосредну примену члана 6. **Конвенције** и члана 35. став 2. Устава. Сматра да парнични поступак није био изузетно сложен, да тужилац није допринео одуговлачењу спора и да је основни разлог **повреде права** неделотворно поступање суда које даје право на накнаду штете у смислу члана 172. ЗОО и члана 10. ЗПП и члана 32. Устава.

Исти тужилац тужбом у предмету код истог суда евидентираном под бројем П. ...70/10 утужује накнаду штете тражећи исплату 600.000,00 динара са спп на име задовољења због повреде права тужиоца на правично суђење из члана 6. став 1. **Конвенције** у вези са чланом 18. и члана 32. Устава Републике Србије извршене од стране Продановић Богданке судије Општинског суда у Зрењанину у судском предмету под ознаком П. бр. 875/09. Напомиње се да је исти тужилац у већ поменутом предмету под бројем ...77/10 неправноснажном пресудом остварио накнаду нематеријалне штете због **повреде права** у предмету П бр.875/09.

Пресудом истог суда П. бр. ...70/10 од 3.3.2010. године делимично је усвојен тужбени захтев, обавезана тужена на исплату 300.000,00 динара са спп, а са вишком тужбеног захтева за још 300.000,00 динара захтев је одбијен.

Првостепеном пресудом досуђени износ представља накнаду због повреде тужиочеваг права на правично суђење које се огледа у томе што је најпре поступајући судија у предмету П. 875/09 на расправи од 4.3.2008. године, ускратила право тужиоцу да га у парници заступа његов отац на основу уредне писмене пуномоћи од 27.11.2007. године, руком писане, неоверене. Притом је поступајући судија противно члану 477. ЗПП, поступао противно закону јер није пресуду у поступку у спору мале вредности објавио одмах по закључењу расправе, нити је пресуду у законском року од осам дана писмено израдио сагласно одредби члана 341. став 1. ЗПП.

Апелациони суд у Новом Саду је пресудом Гж бр.883/2010 од 05.05.2011. године преиначио првостепену пресуду и одбио као неоснован тужбени захтев заснивајући пресуду на израженом ставу да је тужилац од евентуалних процесних повреда у првостепеном поступку заштићен правом на делотворан правни лек – жалбу. Против другостепене пресуде тужилац је изјавио ревизију о којој није одлучено.

8/4 Пресудом Апелационог суда у Београду Гж. бр. 8516/10 од 9.2.2011. године, одбијена је као неоснована жалба тужиоца и потврђена пресуда Другог општинског суда у Београду П. бр. 2135/08 од 17.10.2008. године, којом је у ставу 1. одбачена тужба у којом тужилац тражи да се утврди да је правноснажна пресуда Општинског суда у Ужицу П. бр. 815/97 незаконита, а ставом 2. одбијен као неоснован тужбени захтев којим тужилац тражи да суд обавеже **тужену** да му исплати на име накнаде штете због незаконите одлуке Општинског суда у Ужицу П. бр. 815/97 износ од 1.000.000,00 динара са спп.

Износ од 1.000.000,00 динара тужилац тражи на име **повреде права** и повреде права на правично суђење.

У разлозима за одбијање тужбеног захтева таксативно је наведено догађање у судећем предмету Општинског суда у Ужицу П. бр. 815/97 и стања у писарници почев од подношења тужбе 16.8.1979. године, па до доношења правноснажне пресуде П. бр. 815/97 од 19.2.1998. године. У спору по тужби поред тужиоца су још три тужиоца против шесторо тужених. Парница је била изузетно чињенично сложена јер је релевантна чињенична грађа датирала из периода из 1916. године, а поједини докази датирали су из 1934, 1935, 1939, 1948, итд. а у парници је учествовало више лица на страни тужиоца четири лица, на страни тужених шест лица, што је знатно отежавало вођење поступка нарочито због чињенице да тужиоци и тужени нису током целог поступка имали пуномоћника што је отежавало комуникације суда са странкама и доставу позива за расправе, а што је потом резултирало великим бројем неодржаних расправа због непоступања странака. Анализом тока кретања поступка у парници нижестепени судови су утврдили да су тужиоци својим поступањем допринели дужини поступка у парници пред Општинским судом у Ужицу, те да поступање у парници тог суда Окружног суда у Ужицу и Врховног суда Србије није био разлог неодржавање рочишта, одлагања расправа у току поступка и прекомерног трајања поступка јер судови нису поступали супротно својим правима и дужностима прописаним Законом о парничном поступку и нису ни на који начин допринели одуговлачењу поступка нити је било пропуста у поступању суда који су допринели да поступак не буде започет и завршен у разумном року. Са тих разлога судови изражавају став да тужилац не може тражити од **тужене** накнаду у смислу члана 172. ЗОО, а у вези са чланом 6. Закона о судијама, стога тужилац у том смислу не ужива судску заштиту за досуду нематеријалне штете.

9/4 Пресудом Вишег суда у Зајечару Гж. бр. 1246/10 од 2.9.2010. године, одбијена је као неоснована жалба тужиље и потврђена делимична пресуда Општинског суда у Зајечару П. бр. 5/08 од 26.5.2008. године, у ставу првом изреке којом је као неоснован одбијен тужбени захтев тужиље да се према **туженој** утврди да је против тужиље неосновано вођен кривични поступак у изреци наведеним кривичним предметима и да је повређено право тужиље на правично суђење, право на суђење у разумном року у наведеним предметима, зато што суд није спречио злоупотребу процесних овлашћења. Одбијен је и тужбени захтев за обавезивање **тужене** да тужиљи исплати на име накнаде нематеријалне штете због претрпљених душевних болова због повреде части и угледа права личности износ од 1.000 евра са домицилном каматом и за исплату износа од 10.000,00 динара на име трошкова заступања од стране адвоката у кривичном предмету.

Нижестепени судови одбијају као неоснован тужбени захтев, налазећи да су у кривичним предметима предузимане радње у складу са законским прописима и законским роковима, што подразумева да тужиљи није **повређено право** на правично суђење и суђење у разумном року, да је тужиља за време вођења кривичних поступака била заштићена презумпцијом невиности, све до окончања кривичних поступака због чега јој нису повређени ни углед ни част. Захтев за накнаду трошкова заступања у кривичном предмету у висини издатака за адвоката одбијен је зато што је тужиља пропустила да тај захтев определи у кривичном предмету у смислу члана 197. став 3. ЗКП.

10/4 Окружни суд у Зајечару је пресудом Гж. бр. 98/08 од 8.12.2008. године, одбио као неосновану жалбу тужиље и потврдио пресуду Општинског суда у Зајечару П. бр. 660/07 од 24.9.2007. године, којом је као неоснован одбијен тужбени захтев тужиље да се према туженој утврди да је повређено право тужиље на суђење у разумном року, јер суд није спречио злоупотребу процесних овлашћења од стране законског заступника тужене Општине Зајечар у парничном предмету и **тужена** обавеже да тужиљи исплати 150.000,00 динара нематеријалне штете и 50.000,00 динара материјалних трошкова изазваних дуготрајним суђењем.

Нижестепени судови одбијају тужбени захтев са разлога што су оценили да је парнични поступак вођен у складу са процесним нормама, да су рочишта благовремено заказивана и одржавана, да је тужиља преиначавала тужбене захтеве постављањем поред већ постојећих и нове, што

је све утицало на дужину трајања спора, за чију дужину нема кривице на страни поступајућих судова.

5) - Парнице у којима су тужбе одбачене као недозвољене

Налазим за потребно да посебно укажем на судска решења којима су тужбе за накнаду нематеријалне штете због **повреде права** на суђење у разумном року одбачене као недозвољене.

1/5 Решењем Вишег суда у Зрењанину Гж. бр. 1155/10 од 11.2.2011. године усвојена је жалба тужене, укинуто решење Основног суда у Зрењанину П. бр. 2654/10 од 28.4.2010. године и тужба одбачена.

Првостепеним решењем одбијени су приговор месне ненадлежности, приговор стварне ненадлежности и приговор недостатка активне легитимације.

Предмет спора је тужба за накнаду нематеријалне штете због **повреде права.**

Другостепени суд у укидном решењу којим одбацује тужбу истиче да тужбу сматра преурањеном. Преурањеном због тога што тужилац није испоштовао прописани правни пут за остварење заједмченог права за суђење у разумном року. Указује да само одлука **Уставног суда** којом се усваја уставна жалба и утврђује право на накнаду штете због повреде тог права, а потом обраћање **Комисији** по одлуци Уставног суда даје право тужиоцу да штету тражи и то под претпоставком да **Комисија** није одлучила о његовом захтеву у законом прописаном року. Зато другостепени суд тужбу сматра преурањеном, па је одбацује на основу процесног овлашћења из члана 279. став 1. тачка 1. ЗПП, а у вези са чланом 1. ЗПП.

2/5 Пресудом Апелационог суда у Крагујевцу Гж. бр. 93/11 од 31.3.2011. године укинута је пресуда Основног суда у Крушевцу П. бр. 706/10 од 18.5.2010. године у ставу 1. и 2. изреке и тужба у том делу одбачена.

Тужба је одбачена у делу у коме је првостепени суд као неоснован одбио тужбени захтев којим је тражено да се утврди постојање **повреде права** личности која му гарантује **Устав** и **Конвенција**, коју повреду је узроковао Општински суд у Крушевцу пропуштањем и неразумним одуговлачењем у спровођењу извршног поступка И. бр. 622/95. Одбијен је и тужбени захтев

тужиоца којим је тражио да суд утврди према њему постојање штете и права на потпуну накнаду узроковане штете коју је скривио првостепени суд као орган **тужене** због пропуштања неразумног одуговлачења извршног поступка И. бр. 622/95. Ставом 3. изреке првостепене пресуде правноснажно је одбијен тужбени захтев којим је тужилац тражио да се тужена обавеже да му плаћа новчане пенале у износу од 100 еура дневно за сваки дан **повреде права**, а почев од пресуђења па све док повреда траје.

Другостепени суд у укидном решењу којим одбацује тужбу тужиоца изражава правни став да је првостепени суд одлучио о захтеву који не спада у судску надлежност, јер је тужилац због **повреде права** чије утврђење тражи у овој парници поднео уставну жалбу тражећи да се утврди повреда зајемченог права због неразумног суђења у предмету извршења и да тај поступак тече пред **Уставним судом.**

3/5 Решењем Основног суда у Београду П. ...416/11 од 20.5.2011. године одбачена је тужба тужиоца против тужене. Тужилац, иначе страни држављанин поменут у претходном делу тематског рада[3] тужбом тражи да је тужена дужна да тужиоцу исплати нематеријалну штету због утврђене повреде људских права на основу усвојене уставне жалбе у укупном износу од 390.000,00 динара са припадајућом каматом на исплату накнаде поводом уставне жалбе и захтева за исплату по уставној жалби у укупном износу од 38.750,00 динара и исплату парничних трошкова. Ову тужбу са овако опредељеним тужбеним захтевом првостепени суд одбацује оцењујући да није у складу са чланом 187. став 1. сматрајући да тужба није уредна, обзиром да није наведена адреса заступника тужене, да тужбени захтев није правилно опредељен у односу на споредна тражења, да није опредељен рок од када тече затезна камата и да су то разлози из члана 103. став 6. ЗПП, да се тужба одбаци као неуредна без достављања на уређење и исправку.

4/5 Први основни суд у Београду решењем П. ...06/11 од 31.5.2011. године одбацио је тужбу истог тужиоца који је у овом судећем предмету тражио исплату нематеријалне штете у износу од 450.000,00 динара са припадајућом законском каматом до потпуне исплате, трошкове уставне жалбе у износу од 38.750,00 динара са затезном каматом од 27.1.2011. године и трошкове спора. Првостепени суд тужбу одбацује зато што ју је

[3] Види тачка V; 2.) под насловом "Тужбе за накнаду штете по којима су парнице у току"

поднео адвокат који тужбом тражи утврђење чињенице, а не права и решење о одбацивању заснива на одредби члана 100, 103, 187. и 188. ЗПП.

VI - Правни пут за остварење права на накнаду штете и правни основ за њену досуду

Из поменутих судских одлука донетих од стране судова опште надлежности, произилази да је спорно и правни пут за остварење права на накнаду штете учињене повредом права. Приказана анализа судских одлука упућује на то да је преовлађујућа и може се рећи готово јединствена судска пракса у којој се изражава став да се право на накнаду штете може остварити безусловно и директно у парници покренутој тужбом пред надлежним судом. То јасно произилази из у реферату приказаних мериторних судских одлука, а и из парница које су у току[4]. У поменутом делу реферата се не помиње спорност правног пута. У мериторно донетим пресудама у којима је истакнут приговор стварне надлежности, судови изражавају правни став да и после ступања на правну снагу **Устава**, тужилац коме је **повређено право**, није у обавези да се претходно обрати **Уставном суду** подношењем Уставне жалбе, па уколико се жалба уважи, захтевом за споразумно утврђење штете **Комисији**, па тек онда по потреби тужбом надлежном суду. На такав закључак указује и одлучивање у приказаним парницама које су у току[5]. То даље подразумева да према преовлађујућој судској пракси судова опште надлежности, странка у судском спору којој је учињена **повреда права** има право да оптира у избору правног пута за остварење права на накнаду штете. Следом реченог преовлађујућа судска пракса изражава правни став да постоји право на избор правног пута за остварење права на накнаду ове штете.

У две судске одлуке поменуте у претходном излагању[6]**,** изражен је јасан правни став супротан преовлађујућем или готово јединственом правном ставу судова опште надлежности. Такав став изражен је у решењу Вишег суда у Зрењанину Гж бр.1155/10 од 11.02.2011. године и пресуди Апелационог суда у Крагујевцу Гж бр.93/11 од 31.03.2011. године. У

[4] Види тачка V; 3.) и 4.) под насловом "Парнице за накнаду материјалне штете" и "Парнице за накнаду нематеријалне штете"

[5] Види тачка V; 2.) под насловом "Тужбе за накнаду штете по којима су парнице у току"

[6] Види тачка V; 5.) под насловом "Парнице у којима су тужбе одбачене као недозвољене"

поменутим одлукама тужбе за накнаду нематеријалне штете због **повреде права**, су одбачене. У укидним решењима Апелационог суда у Новом Саду Гж бр. 8854/10 од 01.10.2010. године и Апелационог суда у Крагујевцу Гж бр. 4058/10 од 07. фебруара 2011. године, помињу се разлози за недозвољеност тужби засновани на тако израженом правном ставу[7]**.**

Разлози за одбацивање тужбе су засновани на израженом правном ставу да не постоји право на оптирање – избор правног пута за остварење права на накнаду ове штете. Другостепени судови изражавају правни став да су захтеви из тужбе преурањени и то зато што у предмету Гж бр. 1155/10 тужилац није испоштовао прописани правни пут за остварење права за накнаду штете, док је у предмету Гж бр. 93/11 тужилац поднео и уставну жалбу за утврђење повреде права о којој **Уставни суд** до тада није одлучио.

Супротно већинској и готово јединственој судској пракси надлежних српских судова, заступам другачији правни став. Правни став изражен у поменуте четири другостепене одлуке. Сматрам да не постоји право на **избор правног пута** за остварење накнаде штете настале **повредом права**. Једини дозвољен и прописан правни пут је: обавеза странке која сматра да јој је повређено право изјављивање Уставне жалбе о којој одлучује **Уставни суд**, а потом уколико је одлуком по Уставној жалби утврђена **повреда права** са захтевом **Комисији**, па тек уколико се не постигне споразум о накнади било у целости, било делимично, подношењем тужбе надлежном суду. Непоштовање прописаног правног пута мора бити резултирано одбацивањем тужбе. Следом реченог, уколико се странка која сматра да јој је повређено право за остварење права на накнаду штете тужбом обрати надлежном суду, **а да претходно није поступила по прописаном правном путу,** њена тужба је недозвољена. Притом мислим и да надлежни суд који поступа по таквој тужби није ни стварно надлежан за суђење по њој. Стога, судија који буде задужен парничним предметом у коме се тражи накнада штете настале **повредом права** већ у поступку припремања главне расправе а по пријему тужбе при претходном испитивању тужбе (члан 274. ст. 1. и 2. ЗПП) мора да утврди ову битну чињеницу на основу које ће уколико буду испуњени процесни услови донети решење из члана 279. став 1. тачка 1, а у вези са чланом 1. ЗПП. То процесно овлашћење засновано је на члану 277. ЗПП. Тек након тога и уко-

[7] Види тачка V; 2.) 9/2 и 10/2 под насловом "Тужбе за накнаду штете по којима су парнице у току"

лико за одбацивање тужбе нису испуњени процесни услови поступиће по члану 281. ЗПП и тужбу са прилозима доставити туженом на одговор. То подразумева да се ова битна чињеница утврђује из реферата тужбе или доказа на којима је тужбени захтев заснован. Уколико се то на тај начин не може утврдити, поступајући судија ће позивним решењем позвати тужиоца да се изјасни на ову битну чињеницу која условљава потребу за одбацивањем тужбе као недозвољене или обавезу мериторног одлучивања по тужби. Након што на несумњив начин утврди да тужилац није поступио по прописаном правном путу за остварење права на накнаду ове штете, одлучиће на начин прописан чланом 277. ЗПП. Нецелисходно је да се та битна чињеница утврђује у каснијој фази поступка по пријему одговора на тужбу или на припремном рочишту, односно на рочишту за главну расправу ако припремно рочиште није одржано (члан 280. ЗПП).

У претпостављеној процесној ситуацији, суд без одржавања рочишта доноси решење чија изрека гласи:

"Тужба СЕ ОДБАЦУЈЕ."

Процесни основ за одлучивање као у приказаној изреци решења, постоји у одредби члана 15. став 1, члана 277. и члана 279. став 1. тачка 1. а у вези са чланом 1. ЗПП-а. У основним одредбама члана 1. ЗПП прописано је да:

"Овим законом уређују се правила поступка за пружање судске правне заштите по којима се поступа и одлучује приликом решавања грађанско-правних спорова из личних, породичних, радних, трговачких, имовинско-правних и других грађанско-правних односа, **осим спорова за које је посебним законом предвиђена друга врста поступка."**

Непоштовање посебним законом прописаног поступка за остварење права на накнаду ове штете је процесни основ за одбацивање тужбе. Правни пут за стварење права утврђењем **повреде права**, а потом и права на накнаду штете прописан је у члану 82, 89. и 90. Закона о уставном суду[8]

Повреду права може једино да утврђује **Уставни суд** по Уставној жалби који одлучује и о евентуалном захтеву за накнаду штете због повреде овог права, уколико је исти у Уставној жалби и опредељен.

[8] Види тачка III; "Одлуке Комисије за накнаду штете на основу одлуке Уставног суда којом је усвојена уставна жалба"

Судови опште и посебне надлежности нису стварно надлежни да утврђују повреду овог права.

То подразумева да уколико тужилац у посебно прописаном поступку није остварио утврђење **повреде права** да судови опште и посебне надлежности нису стварно надлежни за суђење у парницама по тужбама за накнаду ове штете и да се такве тужбе морају одбацити.

Тужбе треба одбацити и у парницама по овим тужбама које су у току уколико су за то испуњени поменути процесни услови.

Тужба се не може поднети директно и без поштовања већ помињаног прописаног правног пута ни кад тужилац у спору тужбени захтев заснива на непосредној примени члана 6. став 1. **Конвенције.** Таква правна конструкција мора бити резултирана одбацивњем тужбе.

У нашем **Уставу** у члану 32. став 1. прописане су идентичне одредбе садржане у члану 6. став 1. **Конвенције**, а поменуте одредбе налазим за потребно да цитирам:

Члан 6. став 1:

1."Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона ....."

Члан 32. став 1:

"Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега."

Важећи Закон о парничном поступку прописало је у општим начелима право странке на разумни рок што је прописано и у важећем Законику о кривичном поступку:

Члан 10. ЗПП:

"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."

Члан 16. тачка 1. ЗКП:

"1) Суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку".

Након што се на прописан начин и од стране Уставног суда утврди **повреда права** па потом не постигне споразум са **Комисијом** отвара се правни пут за парнични поступак у коме се накнада штете заснива на одредби члана 172. став 1. ЗОО којом законском нормом је прописано:

"1) Правно лице одговара за штету коју његов орган проузрокује трећем лицу у вршењу или у вези са вршењем својих функција."

VII - Изреке пресуда донетих по тужбама за накнаду штете

На основу анализе тужби по којима су парнице у току, парница за накнаду материјалне и нематеријалне штете, парница у којима су тужбе одбачене утврдио сам следеће:

Тужиоци у тужбама по којима су парнице у току петитумом тужбених захтева траже да се обавеже тужена да им у року од 15 дана и под претњом извршења исплати - накнади материјалну - нематеријалну штету или само штету на име (због):

- душевног бола;

- повреде права личности;

- правичног задовољења;

- повреде права на окончање поступка у разумном року;

- душевног бола због повреде права личности;

- претрпљене нематеријалне штете;

- незаконитог рада суда – судова;

- повреде члана 6. Конвенције;

- противзаконито вођеног судског поступка зато што суд није спречио злоупотребу процесних права;

- повреде части и угледа;

- утврђене повреде људских права;

- незаконитог рада судије ..... судија у предмету – предметима;

Чини ми се да тако опредељене тужбене захтеве судови и усвајају у мериторно донетим пресудама. У изрекама се наводи све оно што се петитумом тужбеног захтева и тражи. Међутим, у образложењима тако донетих пресуда се наводи да је правни основ за досуђење повреда права на суђење у разумном року.

Тако донете пресуде супротне су образложењима. Образложења не кореспондирају са изрекама. Изрека која је супротна облажењу пресуде захваћена је битном повредом из тачке 12. став 2. члана 365. ЗПП и представља процесни основ за уважавање жалбе и укидање тако донете пресуде. Другостепени судови се нису осврtали на то и тако учињене битне повреде нису санкционисане укидним решењима???

Сматрам да у изреци пресуде не би требало уопште помињати да је повреду права учинио или да су је учиниле судије са именом и презименом. То је сувишно и непотребно, а по судију који се у изреци помиње да је учинио **повреду права** то може имати негативне последице. При таквом одлучивању свако од нас мора да пође од себе и да претпостави како би се осећао да га колега у изреци пресуде у том смислу и помиње. Стога, сматрам да судију – судије не треба помињати нити у изреци нити у образложењу пресуде. Не треба ни када се то петитом тужбеног захтева тражи. Зато сам у претходном излагању[9] поменуо изреку првостепене пресуде иако се она односи на право тужиоца на правично суђење у којој изреци је првостепени суд констатовао да је повреда права тужиоца на правично суђење извршена од стране судије. Изнето упућује на потребу потпуног уједначавања судске праксе у парницма по овим тужбама и предлажем да изреке пресуда независно од петита тужбених захтева гласе:

"Обавезује се тужена да тужиоцу у року од 15 дана и под претњом извршења на име накнаде нематеријалне – материјалне штете настале повредом права на суђење у разумном року у предмету Основног суда у ... евидентираном под бројем П .../..., исплати новчани износ од ... динара, са каматом по стопи из Закона о висини стопе затезне камате почев од ... па до исплате и парничне трошкове у износу од ... динара.

У преосталом делу тужбени захтев за исплату ... и утврђење ... се као неоснован одбија (или одбацује уколико су за одбацивање испуњени процесни услови)."

[9] Види тачка V; тачка 4.); тачка 7/4 под именом "Парнице за накнаду нематеријалне штете"

Тужиочева правна квалификација (означење правног основа утуженња – досуђења) на основу које тражи исплату штете због **повреде права** не обавезује парнични суд. То зато што је у ставу 4. члана 187. ЗПП прописано да ће суд поступити по тужби и кад тужилац није навео правни основ тужбеног захтева, а ако је тужилац навео правни основ суд није везан за њега. Битно је само да је суд одлучио о захтеву за накнаду штете у вези са повређеним правом што се у суштини тужбом и тражи. То подразумева процесно овлашћење и право поступајућег суда да о захтеву за накнаду штете због **повреде права** одлучи у складу са процесно правним и материјалним нормама. Таквим одлучивањем се не повређује право тужиоца нити се оно осујећује у било ком смислу.

VIII - О одмеравању висине штете и њеној исплати

У претходном излагању под тачкама III, IV, и V тематског рада приказао сам начин одлучивања и висине утужених – захтеваних признатих или досуђених износа због **повреде права** из тематског рада.

Комисија је на име накнаде штете због повреде права на правично суђење и суђење у разумном року нудила и признавала закључење споразума о висини нематеријалне штете у износима од **20.000,00** до **200.000,00 динара**. Није уважила све захтеве за утврђење и признавање штете. Одбијено је **36** захтева. Само **седам** захтева је усвојено у целини, а **80** делимично.

Суд је досуђивао – признавао накнаде нематеријалне штете због повреде права у износима од **600; 700; 1.300; 1.500; 1.800; 2.400; 2.600; 3.500; 7.300 и 8.000 евра.** Неке од поднетих представки нису прихваћене па следом тога није ни признато право на накнаду штете.

Судови опште надлежности су досуђивали материјалну штету у висини од **12.078,25** до **37.673,25 динара** са спп насталу у поступку судског извршења и трошкове кривичног поступка због наступеле апсолутне застарелости кривичног гоњења у износима од **49.450,00; 59.350,00; 92.500,00; 94.000,00; 98.250,00; 116.000,00** и **158.000,00 динара**. Неправноснажном првостепеном пресудом досуђена је и материјална штета у висини издатака за трошкове парничног поступка у износу од **137.450,00 динара** који су по оцени првостепеног суда настали због суђења у неразумном року. Неправноснажним и правноснажним пресудама тужиоцима је досуђивана нематеријална

штета у висини од **55.000,00; 70.000,00; 150.000,00; 300.000,00; 400.000,00; 450.000,00; 500.000,00; 610.000,00 динара.**

Тужбеним захтевима у којима су парнице у току утужени су износи за накнаду нематеријалне штете у износима од **25.000,00; 49.450,00; 200.000,00; 350.000,00; 370.000,00; 380.000,00; 430.000,00; 480.000,00; 500.000,00; 600.000,00; 610.000,00; 1.500.000,00; 3.500.000,00 динара** и **5.000.000,00 динара** и **3.100 евра**.

Само у четири судећа предмета одбијени су као неосновани тужбени захтеви и то за исплату трошкова кривичног поступка – материјалне штете у износу од **155.000,00 динара** и на име нематеријалне штете у износима од **301.000,00; 900.000,00** и **1.000.000,00 динара.**

Из приказаних упоредних података може се закључити да су српски судови опште надлежности при досуђењу права на накнаду ове штете неупоредиво **"дарежљивији"** од **Комисије.** Слободан сам да констатујем и да су дарежљивији и од **Суда.** У образложењима пресуда којима се бране досуђени износи штете на основу **повреде права** дају се неупоредиво оштрије квалификације у смислу критике поступајућег суда – судова. Понекад су те критике заиста непримерене околностима под којима је повређено право. Такве врсте квалификације због којих се утврђује повреда права није изрицао нити **Уставни суд** нити **Суд** у Стразбуру. Није ми јасно зашто се то чини. Мора ли то тако. Мисли ли се на могуће последице или се пак мисли да се **"последице тога неће никад односити на мене".** Могуће је да се таква образложења пишу због недостатка других ваљаних аргумената за одбрану досуђеног износа штете.

При том се губи из вида да свака **повреда права** не представља и основ за досуду штете. Право на досуду штете мора се ценити у склопу са критеријумима које сам описао у тачки I тематског рада и критеријумима које уважавају **Уставни суд** и **Суд** у Стразбуру у одлукама које сам поменуо. Није спорно да приликом одлучивања о накнади суд има слободу њеног одређивања, и да је одређује на основу слободне оцене и процесног овлашћења из члана 224. ЗПП. Парнични суд при одмеравању висине мора да утврди и узрочну везу између повреде права и његова кршења. Уколико те узрочности нема и уколико је суд не утврди захтев за накнаду штете мора се одбити. Захтев за накнаду штете мора се одбити и када евентуално кршење права, обзиром на значај повређеног права за оштећеног не даје право на накнаду штете. Уколико је повреда права по општим критеријумима безначајна она такође

не може представљати правни основ за накнаду штете. Код таквих тзв. **повреда права** не постоји жртва повреде јер код досуде права на штету која не постоји жртва досуде постаје **тужена** држава.

Поступајући судови у парницама за накнаду ове штете би у будућности морали да озбиљније поведу рачуна о свему изнетом, а везаном за право на досуду, правичној накнади, правичном задовољењу и следом тога и о досуђеној висини штете којом се постиже сврха накнаде штете.

Напомиње се да по структури незавршених судећих предмета свих врста у којима су судски поступци у току пред српским судовима постоји и знатан број судећих предмета у којима се обзиром на дужину трајања поступка може закључити да су суђени у неразумном року. Тај број ће се на жалост српског судовања повећати и након ступања на снагу новог Закона о парничном поступку. Предлагачи закона предлажу да са императивном нормом утврди обавеза судова да поступак у парничном предмету окончају закључно са истеком друге године рачунајући од подношења тужбе. Бојим се да ће оваква процесна регулатива бити резултирана великим бројем парничних и кривичних предмета који нису могли бити окончани у законом прописаном року. Прекорачење процесним законом прописаног рока за завршење парничног предмета отвара могуће право на накнаду штете због повреде права на суђење у разумном року, јер је законодавац процесном нормом одредио разуман рок за завршење судећих предмета. Тако прописане процесне норме ће вероватно бити резултиране са више штете него користи за правни систем државе Србије, јер се другим прописаним механизмима могло и може утицати на дужину трајања судског поступка.

Српски законодавац је и у члану 195. Закона о раду[11] прописао непримерено кратак рок за правноснажно окончање радног спора:

Члан 195.

"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.

[11] ("Службени гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009)

Спор пред надлежним судом правноснажно се окончава у року од шест месеци од дана покретања спора."

Искуствена судска пракса у радним споровима у потпуности је демантовала могућност да се у тако кратко законом прописаном року оконча радни спор. Због таквог прописивања непримереног кратког рока законодавац је отворио простор и могућност за покретање поступака за утврђење повреде права на суђење у разумном року потом и накнаде штете по том основу и то због објективне немогућности да се у највећем броју радних спорова поступак оконча у законом прописаном року.

И на крају утврђени споразумом или досуђени износ накнаде штете као непоштовања разумног рока мора бити подржан одговарајућим буџетским средствима како би се утврђена и досуђена накнада штете исплатила у кратком року. То подразумева обавезу државе да у ту сврху наменски обезбеди потребна новчана средства. Међутим, из приказаног извештаја под тачком III тематског излагања јасно произилази да држава Србија у ту сврху није обезбедила потребна новчана средства и да се са исплатама накнада штете споразумно утврђених у поступку пред **Комисијом** озбиљно касни. Касни због тога што не постоје у ту сврху планирана и обезбеђена новчана средства.

У вези са претходно изнетим принуђен сам да поменем и законске норме из Закона о уређењу судова[12] у поглављима **правосудна управа** – послови **који чине правосудну управу и средства за рад судова** прописује:

Члан 70. став 3.

"Послови правосудне управе које врши Високи савет судства су: утврђивање општих смерница за унутрашње уређење судова; вођење личних листова судија; судија поротника и судског особља; **предлагање дела буџета за рад судова за текуће расходе и расподела ових средстава; вршење надзора над наменским коришћењем буџетских средстава и вршење надзора над финансијским и материјалним пословањем судова".**

Члан 83.

Предлагање и извршење буџетских средстава

"Високи савет судства предлаже обим и струкутуру буџетских средстава неопходних за текуће расходе, уз претходно прибављено мишљење

[12] ("Службени гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010 и 31/2011)

министарства надлежног за правосуђе и врши расподелу ових средстава на судове."

Члан 84.

Надзор над трошењем буџетских средстава

"Надзор над трошењем буџетских средстава опредељених за рад судова спроводе Високи савет судства, министарство надлежно за правосуђе и министарство надлежно за финансије."

Члан 95.

Надлежност Високог савета судства у вези са средствима за рад судова

"Надлежност Високог савета судства из чл. 83. и 84. овог Закона до 1. септембра 2011. године врши министарство надлежно за правосуђе."

Из цитиране одредбе члана 95. Закона јасно произилази да већ од 1. септембра 2011. године на правну снагу ступа тзв. **"правосудни буџет".** Држава Србија није обезбедила средства у буџету за исплату штете настале повредом права на правично суђење и права на суђење у разумном року. Чини се да та средства нису обезбеђена ни за штету насталу евентуално незаконитим радом судова. Уколико добро размишљам та обавеза почев од 1. септембра ове године биће преваљена на терет **"правосудног буџета".**

Следом поменутог намећу се питања шта ће се дешавати у будућности тј. почев од 01.09.2011. године. Како и на који начин и из чега ће се исплаћивати накнаде ове штете за чију исплату нису ни до сада испланирана потребна буџетска средстава у буџету Републике Србије, а то подразумева ни у "**правосудном буџету".**

Недостатак потребних средстава у ову сврху у **"правосудном буџету"**, подразумева подношење предлога за принудно извршење, потом блокаду **"правосудног буџета"**, а након тога блокаду рада српских судова. Желео бих да је моје поменуто указивање потпуно безпредметно, а исказана бојазан неоснована и да следом те безпредметности и неоснованости грешим у својим размишљањима.

Завршавајући овај део излагања у тематском раду не могу а да не поменем и Закон о судијама[13] и **одговорност судије за штету**:

Члан 6:

"За штету коју судија проузрокује незаконитим или неправилним радом одговара Република Србија.

Кад се коначном одлуком Уставног суда, правноснажном судском одлуком, односно поравнањем пред судом или другим надлежним органом утврђено да је штета проузрокована намерно или крајњом непажњом Република Србија може тражити од судије накнаду исплаћеног износа.

Кад је одлуком Европског суда за људска права или другог међународног суда, односно међународне организације чији је Република Србије члан, утврђено да се у току судског поступка кршена људска права и основне слободе и да је пресуда заснована на таквом кршењу или да је пресуда изостала због кршења права на суђење у разумном року, Република Србија може тражити од судије накнаду исплаћеног износа, ако је штета учињена намерно или крајњом непажњом.

О постојању услова за накнаду исплаћеног износа из става 2. и 3. овог члана одлучује Високи савет судства, на захтев министарства надлежног за правосуђе."

Указивање на цитирану законску норму је у склопу тематског рада па свако од колега - судија који прочита тематски рад у целости може да закључи зашто сам је и цитирао. Уколико се потреба за цитирањем не препозна, онда је сувишно да законску норму објашњавам и коментаришем у било ком смислу.

IX - У сусрет будућим изменама закона

Штампани и електронски медији су наговестили измену позитивног законодавства а у вези са одлучивањем **Уставног суда** по уставним жалбама изјављеним због повреде права на суђење у разумном року у којима парнице нису окончане тј. у којима су парнице у току. Наговештено је да ће се надлежност за поступање по представкама за повреду права на суђе-

[13] ("Службени гласник РС", бр. 116/08, 58/09, 104/09 и 101/10)

ње у разумном року пренети на судове опште и посебне надлежности. Поменуто је преношење надлежности на Врховни касациони суд.

Нисам сигуран у ком смислу ће Министарство правде поднети предлог за измену у циљу растерећења **Уставног суда** предметима по уставним жалбама изјављеним због повреде права на суђење у разумном року у којима су парнице у току. Предстојећа и очекивана измена се у првом реду може односити на већ под тачком III тематског рада цитиране одредбе члана 82. став 2. Закона о уставном суду коју поново и овде цитирам:

"Уставна жалба може се изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају кад је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року."

Моје даље размишљање упућује на то да ће бити избрисана ова законска норма или ће пак бити преформулисана на другачији начин. Наравно на начин којим се искључује надлежност Уставног суда за одлучивање по овим уставним жалбама.

Надаље се поставља питање да ли ће надлежност за утврђење повреде права на суђење у разумном року из члана 32. став 1. **Устава** бити пренета и на инстанционе судове опште и посебне надлежности. Мислим да неће и да не може. Неће и не може зато што само **Уставни суд** има **Уставом** прописано овлашћење и надлежност за утврђење повреде права на суђење у разумном року. Стога та надлежност ни не може бити пренета на инстанциони – суд опште надлежности или суд посебне надлежности. Следом таквог размишљања сматрам да би се о правним средствима (приговору, притужби, жалби) на рад нижестепених судова због дужине суђења одлучивало у поступку контроле основаности таквих притужби са давањем конкретних налога којима би се наложиле мере у поступку како би се поступак без даљег одлагања по могућству чим пре окончао.

Без закључака

Одлучио сам, да на крају тематског рада не пишем никаква закључна разматрања, која произилазе из тематског рада. На такав приступ сам се одлучио зато што мислим да сам разрадом тематског рада успео у покушајима приближавања спорности указаних у уводним напоменама и њиховом разрешењу. Покушао сам да то учиним истраживачким, анали-

тичким, упоредним и критичким путем, нудећи при том и решења за отклањање спорности и за у будућности правилно одлучивање у парницама по тужбама за накнаду штете из тематског рада. Сматрам (ваљда пуно не грешим) да такав приступ тематском раду омогућава сваком пажљивом читаоцу (посебно колегама судијама) да из написаног тематског рада изведе закључке засноване на сопственом критичком ставу.

И на крају, верујући да је тематским радом обрађена актуелна тема из судске праксе судова опште надлежности, којом се између осталог заступа правни став супротан преовлађујућој судској пракси, отвара се простор за заступање другачијег правног става у функцији одбране до сада већински заступљеног правног става судске праксе у погледу правног пута и остварења права на накнаду ове штете. Надам се, да ће очекивана конструктивна критика у тематском раду изнетих размишљања и заступаног правног става, помоћи и допринети потреби за евентуалном корекцијом или изменом размишљања резултиране правним ставовима заступаним у тематском раду.

За потребе тематског рада користио сам се:

- **Уставом,** Законом о Уставном суду, Конвенцијом о заштити људских права;
- процесним и материјалним законима (Законом о парничном поступку, Закоником о кривичном поступку, Законом о извршном поступку и Законом о управним споровима, Законом о облигационим односима, Законом о уређењу судова, Законом о судијама);
- билтенима судске праксе Врховног суда Србије и Врховног касационог суда;
- тематским радовима судије Вида Петровић-Шкеро: *"Убрзавање парничних поступака"; "Накнада штете према члану 41. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и пракса Европског суда";*
- Службеним гласницима Републике Србије у којима су објављене у тематском раду поменуте одлуке **Уставног суда;**
- прибављеним извештајима од **Уставног суда** и **Комисије** и извештајима објављеним на сајту **Комисије;**
- публикованим одлукама Европског суда за људска права у Стразбуру и
- одлукама судова опште надлежности поменутих у тематском раду.

Јелена Боровац,
судија Врховног касационог суда

НАКНАДА НЕИМОВИНСКЕ ШТЕТЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА ЛИЧНОСТИ

Лична права или права личности или људска права и слободе су синоними који се данас користе за исти појам. У правном смислу под правима личности/људским правима рачуна се на већ утврђен, кодификиран корпус одређених права и слобода човека и грађанина. Правна лица имају сва наведена права личности осим оних која се тичу биолошких особина физичког лица, али зато имају изражено право на име, на углед, част, пословну тајну и слободу привређивања. Та права уживају заштиту и држава се не сме мешати у њих, а уколико то чини у изузетним случајевима то мешање је прецизно ограничено (апсолутна и релативна права личности). Кодификација корпуса права личности није завршена и оправдано се очекује да ће се листа права личности проширивати. Са друге стране, колико год да је листа права личности дугачка и разнолика, толико је дугачка и разнолика листа начина на које се права личности могу повредити. Незаконитим делањем државних органа, других појединаца и разних организација угрожавају се права личности. Опште је прихваћено мишљење да су у савременом друштву масовни медији велика опасност за очување права на приватност (лични и породични живот, право на име, право на слику, право на публицитет), права на част, углед и достојанство и права презумпције невиности.

Повреда права личности уживала је и ужива кривичноправну и грађанскоправну заштиту. Развој друштва и свести о значају и достојанству личности доприноси афирмацији заштите права личности.

1. Међународни акти

Универзална декларација о правима човека (Universal Declaration of human rights)[1] је први међународни документ који је у 30 чланова про-

[1] Усвојена и проглашена Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација од 10. децембра 1948. године. 48 држава је гласало за, ни једна против, док је 8 било уздржано (укључују-

писао основна права личности као заједнички стандард који треба да постигну сви народи и све нације.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (International Covenant on Civil and Political Rights)[2] је настао као договор држава чланица (144 државе на основу ратификације, приступања и сукцесије) са циљем унапређења поштовања људских права и слобода. Трећим делом овог пакта, чл. 6. до 27. је прописан корпус људских права и слобода која се штите.

Конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)[3] је акт држава чланица Савета Европе. Конвенцијом се исказује циљ Савета Европе за постизање већег јединства између његових чланица, а очување и развијање основних људских права и слобода је један од начина тог остварења. Конвенција и додатни протоколи уз ту Конвенцију (1, 4, 6, 7, 12 и 13), који су усвојени у раздобљу 1952 – 2005. године, гарантују права личности, а тумаче се и спроводе од стране Европског суда за људска права у Стразбуру, чије су одлуке обавезујуће за сва тела јавне власти држава чланица укључујући и судство.

2. Уставна заштита

Устав Републике Србије из 2006. године[4] је главни извор права за права личности у нашем правном поретку. Други део Устава је посвећен

ћи Југославију, Саудијску Арабију, Јужну Африку и СССР) – Основни документи о људским правима, Београдски центар за људска права, Београд 1998.

[2] Овај пакт је усвојен од стране Генералне скупштине Уједињених нација 16. децембра 1966. године, а отворен за потписивање 19. децембра исте године, а на снагу је ступио 23. марта 1976. године. Југославија га је ратификовала законом од 30. јануара 1971.године, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/1971.

[3] Ова Конвенција је закључена у Риму 4. новембра 1950. године, а ступила је на снагу 3. септембра 1953. године. Оригинални текст Конвенције је новелиран са 13. Протокола. Посебан значај има Протокол 11, који је 1998. године у европску правну праксу увео сталну правосудну институцију – Европски суд за људска права и могућност учешћа појединца у међународном правном поступку. Југославија је није ратификовала. Ратификована је од стране Државне заједнице Србије и Црне Горе 2003. године. У односу на Србију је ступила на снагу 3. марта 2004. године. У даљем тексту: Конвенција.

[4] Устав Републике Србије *"Службени гласник РС", број 83/2006*, ступио на снагу даном проглашења у Народној скупштини 9. октобра 2006. године.

људским и мањинским правима и слободама. Прописано је да је људско достојанство неприкосновено и да су сви дужни да га поштују и штите (чл. 23. став 1.). Корпус права личности које Устав гарантује су побројана у чл. од 24. (право на живот) до чл. 81. (право развијања духа толеранције).

Уставом је одређена хијерархија домаћих и међународних општих правних аката. Прописано је да су потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом, а закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и опше прихваћеним правилима међународног права (члан 194. ст. 4 и 5).

3. Законска регулатива

Неприкосновеност личности и непровредивост личне слободе као најосетљивија лична права са нивоа уставне декларације прешла су у домен кривичног и грађанског, како материјалног тако и процесног, а и другог законодавства. Чланом 22. Устава је прокламовано да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале. Грађани имају право да се обрате међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајамчених Уставом.

Закон о облигационим односима[5] је санкционисао право на накнаду како материјалне тако и нематеријалне штете због повреде права личности. Чл. 157. став 1. прописује да ће суд на захтев лица наредити престанак радње којом се повређује интегритет људске личности, личног и породичног живота и других права његове личности (тужбом за пропуштање). Тужба за уклањање је међутим, смештена у одсек 2. Закона - Одговорност по основу кривице. Према члану 199. у случају повреде права личности суд може наредити да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена, или што друго, чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом. Тужбом за накнаду штете остварује се накнада материјалне штете у случају повреде части и ширења неистинитих навода на основу члана 198. Из формулације овог члана произи-

[5] *"Службени лист СФРЈ"* бр. 29/78, 39/ 85, 45/ 89, 57/ 89 и *"Службени лист СРЈ",* бр. 13 /93. У даљем тексту: ЗОО.

лази да се повреда части може извршити на два начина и то увредом или клеветом и да та повреда може да проузрокује и настанак нематеријалне штете. Дакле, накнада нематеријалне штете у случају повреде права личности прописана је одредбама члана199. (објављивање пресуде или исправке) и чл. 200. (новчана накнада) ЗОО.

Закон о јавном информисању[6] је значајан пропис који се примењује у циљу заштите повређених права личности. Заштита права на приватни живот, односно право на лични запис је прописана чл. 46. Право на одговор и право на исправку чл. 47. до 70. Пропуштање објављивања информације је прописано чл. 71. до 73. Новчана накнада штете је прописана чл. 79. до 90.

Закоником о кривичном поступку[7] и Законом о прекршајном поступку [8] су прописани правни основ, услови и поступак при остварењу права на накнаду штете за случај неоправдане осуде и неоснованог лишења слободе.

Закон о одговорности за кршење људских права[9] је ступио на снагу 11. јуна 2003. године и примењиваће се 10 година од дана ступања на снагу (члан 34. став 3). Чл. 4. је одређено временско важење овог закона тако да се закон примењује на сва кршења људских права извршена после 23. марта 1976. године, као дана ступања на снагу Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

4. Заштита повређених права личности

Тужба за уклањање штете (члан 199. ЗОО) се подноси у случају повреде права личности отклањањем штетних последица неновчаном накнадом. Повређеном се пружа сатисфакција за извршену повреду права личности објављивањем пресуде, односно исправке или наредбом да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена или што друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом. Међутим, најчешће ко-

[6] "*Службени гласник РС"* бр. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010,

[7] *"Службени лист СРЈ"* бр. 70/01 и *"Службени гласник РС"* бр. 76/10. У даљем тексту: ЗКП

[8] *"Службени гласник"* СРС" бр. 44/89 и *"Службени гласник РС"* бр. 21/90…101/2005 и 116/2008

[9] *"Службени гласник РС"* бр. 58/2003)

ришћен у пракси начин заштите повреде права личности је захтев за новчаном накнадом (члан 200. ЗОО).

Могућност кумулације више захтева решена је закључком Заједничке седнице Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда од 15. октобра 1986. године, који гласи: "Када је оштећени због повреде права личности (угледа, части, слободе и других права личности) претрпео душевне болове суд му поред санкције из члана 199. ЗОО може досудити и правичну накнаду када због околности случаја само на тај начин може дати оштећеном пуну сатисфакцију у складу са циљем коме накнада нематеријалне штете служи."

4. 1. Обавезе оштећеног у поступку за накнаду штете

Да би оштећени остварио накнаду нематеријалне штете због повреде права личности у судском поступку, поред основне обавезе да поднесе уредну и благовремену тужбу, он мора да докаже: **1.** да се догодила повреда права личности, **2.** да је та повреда проузроковала штету и **3.** да постоји узрочна веза између предузете радње и настале последице.

1. Оштећено лице у судском поступку свим расположивим доказним средствима доказује да је дошло до повреде његове личности. Како ЗОО не одређује када је дошло до повреде права личности, то суд у сваком конкретном случају након брижљиве оцене свих изведених доказа у смислу члана 8. Закона о парничном поступку, узимајући у обзир све околности конкретног случаја, утврђује чињенице и изводи закључак о томе да ли је дошло до повреде права личности.

2. Оштећено лице трпи штету када му је повређено право личности. Неимовинска штета коју лице трпи по правилу се испољава у поремећају психичке равнотеже личности, поремећају нормалног душевног стања, узнемирености, трпљењу душевних болова. Постојање душевног бола као претпоставке за досуђивање нематеријалне штете прописано је чланом 155. ЗОО који наводи нематеријалну штету као једну од три врсте штете правно признате. Овом одредбом је прописано да је нематеријална штета "наношење другоме физичког или психичког бола или страха".

У складу са овом законском одредбом усвојен је следећи закључак: "Под нематеријалном штетом у смислу ЗОО подразумевају се физички бол,

психички бол и страх. Стога се оштећеном због повреде (нематеријалних) права личности новчана накнада може досудити само када су се последице те повреде манифестовале у једном од видова нематеријалне штете".[10]

3. Узрочна веза између догађаја за који неко лице одговара и последица тог догађаја које представљају штету нису дефинисани као појам у ЗОО. Остављено је пракси и теорији да га утврђују у сваком конкретном случају. Међутим, постојање узрочне везе између предузете радње и настале последице је општи услов за накнаду штете. Специфичности које постоје код накнаде неимовинске штете због повреде права личности условиће у истој мери и специфичности при утврђивању постојања узрочне везе, поред примене општих правила о узрочној вези код свих врста накнаде штете.

Према ЗОО нематеријална штета је заснована на субјективном концепту (наношење другоме физичког бола, психичког бола и страха). Нематеријална штета која настаје повредом права личности уобичајено (али не увек) је изазвана кривицом или скривљеним понашањем штетника. Међутим, довољан је сам факт настанка повреде права личности без обзира на кривицу или скривљено понашање. Према већ општеприхваћеном правилу (међународни акти, пракса Европског суда за људска права) за повреду права личности није потребна претпоставка штете и кривице. Повређено лице има право на заштиту чим се утврди да су лична права повређена. Наша судска пракса се већ креће у том правцу о чему сведоче бројне пресуде из ове области. Пресуде се темеље на непосредној примени ратификованих међународних аката на шта упућује Устав из 2006. год.

Измена субјективног концепта неимовинске штете и прихватање објективног концепта је већ најављена у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, Облигациони односи[11]. Предложене су (између осталих) промене утолико што је дефинисан појам кривице и штете[12] а унете су и значајне новине у области накнаде неимовинске штете у случају повреде заштићених права личности. Тако је предвиђена посебна накнада

[10] Закључак са заједничке седнице Савезног суда, врховних судова република и покрајина и Врховног војног суда објављен 15. октобра 1986. године.

[11] Комисија за израду Грађанског законика је образована Одлуком Владе Републике Србије 16. новембра 2006. године *"Службени гласник РС" бр. 104/06 и 110/06 и 85/09.*

[12] Чл. 167. и 168. Преднацрта ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОСИ, Генерални секретаријат владе, Београд 2009, ст. 63. и 64.

правним лицима због повреде угледа или других вредности које произилазе из природе њиховог субјективитета (члан 226. Преднацрта).

Примена новог концепта неимовинске штете условљава и промену или искључење примене извесних закључака усвојених на Седници највиших судова у СФРЈ у 1986. години као и правних ставова усвојених од стране Грађанског одељења Врховног суда Србије који су и сада у примени.

5. Повреда права на слободу

Право на слободу заузима високо место на листи личних права иза права на живот, забране мучења и забране ропства. Неосновано осуђена лица и лица неосновано лишена слободе трпе неимовинску и имовинску штету. Неимовинска штета се може надокнадити у новчаном и неновчаном облику. Неновчани облик надокнаде штете се састоји у објављивању пресуде, односно исправке, у повлачењу изјаве којом је повреда учињена или што друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом.[13] Новчана накнада штете проузрокована повредом слободе се састоји у плаћању правичне новчане накнаде уколико суд нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдавају и то независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству.[14]

Чланом 5. Конвенције је прописано да свако има право на слободу и безбедност личности. Побројани су случајеви у којима је допуштено лишење слободе у складу са законом прописаним поступком. Предвиђено је да ће свако ко је ухапшен одмах и на језику који разуме бити обавештен о разлозима за хапшење и о свакој оптужби против њега, да ће без одлагања бити изведен пред судију, да има право да му се суди у разумном року или да буде пуштен на слободу до суђења које се може условити јемством, да има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и право да буде пуштен на слободу ако је лишење слободе незаконито и да има утуживо право на накнаду уколико је лишење слободе у супротности с одредбама овог члана.

[13] Члан 199. ЗОО
[14] Члан 200. став 1. ЗОО

Пред Европским судом за људска права у Стразбуру појавио се велики број представки због неоснованог лишења слободе или неосноване осуде па је тако створена богата судска пракса са мноштвом одлука у којима се Суд изјашњавао о битним питањима и усвојени су стандарди на које се позивају национални судови држава потписница Конвенције.

5.1. Поступак за накнаду штете

5.1.1. Субјекти у поступку за накнаду штете

Активна легитимација: Право на накнаду штете **у случају неоправдане осуде** имају лица према којима је била правноснажно изречена кривична санкција или која су оглашена кривим, а ослобођена од казне, а доцније је поводом ванредног правног лека нови поступак правноснажно обустављен или су правноснажном пресудом ослобођена од оптужбе или је оптужба одбијена осим у случају 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 и 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. У случају осуде за кривична дела у стицају, право на накнаду штете може се односити и на поједина кривична дела у погледу којих су испуњени услови за признање накнаде.[15]

Право на накнаду штете у случају **неоправданог лишења слободе** припада лицу: 1) које је било у притвору, а није дошло до покретања кривичног поступка, или је поступак обустављен правноснажним решењем, или је правноснажном пресудом ослобођено од оптужбе или је оптужба одбијена; 2) које је издржавало казну лишења слободе, а поводом понављања кривичног поступка, захтева за заштиту законитости или 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 огла-

[15] Члан 556 ЗКП

шено кривим, а ослобођено од казне; 3) које је услед грешке или незаконитог рада органа неосновано лишено слободе, или је задржано дуже у притвору или установи за издржавање казне или мере; и 4) које је у притвору провело дуже времена него што траје казна затвора на коју је осуђено.[16] Лицу које је по члану 227.[17]. овог Законика лишено слободе без законског основа, припада право на накнаду штете 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. Накнада штете не припада лицу које је својим недозвољеним поступцима проузроковало лишење слободе. У случајевима из тачке 1. став 1. овог члана, искључено је право на накнаду штете и ако су постојале околности из члана 556. став 1. тач. 1. и 2, или ако је поступак обустављен на основу члана 217. овог законика.[18]

Пасивна легитимација - Тужба за накнаду штете се увек подноси против Републике Србије.[19]

5.1.2. Ток поступка

Поступак накнаде штете неосновано осуђених лица и лица неосновано лишених слободе се састоји од две фазе. Прва фаза се спроводи у управном поступку пред Министарством правде, а друга у судском поступку пред надлежним судом, уколико се са успехом у целости не оконча у првој фази.

Пре подношења тужбе суду за накнаду штете, оштећени је дужан да се својим захтевом обрати министарству надлежном за правосуђе, ради постизања споразума о постојању штете и врсти и висини накнаде. О постизању споразума о врсти и висини накнаде штете одлучује комисија Министарства надлежног за правосуђе.[20]

---

[16] Члан 560 ЗКП

[17] *Члан 227: Овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу неко лице лишити слободе ако постоји ма који разлог предвиђен у члану 142. овог законика за одређивање притвора, али су дужна да такво лице без одлагања спроведу надлежном истражном судији, осим у случају из члана 229. овог законика. Приликом довођења, овлашћено службено лице органа унутрашњих послова ће обавестити истражног судију о разлозима и о времену лишења слободе.*

[18] Члан 560. став 3 ЗКП

[19] Члан 558. став 3 ЗКП

[20] Члан 557. ст. 1-3 ЗКП

Ако захтев за накнаду штете не буде усвојен или по њему министарство надлежно за правосуђе не донесе одлуку у року од три месеца од дана подношења захтева, оштећени може код надлежног суда поднети тужбу за накнаду штете. Ако је постигнут споразум само у погледу дела захтева, оштећени може тужбу поднети у погледу остатка захтева. Док траје поступак из ст. 1. овог члана, не тече застарелост предвиђена у члану 557. став 1. овог Законика.[21]

Рок за подношење захтева и/или тужбе: 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.

5.2. Видови штете

На Саветовању грађанских и грађанско-привредних оделења Савезног суда, Врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда о проблемима нематеријалне штете које је одржано 15. и 16.10.1986. године расправљано је и о дилеми да ли душевни болови због неоправдане осуде и неоснованог лишења слободе представљају јединствени вид штете и да ли треба у таквим случајевима одвојено разматрати штету односно накнаду штете због повреде права личне слободе и одвојено штету због повреде части па је прихваћен следећи **закључак**:

"Душевни болови због неоправдане осуде односно неоснованог лишења слободе представљају јединствени вид штете који обухвата све штетне последице нематеријалне штете везане за личност оштећеног проистекле из неоправдане осуде односно неоснованог лишења слободе. За ову штету досуђује се један износ накнаде при чијем одмеравању суд узима у обзир све околности случаја (углед, који је оштећени раније уживао у својој средини, однос средине према њему после осуде, односно лишења слободе, тежину и природу кривичног дела, време трајања лишења слободе и све друге околности које су утицале на природу, тежину и трајање психичких болова)."

[21] Члан 558. ст. 1 и 2 ЗКП

Лишење слободе је фактор који може да изазове погоршање здравља или убрзани развој већ постојећег нарушеног здравственог стања. У случају да наступи умањење животне активности, оштећеном припада накнада за овај вид штете посебно и независно од накнаде због повреде права на слободу и друге видове штете. Чин лишавања слободе и боравак у затвору изазивају страх. Уколико је страх високог или вишег интензитета и у дужем трајању, који доведе до посттрауматског стресног поремећаја који за последицу има дуготрајно лечење, оправдано је да за тај вид штете оштећеном такође припада посебна накнада. У том смислу се изјаснио Врховни касациони суд у пресуди[22]којом је одбијена ревизија тужене Републике Србије изјављена против пресуде Окружног суда у Београду[23]којом је потврђена пресуда Првог Општинског суда у Београду[24] којом је досуђена накнада штете због повреде угледа и части и због неоснованог лишења слободе у износу од 600.000,00 динара, због претрпљених душевних болова због умањења животне активности износ од 1.600.000,00 динара и због претрпљеног страха износ од 200.000,00 динара.

Из пресуде Врховног суда Србије[25] којом су преиначене пресуде Окружног суда у Београду[26] и Првог Општинског суда у Београду[27] у погледу висине досуђених износа видимо да је досуђен износ од 700.000,00 динара због умањења животне активности од 35% која се огледа у погоршању стања кардиоваскуларног система, погоршања вида и због посттрауматског стресног поремећаја насталог као последица претрпљеног страха те износ од 1.000.000,00 динара на име претрпљених душевних болова због повреде угледа, части, слободе и права личности.

Наведене две пресуде су примери како досуда накнаде у јединственом или појединачним износима зависи и од тога како је постављен тужбени захтева. Из прве приказане пресуде произилази да је тужбени захтев постављен за три вида штете (у складу са изнетим закључком повреда права на слободу, повреда части и угледа се третира као јединствен вид), а из друге да је постављен за два вида, иако се и ту ради о три вида

[22] Рев 480/10 од 18. марта 2010. године
[23] Гж 1-3783/07 од 25. јуна 2008. године
[24] П 1236/07 од 10. маја 2007. године
[25] Рев. 2979/07 од 31.ј ануара 2008. године
[26] Гж 18349/06 од 28. јуна 2007. године
[27] П 9318/04 од 8. септембра 2006. године

штете. Наиме, у другој пресуди је захтев за душевне болове због умањења животне активности и за претрпљени страх, постављен у јединственом износу као за један вид штете.

У пракси често наилазимо на непрецизно постављене тужбене захтеве, неодређене, смешане видове за које се накнада тражи, као што је случај и у последњем наведеном примеру. Свакако да добро постављен тужбени захтев са прецизним чињеничним наводима и предложеним доказима доводе до тога да и сам судски поступак крене у добром правцу, да се утврде релевантне чињенице и да коначно доведе до доброг пресуђења. Уз сва овлашћења која суд има и знања која мора да има, потребна је и креативност судије како би превазишао аномалије неспретно постављеног тужбеног захтева. Приказаћемо на примеру који следи како је у једној таквој ситуацији реаговао Врховни касациони суд.

Врховни касациони суд је решењем[28] укинуо обе пресуде нижестепених судова и у образложењу између осталог навео и: "Кад је у питању процесни значај захтева за поједине видове нематеријалне штете, треба имати у виду да захтев за правичну новчану накнаду мора бити одређен за сваки вид нематеријалне штете појединачно и кад је штета проистекла из истог животног догађаја. Ако тужбени захтев за накнаду више видова нематеријлне штете није јасно опредељен, а суд није поступио по одредбама члана 109. ЗПП, или је оштећени остао при захтеву за исплату једног новчаног износа за нематеријалну штету у целини, суд ће и по таквој тужби поступати и одлучити о тужбеном захтеву, ако на основу чињеничних навода оштећеног може да разлучи поједине видове нематеријалне штете. У том случају, правичну накнаду суд ће одредити за сваки појединивид нематеријалне штете у оквиру постављеног тужбеног захтева у целини. Ако оштећени истакне одвојене захтеве за поједине видове нематеријалне штете, али их не означи у складу са законом или погрешно определи њихову садржину, а тај недостатак у поступку претходног испитивања тужбе не буде отклоњен, суд је овлашћен да на основу чињеничних навода оштећеног, сам разлучи поједине видове нематеријалне штете у складу са законом и да о њима одлучи."

Из детаљног упута, остварена је улога највишег суда да укаже нижестепеном суду начин на који ће да оствари своју креативност и да

[28] Рев 584/10 од 11. фебруара 2010. године

разврста видове штете, а да при томе не изађе из граница постављеног тужбеног захтева.

Уочава се да се у пракси највећи значај даје броју дана проведених у притвору и да се досуђује накнада штете методом обрачуна по једном дану проведеном у притвору. У пресуди Врховног суда Србије[29] је у једном таквом случају наведено: "Као што је истакнуто број проведених дана у притвору је веома важна околност, али не и једина. У овом случају досуђена висина (1.170.000,00 динара) указује да је првостепени суд вршио "тарифирање" накнаде неимовинске штете по једном дану рачунајући сваки дан износом од 10.000,00 динара. Такав начин обрачуна и досуђивања неимовинске штете (у овом случају због неоснованог притвора) није примерен идеји моралне сатисфакције због мноштва разлога који могу утицати на смањење или повећање накнаде."

6. Повреда права на забрану тортуре

Заштита од тортуре је уставна категорија којом је прокламовано да је физички и психички интегритет неповредив и да нико не може бити изложен мучењу, нечовечном и понижавајућем поступању или кажњавању нити подвргнут медицинским или научним огледима без свог слободно датог пристанка. Чланом 3. Европске конвенције о људским правима је прописано да нико не сме бити подвргнут мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању.

Мада је Конвенција против тортуре и других сурових и нељудских или понижавајућих казни или поступака[30] ратификована још 1991. год. у нашој судској пракси се тек у новије време појављују тужбе за накнаду нематеријалне штете у којима се накнада тражи због повреде забране тортуре. Раније, судови у пресудама нису користили термине као што су "полицијска бруталност" или "тортура" или "злостављање". Чињеница је да су постојале тужбе за накнаду нематеријалне штете због умањења животне активности, претрпљених физичких болова и претрпљеног страха као последица повреда оштећених, изазваних применом физичке силе службених лица-полицајаца приликом притварања, полицијског саслуша-

[29] Рев 41/07 од 14. марта 2007. године
[30] Ратификована 20. јуна 1991. године, "*Сл. лист СФРЈ",* бр. 9/91

вања или током боравка у притвору. У таквим случајевима одговорност тужене државе Србије произилазила је из одредбе члана 172. ЗОО, а самих штетника на основу члана 154. став 1. ЗОО. Накнада се досуђивала на основу члана 200. ЗОО. Иако су судови у образложењима пресуда описивали догађаје и како је дошло до повреде оштећених (чињенично стање) терминологија која се користила је била значајно умеренија у односу на сада коришћен прави термин "тортура".

У актуелним пресудама се директно примењује Конвенција против тортуре и других сурових и нељудских или понижавајућих казни или поступака, усвојеном 10.12.1984. године у Њујорку, којом је дефинисан појам тортуре, обавезе држава ради спречавања сваког случаја тортуре као и обавезу држава да свакој жртви тортуре гарантује право добијања накнаде и праведног и одговарајућег обештећења, укључујући и средства потребна за што потпунију рехабилитацију.

7. Повреда права на част, углед и достојанство

Право на углед, на част и на достојанство су самостална права личности и свако за себе у случају повреде може представљати неимовинску штети. У животу су најчешће ситуације да су појединачна права личности (као што су право на слободу или на приватност), испреплетана са повредом права на углед, на част, на достојанство као што су и сама права на углед и право на част тешко одвојива. Стога је пред судом, тежак задатак да разлучи појединачне повреде сваког права посебно, да их идентификује, да одреди критеријиме за вредновање обима и тежине повреде, али и да их свеобухватно посматра приликом одмеравања висине накнаде штете.

Углед и част су важне вредности за сваког човека и заштићене су Уставом РС као и међународним конвенцијама о људским правима. Конвенција штити част и углед кроз ограничење слободе изражавања (члан 10), а гарантујући право на приватност свим лицима (члан 8), уједно гарантује и њихово достојанство, част и углед.

У ужем смислу част схватамо као лично осећање о властитој вредности, а под угледом поштовање од страних других чланова друштва. Приликом утврђења да ли је дошло до повреде угледа неког лица, суд мора да се посебно позабави разлучењем чињеничних исказа од вредносних судова. Истинитост чињеничног исказа се у судском поступку може дока-

зивати, али је истинитост вредносног суда немогуће доказивати. Будући да је вредносни суд у ствари мишљење неког лица (када се за неко лице мисли и каже да је препотентно, каријериста, лош аналитичар) то би у ствари значило да би такав захтев сам по себи представљао повреду права на слободу мишљења које је гарантовано Уставом и Конвенцијом (чл.10). Међутим, није дозвољено износити вредносно мишљење на начин који омаловажава ту личност или уколико му је намера срамоћење те личности или уопште у било којој непримереној форми.

Штета настаје ширењем неке неистините, нетачне, непотпуне и злонамерне, али и истините информације. Повреда части, угледа и достојанства се може извршити неистинитим исказом, али и истинити исказ може бити недопуштен јер може бити исказан у некој непримереној форми са циљем да се нека личност омаловажи. Част и достојанство неког лица се могу повредити изношењем вредносних судова и чињеничним исказима, а углед и лични интегритет само чињеничним исказима (када се за неко лице каже да је лопов, подмитљив).

8. Повреда права на приватност објављивањем података и записа личности у медијима

Основни видови повреде права на приватност су *неовлашћено објављивање података из приватног живота* (на пример података о сексуалним навикама, љубавним везама, хигијени и уредности стана, породичним приликама), *сликовних записа нечијег лика* (фотографија, филмског, видео и другог снимка неког лица, укључујући и непосредно преношење неког гласа путем радија или телевизије), *тонског записа нечијег гласа* (на пример, магнетофонског, дигиталног и другог снимка онога што је неко изговорио, укључујући и директно преношење) *и нечијих личних записа* (дневника, писама, порука личне природе и слично).[31]

Повреда права на приватност постоји и ако оно што се износи или преноси из личног или породичног живота није у стању да повреди част или углед лица. **Приватност је заштићена самостално, значи независно од части и угледа.** Небитно је да ли је оно што се објављује истинито. Довољно је

[31] Водинелић. В. В - *Право масмедија*, Факултет за пословно право у Београду, Београд, 2003. године.

да се објави (износи или преноси) податак или запис неког лица па да дође до повреде права на приватност самим објављивањем, уколико лице није дало пристанак за објављивање и не постоји законски разлог за објављивање без пристанка лица. Уколико је објављени запис такве садржине да вређа част и углед лица, оно има право да накнаду штете тражи по оба основа.

8.1 Заштита права на приватност

Заштита права на приватност се остварује пред домаћим судовима (тужба се подноси Вишем суду на чијем се подручју налази седиште оснивача јавног гласила) и Европским судом за људска права у Стразбуру. Међутим, правни појам права на приватност је један од најкомплекснијих у оквиру Европске конвенције о људским правима. Пракса Европског суда за људска права помаже у његовом тумачењу.

Нема једноставних одговора на следећа питања: *где почињу и где завршавају границе приватности; да ли постоји приватан живот и изван приватног дома; да ли јавне личности имају право на приватност као обични грађани; ко је јавна личност и чиме се одређује статус јавне личности; да ли јавност има легитиман интерес да зна како се јавне личности понашају на јавном месту; шта је то јавно место; да ли јавна личност на јавном месту увек мора да дозволи да је фотографишу; може ли јавна личност да спречи објављивање својих фотографија из приватног живота у таблоидима; мора ли новински фотограф увек да тражи дозволу да би неког фотографисао и његову фотографију објавио у новинама; да ли је и за објављивање фотографија које представљају документ о савременом друштвеном или политичком животу такође потребна дозвола; шта све укључује појам "личног идентитета", а шта појмови "физичког и психичког интегритета"; где су границе између информативне и забавне функције медија; да ли забавни садржаји у медијима подлежу истим законим и стандардима као и информативни програми; да ли слобода штампе или новинарска слобода укључује и право на претеривање и провокацију*.[32]

Тражећи одговоре на ова питања намеће се потреба за успостављањем правичне равнотеже између права на приватност гарантованог

[32] Преузето из Медији и људска права – слобода изражавања, пресуде Европског суда за људска права, Центар за професионализацију медија, Београд, 2006. година.

чланом 8. и слободе изражавања, гарантоване чланом 10. Конвенције. Наиме, заштита приватног живота мора да буде у равнотежи са слободом изражавања. Оба права, која су у сукобу, су заштићена Конвенцијом, Уставом Републике Србије и законским прописима. Границу између права на приватност и слободу изражавања поставља закон, али свесни смо чињенице да ниједним прописом није (нити је то могуће) предвиђено где се она тачно налази. Према томе, судови имају значајну улогу да у сваком конкретном случају успоставе правичну равнотежу између два сукобљена права, права на приватност и права на слободу изражавања.

Закон о јавном информисању је прописао шта се сматра информацијом из приватног живота и личним записима. Запис лика је дефинисан као фотографски, цртани, филмски, видео, дигитални запис и слични запис. Запис се не може објавити без пристанка лица чијег се приватног живота информација тиче, односно чији лик садржи, ако се при објављивању може закључити које је то лице. Пристанак је потребан и за непосредно преношење лика и гласа. Значајно је то што закон прописује да пристанак дат за једно објављивање, за одређени начин објављивања, односно за објављивање у одређеном циљу, се не сматра пристанком за поновљено објављивање, за објављивање на други начин, односно за објављивање за друге циљеве (из члана 43). Међутим, приликом примене ове одредбе увек треба пажљиво размотрити конкретну ситуацију и у односу на одредбу којом је прописано да се информација из приватног живота, односно лични запис може објавити без пристанка лица на које се односи ако је то лице информацију, односно запис наменило јавности (члан 45. став 1. тачка 1).

Заштита права на приватни живот, односно права на лични запис је детаљно разрађена у члану 46. Закона. Лице чије је право повређено може тужбом против одговорног уредника јавног гласила да захтева пропуштање објављивања информације, односно записа, предају записа, уклањање или уништење објављеног записа (брисање видео записа, брисање аудио записа, уништење негатива, одстрањење из публикације и слично); **накнаду материјалне и нематеријалне штете** и објављивање пресуде.

8.2. Ограничење заштите

Ограничење права на приватност је предвиђена чланом 8. став 2. Конвенције. Њиме је прописано да се јавне власти неће мешати у вршење

овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала или ради заштите права и слобода других.

Ограничење права на приватност је Законом о јавном информисању врло детаљно прописана чланом 45. Овим чланом су таксативно набројани случајеви када се информација из приватног живота, односно лични запис може објавити без пристанка лица на које се односи.

Тако, одговорни уредник јавног гласила неће одговорати за штету ако је фотографија снимљена на јавном месту. Али уколико такву фотографију објави са неприличним текстом или прикаже фотографисано лице у лажном светлу, онда његова одговорност постоји. Пресудом Апелационог суда у Новом Саду[33]је потврђена пресуда Вишег суда у Новом Саду,[34] којом су тужени обавезани да тужиоцу солидарно исплате износ од 200.000,00 дин. на име накнаде нематеријалне штете због претрпљених душевних болова због повреде права на приватност и лични запис. Из образложења пресуде произилази да је утврђена одговорност тужених јер из утврђених чињеница произилази да је тужилац као полицајац запослен у СУП Нови Сад, одржавао јавни мир и ред на манифестацији "Змајеве дечије игре". У једном моменту му се обратио тадашњи функционер у градској власти Б.П. Следећег дана се поред осталих фотографија са наведене манифестације појавила и фотографија тужиоца поред кога стоји поменути функционер Б.П. са текстом: "Не знам да ли да га хапсим, да га бијем, баш сам побеснео! Б.П. смирује полицајца".

Коментар аутора је: Да је фотографија објављена без пратећег текста тужиочево право на лични запис не би било повређено и није био потребан његов пристанак за објављивање, јер је фотографија снимљена на јавном скупу (члан 45. став 1. тачка 10), али пратећи текст који наводно изговара Б.П., а односи се на тужиоца и то на увредљив начин, представља злоупотребу личног записа снимљеног на јавном скупу јер је тужиоца приказала у лажном светлу као полицајца кога треба смиривати. Из изреке првостепеног суда произази да је накнада досуђена за повреду права на приватност и лични запис. Из ове формулације би се дало закључи-

[33] Пресуда Гж 1316/11 од 14.04.2011. год.
[34] Пресуда П 437/2010 од 04.03.2011. год.

ти да је повређено још неко тужиочево право из сфере приватности, будући да је лични запис једно од права на приватност, међутим из образложења не произилази нека друга повреда права на приватност. Повреда части и угледа су права личности, а не подврсте права на приватност. Очито се ради о непрецизно компонованој изреци која је вероватно проистекла из непрецизног тужбеног захтева о чему је напред било речи, али која је морала бити отклоњена од стране првостепеног суда.

8.3 Заштита права на приватност у судској пракси домаћих судова

Сензационалистичке информације о интимама личности из јавног живота (државника, политичара, уметника, глумаца, певача) временом су се проширили на спортисте, манекенке, криминалце и друге личности познате јавности до обичних људи који су се нашли у ситуацији да буду предмет тренутног интересовања. Штампа износи податке из њиховог приватног живота, објављује њихове фотографије, посвећујући тим темама значајан део простора. Интересовање радозналих конзумената таквих информација и комерцијализација приватне сфере личности довели су до тога да се на тржишту појавио нов облик штампе познат под именом "жута штампа" или "таблоид".

Било је потребно извесно време након ратификовања Конвенције и упознавања са праксом Европског суда за људска права да се у нашој правној јавности уочи да се заштита права на приватност може тражити независно од повреде части и угледа и да се може остварити новчана накнада штете по оба основа. Позивање у пресудама на Конвенцију или Устав РС или на случајеве Европског суда за људска права је било врло спорадично. Било је уобичајено да се у петиту тужбе, па тиме ни у изреци првостепене пресуде, не одреди вид нематеријалне штете па су новчани износи досуђивани на име "накнаде нематеријалне штете". Потом бисмо из образложења тих пресуда сазнали да је на пример, накнада нематеријалне штете досуђена због претрпљених душевних болова због повреде части и угледа због тога што је дошло до повреде права на приватност или да је дошло до повреде права на приватност, а да се разлози односе и на повреду части и угледа итд.

Сада се уочава да се све чешће постављају захтеви за оба вида штете и да се одмеравају и досуђују накнаде за повреду права на лични за-

пис одвојено од повреде права на част и углед. У пресуди Врховног суда Србије[35]којом је потврђена пресуда Окружног суда у Београду[36] којом су досуђене накнаде одвојено за повреду права на лични запис и за повреду права на част и углед је наведено: "Тужилац је приказан у приватном моменту као верник у ентеријеру у унутрашњости цркве, на фотографији која је илустрација текста "И исповед на снимку" са над насловом "Црква због пљачкаша уводи и видео надзор", на којој је он једини у цркви. Тужилац је препознатљив јер се види у полупрофилу цео горњи део његовог тела и главе. Не ради се о запису који би се могао подвести под било који случај из члана 45. став 1. тачка 11 Закона о јавном информисању. Тужилац није дао пристанак. Повређено је његово право на лични запис. Осим тога повређено је право на част и углед. Тужилац, који је тада имао 17 година, је био изложен шалама на његов рачун у школи, осећао је срамоту, бес и огорченост те бруку што би неко могао да види фотографију уз такав текст и бес што га је неко сликао и ставио у новине. Накнада нематеријалне штете по овом основу му је досуђена у складу са чланом 200. ЗОО".

Уочавамо и надаље бројне пресуде у којима се не користе правилни термини, недовољно се образлажу разлози за досуду накнаде штете због повреде части и угледа у односу на разлоге за повреду права на приватност. Осим тога, како право на приватност може бити повређено на више начина често се изоставља да се прецизно наведе која подврста права на приватност је повређена (лични запис, информација из приватног живота или нешто друго). Међутим, уочава се напредак у томе што се у пресудама судови позивају на Конвенцију и Устав РС.

Закључак

Према већ општеприхваћеном правилу (међународни акти, пракса Европског суда за људска права) за повреду права личности није потребна претпоставка штете и кривице. Чим се утврди да су лична права повређена, повређено лице има право на заштиту (објективни концепт штете).

Када се повреди право на слободу због неоправдане осуде или неоснованог лишења слободе, по правилу се повређују и право на част и

[35] Пресуда Гж 60/09 од 20.05.2009. год
[36] Пресуда п 132/08 од 09.12.2008. год

право на углед јер се ради о блиско повезаним правима личности. Међутим, ради се о повреди различитих појединачних права личности која свака засебно захтева утврђење да је дошло до повреде, обима повреде, околности које утичу на одређивање висине новчане накнаде, као што се то чини за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, за претрпљни страх и тортуру узрокованих неоправданим лишењем слободе или неоправданом осудом.

Самим објављивањем и преношењем података из личног и породичног живота неког лица вређа се право тог лица без обзира што садржај онога што се објављује не шкоди части и угледу тог лица.

Накнада нематеријалне штете у новцу може се остварити због повреде права на приватност независно од накнаде штете због повреде части и угледа. Објављивањем записа неког лица могу се повредити оба права и повређено лице може остварити накнаду неимовинске штете по оба основа поред осталих права.

Звездана Лутовац,
судија Врховног касационог суда

НОВИНЕ У ЗАКОНУ О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ – НОВИ ЗПП

Увод

Постоји више разлога за измену важећег ЗПП-а: потреба да се побољша и унапреди постојећи нормативни садржај парничног поступка, у циљу изналажења нових системских решења којима би се допринело бољој ефикасности парничног поступка и још више приближило остварењу права на суђење у разумном року и права на правично суђење, као основних права гарантованих у члану 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту ЕКЉП), а чија је повреда утврђена у више пресуда Европског суда за људска права донетих против Републике Србије.

Постоји и обавеза Републике Србије да усаглашава домаће законодавство са правом Европске уније у процесу придруживања Европској унији, због чега је било потребно да се европски стандарди имплементирају у процесни парнични закон, као и да се примене препоруке Савета Европе и директиве Европске Уније - као обавезујуће за све државе чланице.

Поред тога, важећи ЗПП донет новембра 2004. године (са применом од фебруара 2005. године) је у практичној примени показао недолотворност неких правних лекова, а појавиле су се и неке недоумице у примени, због нејасноћа у формулацији неких чланова, па их је ваљало отклонити. Такође су од његовог доношења, у међувремену, донети нови правосудни закони који регулишу организацију и надлежност судова, које је зато требало ускладити са постојећим решењима основног процесног закона. Као и неки процесни закони везани за ЗПП, као што су Закон о извршењу и обезбеђењу (ЗИО), који ће бити у примени од 17.09.2011. године и Закон о јавном бележништву, који ће се примењивати од 01.09.2012. године.

На крају, достигнућа савремене технологије су усавршила средства савремене комуникације, а са друге стране доношење неких посебних закона, као што су Закон о електронском потпису и Закон о електронском

документу, створило је правни оквир за усавршавање начина доставе и вођења записника, што је резултирало увођењу ових нових решења у парнични поступак.

Све су то разлози са којих је образована радна група за израду текста нацрта – радне верзије новог ЗПП-а, који је у међувремену израђен и био предмет јавне расправе на којој су изнете сугестије које ће бити разматране при сачињавању коначне верзије. Овај текст нацрта новог ЗПП-а (у даљем тексту Нацрт), садржи и нека алтернативна решења. У време писања овог реферата, још увек се не зна коначна верзија Нацрта и да ли ће то бити нови ЗПП односно на која ће се решења одлучити овлашћени предлагач закона – Министарство правде или Скупштина која га доноси; због чега ћу се задржати на излагању битних новина из текста Нацрта, изложеног на јавној расправи, користећи се и нумерацијом чланова из истог.

Начела

Основно полазиште за израду овог Нацрта је био важећи Закон о парничном поступку ("Службени гласник РС", број 125/04 од 22.11.2004. године, са применом од 23.02.2005) и Закон о изменама и допунама овог закона ("Службени гласник РС", број 111/09 од 29.12.2009. године).

У овом Нацрту се даље афирмише једно од најважнијих начела парничног поступка - диспозиција парничних странака, кроз право тужиоца на повлачење тужбе све до правноснажности поступка и право странака на закључење поравнања у току целог поступка све до правноснажности одлуке. У смислу овог начела је ново и то што су правни лекови у искључивој диспозицији парничних странака јер захтев за заштиту законитости који је изјављивао јавни тужилац, није предвиђен као ванредни правни лек, са разлога о којим ће касније бити речи.

Међутим, свеобухватнијим развијањем овог начела, битно је измењена концепција парничења, на начин да је претежна одговорност за ток и развој парничног поступка пребачена на странке, као најзаинтересованије за његов исход, које због тога сада имају знатно активнију улогу. Тако да су странке сада одговорне за утврђење чињеничне грађе, односно за изношење чињеница и предлагање доказа. У том смислу, по новом решењу, странке су дужне да на припремном рочишту, односно на првом рочишту за главну расправу (ако се оно не одржава), изнесу чињенице на којима заснивају свој захтев и да предложи доказе за утврђивање тих чињени-

ца (члан 300). Сходно својој активнијој улози у поступку, странке сада могу да суду приложе изјаву сведока (оверену у суду или од јавних бележника), који је спречен да приступи у суд (члан 236а). Затим, странке могу да самоиницијативно приложе суду налаз и мишљење вештака у циљу доказивања чињеница на којима заснивају захтев (члан 250а).

Елиминисањем права из важећег ЗПП-у, да се служе својим (матерњим) језиком у судском поступку, учињеном изменом опште одредбе о језику (члан 6), није повређено право странака на приступ суду, као једно од основних конвенцијских права садржаног у члану 6. ЕКЉП и уставних права, у члану 32. Устава Републике Србије. У циљу обезбеђења тог права, странки и учеснику у парничном поступку који не разумеју језик који је у службеној употреби у суду, обезбеђен је преводилац за "службени" језик (у члану 96. став 2).

Битно је измењено расправно начело (члан 7. став 2) и отклоњене су недоумице у вези примене у пракси важећег законског решења које је довело до шире примене истражног начела. Сада је ово начело регулисано, на тај начин да суд узима у обзир само оне чињенице које су странке изнеле и у вези којих су предложиле изведене доказе, осим изузетка у ситуацијама: недозвољеног располагања странака или када је то одређено посебним прописима (став 3).

У оквиру општих начела, враћено је начело поуке неуке странке (члан 11а), као обавезе суда да поучи неуку странку која се из незнања не користи правима која јој по овом закону припадају, у смислу Препоруке Комитета министара 76 (5) и 78 (8) о правној помоћи, односно о правној помоћи и правним саветима, земљама чланицама Савета Европе. Као и у складу са правом странке на приступ суду, као једног од основних конвенцијских и уставних права.

Управо због повреде права на приступ суду, а на основу искустава из савременог упоредног права уведено је начело ограниченог дејства правноснажне кривичне пресуде (члан 13. став 2). На начин да правноснажна пресуда не производи правно дејство према лицу које није имало право да учествује у кривичном поступку (примерице осигуравајућа организација).

Надлежност

У домену опште надлежности, отклоњене су нејасноће око тога до када се суд може огласити месно ненадлежним по приговору туженог, ве-

зано за различите процесне ситуације (зависно од тога да ли се тужба доставља или не доставља на одговор). Такође је у циљу спречавања одуговлачења поступка, прецизирано до када се суд по службеној дужности може огласити месно ненадлежним, када постоји искључива месна надлежност неког другог суда (члан 20. Нацрта).

Уведена је нова посебна месна надлежност (члан 45а Нацрта), у споровима за заштиту потрошача, како у индивидуалном спору, а тако и за колективну тужбу (class action), која је уведена у наш правни систем, примерице по Закону о борби против дискриминације и Закону о заштити потрошача; а у циљу усаглашавања права заштите посебне групе људи дате по материјалном праву, са процесним правом.

Смањена је могућност злоупотребе института тзв. сврсисходне делегације (члан 62), раздвајањем поступања за различите ситуације: када је поднет захтев за делегацију (од стране суда) и предлог за делегацију (од стране странке), јер су процесна овлашћења странке најчешће злоупотребљена код ове делегације (и искључења и изузећа судија), што је водило одуговлачењу поступка. С тим у вези, странка сада тај предлог може ставити до припремног, односно првог рочишта за главну расправу, а након тога само ако је разлог настао или је странка за њега касније сазнала. За ситуацију када се о овој делегацији одлучује по предлогу странке, првостепени суд о томе одлучује решењем, против кога жалба није допуштена (чланови 62. и 62а).

Састав суда

Задржан је уставни концепт суђења у судском већу (зборном саставу) у свим поступцима по правним лековима, па и у жалбеном поступку у спору мале вредности иако је за те поступке препорука Савета Европе била да тада поступа судија појединац. Како ангажовање судских већа оптерећује цео судски систем, а Устав Републике Србије у члану 142. прокламује могућност одступања од "зборног суђења", односно да у одређеним стварима суди судија појединац, те у складу са неколико препорука Савета Европе; у Нацрту је уведено правило инокосног (монократског) суђења - судије појединца у првом степену (члан 36). С тим што остаје могућност да у првом степену суди веће онда када је то регулисано посебним законима (као што је Породични закон) и када странке постигну споразум о томе, али пре упуштања у расправљање. Такође је у Нацрту предложен шири састав судског већа Врховног касационог суда (пет судија), када од-

лучује о основаности ревизије, што није супротно одредби члана 32. Закона о уређењу судова, који прописује састав већа у Врховном касационом суду, ако то законом није друкчије одређено.

Искључење и изузеће

Из досадашње праксе у примени важећег ЗПП-а, произлази да је било честих злоупотреба ових процесних института, али и извесних нејасноћа у тумачењу одредби које их регулишу; због чега је прецизирана садржина захтева за искључење и изузеће и рокови до када се то може захтевати, па и у поступцима по правним лековима (члан 68). Да би се омогућило право на непристрасног судију, уведена су нова решења (у члану 66. став 1), па је између осталог, (у тачки 2) прецизиран статус судије као акционара, у смислу да је то онај судија који има више од 3% акција, због ноторне ситуације да су грађани (а то су и судије) добијали бесплатне акције јавних предузећа. Сужен је круг судија који не могу вршити судијску дужност (искључење), са шире формулације судије који је учествовао у доношењу одлуке, односно у стечајном поступку, на судију који је: донео одлуку која се побија или је странку заступао као адвокат (тачка 6) и на судију који је донео одлуку у стечајном поступку поводом које је дошло до спора (тачка 7). Такође је у циљу остварења права на правично суђење, што подразумева и право на поступање непристрасног судије, поступање искљученог судије поново уведено као разлог за понављање поступка (члан 422. тачка 1).

Странке и њихови заступници

Битна новина је дефинисање, а тиме и сужавање могућности учешћа јавног тужиоца као странке само у случајевима одређеним посебним законом (члан 73. став 3). Тиме се не дира у његово процесно овлашћење да у одређеним ситуацијама интервенише и учествује у парници, на основу свог законског овлашћења (члан 207).

Такође је направљено разграничење појма заступника правног лица (члан 75а) од појма законског заступника (члан 75), због честог поистовећивања њихових статуса у досадашњој пракси и примени важећег ЗПП-а.

По досадашњим позитивним процесним прописима није било уређено уставно право грађана на бесплатног заступника. Како се ради на тексту Закона о бесплатној правној помоћи, у овом Нацрту су унета као алтернативна решења о праву на бесплатног заступника (у члану 166), на

начин да суд у току целог поступка може странци да призна право на бесплатног заступника (под прописаним условима) о чијем постављењу и разрешењу одлучује председник суда.

Пуномоћници

Налазећи да је широка дефиниција постулационе способности неприхватљива јер су неки процесни закони афирмисали професију дипломираног правника, па је примерице у ЗИО прописано да приватни извршитељ мора имати правни факултет, у том смислу је предложено ново решење: да пуномоћник странке мора бити дипломирани правник, чиме би се се обезбедио стандард стручне заштите пред судом. С тим што је задржано решење да странку по ванредним правним лековима мора да заступа адвокат, изузев ако је сам адвокат (члан 84. став 2).

Алтернатива ових решења је увођење обавезе адвокатског заступања у току целог парничног поступка (па тако и по редовном правном леку – жалби), на који начин би се потпуно укинула постулациона способност странке. Иако би то био пожељни стандард у остваривању предуслова за квалитетну правну заштиту странке, то решење је тешко прихватљиво у садашњем економском стању нашег друштва.

Поднесци и записници

Сагласно Препоруци 81 (7) Комитета министара земљама чланицама Савета Европе о мерама које омогућују приступ суду и даљим развојем савремених технологија, створене су могућности вођења записника путем уређаја за тонско и оптичко снимање (видео линка), а што је већ у примени у кривичном поступку, као и упућивања поднесака у електронском облику. Донети су и посебни прописи као што су Закон о електронском потпису и Закон о електронском документу, као правни оквир за увођење и имплементацију тог начина доставе. Тако да је новим решењима у Нацрту, регулисано да поднесци упућени суду испуњавају писану форму ако су упућени електронском поштом и телеграмом, у складу са посебним законима (члан 100. став 2).

Рочишта се могу снимати коришћењем тонске и видео опреме, (па и увиђај), по предлогу странке или по службеној дужности, о чему одлучује суд. Тонски део снимка – тонски запис који је део судског списа, преноси се у форму писаног записника на чији препис странке имају право, као и на копију видео снимка (чл. 120-120в).

Тужба

Како је неким посебним законима који су у међувремену донети, примерице Закон о забрани дискриминације и Закон о заштити потрошача, остварење права по том материјално-правном основу, везано за утврђење неке чињенице (постојања или непостојања); то је ова ситуација уврштена као могућност за подношење декларатorне тужбе – тужбе за утврђење (члан 188).

Достављање

Питање доставе је због своје важности у неким земљама Европске уније (ЕУ) регулисано посебним законима, којима се посебно регулише достава у судским поступцима; али је решење те ствари у домену законодавца. Иако је радна група имала у виду инструменте процесног права ЕУ, примерице Уредбу о достављању судских и вансудских писмена у грађанским и привредним стварима у државама чланица донету од стране Европског парламента и Савета 13.11.2007. године; превагнуо је став да се у овој фази придруживања ЕУ не имплементирају њене одредбе због потешкоћа које би настале у њеној практичној примени.

У Нацрту су задржана решења из важећег ЗПП-а, а битне новине су: да се достава може вршити и преко лица које врше јавна овлашћења (нотари), на бази искустава из савременог упоредног процесног права (члан 127). Уведена је и могућност доставе електронским путем, ако странке на то пристану (члан 127а). Ново је и то да странке могу да упућују поднеске (осим оних који се лично достављају), непосредно једна другој, али под условом да суду поднесу обавештење и доказ о томе (члан 127б).

Новина је увођење могућности достављања писмена правним лицима и адвокатима, преко прегратка у суду (чланови 133а и 133б) у судовима где за то буде техничких услова; а као ефикасног начина за растерећење судског система и смањење трошкова.

Направљена је разлика у погледу достављања иницијалних аката које се лично достављају због различитог процесног значаја истих, јер доставом, односно по пријему тужбе и решења о платном налогу, креће парница, односно настаје процесно-правни однос. Стога се осим тужбе и решења о платном налогу као иницијалних аката која се лично достављају, сва остала писмена која се лично достављају (пресуда, решење против којег је дозвољена посебна жалба и правни лек), достављају по правилу из упоредног процесног права: да је једном достављено, увек достављено

(чланови 136. и 136а). Због тога се морају сматрати уредним сва даља достављања на адреси на којој је достављање већ било извршено јер је обавеза тог лица да обавести суд о промени адресе и одреди пуномоћника за пријем писмена, када промени адресу током поступка (члан 139а). У случају да тужени очигледно избегава доставу иницијалног акта, поставља му се привремени заступник – (члан 136).

Припремање главне расправе и главна расправа

Према Препоруци број Р (84)5 Комитета министара о начелима грађанског поступка за унапређивање остваривања правде земљама чланицама Савета Европе, судски поступак по редовном току ствари не би требало да траје дуже од 2 рочишта, од којих прво може да буде припремног карактера а друго да служи прикупљању доказа, изношењу 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 да дозволи његово одлагање, осим у случају појаве нових чињеница или у другим важним околностима. Европски суд за људска права се у више предмета против Републике Србије (Стевановић против Србије из 2005. године, Илић против Србије из 2004. године, ВАМ против Србије из 2005. године, Поповић против Србије из 2004. године итд.) изјаснио у том смислу: да стандарди из члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода о праву на правично суђење које укључује право на суђење у разумном року, морају бити саставни део домицилне судске процедуре, ради остварења законите и правичне заштите пред судом у разумном року. Пракса Европског суда за људска права захтева да национална правосуђа делотворно и практично, а не теоријски и привидно, предузму мере којима би се осигурало право на суђење у разумном року и спречило прекомерно трајање поступка.

Управо са тих разлога и у том циљу се у Нацрту прибегло системски новом решењу и обавези суда да (заједно са странкама) на припремном рочишту решењем одреди временски оквир за провођење поступка (члан 293. у вези члана 10. став 2) – временско управљање поступком. Такође ће суд, у циљу концентрације главне расправе, а ради обезбеђења ефикасне судске заштите, заказати једно рочиште за главну расправу, а следеће рочиште, односно број рочишта, у одређеном временском оквиру и динамици, која може бити и више дана узастопно. У смислу изнетог,

странке су дужне да на првом рочишту за главну расправу изнесу све чињенице и предложе све доказе за њихово утврђење (члан 294), осим ако без своје кривице то нису могле учинити. Да ли ће ова решења у пракси заиста довести до веће ефикасности, показаће се у будућности.

У овом Нацрту је сагласно цитираној препоруци, свеобухватније и прецизније дефинисано непоштовање процесне дисциплине и злоупотреба процесних овлашћења (члан 181), од стране странки и учесника парничног поступка, супротно циљу због којих су им призната; па је решењу о кажњавању, са тих разлога признато својство извршне исправе.

Ново је и тзв. интервенцијско дејство пресуде (члан 210а), у парници између странке и на умешача који јој се придружио. На начин да правноснажна пресуда донета у том спору има дејство у погледу утврђеног чињеничног стања и правне квалификације садржане у њеном образложењу. Уз изузетак на право приговора умешача, а у новој парници странке, али само под конкретно прописаним условима, чија би основаност дозволила поновно расправљање о чињеничним и правним питањима.

Докази

Код општих одредби, осим чињеница које је странка признала пред судом, уведено је да се не доказују и чињенице које странка није оспорила (члан 222). За сведоке је прописана могућност (као изузетна): у ситуацији када би саслушање сведока било онемогућено или знатно отежано, да се може извести доказ читањем његове писмене изјаве која мора бити оверена у суду или од стране лица које врши јавна овлашћења (према Закону о јавном бележништву).

Такође је уведена могућност саслушања сведока коришћењем уређаја за тонско и видео снимање и телефонске конференцијске везе - видео линка (236а), а у складу са развојем савремених технологија и искустава из процесног кривичног закона. Странке имају право на копију снимка који је део судског списа, с тим да се тонски део снимка преноси у форму писаног записника.

На исти начин се може саслушати и странка, која такође има право на копију снимка (члан 262а).

Вештаци

У складу са искуствима из упоредних процесних закона и измењеним концептом парничења, којим је одговорност за развој парничног поступка пре-

бачена на странке које су и најзаинтересованије за његов исход; у Нацрту је уведено као потпуно ново решење, могућност да странке приложе суду налаз и мишљење вештака одговарајуће струке, ради доказивања чињеница на којима заснивају свој захтев. Ако хоће да оспори тај налаз и мишљење, супротна страна може ангажовати другог вештака (члан 250а).

Ово "страначко вештачење" уведено је као алтернативна могућност уз досадашњи задржани концепт "судског вештачења" (члан 250б). Вештаци се сада одређују из Регистра судских вештака за одређену врсту вештачења.

Спорно правно питање

Овај процесни институт задржан је из важећег ЗПП-а, осим извесних новина: скраћења рока за решавање спорног правног питања (са 90 на 60 дана) и увођење обавезе суда да изнесе сопствено тумачење спорног правног питања и да у ситуацији када он покрене поступак, достави свој предлог странкама ради изјашњења. Такође је додат нов члан (177а), којим је регулисана процесна ситуација када је захтев за решавање спорног правног питања непоптун или недозвољен (до чега је често долазило у досадашњој пракси) да се исти одбацује, а недозвољен је и када је Врховни касациони суд о таквом захтеву раније доносио одлуку.

Пресуда

Пракса је показала да је било нејасноћа око правне природе међупресуде по одредбама важећег ЗПП-а, због чега је у Нацрту дефинисана њена правна природа (члан 355), која је деклараторна.

Такође је из ранијег ЗПП-а (1977), у општи поступак враћена пресуда због изостанка (члан 338а), као ефикасно средство процесне дисциплине. Она је такође уведена и у посебном поступку у спору за сметање државине у којем се доноси решење због изостанка (члан 448). Док је задржана у такође посебном поступку спора мале вредности, али са измењеном правном природом (члан 471в).

Судско поравнање

Сагласно начелу диспозиције парничних странака, уведена је могућност закључења судског поравнања све до правноснажног окончања поступка, односно и после доношења првостепене пресуде (члан 322), па је следом тога конкретизовано поступање суда у таквом случају.

Редовни правни лек (жалба)

Право на правни лек - жалбу гарантовано је у члану 36. став 2. Устава Србије и у члану 13. ЕКЉП. Жалба је задржала своје суспензивно правно дејство, осим новине којим је створен изузетак од овог правила (у члану 355а) – када пресуда гласи на исплату новчане обавезе (главнице), која не прелази 300 еура за физичко лице, односно 600 еура за правно лице, а све у динарској противвредности на дан подношења тужбе; сагласно Препоруци Р 95(5) Комитета министара земљама чланицама Савета Европе о увођењу и унапређењу жалбених поступака у грађанским и привредним предметима.

Иначе, извршење неправноснажне судске одлуке је уврштено у процесне законе неких држава Европске уније, као и у уредбе Европске уније. Ово решење је у складу са одредбом члана 15. ЗИО, који прописује могућност извршења судске одлуке која није правноснажна.

Поступак пред другостепеним судом

Сагласно већ цитираној Препоруци, која прокламује да у другостепеном поступку – по жалби, треба ограничити увођење нових захтева, чињеница и доказа, осим у случају настанка нових околности или других разлога изричито прописаних законом, а да расправу треба ограничити на образложење навода жалбе; решењем из Нацрта, другостепени суд је сада додатно овлашћен (члан 373. тачка 6) да о захтеву странака одлучи и кад усвоји жалбу и укине првостепену пресуду.

Уведено је ново решење за процесну ситуацију када странке у току жалбеног поступка закључе судско поравнање - другостепени суд ће тада решењем утврдити да је жалба повучена (члан 373а).

У циљу спречавања злоупотребе процесних овлашћења, учињено је даље ограничавање правила "beneficiarum novorum", на начин увођења изричите забране за жалиоца: да не може износити нове чињенице и предлагати нове доказе, осим ако учини вероватним да их без своје кривице није могао изнети до закључења главне расправе (члан 359). Уведена је могућност заказивања другостепене расправе и када је потребно да се изведу докази које је првостепени суд одбио. Такође је извршена измена проширивањем на свеобухватнији појам материјално-правних приговора који се не могу истицати у жалби (члан 359).

Због извесних нејасноћа у примени важећег ЗПП-а у пракси, јасније је прецизирана забрана двоструког укидања првостепене пресуде, у смислу да је без значаја по ком је ЗПП-у та првостепена пресуда била претходно укинута (члан 369. став 3). Све у циљу остварења главног правила да другостепени суд (апелациони) оконча случај и не враћа га поново на првостепени суд. Међутим, то не би требало да води садашњој пракси да другостепени суд у значајној мери отвара главну расправу и пресуђује јер би тежиште пресуђивања требало да буде на првостепеном суду који после укидања своје пресуде треба да савесно поступи по укидном налогу и спроведе оно што му је наложено у другостепеном решењу.

Сагласно начелу равноправности странака у поступку, изједначени су рокови за одговоре на правне лекове, па тако и за жалбу (366), који је исти као рок за изјављивање жалбе. У члану који регулише границе испитивања првостепене пресуде, због друштвеног значаја породичних спорова је унета алтернатива да другостепени суд у поступку који се тиче односа родитеља и деце, није везан за жалбене разлоге.

У циљу спречавања злоупотребе процесних овлашћења, на новој главној расправи по укидању, странке могу да предлажу нове чињенице и нове доказе само под одређеним условима: да их без своје кривице нису могли изнети и предложити, односно ако жалилац није био странка или није имао положај странке (умешач) до укидања, осим ако законом није друкчије предвиђено (члан 384). Додат је и нов став којим је искључено право објективног преиначења тужбе, ако то не произлази из истог чињеничног и правног основа.

Ванредни правни лекови

У важећој грађанско-процесној регулативи постоји диспропорција између редовних и ванредних правних лекова, којих има 5: три ревизије, предлог за понављање поступка и захтев за заштиту законитости. Са намером да се оснажи начело правне извесности правноснажних судских одлука, ојача уставни положај и надлежност Врховног касационог суда као највишег суда у Републици Србији, у смислу члана 143. став 3. Устава РС и отклони диспропорција која постоји између редовних и ванредних правних лекова; у Нацрту су задржана 3 ванредна правна лека: 2 општа – ревизија и понављање поступка и посебна ревизија.

Радна група се изјаснила за укидање директне ревизије или жалбе са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање (члан 389), која је први пут уведена по важећем ЗПП-у 2004. године, по угледу на тзв. скоковиту ревизију из немачког и аустријског грађанског процесног права (уз евентуалну алтернативну задржавања и превођења у редовне правне лекове); првенствено са разлога неделотворности овог правног лека јер на то указују статистика и пракса Врховног суда Србије и Врховног касационог суда. Обзиром да је у Врховном суду од 2005. закључно са 2009. годином било укупно 26 предмета у којима је изјављена директна ревизија, а у Врховном касационом суду у 2010. години и за првих шест месеци 2011. године 3 предмета, односно укупно 29 предмета, у којима су директне ревизије (осим 7 одбијених) одбачене. Можда одговор за неделотворност овог правног лека, лежи у менталитету нашег народа јер је за ревизијско одлучивање по овом ванредном правном леку пре свега, нужна сагласност обе парничне странке – споразум странака о томе. Уосталом, Препоруком Комитетата Савета министара (2004) 6 земљама чланицама ЕУ о побољшању домаћих правних средстава, предлаже се "избацивање" неделотворних правних лекова из домицилних процесних закона. Други разлог је непостојање овог правног лека у упоредном праву, осим у Немачкој и Аустрији, где ова директна ревизија постоји као тзв. скоковита ревизија. Међутим, за разлику од нашег грађанско-процесног права, тамо је она предвиђена као редовни правни лек који као такав има суспензивно дејство. Због тога, у тим правним системима њено постојање има смисла и сврху, за разлику од нашег у којем директна ревизија нема суспензивно дејство. При том се инстанциона ревизијска оцена може остварити новоафирмисаном посебном ревизијом (члан 395), са практично истих законских разлога.

Ревизија

За дозвољеност овог општег ванредног правног лека, у Нацрту (члан 394) су задржане две врсте условљености из постојећег новелираног ЗПП-а. Једна је условљеност одређеном вредношћу предмета спора побијаног дела, а друга је прописаном дозвољеношћу посебним законом. Како према регулативи из члана 208. Породичног закона, ревизија не би била дозвољена у случајевима стицања и престанка права на издржавање, тај случај је уврштен као алтернатива за овај ЗПП или за допуну Породичног закона. Стављена је као алтернатива да је ревизија увек дозвољена у парницама због заштите ауторског права итд. обзиром да то није прописано

тим посебним законима, мада је мишљење радне групе да заштита тих права не заслужује посебни третман увек дозвољене ревизије.

Што се тиче новчаног цензуса меродавног за ревизију, радна група је то питање оставила за јавну расправу, мада је јасно да је то питање за законодавца. У раду је била упозната са висинама новчаних цензуса у државама са простора бивше Југославије и неким од европских држава, код којих се цензуси у општем парничном поступку крећу од 5 до 30.000 евра, а у привредном спору од 16 до 75.000 евра. Међутим, у ситуацији када су Новеле из 2009. године већ направиле дистинкцију и увеле знатно веће новчане цензусе од ранијих, сматрали смо да има места да се исти задрже, са разлога стандарда правне извесности. Додатни аргумент је и то што је ревизија рестриктиван ванредни правни лек који није гарантован Уставом Републике Србије, који у члану 36. став 2. гарантује право на жалбу. Тиме се такође не би задирало у право странке на приступ суду, а не би постојало ни неоправдано ограничење јер би странка имала право на инстанциону контролу по основу тзв. посебне ревизије, за те случајеве испод цензуса.

Посебна ревизија

Овај ванредни правни лек преузет је као процесно средство из постојећег ЗПП-а, али је арфимисан тако што је искључено везивање за члан 394, што значи да би сада та ревизија била дозвољена у свим споровима, односно у свим врстама поступака. Посебност овог ванредног правног лека је наглашена и новим рубрумом. У складу са европским стандардима и препорукама, условљена је само критеријумом значаја предмета (у коме се она може изјавити), а то је: уједначавање судске праксе или када је потребно ново тумачење права. Уведено је и ограничење разлога за њено изјављивање: због погрешне примене материјалног права, такође у складу са стандардима из европског права. На тај начин је имплементирана у наше процесно законодавство Препорука 95 (5) Комитета Савета министара земљама чланицама Савета Европе о увођењу и унапређењу жалбених поступака у грађанским и привредним предметима. Ова посебна ревизија (члан 395) по својој правној природи и суштини, заправо одговара дозвољеној ревизији, у савременим правним системима Немачке и Аустрије.

Ревизијски разлози

Новим решењем су сужени разлози (члан 398) у смислу да су то, осим тачке 2. која се тиче апсолутне ненадлежности, разлози из домена апсолутно

битних повреда на које другостепени суд не пази ex oficio, како се они не би "поклапали" са разлозима за понављање поступка као другог опште вандредног правног лека. Уведен је и додатни кумулативни услов: да су ти разлози истицани у жалби, због принципа савесног коришћења права странке у инстанционом поступку, а не да их из тактичких разлога чува за ревизијски суд.

Разлози на које ревизијски суд пази ex oficio

Полазећи од европских стандарада сужени су разлози на које ревизијски суд пази exoficio (члан 399) са два на један, а то је на правилну примену материјалног права, обзиром да на тачку 9. из члана 361. став 2. пази другостепени суд по службеној дужности, који ће у својој одлуци реаговати на ту битну повреду ако је учињена.

Тумачењем правне природе радње одустанка од ревизије, као повлачења, прецизније је дефинисана ова процесна ситуација (члан 401. став 3).

Одговор на ревизију

По принципу начела равноправности – једнакости странака у поступку, уведен је исти рок за одговор на ревизију као и за ревизију (30 дана), а искључена је достава ревизије јавном тужиоцу јер је "укинут" захтев за заштиту законитости (члан 402).

Ревизија против решења

У овом члану (члан 412) су делимично задржана решења из важећег ЗПП-а, осим ставова који се тичу увек дозвољене ревизије, тако што је дато право на ревизију против правноснажних решења којима се одбацују и тиме ускраћују правни лекови, а који су раздвојени у ставовима 3, 4. и 5. Ови ставови су измењени због проблема који се појављују у пракси у тумачењу ове одредбе јер је било случајева да се одлучивало о ревизијама изјављеним против решења донетих у посебним поступцима против којих ревизија иначе не би била дозвољена.

Предлог за понављање поступка

Додат је нови разлог за понављање поступка као општег ванредног правног лека, због права странке на непристрасног судију (члан 422. став 1. тачка 1). Задржано је решење из важећег ЗПП-а да одлука Европског

суда за људска права којом је утврђена повреда људских права, буде основ за понављање поступка, (у тачки 11), под условом да је иста могла бити од утицаја на доношење повољније одлуке. Одлука Уставног суда којом је утврђена повреда или усклађивање људског и мањинског права у поступку по уставној жалби, уведена је као разлог за понављање поступка Новелама 2009. године. Обзиром да Уставни суд у случају да у поступку по уставној жалби утврди повреду права гарантованог Уставом, у пракси поништава правноснажне судске одлуке (па и Врховног касационог суда) и налаже поновно одлучивање; опредељење је било да се овај разлог изостави из предлога за понављање поступка, а евентуално остави као алтернатива (тачка 12). Међутим, најцелисходније решење које би оправдавало одржавање владавине права, било би да Уставни суд у својој даљој пракси, својим одлукама, само утврди повреду права; што би резултирало задржавању овог алтернативно постављеног разлога.

Опште правило за све разлоге понављања поступка је да објективни рок износи пет година, осим изузетка прописаног за разлог из тачке 2. члана 422. став 1. - онемогућавање расправљања, када рок износи 10 година. С тим што је субјективни рок повећан на 60 дана, у складу са стандардима из упоредног права. Новина је да је поново омогућено понављање поступка и пред највишим судом – Врховним касационим судом, односно враћено је решење из важећег ЗПП-а, пре **Новела из 2009. године.**

Захтев за заштиту законитости

Из Нацрта је избачен овај ванредни правни лек, са више разлога: пракса Европског суда у Стразбуру установљена у више пресуда у сличним правним системима земаља Источне Европе (Ryabykh protiv Rusije i Brumarescu protiv Rumunije, обе из 1999. године) утврђено је да интервенција јавног тужиоца као државног органа против правноснажне пресуде представља неоправдано мешање државе у грађанским судским поступцима, односно да се тиме крши начело правне извесности, а тиме и право на правично суђење. Други разлог је неделотворност овог ванредног правног лека јер је у пракси углавном одбациван. Осим тога, обезбеђено је учешће јавног тужиоца у парничном поступку, на начин да му је дато овлашћење на предузимање процесних радњи које су усмерене на заштиту општег – јавног интереса и право на изјављивање правних лекова, против пресуда које су донете на основу недозвољених располагања странака (члан 207).

Посебни поступци

Парнице из радних односа

Назначено је да и у овим парницама суди судија појединац у првом степену (члан 434а). Такође је због значаја ових врста спорова, великог броја предмета и потребе њиховог хитног решавања из савременог упоредног права преузета и уведена пресуда на основу до тада утврђеног чињеничног стања (члан 437. став 2). Укинута је одредба о краћем року за жалбу, што упућује на примену опште одредбе.

Парнице поводом колективних уговора

Код ових спорова уведена је дефиниција изреке пресуде у тим парницама (члан 443). Такође је прописан рок за доношење одлуке суда у жалбеном поступку по овим пресудама, у року од 60 дана (члан 444).

Парнице због сметања државине

У овим споровима због сметања државине је уведена могућност доношења решења због изостанка (члан 448), а аналогно пресуди због изостанка.

Парнице о спору мале вредности

Задржани су новчани цензуси из Новела донетих 2009. године, који спору дају квалификацију спора мале вредности (поред других законских услова), како у општем режиму тако и у привредним споровима; са истих разлога о којима је раније било речи о цензусима за ревизију. С тим што је прописано да промена курса после подношења тужбе не утиче на промену правила овог поступка. Такође је у овом спору задржана могућност доношења пресуде због изостанка, али сада са другом правном природом у односу на ранију (члан 471в).

Привредни спор

Привредни спор је другачије и прецизније дефинисан (члан 479) тако што је усклађен са дефиницијом надлежности привредних судова из члана 25. Закона о уређењу судова. Код ових спорова је наглашено правило да се у њима по правилу, чињенице доказују исправама (члан 483а). Као и правило да је парнична радња заступника по правилу неопозива (члан 483).

Поступак за заштиту колективних интереса и права

Како је материјално-правним законима, као што су Закон о борби против дискриминације и Закон о заштити потрошача, у наш правни систем уведена колективна тужба ради остварења заштите колективних права и интереса, било је нужно да се та регулатива усклади са процесноправном регулативом. Стога је у Нацрт уведен потпуно нов институт колективних тужби и регулисан поступак за заштиту колективних права и интереса, као последица усклађивања са правом Европске уније. Новим одредбама прописано је ко је активно легитимисан и под којим условима може тражити заштиту ових колективних права групе људи (колектива), тако што је активна легитимација дата удружењима и организацијама које су регистроване за ту врсту делатности (члан 491). Због друштвеног значаја ових спорова, уведена је могућност да се по одлуци суда, жалби искључи суспензивно дејство (члан 500). Такође је пресуди донетој у оваквом поступку заштите колективних права, признато дејство "res iudicata" у ситуацији када је истом усвојен тужбени захтев, за физичка и правна лица који у посебном поступку захтевају накнаду штете. Тако што је пресуда тада обавезујућа и за одсутне чланове групе, односно колектива, у наведеној процесној ситуацији, а по угледу на решења из савременог упоредног права; чиме је одступљено од општег правила о дејству правноснажне пресуде између парничних странака (члан 501).

* * *

Прелазне одредбе

Следом општег и уставног правног правила о забрани ретроактивности закона на све започете поступке који нису окончани до дана ступања на снагу овог закона, примењивао би се раније важећи ЗПП, а од тада нови Закон. Прецизно дефинисање прелазних одредби биће у коначној верзији Нацрта.

Закључак

Предложени Нацрт само је један од значајних мера предузетих у циљу даљег реформисања нашег правосудног система, у циљу одржавања владавине права. Овим Нацртом основног процесног закона који је усклађен са европским стандардима и савременим тенденцијама у упоредном процесном праву, створени су услови којима се обезбеђује заштита основних конвенцијских и конститутивних права и ефикасније и брже суђење. Време и пракса ће

показати да ли ће то овим законом и бити реализовано, односно да ли ће нова процесна регулатива заиста допринети ефикаснијем и бржем суђењу.

Међутим, за боље функционисање и растерећење судова, потребно је и то да се у пракси у већој мери афирмише алтернативно и мирно решавање спорова (медијација и арбитраже), као ефикасне мере за решавање парничних ствари и смањење оптерећености судова. Такође је потребно да отпочне примена и да заживи Закон о јавном бележништву (нотарима), којим су створени услови за решавање значајног дела правних ствари о личним, имовинским и другим правима грађана, о којима се до сада поступало по правилима ванпарничног поступка.

На крају, али не и мање важно, у нашем правном систему треба јаче афирмисати судску праксу, која у нашој досадашњој законодавној правосудној традицији није имала адекватан значај. Стога што важну улогу за ефикасно суђење има и судска пракса више инстанце, а нарочито судске одлуке Врховног касационог суда, као највишег суда у Републици Србији. Ово значајно питање и такав третман судске праксе највишег суда у држави, већ је уврштено у процесно законодавство неких држава Европе. Обзиром да судска пракса највишег суда у држави, треба да омогући странкама предвиђање исхода парнице у одређеној, истој чињенично-правној ситуацији. Стандард правне предвидљивости, допринео би правној сигурности, што је један од предуслова за владавину права у савременој држави. Са тог разлога и у том циљу, кандидујем регулисање и имплементацију овог важног питања судске праксе Врховног касационог суда, као оне коју треба да прате и примењују нижестепени судови у примени закона, кроз одговарајућу одредбу неког од правосудних закона.

Снежана Андрејевић,
судија Врховног касационог суда

ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ И НОВИ ЗАКОН О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ

Привремена мера обезбеђења представља правно средство којим овлашћено лице у парничном, ванпарничном и извршном поступку осигурава остварење свог захтева.

Правно дејство и циљ привремене мере је обезбеђење а не испуњење обавезе.

Одлуку о привременој мери обезбеђења суд је овлашћен да донесе на основу тзв. сумарног (когниционог) поступка у свим фазама поступка и ван расправе – кад су за то испуњени законски услови, све док извршење не буде спроведено, што налаже стриктну примену закона у односу на дозвољеност и дејство привремене мере којом се успоставља привремено фактичко стање ограниченог временског трајања.

Нужно је, стога, да суд, на основу овог сумарног поступка, стекне уверење о вероватноћи постојања потраживања повериоца, односно о постојању чињеница од којих зависи оцена о вероватноћи постојања неког права, пажљиво испитујући све околности и водећи рачуна о начелу спречавања злоупотребе права[1].

Закон о парничном поступку (ЗПП)[2] прописује да у свим споровима суд може изузетно, ако то захтевају посебне околности појединог случаја, а посебно ако је то потребно ради одлучивања о предлогу за одређивање привремених мера, одмах заказати рочиште и наредити да се примерак тужбе достави туженом[3], а овлашћен је да, у смислу члана 313. ЗПП, доноси решење о привременим мерама обезбеђења и ван рочишта за главну расправу.

---

[1] Видети Снежана Андрејевић *"Привремене мере обезбеђења: општа разматрања – критички осврт",*
Билтен Окружног суда у Београду број 44, стр. 11 - 23

[2] Закон о парничном поступку – ЗПП ("Службени гласник РС" 125/04, 111/09, 36/11)

[3] Члан 283. ЗПП

Општа правила о обезбеђењу

Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО[4] у члану 285. прописује да привремену меру може одредити суд, а спровести суд или извршитељ пре покретања, у току, као и по окончању судског или управног поступка, све док извршење не буде спроведено**.**

Решење којим се одређује **привремена мера има правно дејство решења о извршењу** (члан 285. став 2. ЗИО), што значи да се, на захтев лица у чији корист је привремена мера одређена, **извршење спроводи, без тзв. предходне дозволе извршења.**

Одређивање временског размака *пре покретања поступка* и *у току* поступка започиње од момента предузимања иницијалне радње потребне за покретање поступка. *Није неопходно* да је други процесни субјекат упознат са тим актом, односно да је успостављен потпуни процесни однос[5].

Привремена мера није допуштена ако се обезбеђење може остварити другим средством обезбеђења којим се може постићи иста сврха.

Иначе, поступак обезбеђења покреће се - предлогом странке, а предлогом других лица, односно органа само кад је то законом одређено. У предлогу за обезбеђење наводе се: потраживање чије се обезбеђење тражи, законски разлози за обезбеђење, чињенице и докази из којих суд утврђује да је постојање законских разлога за обезбеђење вероватно и врста средства обезбеђења. Као средства обезбеђења могу се одредити само заложно право на стварима и правима на основу извршне исправе, стицање заложног права на непокретним и покретним стварима на основу споразума странака, претходне мере и привремене мере.

Обезбеђење није допуштено на стварима и правима која по закону не могу бити предмет извршења.

У поступку расправљања и одлучивања о предлогу за обезбеђење сходно се примењују одредбе Закона о парничном поступку, осим кад је Законом о извршењу и обезбеђењу другачије прописано. У поступку извршења решења о обезбеђењу сходно се примењују одредбе овог закона ко-

---

[4] Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО ("Службени гласник РС" 31/11)

[5] Др Боривој Старовић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Intermex, Београд 2007. стр. 784

је уређују поступак извршења[6], осим када је у чл. 257. до 264. ЗИО другачије прописано.

Ако је поступак обезбеђења покренут пре покретања парничног поступка, односно другог поступка у коме се одлучује о основаности потраживања чије се обезбеђење тражи, надлежан је суд који је надлежан за одлучивање у првом степену о основаности потраживања.

У поступку обезбеђења, према општим правилима поступка обезбеђења, поступа и одлуке доноси судија појединац, односно председник већа независно од тога у ком саставу треба да одлучује суд о основаности потраживања чије је обезбеђење захтевано. То се наравно односи на поступак код извршног суда, односно на поступак обезбеђења пре и после покретања поступка по општим правилима парничног поступка, кад посебним законом није другачије одређено.

Ако је предлог за обезбеђење поднет у току поступка извршења, по њему поступа и одлуке доноси суд пред којим се води извршни поступак.

За обезбеђење на стварима и правима о којима се воде јавне књиге или други регистри, искључиво је надлежан суд на чијем подручју се налази седиште органа или организације која води ту књигу односно регистар.

Посебна правила поступка обезбеђења - из члана 260. ЗИО – односе се на овлашћења суда да може донети решење о обезбеђењу пре достављања предлога противној странци и пре него што је противној странци омогућио да се о предлогу изјасни и то ***само*** у случају:

- ако би предлагач обезбеђења, због одлагања, могао претрпети ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету

- ради отклањања непосредне опасности противправног оштећења ствари или губитка односно тешког угрожавања права

- ради спречавања насиља.

У поступку обезбеђења суд ће размотрити само оне чињенице и извести само оне доказе које странке предложе, изузев када од тога зависи примена принудног прописа. За утврђивање постојања законских разлога

[6] Тако према одредбама члана 30. ст. 1. и 2. ЗИО нису дозвољени ни враћање у пређашње стање (осим када из оправданих разлога приговор на решење о извршењу није изјављен у прописаном року) ни вештачење (члан 30. став 4. ЗИО), као ни предлог за одређивање другог стварно или месно надлежног суда – делегација (члан 32. ЗИО)

за обезбеђење ***довољна је вероватноћа да чињенице од којих зависи оцена тих разлога постоје***, ако овим законом није другачије одређено.

Јавност је искључена - у поступку обезбеђења потраживања из брачних и породичних односа.

Достављање писмена – у поступку обезбеђења доказа врши се сходном применом одредаба о достављању у поступку извршења[7] с тим што примена одредаба о обавезном едикталном достављању (члан 29. став 4. ЗИО) ако достављање није било могуће извршити на адресе из ст. 1. и 2. овог члана у року од пет дана од дана упућивања писмена, због неодређености и искључења обавезног личног достављања може изазвати неједнако поступање судова у Републици Србији и због тога кршење права на правично суђење у смислу члана 32. Устава Републике Србије и члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, зато ове одредбе треба шире тумачити.

Садржина решења о обезбеђењу – које према изричитој когентној норми из члана 285. став 2. ЗИО **има правно дејство решења о извршењу**, одређена је чланом 263. став 2. ЗИО. Као и сва остала решења о обезбеђењу и решење о привременој мери треба да садржи одлуку о средству обезбеђења, кратко образложење законских разлога за усвајање предлога о обезбеђењу и поуку о томе да ли приговор задржава извршење решења и у ком се року приговор може изјавити, али је домашај ове норме у погледу врсте правног лека, чини се, релевантан само за поступак обезбеђења који се спроводи пре покретања парничног поступка, односно у току извршног поступка кад о предлогу одлучује извршни суд.

Међутим, одлука о привременој мери парничног суда може се, према правном схватању Врховног суда Србије[8], побијати само оним правним средством, на начин и под условима прописаним одредбама Закона о парничном поступку. Ову правну празнину треба да реши Закон о парничном поступку, будући да важећи Закон о парничном поступку[9] задржава идентичан начин одлучивања о привременим мерама, па су и даље актуелни ставови изражени у образложењу наведеног правног схватања, у четвртој алинеји:

---

[7] Види члан 29. ЗИО

[8] Правно схватање Врховног суда Србије утврђено на седници Грађанског одељења 30.6.2003. године, Билтен ВСС 3/2005, 4/2008

[9] Овај ауторски рад заснован је на прописима који су на снази до 25.8.2011. године, када је рукопис предат ради штампања

"Правно становиште о недопуштености жалбе као правног лека против првостепеног решења парничног суда о привременој мери не може се прихватити ни са разлога неспорног одређења ЗПП да се у парничном поступку могу одредити привремене мере обезбеђења, односно привремене мере које се примењују у извршном поступку. Чињеница да су такве одредбе садржане у Закону о парничном поступку **не значи да се и у поступку одлучивања у предлогу за издавање привремене мере у парници преносе процесна правила ЗИП о врсти и допуштености правног лека против таквог решења парничног суда**. Том закључку нема места, пре свега, са разлога што ЗПП не прописује могућност такве примене процесних решења одређених одредбама ЗИП. Осим тога, преношење одредби ЗИП у парнични поступак није правно могуће ни са разлога, што је правно допуштена само примена одредаба ЗПП у поступку извршења и обезбеђења, а не и примена одредаба ЗИП у парници. Зато се и наведене одредбе ЗПП морају уско тумачити. Конкретно, то би значило да је **примена одредаба ЗИП у доношењу парничног решења о привременој мери ограничена само на материјално – правне услове за одређивање привремене мере, док је примена процесних правила о дозвољености и врсти правног лека прописаних Законом о извршном постпку искључена.** Стога се и правни учинак таквог законског решења исцрпљује у могућности парничног суда да у поступку издавања привремене мере примени само оне одредбе ЗИП којима је прописано када је недопуштено издавање привремене мере, који услови за њено одређење, које су врсте привремених мера обезбеђења новчаног и неновчаног потраживања, када постоји могућност одређивања више привремених мера и време за које се одређује и када се укида привремена мера."

У поступку обезбеђења нису допуштени ни ревизија ни предлог за понављање поступка.

О чему суд нарочито мора водити рачуна ?

Кад одређује привремене мере суд нарочито мора водити рачуна о људским и мањинским правима зајемчених Уставом, која се непосредно примењују. Уставом се јемче, и као таква, непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима. Посебно треба указати на члан 18. став 3. Устава Републике Србије који прописује да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стан-

дардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.

Кад је у питању ограничавање људских и мањинских права зајемчених Уставом, она могу законом бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.

Важно је указати и на одредбе члана 20. став 3. Устава Републике Србије који изричито прописује да су при ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права.

Овакве уставне одредбе захтевају детаљно образложење о важности сврхе ограничења права, природи и обиму ограничења и поштовање достигнутих међународних стандарда изграђених пред институцијама које надзиру заштиту људских права пред националним органима.

Кад су у питању **достигнути стандарди** из члана 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода о праву на правично суђење, они морају бити **саставни део судске процедуре** ради остварења једнаке, законите и правичне заштите пред судом у разумном року и правила домаће процедуре се морају примењивати сагласно овим стандардима[10].

Најчешће се привременим мерама ограничава право на имовину, а непоштовање правила о ограничавању овог права може бити и предмет испитивања на основу уставне жалбе, али је свакако неопходно водити рачуна о условима ограничавања права на имовину, не само као уставног већ и као конвенцијског права, у смислу члана 1. Првог протокола уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода који гарантује право на имовину и то не само у односу на постојећу имовину и улагања већ и на постојање потраживања на основу којих подносилац представке има легитимна очекивања да ће стећи ефективно уживање неког имовинског права.

[10] Европски суд за људска права се нарочито у предмету *В.А.М. против Србије* изјаснио о овлашћењима која суд има по новом Закону о парничном поступку и која није користио у овом поступку

Имовина – обухвата, између осталог, земљиште, зграде, покретна добра, имовинска права и сл. али и стечена права, као што су градња[11], дозвола за вађење шљунка[12], право лова везано за посед[13], право риболова у државним водама на основу закупа[14], право на накнаду својине компензацијом[15].

Право на стицање имовине се не штити, јер Европски суд за људска права сматра да оно није садржано у појму имовине из члана 1. Првог протокола. Ни нада да ће се признати опстанак старог имовинског права које је већ дуги временски период немогуће ефективно уживати не представља имовину[16]. Али кад се донесе закон којим се уређује неко право, ситуација се мења, потраживање више не представља правну наду, већ постаје утуживо и садржано је у појму имовине заштићено чланом 1. Првог протокола уз ЕК.

Члан 1. Првог протокола уз ЕК почива на три начела:

1. праву на неометано уживање имовине
2. забрани лишења имовине, осим под одређеним условима
3. праву државе да регулише коришћење имовине под одређеним условима (коришћење)

Ограничења ових права везана су за јавни, односно општи друштвени интерес, па је неопходно поштовати: принцип *правичног баланса* између права појединца и општег интереса заједнице, да терет не постане несразмеран и разумног односа између мера које се предузимају и жељеног циља. Правичан баланс треба да буде задовољен и у случају конкуренције различитих приватних права појединаца, о којима одлучује суд.

Међутим правична равнотежа ће се тешко постићи ако власти проузрокују прекомерна одлагања, примера ради у пружању правног лека или приликом плаћања накнаде[17], или ако је на неки други начин трајање мешања у права подносиоца било прекомерно.

---

[11] *Pine Walley Developments Ltd* против Ирске No 12742/87
[12] *Fredin* против Шведске *No* 12033/86
[13] *Chassagnou* против Француске No 25088, 28331 и 28443/95
[14] *Posti i Rahko* против Финске No 27824/95
[15] *Broniowski* против Пољске
[16] *Prince Hans Adam II of Lichtenstein* против Немачке No 42527/98
[17] *Almeida Garrett и остали* против Португалије No 29813/96; 30229/96*; Кутић* против Хрватске – сајт Врховног суда Хрватске

У оваквим поступцима мора се водити рачуна и о ***општој забрани дискриминације,*** као уставног и конвенцијског права, применом тзв. ***теста дискриминације*** на основу ког се може закључити да ли је неко лице претрпело дискриминацију:

- ако се са њим поступало другачије него са другим лицима у сличној ситуацији (недозвољени основ)

- ако не постоји разумно и објективно оправдање разлике у поступању, обзиром да су разлози државе за овакво поступање (маргина процене) подложни испитивању од стране Европског суда за људска права

Европски суд за људска права поштује оцену законодавца о томе шта је у јавном интересу осим уколико је очигледно *без разумног основа* или је појам јавног интетреса узет прешироко[18].

Кад је у питању *пропорционалност* – успостављање правичне равнотеже, при оцењивању да ли је она успостављена или је од подносиоца захтевано да поднесе претеран и непропорционалан терет Европски суд за људска права сагледава околности свеобухватно, узимајући у обзир питање законитости, дужину временског периода, процесне гаранције и њихов утицај на подносиоца представке и посебно да ли је компензација била могућа.

Пропорционалност, као неодвојиви део конституционалних и конвенцијских права, је "у сржи свих оправдавања сваког мешања у права према Конвенцији. Постоји известан број кључних провера које се могу применити на било које питање у вези са Конвенцијом:

1. Да ли су понуђени ***релевантни и довољни разлози*** за било какво мешање у права која јемчи Конвенција? Да ли је то ***неопходно у једном демократском друштву***? Да ли удовољава некој хитној друштвеној потреби?

2. Постоји ли некакво друго решење које би значило мање мешање у права? Да ли је узето у разматрање? Да ли су дати релевантни и довољни разлози за његово одбијање?

3. Да ли су постојале процесне мере заштите и да ли је поступано у складу са њима да би се избегло мешање у права која јемчи Конвенција?

[18] *Hentrich против Француске* No 13616/88

4. Да ли је мешање у права таквог карактера да је њиме нарушена сама суштина права?"[19]

Зато, да би ограничење права на основу привремене мере обезбеђења, могло бити испитано са становишта стандарда права на правично суђење, то ограничење мора бити легално, легитимно, сразмерно (пропорционално) природи и обиму ограничења, мора се испитати однос ограничења са сврхом ограничења и да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права, а одлука о мери обезбеђења којом се ограничавају права странака детаљно образложена, да би се законитост и правилност такве привремене мере могла испитати и у инстанционом поступку.

Привремене мере обезбеђења

Извршни поверилац може, у предлогу за одређивање привремене мере или накнадно, изјавити да се, уместо привремене мере, задовољава полагањем одређеног износа на име јемства. ***Полагање јемства***, уместо привремене мере може се одредити и на предлог извршног дужника. Ако извршни дужник положи јемство, суд ће ***обуставити поступак*** и укинути већ спроведене радње.

Суд може, на предлог извршног повериоца, одредити привремену меру и кад ***није учинио вероватним*** постојање потраживања и опасност, ако претходно положи, у остављеном му року, износ који суд одреди као јемство за штету, која би извршном дужнику могла бити нанесена одређивањем и спровођењем привремене мере.

На предлог извршног повериоца суд може, с обзиром на околности случаја, одредити и ***више привремених мера***, ако је то потребно, а у решењу којим се одређује привремена мера одређује се и време трајања те привремене мере. Ако је привремена мера одређена пре подношења тужбе или пре покретања другог поступка одређује се и рок у коме поверилац мора поднети тужбу, односно предлог за покретање другог поступка ради оправдања мере.

Суд ће, на предлог извршног повериоца, продужити време трајања привремене мере, под условом да се нису промениле околности под којима је та мера одређена, али само пре него што истекне време за које је привремена мера одређена.

[19] Кључни појмови Европске конвенције о људским правима, Семинар о извршењу пресуда, пракса Европског суда за људска права и ситуација у Србији, *The Aire centre, London*

Ако извршни поверилац у одређеном року није поднео тужбу, односно није покренуо други поступак ради оправдања привремене мере, или је време за које је одређена привремена мера истекло, суд ће, на предлог извршног дужника, обуставити поступак и укинути спроведене радње. На предлог извршног дужника, поступак ће се обуставити и укинути спроведене радње, ако су се околности због којих је привремена мера одређена доцније промениле, тако да она више није потребна[20].

Извршни дужник има према извршном повериоцу право на накнаду штете[21] која му је нанесена привременом мером за коју је утврђено да је била неоснована или коју извршни поверилац није оправдао.

Услови за одређивање привремене мере

Привремена мера за обезбеђење новчаног потраживања - може се одредити ако је извршни поверилац учинио вероватним постојање потраживања и опасност да ће без такве мере извршни дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања, тиме што ће своју имовину, односно своја средства отуђити, прикрити или на други начин њима располагати.

Извршни поверилац не мора доказивати опасност ако учини вероватним да би предложеном мером извршни дужник могао претрпети само незнатну штету.

Сматра се да опасност постоји нарочито:

- ако би се потраживање требало остварити у иностранству

- ако се због неиспуњења доспелих оброка издржавања против извршног дужника већ водио извршни поступак

- ако су законске обавезе извршног дужника, као и његове обавезе утврђене правоснажном одлуком суда и другог органа веће од његових редовних прихода

- ако је против извршног дужника безуспешно покушавано извршење које није успело зато што је он одбио да пружи податке о томе где му се налази имовина, као и да је у току раније вођених извршних поступака давао нетачне податке о својој имовини.

[20] Члан 291. ЗИО
[21] Члан 292. ЗИО

Ради обезбеђења неновчаног потраживања - може се одредити привремена мера, под условом[22] да је извршни поверилац учинио вероватним постојање потраживања и опасност да ће се остварење потраживања осујетити или знатно отежати.

Привремена мера може се одредити и кад извршни поверилац учини вероватним да је мера потребна да би се спречила употреба силе или настанак ненадокнадиве штете.

Извршни поверилац и за ову привремену меру не мора доказивати опасност ако учини вероватним да би предложеном мером извршни дужник могао претрпети само незнатну штету, а сматра се и да опасност постоји ако би се потраживање остваривало у иностранству.

Врсте привремених мера

Ради обезбеђења новчаног потраживања - може се одредити свака мера којом се постиже сврха таквог обезбеђења, а нарочито:

- забрана извршном дужнику да располаже покретним стварима, као и одузимање тих ствари од извршног дужника и поверавање на чување извршном повериоцу или трећем лицу, односно чување у судском депозиту

- забрана извршном дужнику да отуђи или оптерети своје непокретности или стварна права на непокретности уписана у јавну књигу у његову корист, уз упис те забране у јавну књигу

- забрана дужнику извршног дужника да му исплати потраживање или преда ствари, као и забрана извршном дужнику да прими ствари, да наплати потраживање и да примљеним стварима односно наплаћеним износом располаже

- налог банци или другој финансијској организацији, код које извршни дужник има рачун, да извршном дужнику или трећем лицу, по налогу извршног дужника ускрати са рачуна извршног дужника исплату новчаног износа за који је одређена привремена мера

- одузимање од извршног дужника и полагање у депозит готовог новца или хартија од вредности.

Ове забране и налози се сматрају извршним када решење буде достављено лицу на које се односи.

[22] Члан 296. ЗИО

Налог банци или другој финансијској организацији доставља се организацији за принудну наплату, која га без одлагања доставља свим банкама и финансијским организацијама код којих извршни дужник има рачун и истовремено забрањује другима банкама и финансијским организацијама да отворе рачун извршном дужнику.

Извршни поверилац у чију је корист привремена мера изречена има право да од лица које је било дужно да поштује забрану или налог захтева накнаду штете коју је претрпео због њиховог непоштовања.

Извршни дужник, односно треће лице коме је издата забрана или налог из члана 294. став 1. тач. 1. до 4. ЗИО, који не поступе по забрани односно налогу, казниће се по одредбама члана 51. овог закона[23].

Ради обезбеђења неновчаног потраживања - може се одредити свака мера којом се постиже сврха таквог обезбеђења, а нарочито:

- забрана отуђења и оптерећења покретних ствари на које је управљено потраживање, одузимање тих ствари и поверавање на чување извршном повериоцу или трећем лицу, односно чување у судском депозиту

- забрана отуђења и оптерећења непокретности на коју је управљено потраживање, уз упис забране у јавну књигу

- забрана извршном дужнику да предузима радње које могу нанети штету извршном повериоцу, као и забрана да се изврше промене на стварима на које је управљено потраживање

- забрана дужнику извршног дужника да извршном дужнику преда ствари на које је управљено потраживање

- забрана отуђења и оптерећења акција или удела у друштву на које је управљено потраживање и забележба ове забране у Централном регистру хартија од вредности, односно и јавном регистру привредног друштава и књизи чланова друштва, забрана коришћења и располагања правима из акција и удела и поверавање акција или удела на управљање трећем лицу, укључујући постављање привремене управе друштвом;

---

[23] Члан 51. ЗИО, између осталог, прописује и:

" Новчана казна се може изрећи физичком лицу, као и одговорном лицу у правном лицу или у државном органу у износу од 10.000 динара до 200.000 динара, а правним лицима у износу од 100.000 динара до 2.000.000 динара.

- налог извршном дужнику да обави одређене радње потребне да би се сачувала покретна или непокретна ствар, спречила њена физичка промена, оштећење или уништење;

- овлашћење извршном повериоцу да сам или преко трећег лица учини неку радњу или прибави одређену ствар о трошку извршног дужника, нарочито ако је то неопходно да би се успоставило пређашње стање;

- плаћање накнаде зараде запосленом у току спора о незаконитости одлуке о престанку радног односа, ако је то неопходно за његово издржавање и издржавање лица која је по закону дужан да издржава, уз истовремено одређивање средстава извршења за принудну наплату накнаде зараде[24].

- привремено уређење спорног односа, да би се отклонила опасност од насиља

или веће ненадокнадиве штете

Извршни поверилац у чију је корист привремена мера изречена има право да, од лица које је било дужно да поштује забрану или налог, захтева накнаду штете коју је претрпео због њиховог непоштовања.

Ове забране и налози се сматрају извршним када решење буде достављено лицу на које се односи.

Извршни дужник, односно треће лице коме је издата забрана или налог из члана 297. став 1. тач. 1. до 4. ЗИО који не поступе по забрани, односно налогу, казниће се по одредбама члана 51. овог закона.

Дејство привремених мера

Привременом мером не стиче се заложно право, али суд може одредити, нарочито ако постоји опасност из члана 293. став 3 ЗИО да се привременом мером стиче и ***привремено заложно право.***

Привремене мере, "услед одсуства заложноправних ефеката, немају такву снагу да могу да спрече да се на стварима и правима захваћеним привременом мером одреди или спроведе принудно извршење за намирење потраживања другог повериоца, или да се поводом њих другом судском одлуком односно управним актом одреди неко располагање. Ствари

[24] Закон о извршењу и обезбеђењу више не прописује и привремену меру: привременог враћања запосленог на рад, као врсту привремене мере изричито одређене законом.

и права захваћени привременом мером ... и даље су у правном промету и могу бити предмет располагања правним пословима и актима дужника и трећих лица. Међутим, нека дејства привремених мера распростиру се и на трећа лица, на њихова права стечена на стварима и правима дужника поводом којих су одређене привремене мере" [25].

Трећа лица која су правним радњама дужника стекла одређена права на стварима и правима која су предмет обезбеђења привременом мером, "излажу се ризику да се то стицање прогласи без дејства према повериоцу и у мери која је потребна да се намири њему доцније досуђено потраживање (члан 284. ЗОО; видети и остала правила о побијању дужникових правних радњи из чл. 280. до 285. ЗОО). Ти ефекти су били прописани у нашем ранијем праву... (правила параграфа 331 Закона о извршењу и обезбеђењу 1930, *С. Цуља..., И. Матијевић, Ф. Чулиновић..., С. Трива, В. Бјелајац, М. Дика...*)...Постоји мишљење да стечено право трећег лица на непокретности вољним располагањем дужника, поред забележбе забране отуђења и оптерећења непокретности уписане у земљишну књигу па тим сигурно познате трећем лицу, даје право повериоцу да предложи извршење ради намирења непосредено према трећем лицу (*Б. Познић..., Ј. Јерковић...*)" [26].

Веома је "*снажно*" правило, иначе материјалноправне природе, да извршни поверилац у чију је корист привремена мера изречена, има право да од лица које је било дужно да поштује забрану или налог захтева накнаду штете коју је претрпео због њиховог непоштовања[27].

Регистар судских забрана

Регистар судских забрана[28] је јавни регистар који садржи податке о привременим мерама донетим пре, у току и по окончању судског поступка, којима се забрањује отуђење и оптерећење покретних ствари, непокретности или стварних права на непокретностима, под условима прописаним законом. Регистар је јединствена централна електронска база података и води га Агенција за привредне регистре, преко регистратора. Упис је декларативног ка-

[25] Др Боривој Старовић, *Коментар Закона о извршном поступку*, Научна књига Београд 1987, страна 639 и Коментар Закона о извршном поступку, Intermex, Београд 2007. стр. 804

[26] Исто

[27] Др Боривој Старовић, *Коментар Закона о извршном поступку,* Intermex, Београд 2007. стр. 804

[28] Види чл. 298. – 311. ЗИО

рактера, с тим што се сматра да су трећа лица, у смислу члана 310. став 2. ЗИО, од тренутка уписа упозната са постојањем забране и нико се не може позивати да му подаци који су ту уписани нису били познати.

У Регистар се уписују подаци о привремној мери: забране извршном дужнику да отуђи и оптерети покретне ствари чији је он власник, односно покретне ствари на које је управљено потраживање; забране извршном дужнику да отуђи или оптерети своје непокретности или стварна права на непокретности, односно непокретности на које је управљено потраживање, а извршни поверилац је дужан да без одлагања затражи упис у Регистар привремене мере забране отуђења и оптерећења покретних ствари, непокретности и стварних права на непокретностима извршног дужника.

Подаци садржани у Регистру су у сваком тренутку јавно доступни преко интернет стране Регистра (чл. 302. и 308. ЗИО). Овако широка доступност свих личних и имовинских података, без ограничења јавности у поступку обезбеђења потраживања из брачних и породичних спорова, може довести до кршења права на поштовање приватности из члана 8. ЕК.

Досадашња судска пракса

Осим наведеног правног схватања ВСС о правном средству ради побијања привремене мере коју је донео парнични суд, према Закључку са Саветовања грађанских и грађанско-привредних одељења Савезног суда, врховних судова република и аутономних покрајина и Врховног војног суда, Београд 1. и 2. јун 1988. године:

" Суд може усвојити предлог за издавање привремене мере ради обезбеђења новчаног потраживања само ако утврди да дужник конкретним радњама, односно пропустима, настоји да осујети или знатно отежа наплату потраживања повериоца. За овакво утврђење није довољна сама околност да је дужник презадужен односно трајније неликвидан или да извршење захтева више поверилаца "

Према правном схватању утврђеном на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 22. јуна 1983. године:

" суд неће усвојити предлог за изрицање привремене мере за обезбеђење неновчаног потраживања који је по свом дејству и правним последицама идентичан са тужбеним захтевом, осим када се

тужбени захтев односи на заштиту државине, станарско право или неновчано издржавање "

У бројним одлукама судови су изражавали и становиште да:

- Нису испуњени услови за одређивање привремене мере само због тога што дужник није платио утужени износ до дана расправљања, већ је потребно да постоји субјективна опасност која потиче од самог дужника, да ће он своју имовину отуђити, прикрити или на други начин њоме располагати а све у циљу осујећења или отежавања наплате повериочевог потраживања[29]

- Када је у питању обезбеђење новчаног потраживања, тражи се постојање субјективне опасности, што значи активних радњи дужника усмерених на осујећење или отежање наплате новчаног потраживања, тиме што ће своју имовину, односно своја средства отуђити, прикрити или на други начин њима располагати, док је код привремених мера за обезбеђење неновчаног потраживања довољно да постоји објективна опасност да ће се остварење потраживања осујетити или знатно отежати, која не мора да буде повезана са понашањем дужника, а овај услов је испуњен ако постоји ма каква опасност, а не само субјективна[30]

- Ако суд одбаци тужбу као недозвољену, логично је да одбаци и предлог за одређивање привремене мере[31]

- Ако поверилац предложи више предмета обезбеђења, суд ће по службеној дужности или на предлог дужника ограничити обезбеђење само на оне предмете који су зависно од висине потраживања довољни за његово обезбеђење[32]

- Да би се по предлогу странке могла издати привремена наредба ради обезбеђења новчане тражбине, нужно је да предлагач учини вероватним постојање те тражбине као и постојање активних делатности противника предлагача уперених на осујећење или знатно отежавање наплате. Поред тога потребно је да предлагач о постојању те тражбине већ води парницу или је намерава повести и да је тужбени захтев у тој парници усмерен на исплату новчане тражбине чије се обезбеђење тражи[33]

---

[29] Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж2. 926/94 од 20. октобра 1994. године
[30] Решење Вишег трговинског суда Пж 3601/05 од 19.4.2005. године
[31] Решење Вишег трговинског суда Пж. 1177/03 од 6. марта 2003. године
[32] Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж. 3268/95 од 2. јуна 1995. године
[33] Решење Савезног суда, Београд, Гзс. 13/77 од 24. марта 1977. године

- Тужени који није поставио опредељени противтужбени захтев не може у тој парници тражити привремену меру ради обезбеђења свог новчаног потраживања[34]

- Привремена мера служи обезбеђењу главног захтева који је предмет спора и везује се за њега, те не може служити обезбеђењу или остваривању неких других евентуалних потраживања, односно права која нису предмет спора[35]

- Није дозвољена привремена мера којом се унапред забрањује Радио-дифузној агенцији издавање дозвола за емитовање програма, јер сврха привремене мере није и не може бити забрана спровођења поступка који је законом одређен[36]

- Привремену меру забране отуђења и оптерећења непокретности, уколико је покренут парнични поступак, може одредити само парнични суд пред којим тече парница, а не извршни суд[37]

- За усвајање привремене мере довољно је да поверилац учини вероватним да је мера потребна да би се спречила употреба силе и настанак ненакнадиве штете, тако да у тој фази поступка није потребно коначно утврђивање чињеница, од којих зависи основаност тужбеног захтева[38]

- Суд ће изузетно усвојити предлог за одређивање привремене мере ради обезбеђења неновчаног потраживања који је по свом дејству и правним последицама идентичан са тужбеним захтевом, у случају када се тужбени захтев односи на заштиту државине и када се на други начин не може спречити употреба силе или настанак ненакнадиве штете[39]

- Привремена мера забране отуђења и оптерећења непокретности одређена и забележена у земљишним књигама, ради обезбеђења новчаног потраживања не може бити препрека за промет непокретности и укњижбу права својине. Уговор о купопродаји закључен у погледу забележбом обухваћене непокретности није неважећи. Она има само тај значај да купац-стицалац зна да потраживање за чије је обезбеђење привремена мера забележена може бити наплаћено из некретнине која је предмет промета, односно да, повериоцу припа-

[34] Решење Окружног суда у Новом Саду Гж 4965/06 од 13.9.2006. године
[35] Решење Окружног суда у Београду Гж 14938/05 од 30.11.2005. године
[36] Пресуда Врховног суда Србије У 3058/06 од 29.3.2007. године
[37] Решење Окружног суда у Н. Саду, Гж. 2526/99 од 22.12.1999. године
[38] Решење Окружног суда у Крагујевцу, Гж. 509/92
[39] Решење Савезног суда Гзс. 54/97 од 13. новембра 1997. године

да право на намирење из те непокретности и у случају да треће лице доцније стекне на истој непокретности право својине или право располагања [40].

Привремене мере обезбеђења у неким посебним поступцима

1. Привремене мере у радним споровима

У поступку у парницама из радних односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд је увек дужан да обрати нарочиту пажњу на потребу хитног решавања радних спорова[41]. Без обзира на начело хитности, суд је овлашћен да (не само на предлог странке) већ и по службеној дужности одреди привремене мере које се примењују у извршном поступку ради спречавања насилног поступања или ради отклањања ненакнадиве штете. Одлуку о одређивању привремене мере по предлогу странке суд је дужан да донесе у року до осам дана од дана предаје предлога.

Против решења о одређивању привремене мере није дозвољена посебна жалба (члан 436. ЗПП), без обзира да ли се она доноси по службеној дужности или по предлогу странке, а против одлуке о одбијању предлога за одређивање привремене мере – жалба је допуштена.

2. Привремене мере због повреде ауторских и сродних права

Носилац ауторског права, интерпретатор, произвођач фонограма, произвођач видеограма, произвођач емисије, произвођач базе података и стицалац искључивих овлашћења на ауторска и сродна права може, између осталог, тужбом да захтева нарочито: утврђење повреде права; престанак повреде права; уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права, укључујући и примерке предмета заштите, њихове амбалаже, матрице, негативе и слично; уништење или преиначење алата и опреме уз помоћ којих су произведени предмети којима је извршена повреда права, ако је то неопходно за заштиту права; накнаду имовинске штете; објављивање пресуде о трошку туженог.

На захтев носиоца права који учини вероватним да је његово ауторско или сродно право повређено, или да ће бити повређено, суд може да одреди привремену меру одузимања или искључења из промета предмета

---

[40] Пресуда Врховног суда Војводине Рев 825/82 од 4.3.1983. године, наведена у Коментару закона о извршном поступку, Др Боривоја Старовића, Научна књига Београд 1987, страна 655

[41] Члан 435, исто

којима се врши повреда, односно меру забране настављања започетих радњи којима би се могла извршити повреда[42]. Овај закон изричито прописује да се привремена мера одређена по овом закону побија жалбом.

Привремене мере из члана 210. овог закона могу се тражити и пре подношења тужбе. Решењем којим се одређује привремена мера, односно обезбеђење доказа, одредиће се рок у коме мора бити поднета тужба, с тим да тај рок не може бити краћи од 30 дана од дана доношења решења о одређивању привремене мере, односно решења о одређивању обезбеђења доказа, а жалба против решења којим је суд одредио привремену меру из члана 210. Закона о ауторским и сродним правима не одлаже извршење решења.

3. Привремене мере у споровима због повреде права на патент

Носилац патента или стицалац искључиве лиценце имају право на тужбу против сваког лица које повреди њихово право неовлашћеним предузимањем било које радње из чл. 52. и 53. Закона о патентима[43]. Након објаве пријаве патента, право на тужбу има подносилац објављене пријаве или стицалац искључиве лиценце.

Тужбом се, у смислу члана 93. став 1. овог закона, може захтевати: утврђење постојања повреде патента; забрана радњи којима се повређује патент; накнада штете због повреде права; објављивање пресуде о трошку туженог; одузимање, односно уништење, без било какве накнаде, производа који су настали или стечени повредом патента; одузимање, односно уништење, без било какве накнаде, материјала и предмета (прибор, алат) који су претежно употребљени у стварању производа којима се повређује патент.

На захтев тужиоца који учини вероватним да је његово право повређено или да ће бити повређено, суд може, ***до[44] правноснажности пресуде, одредити привремену меру***:

- одузимања, односно искључења из промета производа насталих или стечених повредом патента

- одузимања, односно искључења из промета предмета (прибор, алат) претежно употребљених у стварању производа којима се повређује патент

[42] Види чл. 210. – 212. Закона ауторским и сродним правима ("Службени гласник РС", бр. 104/09)
[43] Закон о патентима ("Сл. лист Србије и Црне Горе", бр. 32/04, 35/04, "Сл. гласник РС", бр. 115/06)
[44] Исправка Закона о патентима ("Службени гласник РС", бр. 115/06), "У члану 94. став 1. уместо речи: "по правноснажности" треба да стоје речи: "до правноснажности".

- забране настављања започетих радњи којима се повређује патент.

Предлог за одређивање привремене мере ***може се поднети и пре подношења тужбе***, под условом да се тужба поднесе у року од 30 дана од дана извршења мере а жалба против решења којим је суд одредио привремену меру из става 1. овог члана не одлаже извршење решења.

На питања у вези с одређивањем привремених мера, која нису уређена овим законом, примењују се одговарајуће одредбе закона којим се уређује извршни поступак.

Имајући у виду оваква овлашћења суда за одређивање привремних мера обезбеђења, чини се значајним становиште еминентног стручњака у овој области Др Слободана М. Марковића да "странке и суд имају ваљаних разлога да буду уздржани према овом средству обезбеђења. Разлог томе је чињеница да утврђење повреде патента, малог патента или права из пријаве подразумева расправљање компликованих техничких чињеница у вези са предметом заштите, односно предметом којим је право наводно повређено, али и правних питања која се односе на тумачење патентних захтева. Стога, у тренутку постављања захтева за одређивање привремене мере, ни подносилац захтева ни суд често немају довољно чврсто уверење да је тужбени захтев основан. Суд посебно нема могућности да оцени да ли ће, у случају да туженик покрене поступак пред Заводом за оглашавање ништавим решења о признавању права, право бити поништено, што ће тужбу учинити неоснованом"[45].

4. Привремене мере по неким посебним прописима

Привремене мере из извршног поступка, односно по одребама које важе за извршни поступак, могу се одредити и на основу упућујућих норми из посебних прописа:

- у кривичном поступку, ради обезбеђења имовинскоправног захтева, у смислу члана 210. Законика о кривичном поступку[46], које се могу одредити и према трећим лицима а не само према учесницима у поступку (члан 213), с тим што је жалба одређена као средство побијања ове привремне мере кривичног суда

[45] Др Слободан М. Марковић, *Патентно право,* ИП "Номос" Београд 1997, страна 344

[46] Законик о кривичном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 70/01, 68/02, "Службени гласник РС", бр. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09, 72/09, 76/10)

- у арбитражном поступку, пре покретања арбитражног поступка или у току овог поступка, у смислу члана 31. закона о арбитражном поступку[47], или

- у стечајном поступку у смислу члана 62. Закона о стечају[48].

5. Привремене мере у породичним споровима

Посебни парнични поступци у вези са породичним односима, уређени Породичним законом[49] примењују се у брачном спору (за утврђење постојања или непостојања брака, развода или поништења брака), спору о материнству и очинству, спору за заштиту права детета (у погледу свих права која су детету призната овим законом, као што су имовински односи детета и родитеља, право становања или право на заштиту личног имена, а нису заштићена неким другим поступком), спору за вршење односно лишење родитељског права, у спору за поништење усвојења и у спору за издржавање (у коме се одлучује о праву на издржавање супружника, ванбрачног партнера, мајке детета, детета, родитеља и других сродника, престанку издржавања, продужењу права на издржавање и измену висине утврђеног износа издржавања), као и у спору за заштиту од насиља у породици.

Заједничка начела ових парничних поступака односе се на поступак суда, који поред њих примењује и одредбе закона којим се уређује парнични поступак ако није другачије одређено, а поступак карактерише:

- ***зборност у одличавању***, обзиром да у првом степену суди веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби веће састављено од троје судија,

- ***специјализованост већа,*** састављених од судија који имају посебна знања из области права детета и судија поротника, као стручних лица који имају искуство у раду са децом и младима,

- ***хитност поступка,*** ако се односи на дете или родитеља који врши родитељско право јер се: тужба не доставља туженом на одговор; прво рочиште заказује тако да се одржи у року од 15 дана од дана када су тужба или

[47] Закон о арбитражи ("Службени гласник РС", бр. 46/06)
[48] Закон о стечају ("Службени гласник РС", бр. 104/09)
[49] Породични закон ("Службени гласник РС", бр. 18/2005, објављен 24.2.2005. године, ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања, примењује се од 1.7.2005. године, осим одредаба члана 203. ст. 2. и 3. које се примењују од 1.7.2006. године), уређује посебне поступке одредбама чл. 201. до 289

предлог примљени у суду; првостепени поступак, по правилу, спроводи на највише два рочишта; другостепени поступак мора окончати донешењем одлуке у року од 30 дана од дана достављања жалбе; и ***нарочита хитност поступка*** - кад је прописано да се прво рочиште заказује у року од осам дана од дана када је тужба примљена у суду или другостепени суд обавезује да о жалби одлучи у року од 15 дана од дана када му је жалба достављена[50]

- ***истражно начело***, које суду даје овлашћења да утврђује чињенице и кад оне нису међу странкама спорне и да самостално истражује чињенице које ниједна странка није изнела

- ***искључење јавности***, у поступку у вези са породичним односима,

- ***тајност података из судских списа,*** који спадају у службену тајну и обавеза свих учесника, којима су ти подаци доступни, да је чувају

- ***битно ограничење начела диспозиције,*** у погледу повлачења тужбе, закључења поравнања или доношења пресуде због пропуштања, на основу одрицања или на основу признања, и ***одступање од начела диспозиције***, кад суд није везан границама захтева за издржавање или захтева за заштиту од насиља у породици, а може одредити и меру заштите од насиља у породици која није тражена ако оцени да се таквом мером најбоље постиже заштита. Суд може пресудом у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права одредити једну или више мера заштите од насиља у породици[51]

- ***несуспензивност жалбе,*** кад је изјављена против пресуде о одређивању или продужењу мере заштите од насиља у породици,

- ***право детета на слободно изражавање мишљења,*** које се заснива на праву детета да благовремено добије и сва обавештења која су му потребна за формирање свог мишљења[52]

- ***обавеза суда да се руководи најбољим интересом детета***, у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права[53].

---

[50] Види чл. 204, 269, 280, 285. Породичног закона

[51] Види чл. 222, 223, 224, 258, 271, 273. став 3, чл. 281, 287. Породичног закона

[52] Види члан 65. Породичног закона

[53] Види члан 6. став 1, члан 60. став 2, члан 61. став 2, члан 75. став 2, члан 76. став 1, члан 77. ст. 4. и 5, чл. 89, 99. став 2, члан 100. став 1, члан 103. став 3, чл. 111, 117. став 1, члан 122. став 3, члан 225. став 1, члан 243. став 4, члан 266. ст. 1. и 3. тачка 3, члан 267. став 1. тачка 3, члан 272. ст. 1. и 2, члан 317. став 3. Породичног закона

Имовински односи супружника, ванбрачних партнера или чланова породичне заједнице (чл. 168. до 191. и 195. Породичног закона), расправљају се по општим правилима парничног поступка, као и спорови за заштиту права на лично име (чл. 355. и 356. Породичног закона), осим ако је дете - лице чије је право на лично име повређено, јер се тада о заштити овог права одлучује по правилима посебног парничног поступка за заштиту права детета прописаних чл. 261. – 273. Породичног закона.

У парници за заштиту права на лично име - лице чије је право на лично име повређено може у парничном поступку захтевати од суда да се утврди постојање права да се оно служи својим личним именом, нареди уклањање, уништење или преиначење предмета којима је извршена повреда права, повлачење тврдње којом се оспорава имаоцу право на лично име или нешто друго што је потребно за уклањање стања повреде права, забрани даље вршење или понављање радње којом се повређује право, под претњом плаћања одређене своте новца повређеном ако се радња повреде не обустави или ако се понови, досуди накнада материјалне и нематеријалне штете или досуди део добити остварене употребом личног имена, сразмерно томе колико је употреба личног имена допринела остварењу добити.

Породични закон прописује хитност поступка, односно нарочиту хитност поступка у решавању ових спорова и супсидијарну примену правила парничног поступка за посебне поступке, међутим то не искључује могућност одређивања привремених мера обезбеђења у овим поступцима по правилима извршног поступка без обзира што супсидијарна примена овог закона није прописана, под условом да се у свему поштује посебност ових поступака у вези са породичним односима, заштити најбољи интерес детета или спречи насиље у породици.

Мешање у приватни живот појединца потребно у демократском друштву, које карактерише плурализам, толеранција и ширина погледа, допуштено је само из легитимних разлога и сразмерно легитимном циљу, обзиром да мора постојати правична равнотежа између супротних интереса појединаца и заједнице као целине.

Забрана мешања у нечији живот, као обавеза да нешто не чинимо намеће кадкад обавезу да нешто учинимо – како бисмо обезбедили поштовање приватног живота. Релевантна ограничења тичу се најинтимније области приватног живота појединца и за то морају постојати нарочито

озбиљни разлози да би били задовољени захтеви из члана 8. став 2. Европске конвенције о људским правима[54].

Спречавање насиља, предузимање мера за смештај детета, привремено уређење имовинских односа или обезбеђење минимума егзистенције издржаваних лица су ***услов за одређивање привремених мера у породичним споровима***, али је обзиром на природу ових односа, неопходан опрез и брижљиво испитивање релевантних околности, уз поштовање начела контрадикторности и пропорционалности, ради постизања правичне равнотеже супротстављених интереса и увек у најбољем интересу детета.

Кад се привремена мера одређује у породичним споровима примењују се правила парничног поступка, односно правила извршног поступка, уз поштовање одредаба о посебним парничним поступцима, обзиром да Породични закон не садржи одредбе о одређивању привремених мера обезбеђења.

Уместо закључка

Привремена мера као средство обезбеђења не може бити идентична тужбеном захтеву, али се од овог правила може одустати ако се тужбени захтев односи па спречавање насиља, губитак или тешко угрожавање права, односно настанак ненакнадиве или тешко накнадиве штете.

Да би ограничење права на основу привремене мере обезбеђења, могло бити испитано са становишта стандарда права на правично суђење, то ограничење мора бити легално, легитимно, сразмерно (пропорционално) природи и обиму ограничења, мора се испитати однос ограничења са сврхом ограничења и да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права, а одлука о мери обезбеђења којом се ограничавају права странака детаљно образложена, да би се законитост и правилност такве привремене мере могла испитати и у инстанционом поступку.

[54] Жил Дитертр, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, ЈП Службени гласник Београд 2005, страна 237

Миломир Николић,
судија Врховног касационог суда

ИЗВРШЕЊЕ ОДЛУКА У ВЕЗИ СА ПОРОДИЧНИМ ОДНОСИМА

Опште напомене

Физичка лица као субјекти породичног права су титулари права и обавеза која проистичу из породичних односа заснованих на правно признатим чињеницама, као што су брак, сродство, ванбрачна заједница, усвојење, хранитељство, старатељство. У породичном закону[1] извршена је кодификација правних норми којима су уређени ови институти као правно признате чињенице.

У овом закону први пут су прокламована и посебно заштићена права детета која су од утицаја на његов породични статус: Право детета да зна ко су му родитељи (члан 59), право детета да живи са својим родитељима и право да се родитељи о њему старају пре свих других (члан 60), право на одржавање личних односа са родитељем са којим не живи (члан 61). Ради обезбеђења остваривања ових права у закону је прописано (члан 6) да је свако дужан да се руководи најбољим интересом детета у свим активностима које се тичу детета.

Садржина родитељског права је не само законска већ и уставна категорија. У члану 65. став 1. Устава[2] је прописан, да родитељи имају право и дужност да издржавају, васпитавају и образују своју децу и у томе су равноправни. У ставу 2. је прописано да сва или поједина права могу једном или обома родитеља бити одузета или ограничена само одлуком суда, ако је то у најбољем интересу детета у складу са законом.

Породично-правна заштита од насиља у породици је уређена тако што је законом забрањено насиље у породици и члановима породице при-

[1] Породични закон ("Службени гласник РС", бр. 18/2005) који је почео да се примењује од 01.07.2005. године)
[2] Устав Републике Србије ("Службени гласник РС", бр. 98/06)

знато право на заштиту од насиља (члан 10) и одредио мере заштите и услове под којима се оне изричу (чл. 197-200).

Полазећи од тематског основа за ово саветовање, свакако да највећу пажњу захтевају спорови у вези вршења родитељског права и предаје детета, уређења личних односа детета и родитеља који не врши родитељско право, укључујући и спорове у вези насиља у породици.

На поступак у којем се одлучује у породичним стварима, закон упућује на примену правила парничног поступка садржана у Закону о парничном поступку[3].

Стварна надлежност суда одређена је Законом о уређењу судова[4].

Поступак се покреће тужбом. Према садржини правне заштите коју тужилац тражи, ради се о тужби за осуду на одређену чинидбу (кондемнаторна тужба). Овој врсти тужбе у случају усвајања захтева одговара осуђујућа (кондемнаторна) пресуда. Осуда која се њом изриче представља по својој суштини заповест државе туженом да изврши дужну чинидбу у корист тужиоца. У тој заповести је садржано и прећутно утврђење да тужилац има право на ту чинидбу.

Врста одлуке је наглашена јер се принудно извршити може само осуђујућа (кондемнаторна) судска одлука.

Уводна разматрања-правни оквир

Након што је спор на ауторитативан и коначан начин већ окончан и пошто је дужник већ обавезан на одређено понашање, равнотежа поремећена повредом законом признатог права може бити успостављена само принудним спровођењем одлуке коју дужник није сам извршио или се и даље понаша супротно изреченој забрани. **Правила поступка по којима судови спроводе принудно извршење садржана су у Закону о извршењу и обезбеђењу (у даљем тексту ЗИО)[5].**

[3] Закон о парничном поступку ("Службени гласник РС", бр. 125/04 и 111/09)

[4] Закон о уређењу судова ("Службени гласник РС", бр.116/08, 104/09)

[5] Закон о извршењу и обезбеђењу ("Службени гласник РС", бр. 31/2011 од 09.05.2011. године). Члан 363. Закона је предвидео, да овај закон ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије", а примењује се по истеку четири месеца од дана ступања на снагу, осим одредаба које се односе на извршитеље које ће се примењивати по истеку једне године од дана ступања на снагу овог закона.

Доношење новог закона којим је уређен поступак принудног извршења отвара питање важења правних норми једног закона у времену, односно транзиторног права. Одговор на ово питање садржан је у члану 358. став 1. ЗИО, којим је прописано да поступци извршења и обезбеђења у којима је до дана почетка примене овог закона започето спровођење извршења окончаће се по одредбама овог закона. **Овим је прописано тренутно и интервентно дејство новог закона на поступке у току.**

Даном почетка примене овог закона престаје стварна надлежност вишег суда да одлучује у другом степену о жалбама изјављеним на одлуке основних судова у извршним поступцима.[6] **Предмети извршења и обезбеђења у којима је до дана почетка примене овог закона, изјављена жалба, уступиће се суду надлежном за одлучивање по приговору на решење о извршењу или обезбеђењу, у складу са овим законом.**[7]

У члану 2. став 2. закона је прописано, да извршење и обезбеђење одређује суд, док је у члану 3. став 1. прописано да је за одлучивање у поступку извршења и обезбеђења стварно надлежан основни и привредни суд, у складу са законом који одређује надлежност судова, док је у ставу 2. овог члана закона прописано да је суд искључиво надлежан за спровођење извршења одлука у вези са породичним односима и за извршење ради враћања запосленог на рад.

Извршни поступак у првом степену води и одлуке доноси судија појединац, а у другом степену веће састављено од троје судија истог суда (члан 5. став 1. Закона), док је у члану 39. став 1. закона прописано да је правни лек у поступку извршења и обезбеђења приговор, о коме сагласно члану 41. овог закона одлучује веће састављено од троје судија истог суда који је одлучивао у првом степену. На овај начин је законом у потпуности искључена надлежност виших судова, коју су до сада имали у поступку извршења, а ради одлучивања у другом степену по жалбама изјављеним

[6] У члану 362. став 2. ЗИО је прописано да даном почетка примене овог закона престаје надлежност вишег суда да одлучује у другом степену о жалбама на одлуке основних судова у извршним поступцима, прописана чланом 23. став 2. тачка 2. Закона о уређењу судова ("Службени гласник РС", бр. 116/08 и 104/09).

[7] У члану 358. став 2. ЗИО је прописано да поступци извршења и обезбеђења у којима је до дана почетка примене овог закона изјављена жалба на решење о извршењу или обезбеђењу, уступиће се суду надлежном за одлучивање по приговору на решење о извршењу или обезбеђењу, у складу са овим законом.

против решења о извршењу, чиме је у потпуности заснована надлежност првостепених судова за одређивање и спровођење извршења и обезбеђења, као и надлежност истог суда да одлучује о приговору као једином редовном правном леку у поступку извршења и обезбеђења. Тиме су у овом домену успостављена су законодавна решења која је познавао Закон о извршном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 28/00, 73/00 и 71/01).

Следствено усвојеном начелу диспозиције странака у грађанском поступку, формулисано је основно правило да се извршни поступак и поступак обезбеђења покреће на предлог извршног повериоца (члан 2. став 1. ЗИО). Ако нађе да су испуњене све претпоставке суд доноси одлуку којом усваја предлог – решење о извршењу (члан 8. став 1. ЗИО). Стадијум спровођења извршења, након доношења решења о извршењу, отпочиње по службеној дужности давањем налога помоћним органима суда да приступе радњама извршења или их непосредно спроводи и предузима овлашћени судија. У овом се огледа начело официјелности које је присутно и веома наглашено у поступку извршења. То значи да је суд, након што је донео решење о извршењу, дужан да предузима радње спровођења извршења и без посебног предлога повериоца.

Правноснажност и рок за добровољно извршење као елементи за наступање квалитета извршности одлуке, одређују се правилима поступка у коме је донета одлуке. У члану 15. став 1. ЗИО, прописано је основно правило по којем судска одлука којом је наложено испуњење потраживања је извршна ако је постала правноснажна и ако је протекао рок за добровољно извршење. У ставу 6. овог члана закона је прописано да се извршење може одредити и на основу одлуке која није постала правноснажна, ако је законом прописано да жалба не задржава извршење. Сходно изнетом суд ће одредити извршење и на основу судске одлуке која није постала правноснажна, али ни тада пре истека рока за добровољно испуњење обавезе уколико је већ одређен тај рок. Да би се отпочело са спровођењем извршења, решење о извршењу не мора бити правноснажно (члан 68. ЗИО), ако овим законом није другачије одређено.

Основна начела извршног поступка су хитност у поступању (члан 6. став 1. ЗИО), редослед поступања и редослед намирења по времену пријема предлога (члан 9. став 4. ЗИО) и начело формалног легалитета по којем је извршни суд везан правним актом који представља извршну исправу (члан 8. ЗИО), уз наглашену примену начела писмености.

У члану 10. ЗИО, је прописано да се у поступку извршења и обезбеђења сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку, ако овим или другим законом није другачије одређено. Из ове норме произилази да је примена Закона о парничном поступку супсидијарна и сходна. Супсидијарна јер је могућа само ако ЗИО није другачије одредио, а сходна зато што мора бити прилагођена принудном извршењу.

Како је циљ извршног поступка да равнотежа поремећена повредом права извршног повериоца, од стране суда коме је то поверено у надлежност, буде успостављена на брз и ефикасан начин принудним спровођењем одлука које дужник није добровољно извршио и тиме омогући да се заштита права оствари у разумном року, ЗИО садржи посебне одредбе о роковима и достављању, у ком делу је искључена примена одредаба ЗПП.

Рокови за поступање прописани су у члану 7. ЗИО и одређени кроз број радних дана. На овај начин је одређен рок за доношење одлуке по предлогу, достављање донете одлуке и за преузимање радњи у поступку.[8] На исти начин је одређени рок за одлучивање о приговору.[9] Начин достављања извршном дужнику и извршном повериоцу као физичким лицима, уређен је законом на потпуно другачији начин у односу на доставу уређену у чл. 127-144. ЗПП.[10] Сагласно одредбама о

---

[8] У члану 7. Закона је прописано:
О предлогу за извршење суд је дужан да одлучи у року од пет радних дана од дана подношења предлога и да одлуку достави странкама у року од пет радних дана од дана доношења, осим ако је предлог за извршење заснован на страној извршној исправи која није претходно призната од домаћег суда. У случају да о признању стране извршне исправе одлучује суд надлежан за њено извршење, суд је дужан да о предлогу за извршење одлучи у року од 30 дана од дана подношења предлога, уколико је предлог за извршење поднет истовремено са предлогом за признање стране извршне исправе.
Рокови које одређује суд за предузимање одређених радњи не могу бити дужи од пет радних дана, осим ако овим законом није другачије прописано.

[9] У члану 39. став 4. је прописано:
Суд је дужан да о приговору одлучи у року од пет радних дана од дана достављања приговора, ако овим законом није другачије одређено.

[10] У члану 29. став 2. Закона је прописано:
Достављање извршном дужнику који је физичко лице врши се на адресу пребивалишта или боравишта уписану код органа надлежног за вођење евиденције о личним картама.
Извршни поверилац је дужан да суду достави адресу извршног дужника која одговара адреси из евиденције надлежног органа из става 1. и 2. овог члана.

достави прописана је и садржина предлога за извршење у погледу адресе извршног дужника.[11]

Поступак извршења

1. *Предаја и одузимање детета*

Извршење одлука суда којом се наређује предаја детета родитељу или другом лицу коме је дете поверено на чување и васпитање у пракси представља озбиљан и сложен проблем са којим се судови суочавају. Озбиљност произилази из саме чињенице да извршење задире у сферу осетљивих породичних односа и права на породични живот. Сложеност произилази из чињенице да су раније постојећа широка права на приступ и контакте између родитеља који не врши родитељско право и детета, сада редукована одлуком суда полазећи од најбољег интереса детета, што често изазива нове сукобе родитеља. Кроз овакав сукоб родитеља који у крајњем случају води непоштовању судске одлуке, евидентно је и дете изложено сукобу лојалности, које дете доживљава као јак притисак на њега, са којим не може само да се избори.

Ако достављање није било могуће извршити по одредбама става 1. и 2. овог члана, у року од пет радних дана од дана упућивања писмена, достављање се врши истицањем на огласну таблу надлежног суда.

Изузетно од става 4. овог члана, ако није могуће извршити достављање решења о извршењу донетог на основу веродостојне исправе по одредбама става 1. и 2. овог члана, покушаће се поново достава након 15 дана од дана истека рока из става 4. овог члана.

Ако нова достава не буде успешна, достављање се врши истицањем на огласну таблу суда.

Суд је дужан да наредног дана до истека рока из ст. тачка 4. и 5. овог члана изврши и истицање писмена на огласну таблу суда.

Сматра се да је достава извршена протеком рока од пет радних дана од дана истицања писмена на огласну таблу суда.

Одредбе ст.1-7. овог члана сходно се примењују и на достављање извршном повериоцу и другим учесницима у поступку.

[11] У члану 35. став 1. Закона је прописано:

У предлогу за извршење, као и у предлогу за спровођење извршења морају бити назначени извршни поверилац и извршни дужник, са адресама прописаним чланом 29. ст.1. и 2. овог закона, извршна или веродостојна исправа и обавеза извршног дужника.

У предлогу за извршење извршни поверилац наводи и средства и предмете извршења, односно захтев да се извршење спроведе на целокупној имовини извршног дужника, као и друге податке који су потребни за спровођење извршења.

Извршење одлука из области породичног права – предаја и одузимање детета, нормативно је уређено у чл. 224-231. ЗИО.

Предлог за извршење може поднети родитељ коме је поверено вршење родитељског права, односно друго лице или установа којој је дете поверено на чување и васпитавање, као и орган старатељства (члан 225. Закона).

Имајући у виду улогу центра за социјални рад у пословима заштите породице, предлог за извршење може поднети овај центар независно од тога да ли је на његов захтев донета извршна исправа. Орган старатељства овде наступа са статусом заступника у јавном интересу на основу овлашћења из члана 12. Породичног закона.

У члану 229. Закона је прописано, да у предлогу за извршење ради предаје детета не мора бити назначено средство извршења, а ако је назначено, суд није везан предлогом странке. Овим се у овој врсти извршења судских одлука одступа од обавезне садржине предлога за извршење прописане у члану 35. Закона. Овим је наглашено дискреционо овлашћење суда, да након што процени све околности конкретног случаја, одреди средство извршења.

Обзиром на природу правног односа из којег потиче извршна исправа и тежњи да се заштити најбољи интерес детета у погледу начина извршења прописана су одступања од одредбе члана 17. ЗИО који одређује подобност извршне исправе за извршење, а тиме се релативизује и начело формалног легалитета.[12]

Начин извршења је уређен тако да суд:

[12] Члан 226. Закона гласи:

На основу одлуке суда о вршењу родитељског права може се одредити и спровести извршење ради предаје детета, без обзира да ли је том одлуком наложена предаја детета.

Ако у одлуци суда странци против које се спроводи извршни поступак није наложена предаја детета, суд ће решењем о извршењу издати овакав налог и одредити рок за предају детета или ће наложити да се дете преда одмах.

Решењемо извршењу може се наложити предаја детета лицу на које се односи извршна исправа, лицу од чије воље зависи предаја детета и сваком другом лицу код кога се дете налази у часу доношења решења, а може се изрећи да је дете дужно да преда и свако друго лице код кога се дете затекне у тренутку спровођења извршења.

- може одредити и спровести извршење на основу одлуке суда о вршењу родитељског права, без обзира да ли је том одлуком наложена и предаја детета;

- ако у одлуци суда странци против које се спроводи извршење није наложена предаја детета, суд ће решењем о извршењу издати налог за предају детета и одредити рок за предају детета (који износи три дана према члану 17. став 2. ЗИО) или ће наложити да се дете преда одмах.

Знатно је проширен круг лица којима се може наложити да предају дете, чиме је отклоњена могућност злоупотреба од стране извршног дужника и са њим повезаним лицима, тако што се овај налог издаје: извршном дужнику из извршне исправе, затим, лицу од чије воље зависи предаја детета и сваком другом лицу код кога се дете налази у часу доношења решења (ради се о именованим, познатим лицима у време доношења решења).

Међутим, налог да је дете дужно да преда, може се изрећи и сваком другом лицу код кога се дете затекне у тренутку спровођења извршења. Ова лица у моменту доношења решења о извршењу нису позната, биће именована кроз идентификацију у моменту предузимања радње одузимања детета у поступку спровођења извршења.

У члану 227. Закона, је посебно наглашено да приликом спровођења извшења суд посебно води рачуна о потреби да се у највећој мери заштити интерес детета (став 1). Ова законска одредба по свом садржају одговара у свему члану 224. претходног Закона о извршном поступку. Има се утисак да су неки судови у пракси широко тумачили ову одредбу закона, поистовећујући је са најбољим интересом детета (као институту материјалног права) због чега су у поступку извршења утврђивали да ли је извршење у најбољем интересу детета, што је водило одуговлачењу поступка извршења. Оваква пракса и поступање нису прихватљиви. Први део норме јасно одређује фазу у којој се поступак налази (спровођење извршења), док из другог дела норме произилази да се води рачуна о потребама да се у највећој мери заштити интерес детета управо приликом спровођења извршења. Спор око вршења родитељског права је на ауторитативан начин већ окончан правноснажном судском одлуком имајући у виду најбољи интерес детета, која сада служи као извршна исправа и спровођењем извршења на основу такве извршне исправе треба усагласити фактичко са правним стањем, јер је то у најбољем интересу

детета, јасно прилагођавајући радње и поступке у току спровођења извршења према детету примерено његовом узрасту и психофизичкој зрелости уз суделовање стручних лица и специјализованих установа и тако заштити интерес детета у поступку. Само у изузетним случајевима где би се са сигурношћу утврдило да би предаја детета другом родитељу могла да угрози најбоље интересе детета, суд би могао да својом одлуком обезбеди правичну равнотежу између два правно сукобљена интереса.

Средства извршења су нормативно одређена у члану 228. Закона, прописивањем три средства извршења: одузимање детета, изрицањем новчане казне и изрицањем затвора.[13]

Овакво одређење не значи редослед средстава које ће суд применити. У супротном долазимо до правне бесмислености, јер ако прихватимо да је обавезно прво применити као средство извршења одузимање детета, сва даља средства извршења немају свој рационални смисао. Напротив, из првог дела правне норме произилази да ће суд, након што процени све околности конкретног случаја, одредити средство извршења које је целисходно у одређеном случају.

Радњу физичког одузимања детета од лица код кога се дете налази и његову предају родитељу, односно другом лицу или установи, проводи судија у сарадњи са психологом органа старатељства, школе, породичног саветовалишта или друге специјализоване установе за посредовање у породичним односима (члан 231. став 2. Закона). Јасно је да се овим жели постићи да дете што безболније и са што мање траума превазиђе овакву стресну ситуацију, којој је по природи ствари изложено.

[13] Члан 228. Закона, гласи:

Суд ће, након што процени околности случаја, одредити извршење одузимањем детета, изрицањем новчане казне или изрицањем затвора лицу које је противно налогу суда одбија да преда дете или предузима радње у циљу отежавања или онемогућавања спровођења извршења.

Суд новчану казну изриче у складу са чл. 51. и 219. овог Закона.

Суд може решењем, против кога је дозвољен приговор, изрећи казну затвора која траје све док лице из ст.1. и 4. овог члана не поступи по налогу суда, а највише 60 дана. Казна затвора ће се извршити у складу са одредбама закона који уређује извршење кривичних санкција.

Средства извршења из става 1. овог члана могу се одредити и спровести против лица код кога се дете налази и против лица од чије воље зависи предаја детета.

Суд одређује средства извршења из става 1. овог члана све док извршење не буде спроведено.

У закону је посебно уређена обавеза других органа и установа у пружању помоћи суду ради одређивања најподобнијег средства извршења и спровођењу извршења, на брз и ефикасан начин уз потпуну заштиту интереса детета. Учествовање стручњака органа старатељства је обавезно у поступку извршења, којем је суд дужан да достави решење о извршењу (члан 230. став 1. Закона). Ако је по процени суда неопходно учешће психолога, школе или друге установе, доставиће им позив да учествују поступку извршења и решење о извршењу најкасније 10 дана пре спровођења извршења. Одредбама закона посебно је наглашена дужност психолога, који по позиву суда пружа стручну помоћ суду у поступку извршења (члан 230. став 2, 3. и 4. Закона).

Овим законом је створен правни основ за укључивање Министарства унутрашњих послова и тужилаштва у обезбеђивању ефикасног извршења домаћих судских одлука из породичних односа. Помоћ полиције у спровођењу извршења и дужности да се на позив суда, помоћ и заштита пружи, ближе је прописана у члану 73. и члану 231. став 3. Закона.

Када је у питању успостављање породичног односа у страној држави на основу предаје детета, које је незаконито одведено или задржано или се предаја налаже ради успостављања односа старања или виђања родитеља са дететом у страној држави, закон налаже да је поступак извршења посебно хитан.[14] У суштини ради се о извршењу одлуке суда којом је издат налог за повратак детета донете на основу Конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце ("Сл. лист СФРЈ" – Међународни уговори број 7/91).

Треба напоменути да суд доноси одлуку по правилима ванпарничног поступка.[15] **Решње суда којим је издат налог за повратак дете-**

[14] У члану 232. став 4. Закона је прописано:
Када је извршном исправом наложена предаја ради повратка у страну државу незаконито одведеног или задржаног детета (грађанско-правна отмица деце) или је предаја наложена због поновног успостављања односа старања или виђења родитеља са дететом у страној држави, извршење ће се спровести одузимањем и предајом детета извршном повериоцу, под условима из ст.1. и 3. овог члана. У овом случају поступак извршења посебно је хитан.

[15] Решење Врховног касационог суда Рев 2239/10 од 24.02.2010. године, из образложења: "Како посебним прописима нису уређена правила поступка пред редовним судом за примену Конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце, на основу одрдаба члана 1. став 2. Закона о ванпарничном поступку, у поступку издавања налога за повратак детета примењују се опште одредбе Закона о ванпарничном поступ-

та, по својој правној природи у суштини представља основ за доношење решења о извршењу по службеној дужности и непосредно се спроводи одузимањем и предајом детета извршном повериоцу под условима из ст. 1. и 3. члана 232. Закона, непосредном применом одредаба наведене Конвенције.

Евидентно је да расте број случајева у којима се деца бесправно премештају преко међународне границе, чиме се самовољно прекида старање над дететом.

Према Европској конвенцији о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања ("Службени лист СРЈ" – Међународни уговори бр. 1/01) бесправно одвођење означава, одвођење детета преко међународне границе уз кршење одлука о његовом старању која је донета у једној држави уговорници и у тој држави је извршна, као и неврaћање детета преко међународне границе, после истека времена вршења права на виђање са дететом или на крају сваког другог привременог боравка на територији ван територије на којој се врши старање (члан 1).

У циљу отклањања последица проузрокованих самовољним прекидом старања о детету, ради бржег и ефикаснијег поновног успостављања старања о детету на територији на којој се врши старање у овој Конвенцији је прописано: да ће се одлука о старању која је донета у једној држави уговорници признати, а када је у земљи порекла извршена, извршити у свакој другој држави уговорници (члан 7). **Овим се за случајеве када је у земљи порекла одлука о старању над дететом била и извршена, установљава институт тзв. летећег извршења, јер прописује обавезу извршења оваквих одлука у свакој другој држави уговорници.**

У члану 11. је прописано да се одлуке о праву на виђење и одредбе одлука о старању које се односе на право на виђење признају и извршавају под истим условима као и друге одлуке које се односе на старање, док је у члану 16. прописано, да се у сврхе Конвенције, никаква легализација нити слична формалност не може захтевати. На признање и извршење од-

ку, јер се не ради о спору за заштиту повређеног или угроженог права, да би се непосредно могле применити одредбе Закона о парничном поступку, обзиром на одредбе члана 19. ове Конвенције која одређује правну природу налога о повратку детета, као немериторне одлуке."

луке о старању о детету држава уговорница ће примењивати обичан и брз поступак. У том циљу, обезбедиће да захтев за извршење може да се поднесе на основу обичне молбе (члан 14).

Када је у питању предаја незаконито одведеног или задржаног детета или пак поновног успостављања старања над дететом ЗИО садржи само једну одредбу (члан 232. став 4) којом се прописује да ће се извршење спровести одузимањем и предајом детета извршном повериоцу (чиме су искључена остала средства извршења, потпуно оправдано) уз наглашавање хитности у поступању.

Стиче се утисак да је законодавац могао, а није, да потпуније уреди извршење одлука којим се налаже предаја незаконито одведеног или задржаног детета, или поновног успостављања старања над дететом на територији на којој се врши старање, кроз непосредну уградњу и разраду основних принципа и института на којима почивају означене конвенције, које су признате и потврђене од наше државе. Ово се може отклонити кроз будућу допуну постојећег закона или доношењем посебног закона.

У члану 233. ЗИО је посебно прописао поступак поновљеног извршења, тако што ће суд на предлог странке којој је дете поверено, наставити извршење по истом решењу о извршењу ако се дете у року од 60 дана од дана предаје детета противно извршној исправи поново затекне код лица од кога је одузето. Дакле, ради се о наставку поступка извршења по истом решењу о извршењу по основу којег је извршење већ било спроведено.

2. Извршење ради одржавања личних односа са дететом

Судске одлуке којима се налаже или омогућује одржавање личних односа са дететом, у већини случајева се односи на заштиту права детета на одржавање личних односа са родитељем са којим не живи (члан 61. Породичног закона).

Поступак извршења ових судских одлука Закон је прописао кроз упућујућу норму садржану у члану 234. којом се упућује на сходну примену одредбе члана 229. до 232. Закона, које се односе на предају и одузимање детета.[16]

[16] Члан 234. Закона гласи: "У поступцима извршења ради одржавања личних односа са дететом сходно се примењују одредбе чл. 229. до 232. овог Закона".

Узајамно уживање родитеља и детета у међусобном контакту представља суштински елемент породичног живота. За родитеље оно обухвата право на то да буду предузети кораци како би се они поново спојили са својом децом и обавезу суда да омогући такво поновно спајање у што краћем року.

Поновно спајање једног родитеља са дететом које је неко време живело са другим родитељем може бити неизводљиво одмах и може захтевати припремне мере. Ово посебно када је због протека времена дошло до емоционалне отуђености детета од родитеља. Из ових разлога, предаја детета не би могла да се састоји у једној тренутној радњи, већ у више радњи у континуитету уз учешће стручних лица и родитеља, да би се претходно успоставио однос блискости и поверења детета и родитеља, пре коначне предаје. Природа и обим таквих мера зависиће од околности сваког случаја.

3. Извршење ради заштите од насиља у породици

У спору ради заштите од насиља у породици пресуда којом се захтев усваја је истовремено конститутивна (преображајна) и кондемнаторна (осуђујућа). Ова потреба разликовања је битна јер се принудно извршити може само кондемнаторна (осуђујућа) пресуда.

Извршење судских одлука ради заштите од насиља у породици закон је уредио кроз упућујућу сходну примену одговарајућих одредаба овог закона у зависности од обавезе извршног дужника (члан 235. Закона).[17] Имајући у виду природу спора из којег потиче извршна исправа као и чињеницу да је основна сврха изречених мера заштите од насиља у породици да се њиховим извршењем спречи поновно насиље и обезбеди нужна заштита физичког и психичког интегритета, здравља и личне безбедности жртве насиља, начело хитности у поступању има посебан значај услед чега се релативизује начело временског редоследа.

Садржина обавезе одређује се извршном исправом и може се састојати: у обавези дужника да предузме одређену радњу, или у обавези дужника да трпи предузимање одређене радње или пак у обавези дужника да се уздржи од предузимања одређене радње.

[17] Члан 235. Закона гласи: "У поступцима извршења ради заштите од насиља у породици, заштите права детета и других одлука у вези са породичним односима, сходно ће се примењивати одговарајуће одредбе овог Закона у зависности од обавезе извршног дужника".

Када је у питању извршење обавеза на одређену радњу треба имати у виду да примена правила за извршне радње зависи од обавезе извршног дужника. Ако се ради о именованој обавези (испражњење и предаја непокретности) онда треба применити правила за извршне радње прописане за извршење тих именованих обавеза.

Мере заштите од насиља у породици које се састоје у изрицању забрана приближавања, приступа у простор око места становања или места рада и забрана даљег (будућег) узнемиравања (члан 198. став 1. тачка 3, 4. и 5. Породичног закона) по својој садржини обавезују извршног дужника да се уздржи од предузимања одређених радњи. Ради се о радњама које може извршити само извршни дужник (незаменљива радња) јер је везана за личност извршног дужника како то закон налаже.

Извршење обавезе на чињење, нечињење и трпљење нормативно је уређено у члану 217.-221. Закона.

Завршне напомене

Тематски основ овог излагања не омогућује доношење посебних правних закључака, о чему ће коначну реч дати судови кроз практичну примену и формирање доминантне судске праксе.

Упоређујући нова законска решења у односу на претходна може се основано закључити следеће:

- Закон је установио правни оквир са јасним правним основом за адекватно укључивање Центра за социјални рад и других стручних установа, а по потреби полиције и тужилаштва, кроз активно учешће и надзор суда, чиме се омогућава ефикасније спровођење извршења одлука из ове области;

- Овим Законом је прописано тренутно и интервентно дејство новог Закона на све поступке у току;

- Суд је искључиво надлежан да одреди и спроведе извршење одлука у вези са породичним односима;

- Стварно надлежан за поступање је основни суд;

- Месна надлежност је прописана у чл. 3. и 224. Закона;

- Начело хитности у поступању је посебно наглашено, чиме се релативизује правило о редоследу поступања;

- Суд није везан предлогом странке у погледу средстава извршења. У пресудама ЕСЉП против Србије изражава се правно схватање да у породичним стварима суд поступа у извршењу ex offo;

- Правни лек у поступку је приговор о којем одлучује веће од троје судија истог суда који је одлучивао у првом степену;

- Посебно је уређено достављање и рокови за поступање и одлучивање;

- Приликом спровођења извршења суд посебно води рачуна да се у највећој мери заштити интерес детета и жртва насиља,

- Законом је прописано ново средство извршења-изрицање казне затвора до 60 дана;

- У спровођењу одлука у вези породичних односа суд је дужан да оствари потпуну сарадњу са Центром за социјални рад и другим стручним установама и координира њихов рад ради њиховог ефикасног учествовања у поступку и спровођењу извршења;

- Потребно је остварити комуникацију и укључити Министарство унутрашњих послова и Тужилаштво, у обезбеђивању ефикасног извршења судских одлука у случају када је то неопходно;

- Поступак извршења је посебно хитан када је извршном исправом наложена предаја ради повратка у страну државу незаконито одведеног или задржаног детета (грађанскоправна отмица деце) или је предаја наложена због поновног успостављања односа старања или виђења родитеља са дететом у страној држави.

Власта Јовановић,
судија Врховног касационог суда

СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА И ПРАВНА СХВАТАЊА ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

Увод

Врховни касациони суд као највиши суд у Републици Србији је почео са радом 01.01.2010. године.

Врховни касациони суд има надлежност у суђењу и надлежност изван суђења (чл. 30. и 31. Закона о уређењу судова).[1]

Надлежност Врховног касационог суда у суђењу је одлучивање о ванредним правним средствима изјављеним на одлуке судова Републике Србије, у другим стварима одређеним законом, одлучивање 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.

Врховни касациони суд изван суђења утврђује начелне правне ставове ради јединствене судске примене права, разматрање примене закона и других прописа и рад судова, и вршење друге надлежности одређене законом.

Главна начела Националне стратегије развоја правосуђа коју је утврдила Народна скупштина маја 2006. године су: независност, транспарентност, одговорност и ефикасност, а ради успостављања владавине права, правне сигурности, правне предвидљивости и враћању поверења грађана у правосудни систем Републике Србије.

У циљу афирмације владавине права и уживања поверења јавности у правосудни систем, странкама се мора обезбедити једнака, правична и законита заштита. То се постиже поштовањем и применом изграђене

[1] "Службени гласник РС", бр. 116/08, 104/09

судске праксе, правних схватања, правних ставова и закључака Врховног касационог суда као највишег суда у Републици Србији, о чему се Европски суд за људска права изјаснио у предмету Добрић против Србије (представке број 2611/07 и 15276/07).[2]

Недоследна и неуједначена судска пракса представља повреду права на правично суђење из члана 6. став 1. Европске конвенције о људским правима, коју Европски суд за људска права санкционише обавезивањем државе на исплату штете на име правичног задовољења (предмети: *Ракић* против Србије, *Винчић* против Србије).

Ради остварења и обезбеђења јединствене примене права и правне сигурности као реформског циља Националне стратегије развоја правосуђа, права на правично суђење и у циљу побољшања ефикасности и делотворности судских поступака, судска пракса Грађанског одељења Врховног касационог суда је своје активности усмерила на извршавање законске обавезе да прати и проучава праксу домаћих судова и међународних судских органа – Европског суда за људска права као и да на адекватан начин обавештава судије и судове о усвојеним правним схватањима.

Грађанско одељење Врховног касационог суда наставља добру праксу и традицију да учеснике годишњег саветовања, а тиме и јавност, упозна са разматраним спорним правним питањима на седницама Грађанског одељења Врховног касационог суда и са усвојеним правним схватањима, правним ставовима, правним закључцима и утврђеним сентенцама, кроз писани реферат.

Усвојена правна схватања и правни закључци на седницама Грађанског одељења

I

У периоду 01.01.2010. године – 31.12.2010. године, Грађанско одељење одржало је једанаест седница на којима је: разматрано функционисање одељења; спорна правна питања; усвојено једно правно схватање; донето једанаест закључака и утврђено дванаест сентенци; разматрана примена закона и других прописа.

[2] Пресуда Европског суда за људска права, 21.06.2011. године

На првој седници Грађанског одељења одржаној дана 09.02.2010. године усвојени су закључци:

- I У парницама и привредним споровима који су по ступању на снагу Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", број 111/09 од 29.12.2009. године) постали спорови мале вредности из члана 467, 469, 474. и 490. Закона о парничном поступку, о жалбама на одлуке првостепених судова (општинских и трговинских), одлучују виши судови и Привредни апелациони суд у смислу члана 23. став 2. тачка 2. и члана 26. Закона о уређењу судова по правилима поступка која важе за спорове мале вредности из члана 478. ст. 1. и 2. Закона о парничном поступку.

- II 1) Предмети који су очигледном омашком достављени ненадлежном суду (апелационом или вишем) од стране општинских судова, пре 29.12.2009. године као дана ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗПП-а, ће се административним путем доставити надлежном суду;

- 2) Апелациони суд ће предмете у споровима који су по ступању на снагу Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку постали спорови мале вредности, решењем у седници већа, уступити на стварну надлежност вишем суду.

- III Апелациони суд у седници већа даје оцену изузетне дозовљености ревизије по члану 395. ЗПП-а, у форми образложеног решења чија изрека гласи: "Предлаже се Врховном касационом суду одлучивање о изјављеној ревизији у смислу члана 395. ЗПП-а". Против овог решења није дозвољена посебна жалба.

Нова законска решења прописана одредбама Закона о уређењу судова (почетак примене од 01.01.2010. године) и Закона о изменама и допунама Закона о парничном поступку (ступио на снагу 29. децембра 2009. године), су условила потребу доношења ових закључака.

У пракси судова се после ступања на снагу и почетка примене Закона о уређењу судова поставило као спорно питање разграничења надлежности између основних и виших судова поводом спорова по тужбама запослених за уплату доприноса из обавезног социјалног осигурања. Грађанско одељење је на трећој седници од 23.03.2010. године, размотрило ово спорно питање и после дискусије једногласно усвојило закључак о

надлежности суда за одлучивање у споровима који се односе на обавезивање послодавца на уплату доприноса из обавезног социјалног осигурања:

1) да 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;

2) да, када 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, је надлежан за одлучивање 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.

Проучавајући праксу нижестепених судова у смислу члана 38. став 2. Закона о уређењу судова, а у примени правила ванпарничног поступка ради деобе заједничке ствари и примену правила извршног поступка ради цивилне деобе продајом ствари на основу правноснажне и извршне одлуке ванпарничног суда, примећено је да поједини виши судови у укидајућим одлукама упућују првостепене судове на примену ванпарничног поступка ради принудне продаје заједничке ствари, уместо на примену правила извршног поступка, па је ради уједначавања судске праксе на осмој седници Грађанског одељења од 13.09.2010. године, усвојен закључак да се цивилна деоба непокретности – јавном продајом врши по правилима извршног поступка на основу извршне исправе донесене у ванпарничном поступку, којом је утврђена немогућност физичке деобе непокретности и одређено да ће се деоба заједничке ствари извршити јавном продајом.

Пратећи и проучавајући праксу судова у поступању са поднесцима којима се по истеку рока за изјављивање правног лека објашњавају или допуњавају наводи благовремено изјављеног правног лека, а после ступања на снагу новог Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", број 125/04 – почетак примене од 23.02.2005. године), запажене су разлике. То је и изискивало да се Грађанско одељење о овом питању изјасни. При разматрању овог питања пошло се од основних начела садржаних у чл.2, 9. и 10. ЗПП-а, о праву странака на једнаку, правичну и закониту заштиту, забрани злоупотребе права странака у поступку и омогућавање суђења у разумном року. Након дискусије на осмој седници Грађанског одељења одржаној дана

13.09.2010. године усвојен је закључак о поступању са поднеском који садржи објашњења или допуну навода из правног лека упућеног суду по истеку законског рока, који гласи: "Приликом одлучивања о благовремено изјављеном правном леку суд неће разматрати објашњење или допуну навода из поднеска упућеног суду по истеку законског рока за изјављивање тог правног лека". У образложењу овог закључка наведен је изражени став судија Грађанског одељења да није целисходно доносити посебну одлуку о томе (одбацивање поднеска), већ разлоге за то само навести у образложењу одлуке. Последњим ставом образложења је напоменуто да се усвојени закључак не односи на случај када се поднесак упућује суду телеграфским путем (члан 107. став 3. ЗПП-а).

Начин на који је формулисана одредба става 3. члана 68. по новелама Закона о парничном поступку од 29.12.2009. године, да је одредница "вишег" замењена "другостепеног" је изазвала дилеме код судија да ли странка може тражити искључење или изузеће и судије Врховног касационог суда. Имајући у виду садржину одредбе члана 68. став 3. измењене чланом 14. Закона о изменама и допунама ЗПП-а, повезано са одредбом члана 69. и 70. ЗПП-а, Грађанско одељење се определило за већински изражени став да странке могу захтевати искључење или изузеће судије Врховног касационог суда. Следом тога, на осмој седници Грађанског одељења од 13.09.2010. године усвојен је закључак да странка може захтевати искључење или изузеће и судије Врховног касационог суда чим сазна да за то постоји разлог, у ванредном правном леку или одговору на правни лек а најдоцније до одлучивања о ванредном правном леку. У образложењу закључка је наведено да је базиран на начелу садржаном у члану 2. ЗПП-а, да странке имају право на једнаку, закониту и правичну заштиту својих права, што подразумева да им суди непристрасан суд у свим степенима, што значи да им се омогући коришћење института и искључења или изузећа и судије Врховног касационог суда.

У пракси судова опште надлежности и привредних судова поставило се као спорно питање стварне надлежности у споровима поводом захтева за утврђење права својине на непокретностима које Републички фонд пензијског и инвалидског осигурања истиче против здравствених организација (болница, завода, института, клиничко-болничких центара и др.). На осмој седници од 13.09.2010. године, Грађанско одељење је усвојило закључак да је за суђење у споровима за утврђење права својине на

непокретностима по тужбама Републичког фонда пензијског и инвалидског осигурања против здравствене установе стварно надлежан суд опште надлежности. У образложењу овог закључка је наведено да ни Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање а ни здравствена установа, не обављају делатност ради стицања добити, како је то прописано чланом 2. Закона о привредним друштвима, па да због тога спор о утврђењу права својине на непокретностима по тужби Републичког фонда против здравствене установе није спор који је настао у обављању делатности привредног друштва, те је из тих разлога за суђење надлежан суд опште надлежности и то основни суд у првом степену, а не привредни суд.

У поступању судова појавило се спорно питање које се односило на судску и стварну надлежност за спровођење извршења на основу извршне вансудске хипотеке, као извршне исправе за спровођење извршења у судском поступку. Поводом овог спорног правног питања сачињен је посебан реферат који је разматран на деветој седници Грађанског одељења од 04.10.2010. године када је након дискусије једногласно усвојен закључак који гласи: "1) Извршна вансудска хипотека из члана 15. Закона о хипотеци је и извршна исправа из члана 30. став 1. тачка 3. Закона о извршном поступку. 2) Поверилац чије потраживање је обезбеђено извршном вансудском хипотеком има право да бира правни пут намирења свог потраживања. 3) За поступање и одлучивање о предлозима за извршење заснованим на извршној вансудској хипотеци стварно је надлежан суд опште надлежности без обзира на својство странака у поступку извршења."

Дилеме везане за разграничење стварне надлежности између судова опште надлежности и посебне надлежности присутне за време важења Закона о судовима нису биле отклоњене ни од 01.01.2010. године од када се примењује Закон о уређењу судова. Те дилеме су имале за последицу негативне сукобе стварне надлежности, које решава Врховни касациони суд у смислу члана 23. Закона о парничном поступку. Због значаја за судску праксу на деветој седници Грађанског одељења од 04.10.2010. године, усвојен је закључак о разграничењу стварне надлежности између судова опште и посебне надлежности – привредних судова, по коме је у споровима између домаћих и страних привредних друштава, предузећа, задруга и предузетника и њихових асоцијација (привредни субјекти) за суђење стварно надлежан привредни суд, без обзира на правну природу спора (1); у споровима који настану између привредних субјеката и других правних

лица у обављању делатности привредних субјеката, па и кад је у наведеним споровима једна од странака физичко лице, ако је са странком у односу материјалног супарничарства, за суђење је надлежан привредни суд уколико је спор настао у обављању делатности привредних субјеката (2); у споровима у коме су обе странке друга правна лица, за суђење је стварно надлежан суд опште надлежности без обзира на природу спора (3).

Анализом и проучавањем рада судова уочено је да је и надаље спорно питање у погледу карактера спорова из радног односа, састава већа првостепеног суда које одлучује о захтеву за исплату накнаде штете због повреде на раду или у вези са радом, неисплаћене зараде и других потраживања из радног односа и рока за жалбу против првостепене пресуде којом је о таквом захтеву одлучено. Ревизијски суд је о овим спорним правним питањима заузео становиште које је изразио у бројним одлукама а саопштено кроз припремљене одговоре и на Саветовању "Судијски дани у Врњачкој Бањи – 2005". Међутим, имајући у виду значај спорних правних питања за правилан рад судова, Грађанско одељење је на деветој седници од 04.10.2010. године, усвојило и закључак о саставу већа и року за жалбу у спору за накнаду штете због повреде на раду или у вези са радом, исплату зараде, других примања и потраживања из раднога односа, по коме спорове за накнаду штете због повреде на раду или у вези са радом, исплату зараде, накнаде зараде, других примања и потраживања из раднога односа, као имовинско правне спорове суди судија појединац – ако вредност предмета спора не прелази законом прописани лимит, као и на основу споразума странака, у смислу члана 37. Закона о парничном поступку, а да је рок за жалбу против првостепене пресуде донете у спору из раднога односа имовинско правне природе 15 дана.

На деветој седници Грађанског одељења одржаној дана 04.10.2010. године усвојен је закључак да запослени који не прихвати анекс уговора о раду задржава право да у радном спору поводом поништаја одлуке о престанку раднога односа оспорава законитост понуђених измењених услова рада. Разлог усвајања закључка је био тај, што је у судској пракси било спорно да ли запослени који не прихвати понуду измењених услова рада – анекс уговора, у радном спору ради поништаја одлуке о престанку раднога односа може да оспорава законитост анекса као претходног питања од значаја за отказ. У образложењу закључка између осталог, наведено је, да Закон о раду није условио нити ограничио запосленог у правном путу (време и поступак) изношења разлога о незаконитости анекса без обзира на садржину члана 172. став

4. Закона, да је смисао овог правила јачање заштите запосленог као слабије уговорне стране, а не ограничавање права, да због тога запослени тужбом може по прихватању анекса тражити поништај, али незаконитост може истицати како у тужби, тако и током целог поступка у парници ради поништаја решења о престанку уговора о раду; циљно и логично тумачење захтевају да се проблем размотри у складу са општим правилима, а нарочито са правилима која важе за све уговоре у општем режиму; уговор о раду је у ширем смислу врста грађанско-правног уговора и на њега се супсидијарно примењују сва правила уговорног права, у уговорном праву на апсолутну ништавост у смислу члана 109. Закона о облигационим односима суд пази по службеној дужности, на њу се може позвати свако заинтересовано лице; право на истицање ништавости је неограничено и не гаси се (члан 110. ЗОО-а); сваки уговорник може чињеницу апсолутне ништавости истицати у свако доба у било којој парници као претходно питање; у овом проблему то значи да запослени може са успехом истицати незаконитост анекса поготово у условима појачане друштвене тежње ка заштити запослених (забрана дискриминације из Закона о раду, Закона о забрани дискриминације, Закона о забрани злостављања на раду – мобингу); ако суд у радном спору поводом поништаја решења о отказу не би испитивао законитост анекса уговора као претходног питања, били би у ситуацији да незаконито и противправно поступање послодавца не буде санкционисано, што се противи поменутим законима и елементарним принципима правног поретка.

II

Грађанско одељење Врховног касационог суда је усвојило захтев Основног суда у Крагујевцу за заузимање правног схватања поводом неких питања из пресуда Европског суда за људска права против Републике Србије, чиме би по извештају нашег заступника пред Европским судом за људска права као држава испунили обавезу у вези са генералним мерама у поступку извршења више пресуда Европског суда за људска права против Републике Србије, а због повреде члана 1. Протокола број 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права и члана 6. Европске конвенције.

На основу сачињеног писаног реферата и свестране анализе спорних правних питања, Грађанско одељење је усвојило правно схватање од 24.02.2011. године са образложењем од 25.03.2011. године. Коначни текст са одвојеним мишљењем објављен је у Билтену Врховног касационог суда број 1/2011.

Разматрајући спорна питања поводом којих је усвојено ово правно схватање, Грађанско одељење је узело у обзир:

- Пресуду Р. Качапор и друге подноситељке представке против Србије од 15.01.2008. године, у којој је Европски суд за људска права констатовао да се извршење пресуде коју суд доноси сматра саставним делом суђења према члану 6. Европске конвенције о заштити људских права, и да је на држави да предузме све неопходне мере да се правноснажна судска пресуда изврши а да се притом обезбеди делотворно учешће целог њеног апарата.

- Пресуду Црнишанин и друге подноситељке представке против Србије од 13.01.2009. године којом је утврђена обавеза тужене државе да из сопствених средстава исплати подноситељкама представки износе који су досуђени правноснажним домаћим пресудама донетим у њихову корист, поред нематеријалне штете на име правичног задовољења.

- Одлуку Уставног суда РС од 21.01.2010. године, којом је усвојена уставна жалба В. Стојковића изјављена због повреде права на суђење у разумном року и повреде права на имовину, а у извршном поступку који се води у предмету Четвртог општинског суда у Београду И 1182/05 и утврдио право подносиоца уставне жалбе на накнаду нематеријалне штете и наложио Првом основном суду у Београду, Народној банци Србије, Одељењу за принудну наплату и другим државним органима и организацијама који учествују у извршном поступку да предузму неопходне мере како би се овај извршни поступак окончао у најкраћем могућем року.

- Да се људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно примењују, и да се 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 (члан 18. Устава).

- Одредбе става 3. члана 20. Устава које у себи садрже елементе из члана 6. Европске конвенције о заштити људских права у погледу легалитета, легитимитета и пропорционалности.

- Садржину члана 1. Протокола број 1. уз Европску конвенцију која се заснива на начелима права на неометано уживање имовине, забрани лишења имовине осим под одређеним условима и праву државе да регулише коришћење имовине под одређеним условима.

- Независност и непристрасност суда, која се остварују поделом власти (један од основних принципа по члану 6. Европске конвнеције о људским правима).

- Да је ревидираном Европском социјалном повељом гарантовано свим радницима право на правичну накнаду која је довољна за пристојни животни стандард њих и њихових породица и право на социјалну сигурност.

- Да су поступци извршења правноснажних судских одлука без временског ограничења прекидани на основу прописа Закона о приватизацији.

- Садржину извештаја са састанка Комитета министара Савета Европе посвећеног надзору над извршавањем пресуда Европског суда за људска права одржаног новембра – децембра 2010. године, у коме је између осталог наведено да су посебно разматрана генерална питања односно побољшање ефикасности и транспарентности извршавања пресуда Европског суда за људска права и мере за побољшање извршавања пресуде Европског суда за људска права и предлози за примену INTERLAKEN декларације и акционих планова; мере које се односе на процес извршавања и последице које ће то имати на извршење пресуда донетих против Србије; да ће се у групи предмета који се разматрају по систему "појачаног надзора" у погледу РС, наћи група предмета – пресуде Европског суда за људска права која се односе на проблем неефикасног извршавања пресуда домаћих судова, међу којима су најзначајнији предмети они који се односе на неефикасно извршавање пресуда донетих против друштвених предузећа.

Сентенца овог правног схватања гласи: "Извршни поступци који се односе на наплату новчаних потраживања из раднога односа утврђених извршним исправама против дужника, субјекта приватизације у реструктуирању, неће се прекидати. Прекинути поступци ће се наставити и окончати."

У образложењу усвојеног правног схватања, између осталог је наведено становиште: да поступак извршења не сме да угрози начело правне сигурности, да новчано потраживање досуђено правноснажном и извршном судском одлуком спада у имовину лица у чију је корист досуђено, да мора да се обезбеди ефикасна заштита потраживања која проистичу из уговора о раду односно раднога односа, гарантована социјалном повељом, без обзира на несолвентност дужника; да и други национални закони (Закон о стечају, Закон о раду), дају предност остваривању права из радних односа; да је оваква заштита позитивна дискриминација одређене групе

поверилаца у односу на остале повериоце против дужника над којима је покренут поступак стечаја; и да се држава не може легитимно позивати на општу потребу како би оправдала ограничење права и слобода појединаца, а да свако мешање у уживању неког заштићеног права мора одговарати одређеној хитној друштвеној потреби, нарочито мора бити пропорционално циљу који се жели постићи.

Европски суд за људска права је 17.05.2011. године донео одлуку о допуштености представки *Милуновић и Чекрлић* против Србије. Представке се односе на неизвршавање домаћих правноснажних пресуда Општинског суда у Новом Пазару донетих против дужника "Рашка Холдинг" А.Д. (друштвено предузеће), у корист подноситељки представки. Пресуде домаћег суда се односе на потраживања за неисплаћене зараде и доприносе у одређеном периоду.

Разматрајући релевантно домаће право и праксу, Европски суд за људска права је у том предмету између осталог узео у обзир и правно схватање Врховног касационог суда од 24.02.2011. године са образложењем од 25.03.2011. године, и у донетој одлуци изразио становиште да је констатована "очигледна еволуција у домаћој судској пракси у вези са вођењем извршног поступка против предузећа у процесу реструктурирања", и даље да то "представља покушај вредан хвале да се испоштује судска пракса" Европског суда за људска права.[3]

У контексту изложенога следи да је и ово правно схватање Грађанског одељења Врховног касационог суда послужило за основ израженог закључка у образложењу одлуке Европског суда за људска права од 17.05.2011. године, да је дошло до развоја домаће судске праксе у складу са стандардима утврђеним у ранијој пракси Европског суда за људска права.

Утврђене сентенце на седницама Грађанског одељења

У току 2010. године Грађанско одељење је утврдило сентенце које су објављене у билтенима Врховног касационог суда број 1/2010 и број 1/2011.

[3] Одлука Европског суда за људска права од 17.05.2011. године "Службени гласник РС", број 41/11

Сентенце се односе на грађанско-процесно право, породично право и стварно право.

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

I

Сентенце из грађанско-процесног права

- За одлучивање о захтевима странака кад је у жалбеном поступку пресуда већ једном била укинута, стварно је надлежан апелациони суд;

- За одлучивање о жалби само на решење о трошковима поступка садржано у пресуди о разводу брака, стварно је надлежан виши суд.

- Против налога за хитан повратак детета донесеног у ванпарничном поступку по одредбама Конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце, ревизија није дозвољена, јер овај налог као привремена мера посебне врсте, по својој правној природи нема карактер мериторне одлуке о праву на старање;

- Против решења Вишег трговинског суда којим је одлучено по жалби против одлуке арбитражног већа трговинског суда ревизија није дозвољена.

- Адвокатски приправник није овлашћен да у име странке изјави ревизију и захтев за заштиту законитости.

- Правноснажна пресуда донета у брачном спору не може се побијати ванредним правним лековима у делу у којем је донета одлука о поништењу, разводу брака или утврђењу да је постојао основ за развод брака, независно од начина на који је суд одлучио о захтеву.

II

Сентенце из породичног права

- За остварење права становања (habitatio) потребно је да буду испуњени услови: да је то у најбољем интересу детета и да постоји стамбени простор на коме је могуће конституисање права становања.

- Оправдано је одређивање мере заштите од насиља у породици и када се према мишљењу стручних установа не може са сигурношћу искључити сексуално злостављање малолетног детета.

III

Сентенца из стварног права

- Доношењем Закона о враћању (реституцији), имовине црквама и верским заједницама по сили закона друштвена (државна) својина није престала.

Закључак

Врховни касациони суд као највиши суд у Републици Србији суштински има улогу да се бави питањима од изузетне и неопходне важности.

Грађанско одељење Врховног касационог суда је одлучивањем о ванредним правним средствима изјављеним на одлуке судова Републике Србије, сукобима надлежности и у другим стварима одређеним законом, решио број-на релевантна спорна правна питања о којима је заузимао становишта изражена у одлукама, правним схватањима, закључцима и сентенцама.

Приоритетни задатак Грађанског одељења Врховног касационог суда је уједначавање и развој домаће судске праксе и разматрање примене закона и других прописа, ради обезбеђења права на правично суђење и остварења реформског циља владавине права и правне сигурности као битног сегмента демократског друштва.

Предраг Трифуновић,
судија Врховног касационог суда

ШТРАЈК И ПРЕСТАНАК РАДНОГ ОДНОСА

Увод

Штрајк[1] (прекид рада) је (не само) српска реалност. Узроци су многоструки: слаба привреда осиромашена ранијим санкцијама и ратом, лошим приватизацијама, неодговорним руковођењем, непоштовањем права запослених, слабом синдикалном организованошћу, неповерењем у законите начине решавања индивидуалних радних спорава итд. Набрајање није исцрпно.

Када се индивидуално незадовољство претвори у колективно (код послодавца најчешће због неисплаћених зарада), а судски и алтернативни начин решавања спорова (који су у зачетку) не дају резултат, сами запослени или уз помоћ синдиката, удружују се, организују и као последње средство колективно прекидају рад, лишавају се зараде и врше економски притисак (удар) на послодавца, множину послодаваца или државу ради испуњења њихових, најчешће професионалних, економских или социјалних захтева (најшира дефиниција штрајка).

Али, пошто је штрајк најчешће "последње средство" са значајним и често непредвидивим последицама (економским и друштвеним), не сме бити "дивљи", са "правилима улице", већ "организован" и спровођен по закону. Непоштовање правила (Закона о штрајку и колективних уговора) о условима, циљу, најави, одржавању минималног процеса рада у тзв. "виталним службама", средствима, безбедношћу, ненаношењу штете, чине штрајк незаконитим. Ако је штрајк незаконит послодавац може (а не мора) да раскине уговор о раду.

[1] енг. *"strike"* води порекло од *to strike sail* и значи зауставити пловидбу; првобитно је представљало кривично дело, касније грађански деликт, у неким правима правно нерегулисан (у Енглеској постоји слобода штрајка); у нашој земљи постао је уставно право почев од 1988. године. По Европској социјалној повељи (1961. година) штрајк је право које се признаје синдикатима.

Важећим Законом о штрајку[2] нису задовољни ни синдикати ни послодавци. Тај закон је надживео пропаст СРЈ и још је на снази иако су у међувремену донета два нова (матична) Закона о раду. Раније две верзије нису угледале светлост дана (2004. и 2005. године). Садашња (трећа) доживљава критике.

У таквом амбијенту са много спорног функционише и судска пракса.

Ако оставимо по страни нека кључна питања која могу имати утицаја на законитост штрајка, а тиме и на престанак радног односа (различити типови штрајка, ограничења у виталним службама, ограничења у погледу тзв. "корисника штрајка", компликованост процедуре, дозволити или не дозволити тзв. *"lock out"* (затварање предузећа), као и питање ко треба да донесе претходну одлуку о законитости и незаконитости штрајка (да ли суд или друго независно тело), поменимо најбитније (најспорније), о чему ћемо се у наредним излагањима бавити:

- значења члана 14. и члана 18. Закона о штрајку[3];

---

[2] " Службени лист СРЈ" бр. 29/96

[3] Члан 14. Закона о штрајку:

"*Организовање штрајка, односно учешће у штрајку под условима утврђеним овим законом не представља повреду радне обавезе, не може бити основ за покретање поступка за утврђивање дисциплинске и материјалне одговорности запосленог и не може за последицу имати престанак радног односа запосленог.*

Запослени који учествује у штрајку остварује основна права из радног односа, осим права на зараду, а права из социјалног осигурања – у складу са прописима о социјалном осигурању.

Организатори штрајка, односно учесници у штрајку који није организован у складу са овим законом неће уживати заштиту утврђену у ст. 1. и 2. овог члана."

Члан 18. Закона о штрајку:

"Запосленом у државном органу, професионалном припаднику Војске Југославије и припаднику полиције престаје радни однос када се утврди да је оргнизовао штрајк или учествовао у штрајку.

Члан штрајкачког одбора или учесник у штрајку који штрајк организује и води на начин којим се угрожава безбедност лица и имовине или здравље људи или који спречава запослене који не учествују у штрајку да раде, односно онемогућава наставак рада по окончању штрајка или спречава послодавца да користи средства и расолаже средствима којима послодавац обавља делатност чини повреду радне дужности за коју се може изрећи мера престанка радног односа.

Запослени у делатностима из члана 9. овог закона који одбије да изврши налог послодавца издат ради обезбеђивања минимум процеса рада чини повреду радне дужности за коју се може изрећи мера престанка радног односа."

- да ли најмања незаконитост има за последицу отказ;

- да ли судска пракса придаје значај стварној и правној заблуди у погледу законитости штрајка;

- да ли су "најава штрајка" и "место окупљања" од таквог значаја да њихово непоштовање увек има за последицу престанак радног односа.

Рад првенствено анализира престанак радног односа у случају штрајка код послодавца у општем режиму; потенцира нужност индивидуализације одговорности; улогу судске праксе; излаже одређена решења у вези припреме новог Закона о штрајку; и изражава личне ставове аутора у немогућности издвајања мишљења у образложеним судским одлукама.

Незаконит штрајк

Да би штрајк био законит, осим потпуности, привремености, очигледности и добровољности, домаће (а и упоредно право захтевају: 1) да није забрањен – *ratione materiae* или *ratione personae*; 2) да је циљ изложен у образложеним захтевима допуштен (заштита професионалних социјалних и економских права и интереса), а не политичких, културних, националних или других права[4]; 3) да је организован од синдиката (код нас

[4] По Закону о штрајку (ЗОШ) запослени могу да организују штрајк ради заштите својих професионалних и економских интереса по основу рада (1). *Argumentum a contrario* могао би се извући закључак да је свака друга врста штрајка у погледу циља забрањена. "Под професионалним правима и интересима" подразумевају се радни, безбедоносни и здравствени услови рада. Економска права и интереси по основу рада регулишу Устав (члан 66.) и Закон о раду. Њима треба додати и социјална права. Проблем настаје када је тешко раздвојити политичи циљ од економских циљева (примери из области социјалнг осигурања). У упоредном праву се сматра да је за законитост штрајка битно утврдити шта је претежније у заштити и остваривању циљева (да ли се ради о претежно економским или политичким интересима; фактичко питање које зависи од свих околности).
Дакле, незаконит је сваки штрајк који има за циљ остваривање права и интереса у погледу учешћа појединаца у јавном животу земље, као што су бирачко право, слобода штампе, слобода говора, слобода мисли и јавног изражавања, слобода збора, слобода удруживања, право петиција. Томе треба додати и захтеве припадника националних мањина и заштиту мањинских права, као и штрајкове усмерене против поништења уговора о приватизацији, притиске на правосуђе или носиоце политичке власти;
Законска дефиниција садржиману, јер изоставља реч "право"; говори само о "интересима", што би упућивало на закључак да је штрајк дозвољен само ради решавања интересних колективних спорова, а не и правних спорова. Судска пракса шире тумачи законску дефиницију прихватајући законитост штрајка и када се захтева остварење у суштини ин-

генерални и грански) или код послодавца од стране синдиката или већине радника у предузећу, правном лицу или њиховом делу; 4) да је мирољубив – социјално адекватан без насиља; 5) у нашем (али не и у многим земљама западне Европе) када је у питању штрајк код послодавца да је послодавац обавештен о намери да се ступи у штрајк.

За разлику од законитог штрајка који представља Уставом гарантовано фунадментално социјално право (члан 61. Устава), који за последицу има само губитак зараде а не и престанак радног односа (члан 14. став 1. Закона[5]), организатори и учесници незаконитог штрајка не уживају заштиту (став 4); *Argumentum a contrario* – може им престати радни однос.

Осим општег правила (члан 14), које превасходно нормира последице законитог штрајка, члан 18. Закона посебно говори о престанку радног односа због незаконитог штрајка. Закон прво истиче забрану *ratione personae* запосленима у државном органу, полицији и Војсци да учествују у штрајку прописујући строго правило да им престаје радни однос када се утврди да су или организовали или учествовали у штрајку. Сада то правило не важи у потпуности јер су посебни закони дозволили учешће у штрајку запосленима у државним органима и полицији[6]. Забрана је остала само за припаднике војних снага[7]. Правило из става 2. посебно наглашава одговорност члана штрајкачког одбора и учесника који штрајк "организује и води" у спровођењу штрајка, (јер штрајк у припреми може бити законит али у спровођењу постати незаконит).

Док правило из члана 14. не захтева тумачење, правило из члана 18. изазива дилеме у примени. Има мишљења да ово друго правило (посебно) конкретизује прво (опште) и да у случају незаконитости штрајка у спровођењу, изложени санкцији престанка радног односа могу бити само организатори и вође штрајка (не само означени као вође у припреми штрајка већ и они

дивидуланих права (нпр. зарада). Радна верзија новог закона штрајк дефинише као прекид рада ради заштите права и интереса.

Интерес је шири појам од права. Он може бити: а) заштићен субјективним правом; б) заштићен интерес, али није још конституисан у субјективном праву и в) незаштићен субјективним правом, јер је противан јавном поретку. Штрајк је дозвољен у случају постојања и остваривања права и интереса под а) и б).

[5] "Службени лист СРЈ", бр. 29/96

[6] Члан 35. Закона о државним службеницима ("Службени гласник РС", бр. 79/05...) и члан 135. Закона о полицији ("Службени гласник РС", бр. 101/2005).

[7] Члан 14. став 5. Закона о Војсци ("Службени гласник РС", бр. 116/2007).

који су фактички прузели вођство), а не и остали учесници штрајка који је добио незаконит ток, (рушење, оштећење имовине, насиље).

По другом преовлађујем схватању првило из члана 18. само појачава одговорност организатора и вођства штрајка (слична одредба се налази и у Кривичном законику), па "обичан учесник" који није ни члан штрајкачког одбора ни вођа у случају доказаног испољавања насиља, не може бити ескулпиран и може добити отказ по члану 14. Закона. У супротном би правило из члана 14. било без смисла, јер обични учесници и поред флагрантно незаконитог понашања не би били изложени најтежој санкцији у радном праву - престанку радног односа.

Због тога је у више одлука подвучено начело индивидуализације одговорности[8] ставом да је "нужно разјаснити да ли су тужиоци у току штрајка сваки појединачно својим радњама спречавали туженог да располаже својим средствима тако што су онемогућили "улазак и пролазак камиона кроз капију предузећа"[9].

Начело индивидуализације (конкретизације) одговорности захтева да се однос из члана 14. и члана 18. не посматра као однос општег и посебног по коме би посебно искључивало опште, већ као једну јединствену норму у којој се само посебно наглашава одговорност организатора и вођства штрајка за његово законито спровођење. Због тога организатори неће одговарати у случају кад штрајк добије незаконит ток у спровођењу ако су предузели све разумне мере да до тога не дође. Учесник у штрајку који се понашао по правилима (мирно штрајковао) не може сносити одговорност, нити бити изложен санкцији престанка радног односа због тога што је други учесник у штрајкачкој скупини поступао незаконито[10].

Изложена правила треба сагледати (применити) и тумачити их у целини са Законом о раду (као и начелима грађанског права) јер: учешће у незаконитом штрајку је само један од могућих отказних разлога по вољи послодавца који се налази у посебном закону, а могао је бити и саставни део Закона о раду (*пр. Хрватска*). Закон о штрајку је *lex specialis* у односу

[8] Рев2 921/06, Спп 14/07 од 25.05.2007. године

[9] Решење Апелационог суда у Београду (Гж1 4567/10 од 28.01.2011. године).

[10] Учесник штрајка који се налази у скупини штрајкача (сукоб између пословодства и штрајкача) није активни учесник у штрајку па се нису стекли услови за отказ уговора о раду Рев2 1492/06.

на матични (основни) Закон о раду и евентуално посебне законе који се баве радним правом и нормира материјалноправне услове. Све остало допуњује матични закон али и судска пракса[11].

Због тога се на престанак радног односа по овом основу супсидијарно примењују сва правила ЗОР-а о упозорењу (праву на одбрану-члан 180), обавештењу синдиката (члан 181), застарелости (члан 184), образложеној одлуци (члан 185) (процесна правила), а посебно правило о кривици у случају повреде радне обавезе (члан 179. став 1. тачка 2) и правило да се у случају непоштовања радне дисциплине може добити отказ ако је "*понашање такво да не може да настави рад код послодавца*" (члан 179. став 1. тачка 3). Управо ово последње (што представља и конвенцијско право)[12] налаже конкретизацију одговорности и испитивање свих околности случаја, па и евентуално раније понашање штрајкача. У пракси то значи да суд може извршити класификацију и раздвајање тежих од лакших повреда иако ЗОР, за разлику од посебних закона, изричито такву поделу не чини.

Ако супсидијарно не би био примењен ЗОР одлуке о престанку радног односа само због учешћа у незаконитом штрајку доносиле би се по аутоматизму и "незаконитост" би се изједначила са објективном одговорношћу (одговорности без кривице), па се не би чинила разлика између тежих и лакших повреда[13].

С друге стране, надлежна тела МОР-а препоручују да се у случају отпуста радника због незаконитог штрајка мора одлучивати, не по аутоматизму, већ на "појединачној основи" због чега супсидијарна примена Закона о раду у погледу материјално-правних услова за отказ добија још више на значају.

---

[11] "*С обзиром да материја штрајка није у потпуности регулисана о његовој законитости и незаконитости одлучује се не само на основу јасних мерила утврђених изричито донетим у државним прописима, већ и на основу одређених мерила које одређује судска пракса. У судској пракси се нарочито води рачуна о циљевима и начину остваривања циљева"* - Др Будимир Кошутић "*Колективни преговори, право на штрајк и lock out у савременим капиталистичким државама"*, Савремена администрација 1987. година, стр. 85.

[12] Конвенција МОР -а бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца ("Сл.лист СФРЈ" – Међународни уговори бр. 4/84)

[13] "*Послодавац се не мора определити за престанак радног односа, нарочито ако се процењује да запослени нису знали да је штрајк у коме су учествовали незаконит или је степен незаконитости таквог штрајка био релативно мали."* Проф. Живко Кулић и доц. Анета Мариновић "*Правне последице штрајка",* Златибор 2009, стр.186.

Напоменимо да је наш закон у погледу признавања права на штрајк код послодавца прихватио француски концепт по коме је организација штрајка не само искључиво право синдиката (као у Немачкој), већ и индивидуално право радника које се колективно остварује. Француска судска пракса сматра да се у случају незаконитог штрајка радник може отпустити само због теже повреде правила штрајка[14].

Али, да индивидуализација у пракси није доследно поштована показаћемо у следећим излагањима који се односе на престанак радног односа због повреде правила о најави штрајка и месту окупљања.

- Најава штрајка -

Већина запослених или синдикат мора да најави да ће организовати штрајк[15]. На тај начин се обавештава послодавац (или овлашћени орган) о постојању намере да се организује штрајк како би се правно, технички, а нарочито економски припремио и суочио са прекидом рада, утврдили евентуални ефекти и покушало са обе стране тражење мирног решења колективног спора. Најави претходи одлука већине запослених или синдиката. У одлуци о ступању у штрајк која се доноси већином гласова (тајно гласање није обавезно), утврђују се захтеви запослених, време почетка штрајка, место окупљања учесника у штрајку ако се штрајк испољава окупљањем запослених и штрајкачки одбор који заступа интересе (члан 4. Закона). Штрајкачки одбор је дужан да штрајк најави послодавцу најдоцније пет дана од дана превиђеног за почетак штрајка, односно 24 часа пре почетка штрајка упозорења. У делатностима од јавног интереса (виталним делатностима) прописују се посебни услови, обезбеђује се минимум процеса рада, а рок за најаву је најдоцније 10 дана пре почетка штрајка (члан 11). Кршење ових правила чини штрајк незаконитим.

За сваки нови штрајк потребно је да се донесе нова одлука (члан 4). Али у пракси је спорно: да ли штрајкачки одбор и послодавац могу скло-

[14] Др Бранко Лубарда "*Решавање колективних радних спорова*", Београд 1999. године, стр.198.

[15] Околност да је штрајк започео један дан раније од датума означеног у одлуци о ступању у штрајк не чини га незаконитом, јер је испоштован рок од 5 дана од дана доношења одлуке до почетка штрајка (Рев2 732/10 од 11.11.2010. године)
НАПОМЕНА: У конкретном случају штрајк је започео један дан раније, зато што је послодавац управо пре дана одређеног за штрајк (дан раније) донео одлуку о слању свих запослених на годишњи одмор.

пити споразум о тзв. "замрзавању штрајка" који значи привремени прекид штрајка и наставак рада, а у случају да се споразум о испуњењу штрајкачких захтева не изврши да није нужна нова процедура, већ истеком рока за испуњење обавезе штрајкачи ступају у наставак раније започетог штрајка. С тим у вези спорно је, да ли заблуда штрајкача о пуноважности споразума о замрзавању штрајка утиче на његов радноправни статус и може ли га ескулпирати одговорности.

По ранијој судској пракси споразум штрајкачког одбора и послодавца о такозваном "замрзавању штрајка" је пуноважан и не представља нови штрајк па запослени не може добити отказ. О томе нам сведочи следећа одлука: *"Када је после окончаног штрајка упозорења између послодавца и штрајкачког одбора закључен споразум по коме су усвојени захтеви запослених и одређена динамика њиховог испуњења, па послодавац своју обавезу из споразума није испунио, нису испуњени услови за престанак радног односа, јер је штрајк споразумно прекинут, па наставак законито организованог и започетог штрајка после споразумног прекида, односно замрзавања због неиспуњења обавезе послодавца из споразума, не представља нови штрајк"*[16].

Садашња судска пракса је изложено схватање напустила.

Према већинском становишту Грађанског одељења Врховног касационог суда (необјављено) институт тзв. "замрзнутог штрајка" не постоји; сваки прекид штрајка без обзира како се завршио (да ли споразумно, неуспехом или одустанком штрајкача) значи окончање штрајка; у случају неиспуњења обавезе послодавца без обзира на његова преварна поступања потребна је нова одлука о штрајку, самим тим нова процедура и најава штрајка. Ако се то не испоштује штрајк је незаконит. Заблуда је ирелевантна, јер је Закон о штрајку не познаје и не представља извињавајућу околност која би учесника (без обзира на образовање) ослободила одговорности.

На први поглед већинско мишљење је у складу са законом јер *dura lex sed lex*; али да ли таква "незаконитост" која се изводи тумачењем у ситуацији

[16] (Рев2 162/07 од 10.04.2008. године) Још раније исто: "*У ситуацији када је споразумом прекинут штрајк ради исплате зарада до одређеног датума, па послодавац споразум није испоштовао, правилан је став нижестепених судова да обустава рада не представља нови штрак, већ наставак већ раније започетог штрајка, те се нису стекли услови за престанак радног односа"* (Рев 2137/00 од 19.10.2000. године).

када се претходно није пре доношења одлуке о отказу ни пред једним независним телом расправљало о законитости, односно незаконитости штрајка има за последицу да правно необразован и лоше информисан штрајкач (који верује штрајкачком вођству и евентуално синдикату) добије отказ.

Чини се да таква строга примена закона ствара тзв. "тврде" случајеве – неправичне ситуације, јер не уважава суштину штрајка; чињеницу да матични Закон о раду не садржи правило да свака грешка (понашање) запосленог има за последицу отказ; да се и у радном (дисциплинском) праву супсидијарно примењују правила и других грана права у случају постојања правних празнина и непотпуног решавања (кривично право); препоруке Комитета МОР-а да се о последицама штрајка у погледу престанка радног односа има "*одлучивати на појединачној основи, а не по аутоматизму*"; и на крају ставовима праксе и теорије у упоредном праву. Укратко не води рачуна о индивидуализацији одговорности.

Већинско гледиште Грађанског одељења конкретизовано је у појединачном случају на следећи начин:

"*У конкретном случају није довољно активирање раније одлуке већ је било нужно поступак поновити*"[17]. Чини се да већинско гледиште није основано не само из раније истакнутих разлога већ и оних који следе:

1- Најава није кључни елемент законитости штрајка. Најважнија је одлука, захтеви штрајкача и мирољубивост у спровођењу[18]. У случају такозваног "замрзавања" штрајка по споразуму, захтев је послодавцу од раније познат и одлука о штрајку већ постоји. С обзиром да се радни однос (у општем) режиму заснива уговором, то се на уговорне односе супсидијарно примењују правила облигационог права, па и основне руководне идеје које прожимају не само грађанско већ и радно право између којима су нарочито значајни начело савесности и поштења и забрана злоупотребе права (чл. 12. и 13. ЗОО). Када својом вољом створи код друге стране заблуду да се у будућности неће радити о новом штрајку, већ о наставку старог послодавац отпуштајући запосленог поступа преварно (неискрено) чиме вређа поменута начела и не може се позивати на своју срамоту.

[17] Рев 91/10 од 21.04.2010. године.

[18] Када се о штрајку није изјаснила већина запослених и када није формиран штрајкачки одбор, а и захтеви нису јасно формулисани, штрајк је незаконит (Рев2 1575/06 од 21.11.2006. године).

Осим тога, у праву је познато да се мања грешка у погледу форме правног посла може конвалидирати (оснажити), а у процесном праву (кривичном, грађанском и управном) да се мањим грешкама у погледу форме придаје или мали значај или уопште не придаје значај.

3- У законодавству и теорији одавно је напуштено схватање да одређено лице чини деликт (кривично дело) ако је својом радњом проузроковало забрањену последицу. Осим неурачунљивости која ослобађа учиниоца одговорности и стварна заблуда (заблуда о битном) води искључењу кривичне одговорности, а правна заблуда и када је не искључује ублажава је.

Код престанка радног односа Врховни суд заблуду сматра релевантном истичући: "*Стварна заблуда ослобађа запосленог одговорности*".[19]

Из изложеног, тумачење по аналогији ескулпирало би запосленог (портира) из предмета Рев 2 91/10. Он није могао добити отказ када синдикална организација, организатори и вођство штрајка код послодавца одржавају учеснике у заблуди да је замрзавање штрајка законито и да могу ступити у штрајк без претходне најаве и остављања накнадног рока. Ово поготову када учесник нема правно образовање и када није у стању да схвати разлике између старог и новог штрајка. Томе треба додати чињеницу да се закључак о незаконитости изводи тумачењем језичког смисла норме од стране суда после више година од учињеног штрајка и да правници (судије) о томе имају различите ставове (првостепени суд је усвојио тужбени захтев, другостепени суд је првостепену пресуду преиначио и тужбени захтев одбио – ревизијски суд је ревизију тужиоца одбио).

Свему реченом додајмо два аргумента који немају значај извора права али могу помоћи разумевању проблема и то:

4- У упоредном праву заблуда се сматра релевантном јер: "*Уколико радник учествује у штрајку који се организује уз повреду уговорних обавеза у погледу најаве или претходног мирења, то не мора по себи само да значи да се радник (штрајкач) мора отпустити због повреде радне обавезе уколико радник није информисан о нерегуларности штрајка.*"[20]

[19] Рев2 106/06 од 13.04.2006. године и Рев2 1376/06.
[20] Бранко Лубарда , исто стр. 234.

5- По међународним радним стандардима[21], радник се у случају нелегалног штрајка не отпушта аутоматски и о томе треба одлучити на појединачној основи. Сматра се да "замрзавање" штрајка није незаконито јер:

"Често се дешава да представници послодавца и у преговорима за време штрајка прихвате делимичне или потпуне захтеве штрајкача, али их не испуне, и на тај начин дају повод за нове штрајкове. Кад једном науче ову лекцију радници често прибегавају "замрзавању" штрајка привремено га суспендујући на овај начин они врше притисак на послодавца, јавно показујући њихово неповерење, а у случају да се штрајк настави не треба понављати процедуру најављивања (подвукао П.Т.).

Дакле, у ситуацији када је питање законитости штрајка спорно и када послодавац активно суделује у стварању незаконитости запослени не сме бити изложен отказу као најтежој радноправној санкцији.

Изложене дилеме у овом проблему присутне у судској пракси управо чине основаним предлог радне групе (нови Закон о штрајку) да се омогући послодавцу вођење судског спора о утврђивању незаконитости штрајка пре него што штрајк отпочне[22].

- Место окупљања-

Одлуком о ступању у штрајк одређује се, између осталог, и место окупљања учесника у штрајку ако се штрајк испољава окупљањем запослених (члан 4), а ако се штрајк испољава окупљањем запослених, место окупљања учесника у штрајку не може бити ван пословних просторија -

[21] "*Приручник о праву на штрајк",* група аутора, Саветовање за Југоисточну Европу (Међународна конфедерација слободних синдиката), Софија 2002. година, стр.24.

[22] По том предлогу послодавац, удружење послодаваца или јавни тужилац ако постоји јавни интерес могу покренути спор пред вишим судом ради оцене законитости штрајка. Рокови за доношење одлуке су веома кратки (три дана). Жалба је допуштена непосредно апелационом суду, такође у року од три дана.
Изричитим прописивањем судске надлежности (мада су судови и раније могли да одлучују о законитости штрајка у посебној парници – (Општински суд у Ваљеву П1 1393/05 од 22.09.2006. године), држава испуњава захтеве МОР-а да о претходној законитости штрајка одлучује "независно тело". Сада о законитости одлучује суд у највећем броју случајева као претходном питању али и инспектор рада на основу члана 17. Закона о штрајку.

радних просторија, односно ван круга пословног простора запослених који ступају у штрајк (члан 5. став 3).

Ове одредбе оштро су критиковане, јер се сматра да значајно ограничавају слободу штрајка.

У упоредном праву се чак забрањује окупљање запослених у пословном простору послодавца, јер постоји озбиљна забринутост да се "окупацијом предузећа" може нанети штета имовини послодавца, безбедности запослених који раде и спречавати рада такозваних "штрајкбрехера". Први закон о штрајку ово правило није имао иако је те 1991. године предлагано. Преовладало је схватање да је сувише "круто" и да суштински може обезвредити институт штрајка, те га треба препустити аутономном регулисању у предузећу[23].

Предлог радне групе будућег Закона о штрајку да се место окупљања може, а не мора одредити и да запослени могу организовати штрајк недоласком у просторије послодавца трпи критике како од самих послодаваца тако и неких синдикалних представника. Неки синдикати сматрају да је место окупљања нужно због организованог притиска на послодавца, а послодавци сматрају да у случају непостојања места окупљања штрајк губи организовани карактер и да ће штрајкачи радити "на црно" поготову ако штрајк траје дуже времена[24]. Јасно је да држава не жели хаос на улицама и стање које утиче на лошу (политичку) климу у друштву.

У пракси се дешава да после одређивања места окупљања нарочито ако се прекид рада одужи, штрајкачи или недолазе свакодневно на место окупљања или организовано напусте предузеће и протествују пред институцијама за које сматрају да им могу помоћи у испуњењу штрајкачких захтева (Влада, министарства, седишта локалних самоуправа).

Судска пракса је у погледу овог критеријума неуједначена и колебљива. У једној (ранијој) групи одлука (усвојени тужбени захтеви и поништена решења о престанку радног односа) истиче се да напуштање места

[23] Др Мирослав Мирковић "*Коментар Закона о штрајку*" 1991. година стр. 23.

[24] Уставни суд СРЈ одбио је предлог за оцену уставности члана 5. у погледу окупљања, сматрајући да тиме није угрожена слобода кретања, настањивања, мисли и говора и да је законско одређење места окупљања штрајка законито (СУС. У 132/96 од 09.06.1996. године).

окупљања из круга послодавца представља протест због кога се не може добити отказ;[25]

У другом (каснијем) случају запослена је добила отказ не само што је напустила место окупљања (круг фабрике) и са групом радника одлазила пред зграду (седиште синдиката и општине), већ и због тога што се више дана није појавила у кругу предузећа као месту које је одређено за штрајк. Без значаја је била њена одбрана да углавном није уопште ни долазила у круг фабрике, јер због неисплаћених зарада у трајању од више месеци није имала средства за превоз и исхрану.[26]

Код готово истог чињеничног стања супротно резонује апелациони суд, када жалбу туженог предузећа (послодавца) одбија и потврђује првостепену пресуду којом је усвојен тужбени захтев штрајкача. Изложимо укратко образложење.

Нижестепени судови утврђују да је штрајк групе радника у фабрици трајао више месеци и да споразум између штрајкачког одбора и пословодства после вишемесечних преговора није постигнут али да штрајкачи нису одустали од својих захтева; да је после најаве пословодства фабрике да ће на улазну капију поставити наоружано обезбеђење и да је почело закључавање капије, штрајкачки одбор је донео одлуку да се запослени не окупљају у кругу већ у граду испред седишта локалне синдикалне организације; да су после тих промена штрајкачи одлазили на протесте у град и да тужиља више дана није уопште улазила у круг предузећа; да је инспекција рада утврђивала евентуалне незаконитости и неправилности штрајка али својим решењем штрајк није прогласила незаконитим; тужбени захтев је усвојен не само због утврђене застарелости већ и због чињенице да је штрајкачки одбор био "принуђен" да због понашања послодавца измести место окупљања запослених штрајкача и да недолазак у круг фабрике не значи одустанак од штрајкачких захтева[27].

[25] Рев2 338/08 од 12.06.2008. године.
[26] Рев2 579/10 од 07.02.2010. године.
[27] Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж1 бр. 540/10 од 02.03.2010. године. Услед покренутог стечаја поступак по ревизији ради оцене законитости другостепене одлуке прекинут је.

Из изложеног се види сва сложеност овог проблема како на плану законодавног регулисања тако и на плану пресуђења.

Приклањам се оним схватањима (судским одлукама) које сматрају да место окупљања није од пресудног утицаја за законитост штрајка и да у случају његовог непоштовања (под условом да се скуп не претвори у рушилачку акцију или средство за спречавање располагања средствима и угрожавање производног пословног процеса) запосленом не може престати радни однос, те да има места примени правила из члана 179. став 1. тачка 3. ЗОР-а (да је понашање такво да запослени може наставити рад код послодавца).

Отпуштати радника због одласка на протест или евентуалног недоласка на место окупљања значи давање значаја једном критеријуму који није битан, јер се штрајковати може и без одређивања места окупљања. Још једанпут поновимо да су кључни критеријуми (услови) штрајка допуштен захтев, прекид рада и мирољубивост у спровођењу, а не место исказивања незадовољства. Место окупљања треба да омогући по замисли законодавца нормалан производно пословни процес (да штрајкачи не ометају запослене који раде). Када постоји прекид рада, суспендован је уговор о раду и рад се не врши па је погрешно становиште судова да недоласком на место окупљања запослени врше повреду радне обавезе. У случају изласка на улице (протесте) примењују се јавно-правни прописи[28], па запослени у случају повреде тог Закона може бити изложен евентуално новчаној казни (члан 15) или ако протест добије насилни карактер санкцијама друге прекршајне природе, а не санкцијама радноправног карактера.

Одредба о месту окупљања нема упоришта у упоредном праву, осим штрајка упозорења, истиче проф. Бранко Лубарда[29].

С друге стране не може се ни занемарити чињеница коју су социолози и аналитичари друштвених збивања имајући у виду културу нашег народа и традицију запазили: да у стварности успевају они штрајкови који су комбиновани са протестима.

---

[28] Закон о окупљању грађана – "Службени гласник РС", бр. 51/92 ...101/2005. Напоменимо, да је представница МОР-а на Саветовању поводом израде новог Закона о штрајку истакла да се радници не могу "натерати" да штрајкују у кругу предузећа.

[29] Исто дело стр. 294.

Закључак

Штрајк као метод решавања колективних радних спорова (без обзира да ли је законит или незаконит) изазива озбиљне последице (некад штетне) које могу бити радне, грађанске (одговорност за штету), управне и кривичне.

У случају незаконитог штрајка послодавац може (а не мора) да раскине уговор о раду.

"Незаконитост" се не сме схватити као вид тзв. "објективне одговорности", па је задатак судске праксе да изврши индивидуализацију и конкретизацију одговорности узимајући у обзир све околности случаја.

По правилу радник се не може отпустити због незаконитости мањег значаја.

Заблуда (стварна и правна) може бити релевантна код престанка радног односа због учешћа у незаконитом штрајку.

У процесу спровођења штрајка мора се водити рачуна и о понашању послодавца.

Недолазак на место окупљања не представља ваљан (оправдан) отказни разлог.

На крају, иако су узроци штрајкова превасходно у економској сфери, афирмацијом алтернативних начина решавања спорова, преговарањем и ефикаснијим (бржим) решавањем индивидуалних радних спорова, а самим тим и јачањем ауторитета судских одлука, утицало би се на смањење броја штрајкова, а самим тим и на нормализовање односа између рада и капитала.

Мр Миливоје Миликић,
саветник Врховног касационог суда

ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

1. Уводне напомене

Породичноправна заштита од насиља у породици у Републици Србији постоји од доношења Породичног закона[1] (у даљем тексту ПЗ) 2005. године.

Пре породичноправне установљена је кривичноправна заштита жртава насиља у породици. Законом о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије[2] 2002. године прописано је ново кривично дело насиље у породици[3]. Кривичним закоником Републике Србије[4], који је на снази, смањене су санкције за кривично дело насиље у породици и прописан је нови облик извршења дела[5].

Установљавање породичноправне заштите од насиља у породици било је неопходно зато што кривичноправна заштита није била довољна. Породичноправном заштитом могуће је брже и потпуније заштитити жртве насиља у породици него кривичноправном заштитом. Ове две врсте заштите не морају се искључивати зато што одређивање породичноправних мера заштите, без кривичне санкције, није увек ефикасно за заштиту жртава насиља у породици.

Породичним законом, основним одредбама, забрањено је насиље у породици и признато право на заштиту[6], а у посебном делу дефинисано је

[1] "Службени гласник РС" бр. 18/2005
[2] "Службени гласник РС" бр. 10/2002
[3] Члан 118а. Кривичног закона РС
[4] "Службени гласник РС" бр. 85/2005 ... 111/2009
[5] Члан 194. Кривичног законика РС
[6] Члан 10. ПЗ

насиље у породици, одређене врсте мера заштите и њихово трајање[7]. Поступак у коме се остварује породичноправна заштита жртава насиља у породици је парнични, али се ради о посебном парничном поступку регулисаном ПЗ[8] у коме се супсидијарно примењује Закон о парничном поступку[9] (у даљем тексту ЗПП[10]).

Насиље у породици је глобална, социјално-патолошка појава која се у феноменолошком и етиолошком смислу не може разумети само правним приступом[11].

Један од циљева овог рада је упознавање са праксом Врховног суда Србије (у даљем тексту ВСС) и Врховног касационог суда (у даљем тексту ВКС) у примени одредаба ПЗ и ЗПП које се односе на заштиту од насиља у породици. Ради остварења овог циља извршен је увид у све одлуке ВСС и ВКС које су донете у предметима породичноправне заштите од насиља у породици од почетка примене ПЗ 01.07.2005. године[12] до 10.08.2011. године.

Против одлука донесених у споровима породичноправне заштите од насиља у породици предвиђени су следећи ванредни правни лекови: ревизија, захтев за заштиту законитости и понављање поступка[13].

У 2005. години није изјављена ниједна ревизија у споровима породичноправне заштите од насиља у породици, у 2006. години изјављене су две ревизије, у 2007. години осам ревизија, у 2008. години 10 ревизија, у 2009. години 17 ревизија, у 2010. години 11 ревизија, а у 2011. години до 10.08.2011. године изјављено је 11 ревизија. О једној ревизији из 2011. године до 10.08.2011. године није била донета одлука, тако да је радом обухваћено укупно 58 одлука.

---

[7] Чл. 197. – 200. ПЗ

[8] Чл. 283. – 289. ПЗ

[9] Члан 202. ПЗ

[10] "Службени гласник РС" бр. 125/2004 и 111/2009

[11] Једно од значајнијих истраживања насиља у породици у нашој земљи урадиле су проф. др Невена Петрушић и проф.др Слободанка Константиновић Вилић на узорку од 287 парничних предмета. Узорком су обухваћени поступци вођени од друге половине 2006. до прве половине 2008. године пред 26 општинских судова на територији Републике Србије без аутономних покрајина. Резултати овог правно-социолошког истраживања објављени су 2010. године у студији Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије.

[12] Члан 363. ПЗ

[13] Чл. 389. – 433. ЗПП

Процентуална заступљеност предмета породичноправне заштите од насиља у породици у осталим предметима у којима су изјављене ревизије није велика. Без привредних и радних спорова у 2006. години износила је 0,06%, у 2007. години 0,22%, у 2008. години 0,26%, у 2009. години 0,43%, у 2010. години 0,29% и у 2011. години до 10.08. износила је 1,31%. Укупно за период од 2006. до 10.08.2011. године заступљеност била је 0,31%[14].

У посматраном периоду странке су изјавиле два захтева за заштиту законитости у породичноправним споровима заштите од насиља у породици (у 2008. години један и у 2009. години - један)[15].

У посматраном периоду у споровима породичноправне заштите од насиља у породици није одлучивано у поновљеном поступку, иако је против решења другостепеног суда којим је правноснажно одлучено о предлогу за понављање поступка ревизија увек дозвољена[16].

У раду биће указано и на неке одлуке ВСС и ВКС које нису донете у споровима породичноправне заштите од насиља у породици, већ у другим породичним споровима, зато што су ставови изражени у тим одлукама заједнички за све породичне спорове. У одлукама су изражени ставови о саставу већа, заступању у поступцима по ванредним правним лековима и дозвољености ванредних правних лекова против привремених мера.

Поступак за заштиту од насиља у породици може се водити као основни или као адхезиони. Као адхезиони може бити покренут приликом покретања основног поступка или у току основног поступка, преиначењем тужбе, истицањем захтева за одређивање мере заштите од насиља у породици[17]. Као адхезиони може се водити уз брачни спор[18], уз спор о материнству и очинству[19], уз спор за заштиту права детета и уз спор за вршење, односно лишење, родитељског права[20].

---

[14] У 2006. години, без привредних и радних спорова, изјављена је 2981 ревизија, у 2007. години 3570 ревизија, у 2008. години 3743 ревизије, у 2009. години 3878 ревизија, у 2010. години 3686 ревизија и у 2011. години до 10.08. изјављене су 834 ревизије (укупно 18.692 ревизије).

[15] У 2008. години странке су, без привредних спорова, изјавиле 1006 захтева за заштиту законитости и Републички јавни тужилац 30, а у 2009. години странке су изјавиле 899 захтева за заштиту законитости и Републички јавни тужилац 30.

[16] Члан 412. став 4. ЗПП

[17] Члан 194. став 1. ЗПП

[18] Члан 226. став 3. ПЗ

[19] Члан 260. став 3. ПЗ

[20] Члан 273. став 3. ПЗ

Од укупно прегледаних 60 одлука ВСС и ВКС (58 донетих по ревизијама и два по захтевима за заштиту законитости) поступци за заштиту од насиља у породици су у 57 предмета, што представља 95%, вођени као основни, а у три предмета, или у 5%, као адхезиони. У предметима у којима су поступци за заштиту од насиља у породици вођени као адхезиони, основни су били поступци за развод брака, вршење родитељског права и издржавање малолетне деце.

Поступак заштите жртве се не завршава увек правноснажношћу и извршношћу одлуке донесене у парничном поступку којом је одређена мера заштите од насиља у породици. Ако тужени сам не изврши одређену меру, она се извршава принудним путем, по правилима извршног поступка регулисаног Законом о извршењу и обезбеђењу[21], којим је посебно уређено извршење одлука у вези са породичним односима[22]. Извршење ради заштите од насиља у породици није предмет овог рада.

2. Законско одређење насиља у породици

Универзално прихваћена дефиниција насиља у породици, као ни теоријско објашњење, не постоји.

У ПЗ насиље у породици дефинисано је преко четири елемента: дата је општа дефиниција, примера ради наведени су неки случајеви, остављена је могућност да се и други случајеви сматрају насиљем у породици и одређени чланови породице којима припада право на заштиту.

Према општој дефиницији насиље у породици је понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице[23].

Посебни случајеви, који су примера ради наведени, су у пракси најчешће испољавани видови насиља у породици. Одређени су тако што је наведено да насиље постоји нарочито у тим случајевима. Као посебни случајеви наведени су: наношење или покушај наношења телесне повреде, изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде члану породице или њему блиском лицу, присиљавање на сексуални од-

[21] "Службени гласник РС" бр. 31/2011
[22] Чл. 224.-235. Закона о извршењу и обезбеђењу
[23] Члан 197. став 1. ПЗ.

нос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14 година живота или немоћним лицем, ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицем и вређање (именовани облици насиљау породици)[24].

У ПЗ нису наведени сви облици насиља у породици, већ је остављена могућност да се и друга понашања сматрају насиљем у породици. Услов за то је да се ради о дрском, безобзирном и злонамерном понашању (неименовани облици насиља у породици)[25].

Активно легитимисана лица за покретање поступка за заштиту од насиља у породици одређена су дефинисањем чланова породице. Под члановима породице код заштите од насиља у породици сматрају се: супружници или бивши супружници, деца, родитељи и остали крвни сродници, лица у тазбинском или адоптивном сродству, лица која везује хранитељство, лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству, ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству[26].

Широка, законска дефиниција насиља у породици непоходна је да би се обезбедила заштита у што већем броју случајева. Насиље у породици као социјалну појаву катактерише постепеност и континуитет у испољавању. Зато се овако широком дефиницијом омогућава заштита и у почетним фазама и у фазама када је насиље трансформисано у најтеже облике.

У доказном поступку суд треба да утврди које је радње извршио тужени (чињенично стање) и оцени да ли се оне могу сматрати насиљем у породици на основу законског одређења (примена материјалног права). Задатак је посебно сложен ако се ради о неименованим облицима насиља за чије постојање је неопходна дрскост, безобзирност и злонамерност.

"Дрскост, безобзирност и злонамерност су компоненте насиља у породици, његова суштинска обележја, која га јасно разликују од дозвољеног понашања. Ради се о социјалним конструкцијама, заснованим на

[24] Члан 197. став 2. ПЗ
[25] Члан 197. став 2. тачка 6. ПЗ
[26] Члан 197. став 3. ПЗ

одређеним вредносним претпоставкама и социо-културним стандардима, који дефинишу однос према члану породице. Дрскост, безобзирност и злонамерност испољени у понашању члана породице према другом члану породице јесу стандарди чија се садржина може одредити само релацијски – у односу на опште друштвене норме и вредности" [27].

"Неопходно је да судије покажу нулту толеранцију на насиље, што подразумева да свако понашање које одступа од стандарда нормалног опхођења и комуницирања са члановима породице квалификују као насиље у породици".[28]

3. Услови за постојање насиља у породици према судској пракси

Током шест година примене ПЗ у судској пракси су изграђени стандарди за неке радње (понашања) оценама да ли се сматрају насиљем у породици.

У прегледаним одлукама ВСС и ВКС изражени су следећи ставови о постојању насиља у породици:

- Оправдано је одређивање мере заштите од насиља у породици и када се према мишљењу стручних установа не може са сигурношћу искључити сексуално злостављање малолетног детета[29];

- Ако насиље у породици постоји, потребно је без обзира на степен угрожавања то утврдити и одредити меру којом се најбоље постиже за-

[27] Проф. др Невена Петрушић – *Породичноправна заштита од насиља у породици у праву Републике Србије,* Билтен судске праксе ВСС бр. 2/2006, стр. 278 – 279.

[28] Проф. др Невена Петрушић и проф. др Слободанка Константиновић Вилић, *Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије*, стр. 22.

[29] Сентенца из пресуде ВКС Рев 2857/10 од 09.06.2010. године. Сентенца је утврђена на седници Грађанског одељења ВКС 13.09.2010. године и објављена у Билтену ВКС бр. 1/2010, стр. 139. Усвајање сентенце на седници Грађанског одељења и објављивање у Билтену ВКС указује на њен значај. Сентенца ће сигурно усмерити судску праксу, а вероватно ће бити анализирана и у стручној литератури. У том предмету забрањено је туженом да се приближава малолетном сину, осим у просторијама Центра за социјални рад. Одлука је заснована на мишљењу тима вештака Клиничког центра да се сексуално злостављање детета у узрасту од три године не може са сигурношћу искључити, али да је већа вероватноћа да се није догодило. У образложењу одлуке је, поред осталог, наведено: Супротно ревизијским наводима, минимум сумње постоји. Он се огледа у мишљењу тима вештака Клиничког центра који нису могли са сигурношћу искључити сексуално злостављање малолетног детета од стране оца. Управо то представља основ за одређивање мере заштите.

штита. Чињеница да су односи између тужиље и туженог поремећени и да због тога долази до међусобних свађа и малтретирања не искључује обавезу суда да према члану породице који врши насиље одреди адекватну меру заштите од насиља у породици[30];

- Насиље у породици подразумева свако понашање које одступа од стандарда уобичајеног опхођења и комуницирања са члановима породице, за које, да би било квалификовано као насиље у породици, није неопходан одређени континуитет (трајност и вишекратност таквог понашања), већ је у одређеним ситуацијама довољан и један акт понашања који има карактер насиља у породици[31];

- Насиље у породици подразумева свако понашање које одступа од стандарда "нормалног" опхођења и комуницирања са члановима породице, у чији круг улазе и бивши супружници. Стога је довољан и један акт понашања који има карактер насиља[32];

- Тужени – мајка и ујак мал. детета, тиме што су онемогућавали било какав контакт и одржавање личних односа између мал. тужиоца и оца учинили су насиље у породици[33];

- Непосредна жртва насиља је супруга туженог на коју је директно усмерено физичко и психичко насиље од стране туженог. Међутим, посредне жртве овог насиља су и заједничка деца парничних странака, њи-

[30] Сентенца из решења ВСС Рев 96/07 од 14.03.2007. године. Сентенца је објављена у Билтену судске праксе ВСС бр. 2/2007, стр. 41. У образложењу одлуке је, поред осталог, наведено: Ако угрожавање постоји, није битан степен угрожавања, како погрешно закључују нижестепени судови, већ је код постојања насиља у породици то потребно утврдити и одредити адекватну меру заштите.

[31] Пресуда ВКС Рев 2844/10 од 26.05.2010. године

[32] Пресуда ВКС Рев 537/11 од 02.06.2011. године

[33] Пресуда ВКС Рев 346/11 од 13.04.2011. године. У образложењу одлуке је, поред осталог, наведено: Дошло је до сукоба између супружника и прекида брачне заједнице, када је тужена напустила брачну заједницу и са собом повела мал. тужиоца. Од тада па до закључења главне расправе отац није остварио контакт са својим сином јер тужена то оспорава. Утврђено је да је донета принудна мера о начину виђања оца и сина, а потом и правноснажна пресуда ... Тужена ову одлуку није поштовала због чега је решењем Министарства рада и социјалне политике и одређен корективни надзор над вршењем родитељског права туженој над малолетним тужиоцем у коме се између осталог наводи да мајка није поставила јасне границе између партнерства и родитељства и да је од прекида брачне заједнице са оцем детета перманентно дете увлачила у партнерски сукоб који се временом продубио до нивоа емоционалне злоупотребе детета.

хове кћерке које су биле сведоци насиља оца према њиховој мајци, чиме је нарушено и њихово душевно здравље, мир и спокојство[34].

У једној од публикованих одлука апелационих судова изражен је следећи став о постојању насиља у породици:

Насиље у породици представља модел понашања, које један члан породице предузима, односно испољава према другом, како би успоставио моћ и контролу или задовољио неке своје потребе на штету другог члана породице, а не изоловани инцидент[35].

Европски суд за људска права је у више предмета пружио заштиту жртвама насиља у породици, као посебно осетљивим и рањивим лицима. Посебно је значајана пресуда у предмету *Opuz* против Турске (представка бр. 33401/02) од 09.06.2009. године[36], за коју се очекује да ће бити од значаја у борби против насиља у породици не само у држави против које је донета, већ и у другим државама потписницама Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту Конвенција). У тој пресуди суд је означио обавезе држава у борби против насиља у породици, сматрајући родно утемељено насиље обликом дискриминације[37].

---

[34] Пресуда ВСС Рев 1815/08 од 10.06.2009. године.

[35] Сентенца из пресуде Апелационог суда Новом Саду Гж2. 51/10 од 03.02.2010. године. Сентенца је објављена у Билтену судске праксе Апелационог суда у Новом Саду бр. 1/2010, стр. 95. У образложењу одлуке је, поред осталог, наведено: Насиље у породици представља модел понашања, а не изоловани инцидент, обухвата разноврсне радње и понашања, које један члан породице предузима, односно испољава према другом, како би успоставио моћ и контролу и (или) задовољио неке своје потребе на штету другог члана породице, што у конкретном није случај. По оцени овог суда ради се о озбиљно и трајно поремећеним брачим односима тужиоца и тужене због којих константно долази до међусобних свађа, вређања и малтретирања, али без елемената који би само понашање тужене сматрали дрским, безобзирним и злонамерним понашањем у смислу законске дефиниције насиља у породици.

[36] www.coe.ba

[37] Према чињеничном стању на коме је заснована та пресуда од априла 1995. до марта 1998. године супруг се насилно понашао према подноситељки представке и њеној мајци, наневши им више повреда опасних по живот. Кривични поступци против њега су обустављени зато што су оне повукле кривичне пријаве, а што је био услов за наставак кривичног гоњења по праву Турске. Супруг је подноситељки представке у октобру 2001. године задао седам убода ножем, због чега је осуђен на новчану казну, а у марту 2002. године убио је њену мајку, због чега је у марту 2008. године осуђен за убиство и незаконито поседовање ватреног оружја на казну доживотног затвора, али му је, узимајући у обзир да је убиство извршио због провокација мајке подноситељке представке, као и добро понашање током суђења, ублажена казна тако што је кажњен са 15 година и 10 месеци затвора и новчаном казном. После изрицања

Неки од релевантних ставова у заштити жртава од насиља у породици који су изражени у пресуди *Opuz* против Турске су:

- Насиље у породици може имати различите облике – од физичког до психичког насиља или вербалног злостављања. То је генерални проблем који погађа све земље чланице и који није увек очигледан будући да се често дешава унутар приватних односа или затворених кругова, као и да нису само жене њиме погођене. Суд признаје да и мушкарци могу бити жртве насиља у породици, као и да су деца жртве те појаве, било директно или индиректно. У складу са тим суд ће имати на уму озбиљност наведеног проблема када буде разматрао предметни случај[38];

- Непредузимање разумних мера које би реално могле довести до другачијег исхода, односно умањити штету, представља довољан основ за утврђивање одговорности државе[39];

- У неким случајевима мешање државних власти у приватни, односно породични живот појединаца, може бити и неопходно како би се заштитило здравље и права других, односно да би се спречило извршење кривичног дела[40];

- У случају насиља у породици права извршиоца не могу имати већи значај од људских права жртве на живот и на физички и ментални интегритет[41];

- Упркос сталном насиљу и учесталим захтевима подноситељке представке за помоћ власти је нису заштитиле од њеног супруга. То је као

казне пуштен је на слободу до окончања поступка по жалби. Брак подноситељке представке и њеног супруга разведен је после убиства њене мајке, а она је у априлу 2008. године поднела кривичну пријаву против бившег супруга због претњи. У новембру 2008. године полицијски органи су предузели конкретне мере заштите подноситељке представке тако што су полицијским станицама доставили фотографије и отиске прстију њеног бившег супруга уз налог за хапшење ако буде примећен у близини њеног стана.

Собзиром да су подноситељка представке и њена мајка биле жртве насиља које је трајало више година, без обзира на периоде без насиља, суд није посматрао насиље као појединачне и одвојене инциденте, већ као ланац повезаних догађаја. Због тога је одбацио примедбу Турске о неприхватљивости представке према члану 35. став 1. Конвенције, сматрајући да је представка поднета у року који је предвиђен том одредбом од шест месеци.

Суд је одбацио и приговор Турске у вези са неисцрпљивањем домаћих првних лекова због неефикасности правних лекова предвиђених правним системом те државе.

[38] Став 132.

[39] Став 136.

[40] Став 144.

[41] Став 147.

да је насиље почињено под надзором државе. Неосетљивост и толеранција коју су власти показале у погледу насиља у породици учинили су да се подноситељка представке осећа понижено, беспомоћно и угрожено[42];

- Злостављање мора достићи минимални ниво озбиљности како би се могло подвести под члан 3. Конвенције. Процена тог минимума је релативна: она зависи од свих околности датог случаја, као што је природа и карактер таквог понашања, његово трајање, његове физичке и менталне последице и, у неким случајевима, пол, старосни узраст и здравствено стање жртве[43];

Пропуст државе да заштити жене од насиља у породици представља повреду њиховог права на једнаку правну заштиту, а такав пропуст не мора бити учињен намерно[44].

У предмету *Opuz* против Турске суд је утврдио повреду права на живот [45] (због смрти мајке подноситељке представке, сматрајући да кривичноправни систем није имао дестимулирајући ефекат којим би осигурао ефикасно спречавање незаконитих дела која је извршио супруг подноситељке представке), повреду забране мучења[46] (због пропуста државе да предузме мере заштите у виду ефикасне превенције тешких повреда подноситељке представке које је извршио њен супруг) и повреду забране дискриминације [47] у вези са правом на живот и забраном мучења (зато што се насиље које је претрпела подноситељка представке и њена мајка може сматрати насиљем по основу пола, а што представља облик дискриминације жена)[48].

4. Мере заштите од насиља у породици

Мерама заштите од насиља у породици привремено се забрањује, или ограничава, одржавање личних односа члану породице који врши насиље са другим чланом породице[49].

[42] Став 155.
[43] Став 158.
[44] Став 191.
[45] Члан 2. Конвенције
[46] Члан 3. Конвенције
[47] Члан 14. Конвенције
[48] Пресудом *Opuz* против Турске суд је подноситељки представке досудио накнаду нематеријалне штете од 30.000 евра.
[49] Члан 198. став 1. ПЗ

Мере породичноправне заштите од насиља су таксативно одређене, тако да није остављена могућност суду да одреди меру која није предвиђена. Породичним законом је предвиђено следећих пет мера заштите од насиља у породици: издавање налога за исељење из породичног стана или куће, издавање налога за усељење у породични стан или кућу, забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености, забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице и забрана даљег узнемиравања члана породице[50].

За издавање налога за исељење из породичног стана или куће извршиоцу насиља и издавање налога за усељење у породични стан или кућу жртви насиља није релевантно да ли је извршилац насиља власник или закупац породичног стана или куће[51]. Ако се ове мере одређују према власнику или закупцу, њима се ограничава њихово право својине или закупа, што је дозвољено у јавном интересу[52]. У сукобу права власника или закупца да користе породични стан или кућу и права жртве насиља да остане у стану, дата је предност жртви, као слабијој страни. Власник или закупац не лишавају се права својине, односно права закупа, нити трајно права да користе породични стан или кућу, већ се само ограничавају на пресудом одређено време у коришћењу ради спречавања даљег вршења насиља и на тај начин се обезбеђује заштита жртава насиља.

Мере забране приближавања члану породице или приступа у простор око места становања или рада члана породице имају за циљ да спрече извршиоца насиља да се на одређеној удаљености приближи месту где станује или ради жртва насиља. Овим мерама омогућава се жртви насиља да не мења пребивалиште, нити место рада. У одлуци суда о одређивању ових мера обавезно је одређење удаљености, које зависи од околности конкретног случаја.

Забрана даљег узнемиравања је најблажа мера заштите и њоме се налаже извршиоцу насиља да престане са вршењем насиља.

Суд треба да одреди мере заштите према околностима конкретног случаја, узимајући у обзир увек циљ који се постиже одређивањем сваке од предвиђених мера.

---

[50] Члан 198. став 2. ПЗ
[51] Члан 198. став 2. тач. 1. и 2. ПЗ
[52] Члан 1. Протокола уз Конвенцију

Може бити одређена једна или више мера заштите од насиља у породици [53].

Мера заштите од насиља у породици може трајати највише годину дана[54]. У одлуци којом се одређује мера неопходно је одређење трајања[55].

Време проведено у притвору, као и свако лишење слободе у вези са кривичним делом односно прекршајем, урачунава се у време трајања мере заштите од насиља у продици[56]. Ако је пре доношења пресуде донета привремена мера којом је одређена мера заштите од насиља у породици, у време трајања одређене мере треба рачунати и време одређено привременом мером[57].

Мера заштите од насиља у породици може се продужавати док не престану разлози због којих је била одређена[58]. Ограничења у броју продужења нису предвиђена[59].

Мера заштите од насиља у породици може престати пре истека времена трајања ако престану разлози због којих је била одређена[60].

---

[53] Члан 198. став 1. ПЗ

[54] Члан 198. став 3. ПЗ

[55] Према истраживању проф. др Невене Петрушић и проф. др Слободанке Константиновић Вилић у највећем броју парница (91,5%) судови су одредили да мера заштите траје годину дана. Трајање од шест месеци одређено је у 7,2%, од три месеца у 0,7% и од два месеца 0,7% - Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије, стр. 94.

[56] Члан 198. став 4. ПЗ

[57] Такав став изражен је у решењу ВСС Рев 849/06 од 08.06.2006. године. У образложењу одлуке је, поред осталог, наведено: Првостепени суд је мере заштите одредио прво решењем о привременој мери 30.09.2005. године, па потом и пресудом од 18.10.2005. године. Како је функција провремене мере да делује одмах и како се тако дејство може приписати и решењу од 30.09.2005. године, што и произилази из његове садржине, при чему је одлучено и да жалба не задржава извршење решења, то од дана доношења решења о привременој мери 30.09.2005. године треба рачунати законски рок од годину дана, који истиче 30.09.2006. године

[58] Члан 199. ПЗ

[59] Према истраживању проф. др Невене Петрушић и проф. др Слободанке Константиновић Вилић најчешће одређена мера је забрана даљег узнемиравања (у 119 предмета), затим забрана приближавања тужиоцу (у 65 предмета), забрана приступа у простору око места рада и места становања (у 63 предмета), налог за исељење туженом из заједничког стана (40 предмета) и налог за усељење (у 8 предмета) – Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије стр. 88

[60] Члан 200. ПЗ

Родитељ може бити потпуно лишен родитељског права због извршеног насиља у породици [61].

У нацрту ПЗ биле су предвиђене још неке мере заштите од насиља у породици које нису прихваћене у коначном тексту: обавезно лечење од алкохолизма и других болсети зависности и обавезно саветовање или психијатријско лечење. Јединствен став у стручној литератури је да су ове мере значајне у превенцији насиља у породици и да их је Породични закон требало да предвиди[62].

5. Ванредни правни лекови у споровима породичноправне заштите од насиља у породици

Спорове за заштиту од насиља у породици, као и друге спорове у вези са породичним односима, у првом степену суди веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби веће састављено од троје судија[63]. Судије морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета, а судије поротници стручна лица која имају искуства у раду са децом и омладином[64].

Ако је суд непрописно састављен, постоји битна повреда одредаба поступка[65] због које се може изјавити ревизија[66]. Ако је у поступку пред првостепеним судом судио судија који не поседује посебна знања из области права детета, није учињена битна повреда одредаба поступка која би за последицу имала укидање нижестепених пресуда[67].

---

[61] Члан 81. ПЗ

[62] Такав став изражавају: др Марија Драшкић – *Породично право и права детета*, стр. 57-58*, проф. др Гордана Ковачек-Станић – Породично право*, стр. 45-46, проф. др Невена Петрушић и проф. др Слободанка Константиновић Вилић – *Породичноправна заштита од насиља у породици у праву Републике Србије*, стр. 24.

[63] Члан 203. став 1. ПЗ

[64] Члан 203. ст. 2. и 3. ПЗ

[65] Члан 361. став 2. тачка 1. ЗПП

[66] Члан 398. став 1. тачка 1. ЗПП

[67] Такав став изражен је у пресуди ВСС Рев. 3491/07 од 11.03.2008. године која је донета у спору утврђивања ванбрачног очинства. У образложење одлуке је, поред осталог, наведено: У спору за утврђивање очинства најбољи интерес детета је да се утврди ко је његов природни отац, што у је у овом случају и остварено. У таквој ситуацији стављањем у однос учињеног пропуста првостепеног суда и најбољег интереса малолетног детета, ВСС налази да је другостепени суд правилно закључио да у овом случају треба пружи-

У поступку заштите од насиља у породици, као и у другим поступцима у вези са породичним односима, ревизија је дозвољена по врсти спора[68], али у поступку по ревизији, странку мора заступати адвокат[69, 70].

У поступку породичноправне зашитите од насиља у породици странку по захтеву за заштиту законитости мора такође заступати адвокат[71].

Против решења о привременим мерама донесеним у споровима заштите од насиља у породици, као и у другим поступцима у вези са породичним односима, ревизија није дозвољена зато што одлука о привременој мери по правној природи нема карактер мериторне одлуке о насиљу у породици[72,73].

За разлику од поступака пред нижестепеним судовима, који се могу поновити[74] понављање ревизијског поступка, без обзира на врсту спора, није дозвољено[75].

ти заштиту интересу малолетног детета и да тиме није учињена наведена битна повреда поступка која би за последицу имала укидање нижестепених пресуда. По оцени ревизијског суда то би било у супротности са најбољим интересом малолетног тужиоца и заштите интереса детета из члана 3. Конвенције о правима детета.

[68] Члан 208. ПЗ

[69] Члан 84. став 2. и члан 401. став 2. тачка 2. ЗПП

[70] Такав став изражен је у решењу ВСС Рев 1424/07 од 31.05.2007. године. Сентенца из одлуке објављена је у Билтену судске праксе ВСС бр. 2/2007, стр. 24. У образложењу одлуке је, поред осталог, наведено: Према члану 208. ПЗ ревизија би била дозвољена по врсти спора. Међутим, како се на судски поступак у породичним односима примењују одредбе ЗПП, осим у законом одређеним случајевима, следи да ревизија није дозвољена ако није изјављена од стране адвоката, у смислу чл. 84. став 2. и 401. став 2. тачка 2. ЗПП. Будући да је ревизију изјавио тужени лично, следи да ревизија није дозвољена.

[71] Члан 84. став 2. и члан 401. став 2. тачка 2. у вези са чланом 421. став 2. ЗПП.

[72] Такав став изражен је у одлукама ВСС Рев 849/06 од 08.06.2006. године и Рев 2204/09 од 26.08.2009. године којима је мериторно одлучено у односу на одређене мера заштите од насиља у породици, а ревизије су одбачене у односу на одређене привремене мере.

[73] На седници Грађанског одељења ВКС 13.09.2010. године утврђена је сентенца из решења Рев 2239/10 од 24.02.2010. године да против налога за хитан повратак детета донесеног у ванпарничном поступку по одредбама Конвенције о грађанско-правним аспектима међународне отмице деце ревизија није дозвољена, јер овај налог, као привремена мера посебне врсте, по својој правној природи нема карактер мериторне одлуке о праву на старање. Сентенца је објављена у Билтену ВКС бр. 1/2010, стр. 129.

[74] Члан 425. став 1. и члан 429. став 1. ЗПП

[75] Такав став изражен је у решењима ВКС: Рев 280/10 од 11.02.2010. године, Рев 2577/10 од 11.05.2010. године, Рев 368/11 од 13.04.2011. године.

Према прегледаним одлукама мериторних је 48, или 80%, а немериторних 12, што представља 20%[76].

Немериторне одлуке су следеће: у пет предмета (8,33%) ревизије су одбачене зато што нису изјављене од стране адвоката, већ странака непосредно, у три предмета (5%) враћени су списи ради допуне поступка зато што нису испуњени процесни услови за одлучивање о ревизијама, у два предмета (3,33%) ревизије су одбачене зато што нису изјављене благовремено, а оба захтева за заштиту законитости (3,33%) одбачена су зато што њима није указано да су оспорене одлуке судови засновали на недозвољеним располагањима странака, због чега се тај правни лек једино може изјавити[77]. Заступљеност од 8,33% одлука којима су ревизије одбачене зато што их није поднео адвокат је велика с обзиром на циљ заштите који се остварује у поступку заштите од насиља у породици.

Ако се посматрају само мериторне одлуке (зато што због неиспуњености процесних услова немериторним одлукама није одлучивано о правилности и законитости одређених мера заштите од насиља или одбијених захтева за одређивање мера), одлучено је на следећи начин: у 37 предмета (77,09%) ревизије су одбијене, у четири предмета (8,33%) укинуте су побијане одлуке, у четири предмета (8,33%) делимично су одбијене ревизије, а делимично преиначене побијане одлуке и у три предмета (6,25%) преиначене су нижестепене одлуке. Укупан број одлука којима су нижестепене одлуке укинуте, преиначене и делимично преиначене је 11, што представља 22,91%. Разлог за преиначење у три предмета је погрешно одређено трајање мере заштите од насиља у породици (у два предмета смањено је време, а у једном предмету продужено), а у четири предмета су погрешне одлуке о (не)испуњености услова за одређивање мера заштите од насиља у породици (у два предмета је погрешно закључено да су испуњени услови, а у два предмета да нису). Разлози за укидање нижестепених одлука су следећи: у једном предмету битна повреда одредбе поступка, у два предмета погрешна примена материјалног права и у једном

[76] Пресуде ВСС Рев 849/06 од 08.06.2006. године, којом је ревизија делимично одбијена, делимично усвојена и делимично одбачена, и Рев 2204/09 од 26.08.2009. године, којом је ревизија делимично одбијена и делимично одбачена, сматране су за потребе ове анализе мериторним одлукама.

[77] Чл. 417. и 418. ЗПП

предмету и битна повреда одредбе поступка и погрешна примена материјалног права[78].

6. Закључна разматрања

1. Предвиђене мере заштите од насиља у породици треба допунити обавезним лечењем од алкохолизма и других болести зависности.

2. Ради уједначавања судске праксе треба публиковати све мериторне одлуке Врховног касационог суда које су донете у споровима породичноправне заштите од насиља у породици.

3. Вршити сталну едукацију запослених на пословима породичноправне заштите од насиља у породици.

Литература:

1. Др Марија Драшкић – *Породично право и права детета,* Чигоја штампа, Београд 2005.
2. Проф. др Гордана Ковачек-Станић – *Породично право,* прво издање, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад 2005.
3. Проф. др Невена Петрушић и проф. др Слободанка Константиновић Вилић - *Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије,* Београд 2010., Аутономни женски центар, Програм развоја добрих пракси у области насиља у породици, Београд, Женски издавачки центар за едукацију и комуникацију, Ниш.
4. Проф. др Невена Петрушић – *Породичноправна заштита од насиља у породици у праву Републике Србије*, Билтен судске праксе ВСС бр. 2/2006
5. Проф. др Боривоје Познић – *Коментар Закона о парничном поступку: према тексту Закона из 1976. године са доцнијим изменама и допунама,* Правни факултет у Београду, Службени гласник Београд 2009.
6. Др Гордана Станковић – *Грађанско процесно право,* прва свеска, Парнично процесно прав, VIII измењено и допуњено издање, Правни факултет – Центар за публикације, Ниш 2010.

[78] Према истраживању проф. др Невене Петрушић и проф. др Слободанке Константиновић Вилић, жалбе су изјављене против 35,2% одлука, а у поступку по жалби укинуто је 27,7%, а преиначено 10,6% одлука - Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије, стр. 98 - 99.

Реферати
Привредног апелационог суда

Бранко Станић,
судија Привредног Апелационог суда

ТУЖБЕ ПО ЗАКОНУ О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА

Увод

Закон о привредним друштвима ("Сл. гласник РС", број 36/2011) који ће се примењивати од 0.02.2012. године уређује правни положај привредних друштава а нарочито њихово оснивање, управљање, статусне промене, промене правне форме и друга питања од значаја за њихов положај, као и правни положај предузетника.

Привредно друштво у смислу овог закона је правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити. Закон о привредним друштвима (у даљем тексту закон) предвиђа четири правне форме друштва и то: ортачко друштво, командитно друштво, друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво и посебно предузетника.

Привредно друштво је правни субјект и представља одређену имовинску заједницу, која има посебне интересе који су одвојени од појединачних интереса и сви у друштву почев од оснивача, управе и запослених су дужни да раде пре свега у интересу друштва. То је институционално јединство персоналног (запослени и управа) и материјалног (имовина) супстрата. Примарни интерес привредног друштва је пре свега интерес власника (ортака, чланова, акционара) који је одређен циљном функцијом друштва одређеном оснивачким актом. Када има више власника друштва њихови интереси нису усклађени ни јединствени, јер интерес већинског власника није увек идентичан интересима мањинских власника, већ је често супротстављен.

Како ниједно привредно друштво не може пословати само са собом или само између својих власника, већ послује са другим лицима односно привредним друштвима који се јављају у улози поверилаца, то је интерес поверилаца такође веома присутан у сваком привредном друштву. Поред интереса власника и поверилаца у друштву постоји и интереси запослених и интереси саме управе друштва. Да би се сви ти интереси ускладили и да би привредно друштво због различитих интереса могло опстати и обављати своју

делатност и остваривати добит, односно остваривати циљеве због којих је основано, потребно је да се поштују сва права и извршавају обавезе које су предвиђене и законом и оснивачким актом друштва и то на начин који је предвиђен оснивачким актом и законом. Уколико се због сукоба различитих интереса или других разлога та права не поштују и обавезе не извршавају што за последицу може да има и престанак друштва, те уколико се та права и обавезе не могу извршити и поремећај отклонити у оквиру друштва преко његових органа управљања, Законо о привредним друштвима, прописао је право на заштиту пред судом и то како оснивача друштва, тако и поверилаца и запослених, као и заштиту самог друштва.

У овом реферату ће бити представљене тужбе које су предвиђене Законом о привредним друштвима које могу подносити у циљу заштите права и интереса привредно друштво, његови оснивачи (ортаци, чланови и акционари друштва), повериоци и трећа лица.

Врсте тужби

1. Тужбе против лица која имају посебне дужности према друштву

У привредним друштвима, поготову већим друштвима и са више оснивача, постоје лица која имају посебне дужности и одговорности, пре свега према привредном друштву.

Према члану 61. Закона о привредним друштвима, посебне дужности према друштву имају следећа лица:

1) ортаци и комплементари;

2) чланови друштва са ограниченом одговорношћу који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или члан друштва са ограниченом одговорношћу који је контролни члан друштва у смислу члана 62. овог закона;

3) акционари који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или акционар који је контролни акционар друштва у смислу члана 62. овог закона;

4) директори, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи;

5) ликвидациони управник.

Оснивачким актом односно статутом могу се и друга лица одредити као лица која имају посебне дужности према друштву.

Наведена лица дужна су да раде без обзира на постојање вишеструког интереса код привредног друштва, непосредно у интересу самог привредног друштва. Закон о привредним друштвима прописује које су то посебне дужности које ова лица имају према друштву а то су дужност пословне пажње, дужност лојалности, дужност чувања пословне тајне, забрана конкуренције.

Одговорност лица која имају посебне дужности према привредном друштву за причињену штету друштву или друге последице по друштво, није објективна одговорност и не заснива се само на чињеници да имају одређено својство у друштву, већ је ова одговорност субјективна и заснива се на њиховој кривици Уколико наведена лица не поштују дужности и дође до повреда дужности и последица по привредно друштво, Закон прописује које тужбе се могу поднети против ових лица због повреде посебних дужности које имају према друштву, а то су:

Тужба због повреде дужности пажње

У члану 63. Закона, прописана је дужност пажње тако да лица из члана 61. закона и то; директори, чланови надзорног добора, прокуристи и ликвидациони управник су дужни да у том својству извршавају своје послове савесно, са пажњом доброг привредника, и у разумном уверењу да делују у најбољем интересу друштва. Под пажњом доброг привредника подразумева се степен пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које би поседовало знање, вештине и искуство које би се могло очекивати за обављање те дужности у друштву. Ако наведена лица поседују одређена специфична знања, вештине или искуство, приликом оцене степена пажње узеће се у обзир и та знања, вештине и искуство. Сматра се да наведена лица могу да своје поступање заснивају и на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област, за које разумно верују да су у том случају савесно поступала.

Према члану 64. закона, друштво може поднети тужбу против директора, чланова надзорног одбора, заступника, прокуристе и ликвидационог управника (лица из члана 61. став 1. тач. 4) до 5) закона) за накнаду штете коју му та лица проузрокују, повредом дужности пажње из члана 63. овог закона.

Тужба се може се поднети у року од шест месеци од дана сазнања за учињену повреду, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде.

Тужба због повреде правила о одобравању послова у којима постоји лични интерес

Према члану 65. закона, лица која имају посебне дужности према друштву (из члана 61. закона) дужна су да одбор директора, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно обавесте о постојању личног интереса (или интереса са њим повезаног лица) у правном послу који друштво закључује, односно правној радњи коју друштво предузима. Кад друштво има једног директора обавештење се упућује скупштини, односно надзорном одбору ако је управљање друштвом дводомно. Случајеви у којима се сматра да постоји лични интерес лица која имају посебне дужности према друштву прописани су у овом члану у ставу 2. тач. 1.-4.

Чланом 66. закона предвиђена је могућност прибављања одобрења правног посла односно правне радње коју закључују лица са посебним дужностима у којима постоји и лични интерес тих лица, али ако није прибављено одобрење правног посла, односно правне радње у складу са чланом 66. закона, или ако надлежном органу друштва приликом доношења одлуке о одобравању правног посла, односно предузимања правне радње у складу са чланом 66. закона нису биле представљене све чињенице од значаја за доношење такве одлуке, друштво може поднети тужбу за поништај тог правног посла, односно радње и накнаду штете против лица које има посебне дужности према друштву а које је имало лични интерес у том послу, односно правној радњи.

Поред лица са посебним дужностима у друштву (из члана 61. закона) за штету друштву неограничено солидарно одговарају: 1) са њиме повезано лице, ако је оно било уговорна страна у том послу, односно ако је према њему предузета правна радња; 2) треће лице ако је знало или морало знати за постојање личног интереса у време закључења правног посла, односно предузимања правне радње. Правни посао, односно правна радња неће бити поништена ако треће лице није знало, нити је морало знати за постојање личног интереса у време закључења правног посла, односно предузимања правне радње.

Према члану 68. Закона, неће се сматрати да је дошло до повреде правила о одобравању послова у којима постоји лични интерес ако се у поступку по тужби из члана 67. овог закона докаже: 1) да је правни посао, односно правна радња била у интересу друштва или 2) да није постојао лични интерес.

Тужба се може се поднети у року од шест месеци од дана сазнања за учињену повреду, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде.

Тужба због повреде дужности избегавања сукоба интереса

Према члану 69. Закона, лица са посебним дужностима (из члана 61. закона) не могу да у свом интересу или у интересу са њима повезаних лица**:** да користе имовину друштва**;** да користе информације до којих су дошли у том својству, а које иначе нису јавно доступне; да злоупотребе свој положај у друштву; да користе могућности за закључење послова које се укажу друштву.

Дужност избегавања сукоба интереса постоји независно од тога да ли је друштво било у могућности да искористи имовину, информације или закључи послове. Лице са посебним дужностима може поступати супротно одредбама члана 69. став 1. тач. 1), 2) и 4) ако је прибавило претходно или накнадно одобрење од надлежног органа друштва а у складу са чланом 66. овог закона.

Друштво може поднети тужбу против лица са посебним дужностима , које повреди дужност избегавања сукоба интереса, као и против са њим повезаног лица (члана 69. став 1. закона), којом може тражити:

- накнаду штете;

- пренос на друштво тужиоца, целокупне користи коју је лице са посебним дужностима, односно повезано лице, остварило као последицу повреде дужности.

Тужба се може се поднети у року од шест месеци од дана сазнања за учињену повреду, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде.

Тужба због повреде дужности чувања пословне тајне

Према члану 74. закона, лица која имају посебне дужности према друштву, као и лица запослена у друштву, дужна су да чувају пословну тајну

друштва. Наведена лица су дужна да пословну тајну чувају и након престанка тог својства, у периоду од две године од дана престанка тог својства. Оснивачким актом, статутом, одлуком друштва или уговором закљученим са тим лицима, може се предвидети да тај период буде дужи, али не дужи од пет година. Пословна тајна је податак чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву, као и податак који има или може имати економску вредност зато што није опште познат, нити је лако доступан трећим лицима која би његовим коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист и који је од стране друштва заштићен одговарајућим мерама у циљу чувања његове тајности. Не сматра се повредом дужности чувања пословне тајне саопштавање података, ако је то саопштавање: обавеза прописана законом; неопходно ради обављања послова или заштите интереса друштва; учињено надлежним органима или јавности искључиво у циљу указивања на постојање дела кажњивог законом.

Друштво може поднети тужбу против лица која имају посебне дужности према друштву, када повреди дужност чувања пословне тајне а тужбом може тражити:

1) накнаду штете;

2) искључење тог лица као члана друштва, ако је то лице члан друштва;

3) раскид радног односа за то лице, ако је то лице запослено у друштву.

Подношење ове врсте тужбе не искључује и не условљава могућност отказа радног односа у складу са законом којим се уређују радни односи.

Тужба се може се поднети у року од шест месеци од дана сазнања за учињену повреду, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде.

Тужба због повреде правила о забрани конкуренције

Према члану 75. закона, лица која имају посебне дужности према друштву не могу без прибављеног одобрења надлежног органа друштвау складу са чланом 66. закона**,** имати то исто својство у другом друштву које има исти или сличан предмет пословања (конкурентско друштво), не могу бити предузетник који има исти или сличан предмет пословања; не могу бити запослени у конкурентском друштву нити на други начин бити

ангажована у конкурентском друштву и не могу бити члан или оснивач у другом правном лицу које има исти или сличан предмет пословања**.**

Оснивачким актом, односно статутом, могу се наведене забране проширити и на друга лица, чиме се не може дирати у стечена права тих лица. Оснивачким актом се може одредити да наведене забране важе и после престанка својства лица са посебним дужностима у друштву, али не дуже од две године и могу се одредити послови, начин или место њиховог обављања који не представљају повреду дужности поштовања забране конкуренције. Све наведене забране се не односе ако друштво има јединог члана.

Друштво може поднети тужбу против лица са посебним дужностима, када повреди правила о забрани конкуренције, којом ће тражити накнаду штете; пренос на друштво користи коју је то лице, односо конкурентско друштво остварило као последицу те повреде; искључење тог лица као члана друштва, ако је то лице члан друштва; меру забране обављања делатности за то лице, односно конкурентско друштво и раскид радног односа за то лице, ако је то лице запослено у друштву.

Тужба се може поднети у року од шест месеци од дана сазнања за учињену повреду, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде.

Тужба члана друштва због повреде посебних дужности (индивидуална тужба)

Члан друштва, акционар, ортак, може поднети тужбу против лица која имају посебне дужности према друштву (из члана 61. закона), за накнаду штете коју му то лице проузрокује повредом посебних дужности према друштву. Индивидуалну тужбу дакле може поднети члан или акционар друштва, ако му је одлуком органа друштва или од стране појединих чланова управе нанета штета или повређено неко друго индивидуално право. Тужбу подноси једно лице у своје име или више лица која делују заједно у њихово име. Најчешће се подноси због повреде права на учествовање у раду скупштине, утаје дивиденде, ускраћивања права на упис нове серије акција или фалсификовања финансијских извештаја. Као пасивно легитимисана страна у спору могу бити лица са посебним дужностима који су одговорни за штетну или незакониту одлуку којом је повређено право ортака, акционара или члана друштва. Индивидуална тужба се може поднети и према друштву у свим случајевима када је незаконитом

одлуком његовог органа повређено право или нанета штета ортаку, члану/акционару. Међутим особеност ове тужбе је управо у томе што се спор може покренути директно према поједином члану органа или лицу из члана 61. Закона. Дакле уведена је директна одговорност чланова управе али се тиме не искључује могућност одговорности и самог друштва. Остварена накнада штете припада подносиоцу тужбе.

Деривативна тужба

Један или више чланова друштва могу поднети тужбу због повреде дужности пажње, тужбу због повреде правила о одобравању послова у којима постоји лични интерес, тужбу због повреде дужности избегавања сукоба интереса, тужбу због повреде чувања пословне тајне и тужбу због повреде правила о забрани конкуренције у своје име а за рачун друштва (деривативна тужба), ако у тренутку подношења тужбе:

1) поседују уделе или акције који представљају најмање 5% основног капитала друштва, независно од тога да ли је основ за подношење деривативне тужбе настао пре или након стицања својства члана друштва;

2) ако су пре подношења деривативне тужбе писаним путем захтевали од друштва да поднесе тужбу по том основу, а тај захтев је одбијен, односно по том захтеву није поступљено у року од 30 дана од дана подношења захтева.

Члан друштва који је стекао удео или акције у друштву од лица које је поднело деривативну тужбу може, уз сагласност тог лица, ступити на његово место у спору по тој тужби до његовог правноснажног окончања, као и у поступку по ванредном правном леку.

Ако је друштво поднело неку од наведених тужби (из чл. 64, 67, 71, 74. и 76. закона), члан друштва који је од друштва захтевао подношење те тужбе, може од суда пред којим се води поступак захтевати да му дозволи да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца. Ако је члан друштва поднео деривативну тужбу, други члан друштва који испуњава услов за подношење деривативне тужбе (члан 79. став 1. тачка 1) може од суда пред којим се поступак води захтевати да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца.

Дакле, деривативну тужбу може поднети један или више акционара-чланова друштва или командитор командитног друштва, у своје име али за рачун друштва, против било ког лица са посебним дужностима према друштву из члана 61. закона, ради накнаде штете проузроковане привредном друштву од стране тих лица поводом дужности коју имају према друштву у складу са законом. Наведена лица су супсидијарни тужиоци и тужбу могу поднети само ако друштво то није учинило. Услови за подношење ове тужбе прописани су у члану 79. Закона и они морају бити кумулативно испуњени. То значи да у случају изостанка доказа о постојању било ког од услова из наведеног члана, суд ће одбацити тужбу као недозвољену. Остварена накнада штете припада друштву а лице које је поднело тужбу има право на накнаду трошкова поступка. Поступак по деривативној тужби имајући у виду њен карактер не би могао бити окончан вансудским путем. Подношење деривативне тужбе није предвиђено код ортачког друштва осим ако то оснивачким актом или уговором ортака није изричито прописано.

2. Тужбе које подносе друштво и његови оснивачи (чланови, ортаци и акционари) ради заштите својих права

Оснивачи друштва / ортаци, комплементари и командитори, чланови и акционари / након оснивања друштва стичу на основу свог удела односно акција одређена статусна и имовинска права. Уколико та права не могу да остваре у друштву чији су члан, на начин и по поступку прописаном законом и оснивачким актом, Закон о привредним друштвима је омогућио и оснивачима друштва и самом друштву заштиту пред судом.

Тужба за одузимање овлашћења за пословођење ортака

Сваки ортак има овлашћење за обављање радњи у редовном пословању друштва (пословођење). Уговором о оснивању или уговором ортака, може бити одређено да су један или више ортака овлашћени за пословођење а да остали ортаци то овлашење немају. Ортачко друштво или сваки ортак може поднети тужбу суду ради одузимања овлашћења за пословођење ортака, ако се утврди да за то постоје оправдани разлози а ти разлози према члану 105. закона су:

- Неспособност ортака да правилно води послове друштва;
- Тежа повреда дужности према друштву.

Закон не прописује посебан рок за подношење ове тужбе али треба имати у виду да ако се тужбом поред одузимања овлашћења ортаку за пословођење, тражи и отклањање последица, као на пример накнада штете, тужба се мора поднети у роковима који су предвиђени Законом о облигационим односима да не би наступила застарелост потраживања.

Тужба ради одузимања овлашћења ортака за заступање

Сваки ортак је овлашћен да самостално заступа друштво али се уговором о оснивању може и другачије одредити.

Према одредби члана 113. закона, овлашћење за заступање се може одузети одлуком надлежног суда по тужби друштва или сваког ортака, ако се утврди да за то постоје оправдани разлози а сматра се да постоје нарочито оправдани разлози ако је ортак неспособан да заступа друштво и ако је учинио тежу повреду дужности према друштву.

Као и код претходне тужбе, закон не прописује посебан рок за подношење тужбе али и у овом случају треба водити рачуна да се тужба поднесе у року који је другим законом предвиђен, уколико се тражи и отклањање последица које су наступиле због због несавесног или нестручног заступања.

Тужба за покретање поступка ликвидације ортачког друштва

Чланом 118. закона је предвиђено да ортак може поднети тужбу надлежном суду ради ликвидације ортачког друштва. Надлежни суд доноси одлуку о покретању поступка ликвидације друштва када за то постоје оправдани разлози. Оправдани разлози према члану 118. закона су: ако је ортак намерно или грубом непажњом повредио своју обавезу према друштву или другим ортацима што је имало утицаја на пословање друштва; и ако није могуће да друштво настави пословање а да то пословање буде у складу са законом и уговором о оснивању.

Споразум којим се искључује или ограничава право ортаку на подношење ове врсте тужбе је ништав. Тужба се подноси против друштва и свих преосталих ортака.

Тужба због повреде права прече куповине удела

Пренос удела које има члан друштва с ограниченом одговорношћу је слободан али закон у члану 161. то право ограничава тако што пропису-

је право прече куповине удела у друштву са ограниченом одговорношћу у корист чланова друштва са ограниченом одговорношћу. Преносилац удела у друштву дужан је да, пре преноса удела трећем лицу, свој удео понуди другим члановима друштва. Понуда се даје у писаној форми и мора да садржи све битне елементе уговора о преносу удела.

Члан друштва који има право прече куповине а коме преносилац удела није доставио понуду у складу са одредбом члана 162. закона, има право да поднесе тужбу надлежном суду којом ће тражити поништај уговора или другог акта о преносу удела и да се обавеже преносилац удела да под истим условима пренесе удео тужиоцу, односно да пресуда замени уговор о преносу удела између тужиоца и туженог члана друштва.

Тужба се може поднети у року од 30 дана од дана сазнања за закључење уговора о преносу удела, али најкасније истеком шестог месеца од дана регистрације преноса удела у регистру привредних субјеката.

У члану 163. закона су прописани и услови за подношење ове врсте тужбе, тако да суд може наложити тужиоцу да положи одговарајуће обезбеђење за исплату купопродајне цене за случај успеха у спору у форми судског депозита, банкарске гаранције или другог средства обезбеђења које се издаје у складу са законом а ако тужилац не поступи по овом налогу суда, тужба ће се одбацити.

Тужба преносиоца удела за извршење уговора о преносу удела

Према члану 164. Закона, ако постоји више чланова друштва који су прихватили понуду о продаји удела, од којих неки накнадно одбију или пропусте, из разлога за које није одговоран преносилац удела, да приступе закључењу и овери уговора о преносу удела у року који је у понуди наведен, преносилац удела закључује уговор о преносу удела са члановима друштва који су приступили закључењу и овери, осим ако је оснивачким актом другачије одређено.

Ако нико од чланова друштва који су прихватили понуду не приступи закључењу и овери уговора о преносу удела у року који је наведен у понуди из разлога за које није одговоран преносилац удела, преносилац удела свој удео може пренети трећем лицу под условима који не могу бити повољнији за то лице од услова из понуде осим ако је оснивачким актом другачије одређено.

Међутим, преносилац удела може уместо преноса удела на треће лице, тужбом надлежном суду против једног или више чланова који су прихватили понуду, по свом избору, захтевати да суд донесе пресуду којом ће:

1) Утврдити да је сваки од тужених стекао сразмерни део удела који је предмет преноса који одговара учешћу удела тог туженог у збиру удела свих тужених;

2) Сваког од тужених обавезати на исплату сразмерног дела цене удела који је предмет преноса који одговара стеченом делу тог удела.

Ова тужба се може поднети у року од 30 дана од дана истека рока који је у понуди наведен као рок за закључење и оверу уговора о преносу удела.

Тужба за издавање сагласности за пренос удела

Оснивачким актом друштва с ограниченом одговорношћу, може се предвидети да се удео у друштву може пренети на лице које није члан друштва само уз претходну сагласност друштва. У том случају преносилац удела, обавезан је да поднесе скупштини друштва, захтев за сагласност за пренос удела трећем лицу, који мора поред имена лица на које се удео преноси, да садржи и све битне елементе уговора о преносу који има намеру да закључи. Скупштина друштва одлуку о давању сагласности треба да донесе у року од 30 дана од дана подношења захтева.

Међутим, друштво је према закону овлашћено да уместо давања сагласности за пренос удела трећем лицу, одреди лице на које преносилац удела може пренети удео по истим условима из понуде и ову одлуку доноси скупштина друштва.

У ситуацији ако друштво обавести преносиоца удела о томе да му ускраћује сагласност за пренос удела трећем лицу, при чему не одреди треће лице - купца удела у складу са чланом 168. закона, преносилац удела може тужбом против друштва надлежном суду захтевати доношење пресуде која ће заменити сагласност друштва. Суд ће приликом оцене поднетог захтева нарочито узети у обзир да ли су постојали оправдани разлози на страни друштва за ускраћивање тражене сагласности, укључујући и могућност настанка штете за друштво, остале чланове друштва или повериоце друштва.

Тужба за иступање члана друштва из друштва са ограниченом одговорношћу *(Иступање из оправданог разлога по одлуци суда)*

Члан друштва може иступити из друштва у свако доба без навођења разлога за иступање уколико не захтева накнаду за свој удео. Закон у члану 187. прописује ситуације кад члан друштва не може иступити из друштва али уз накнаду свог удела.

Члан друштва с ограниченом одговорношћу може иступити из друштва и из оправданих разлога који су наведени у члану 188. закона и тражити накнаду за свој удео. Поступак иступања члана друштва с ограниченом одговорношћу прописан је у члану 189. закона а одлуку којом се усваја или одбија захтев члана друштва за иступање, доноси скупштина друштва.

Ако скупштина одбије захтев за иступање, односно пропусти да о њему одлучи у року од 60 дана од дана пријема захтева, члан друштва може тужбом надлежном суду против друштва захтевати престанак својства члана друштва због постојања оправданог разлога и исплату накнаде за свој удео.

Суд ће пресудом којом одређује престанак својства члана друштва одредити и:

1) Да удео члана друштва који иступа постаје сопствени удео друштва;

2) Висину накнаде које је друштво у обавези да исплати члану друштва који иступа;

3) Рок за исплату накнаде;

4) Установљавање залоге у корист члана друштва који иступа на сопственом уделу друштва, ако је тужилац то захтевао и ако суд нађе да је то нужно и оправдано ради обезбеђења исплате накнаде удела.

Накнаду удела суд ће одредити према тржишној вредности удела члана друштва који иступа на дан подношења тужбе, али не мање од сразмерног дела вредности нето имовине друштва који одговара учешћу дела тог члана у основном капиталу друштва на дан подношења тужбе, осим ако је други начин одређивања те накнаде предвиђен оснивачким актом.

Рок за исплату суд ће одредити узимајући у обзир финансијску ситуацију у којој се друштво налази и очекиване приходе друштва у редовном току пословања, с тим што тај рок не може бити дужи од две године од дана правноснажности пресуде, осим ако је оснивачким актом предвиђен дужи рок, али не дужи од пет година.

Суд пресуду о иступању из друштва по наступању правноснажности доставља регистру привредних субјеката ради регистрације престанка својства члана и регистрације сопственог удела друштва.

Даном регистрације престанка својства члана, члану друштва који је иступио престаје својство члана друштва.

Ова тужба се може поднети у року од шест месеци од дана сазнања за разлог за иступање, а најкасније у року од три године од настанка разлога за иступање.

Тужба за искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу

Према члану 196. закона, друштво с ограниченом одговорношћу може тужбом коју подноси надлежном суду захтевати искључење члана друштва, из разлога одређених оснивачким актом или из других оправданих разлога, а нарочито ако члан друштва:

1) Намерно или грубом непажњом проузрокује штету друштву;

2) Не извршава посебне дужности према друштву прописане овим законом или оснивачким актом;

3) Својим радњама или пропуштањем, противно оснивачком акту, закону или добрим пословним обичајима, спречава или у значајној мери отежава пословање друштва.

Одлуку о подношењу тужбе доноси скупштина већином гласова присутних чланова, осим ако је оснивачким актом одређена већа већина. На захтев друштва суд може одредити привремену меру суспензије права гласа члана друштва чије се искључење тражи, као и других права тог члана друштва или привремену меру увођења принудне управе у друштво, ако нађе да је то нужно и оправдано ради спречавања настанка штете за друштво.

Оснивачким актом не може се унапред искључити право друштва да поднесе тужбу за искључење члана друштва, нити право искљученог члана друштва на накнаду вредности удела.

Тужба за искључење члана друштва може се поднети у року од 180 дана од дана сазнања за разлог за искључење, а најкасније у року од три године од настанка разлога за искључење.

Искључењем члана друштва удео тог члана друштва постаје сопствени удео друштва.

Искључени члан остаје у обавези да уплати односно унесе уписани улог и изврши додатне уплате на које је био обавезан, ако је то неопходно за намирење поверилаца друштва. Одредбе о искључењу члана друштва с ограниченом одговорношћу примењују се и на искључење ортака - (члан 120. закона)

Тужба искљученог члана друштва ради исплате вредности удела у случају искључења одлуком суда

Одредбом члана 197. закона, предвиђено је да искључени члан друштва може тужбом надлежном суду коју подноси против друштва тражити накнаду вредности свог удела.

Тужба се може поднети у року од 180 дана од дана правноснажности пресуде о искључењу члана друштва. Суд ће накнаду одредити у висини вредности дела ликвидационог остатка који би припао искљученом члану сразмерно његовом уделу у основном капиталу друштва, на дан правоснажности пресуде о искључењу тог члана из друштва, на коју се обрачунава камата у висини есконтне стопе Народне банке Србије увећане за 2% почев од дана правоснажности пресуде о искључењу, осима ако оснивачким актом није другачије одређено. Суд ће приликом одређивања ове накнаде, одредити и рок за исплату те накнаде, узимајући у обзир финансијску ситуацију у којој се друштво налази и очекиване приходе друштва у редовном току пословања, с тим што тај рок не може бити дужи од две године од дана правоснажности пресуде, осим ако је оснивачким актом одређен дужи рок, али не дужи од пет година.

Ако друштво не исплати досуђену накнаду члану друштва који је искључен у року одређеном пресудом, члан друштва који је искључен може тражити принудно извршење само продајом сопственог удела који је друштво од њега стекло.

Ако средства остварена продајом сопственог удела у извршном поступку нису довољна за намирење потраживања члана друштва који је искључен у погледу досуђене накнаде, преостали део тог потраживања се гаси.

Друштво има право да од искљученог члана потражује накнаду штете.

Тужба за побијање одлука скупштине друштва

Скупштина друштва је орган управљања друштва коју чине сви чланови односно сви акционари друштва, чија надлежност је прописана законом и статутом друштва односно оснивачким актом друштва. Скупштина доноси одлуке у оквиру своје надлежности прописане законом и оснивачким актом а то су углавном најважније одлуке везане за пословање друштва. Одлуке које скупштина друштва доноси, доносе се на седницама које се сазивају на начин прописан Законом о привредним друштвима и оснивачким актом.

У циљу заштите оснивачких права пре свега мањинских акционара односно мањинских чланова друштва, закон је предвидео могућност побијања одлука које доноси скупштина друштва као највећи орган управљања.

Члан друштва с ограниченом одговорношћу односно један или више акционара који су имали право на учешће у раду седнице скупштине могу тужбом надлежном суду побијати одлуку донету на седници скупштине и тражити накнаду штете ако:

1) Та седница скупштине није била сазвана у складу са овим законом и статутом;

2) Је тај акционар од стране друштва или уз знање било ког директора или члана надзорног одбора био онемогућен да учествује у раду седнице на којој је одлука донета;

3) Одлука скупштине из других разлога није донета у складу са овим законом, статутом или пословником скупштине;

4) Је одлука скупштине супротна закону или статуту;

5) Било који акционар вршењем свог права гласа има намеру да за себе или треће лице прибави корист на штету друштва или других акционара кроз доношење или извршење те одлуке;

6) У другим случајевима у складу са овим законом.

Тужбу може поднети и сваки директор или члан надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно, ако би извршењем те одлуке:

1) Учинио кривично дело или друго дело кажњиво по закону; или

2) Био одговоран за штету према друштву или трећем лицу.

Тужба се може поднети у року од 30 дана од дана сазнања за одлуку скупштине, односно од дана регистрације ако је одлука била регистрована у складу са законом о регистрацији, али не касније од три месеца од дана када је одлука донета.

Право на подношење тужбе нема акционар односно члан друштва који је:

1) Престао да буде акционар односно члан друштва након дана акционара;

2) Гласао за предложену одлуку, ако је ту чињеницу могуће доказати увидом у записник са седнице или извештај комисије за гласање;

3) Присуствовао седници, ако одлуку побија у складу са ставом 1. тачка 2) члана 376. закона.

Ако током поступка по овој тужби тужилац престане да буде акционар друштва, надлежни суд ће одбацити захтев за поништај одлуке, а одлучити о захтеву за накнаду штете ако је такав захтев постављен.

Последице поднете тужбе за побијање одлуке

Према члану 377. закона, подношење тужбе за побијање одлуке не спречава њено извршење, нити регистрацију те одлуке, односно регистрацију промене на основу те одлуке, у складу са законом о регистрацији. Међутим, надлежни суд може на захтев тужиоца одредити привремену меру забране извршења, односно регистрације, одлуке која је предмет побијања а поред наведеног на захтев лица које је поднело тужбу за побијање одлуке региструје се забележба спора у складу са законом о регистрацији.

Поступак по тужби за побијање одлуке је хитан а ако је поднето више од једне тужбе за побијање исте одлуке, поступци се спајају.

Последице одлуке суда којом се поништава одлука

Према члану 379. закона, пресуда у делу којим се одлука поништава има дејство према друштву, акционарима, директорима и члановима надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно.

Ако је поништена одлука била регистрована у складу са законом о регистрацији, надлежни суд пресуду по правоснажности, доставља реги-

стру привредних субјеката ради регистрације у складу са законом о регистрацији.

Побијање одлуке о усвајању годишњих финансијских извештаја друштва

Према члану 380. закона, ако је пресудом поништена одлука о усвајању годишњих финансијских извештаја друштва, сматраће се да је и одлука о расподели добити за ту пословну годину поништена истом пресудом и акционари ће бити у обавези да сву дивиденду примљену по основу те одлуке врате друштву у року од 30 дана од дана правоснажности пресуде.

Тужба за престанак (ликвидацију) друштва

Према члану 469. Закона, акционари који поседују акције и то најмање 20% основног капитала друштва, могу поднети суду тужбу против друштва а надлежни суд може одредити престанак друштва или одредити друге мере у следећим случајевима:

- ако одбор директора, односно извршни и надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно не могу да воде послове друштва, било због међусобног неслагања или из других разлога а скупштина друштва не може да прекине блокаду те све то за последицу има да се послови друштва не могу више водити у интересу друштва;

- ако су акционари блокирани у одлучивању на скупштини на најмање две узастопне седнице скупштине, што за последицу има да се послови друштва не могу више водити у интересу друштва;

- ако директори односно чланови надзорног одбора ако је управљање у друштву дводомно, делују противзаконито непоштено или преварно, а противно интересима акционара који подносе тужбу;

- ако се имовина друштва расипа и умањује;

У поступку по овој тужби акционара, суд може, ако су разлози за подношење тужбе отклоњиви, оставити друштву рок од највише шест месеци за отклањање неправилности. Уколико друштво у остављеном року не отклони неправилности, суд ће пресудом одредити престанак друштва или једну или више од следећих мера:

- разрешење директора или члана надзорног одбора ако је управљање друштвом дводомно

- увођење принудне управе у друштво до именовања нових директора, односно чланова надзорног одбора;

- спровођење ванредне ревизије финансијских извештаја друштва;

- доношење одлуке о расподели добити или о исплати учешћа у добити, односно дивиденде;

- откуп акција које поседују акционари који су поднели тужбу од стране друштва по тржишној вредности;

Суд пресудом може одредити и накнаду штете од стране друштва акционарима који су поднели ову тужбу.

Тужба за поништај правног посла односно радњи стицања или располагања имовином велике вредности и накнаду штете

Ако друштво стиче односно располаже имовином чија је набавна или продајна или тржишна вредност 30% или више од књиговодствене вредности укупне имовине друштва исказане у последњем годишњем билансу стања, сматра се да друштво стиче односно располаже имовином велике вредности и за такво располагање је неопходно одобрење односно одлука о одобрењу располагања имовином велике вредности, коју доноси скупштина друштва на предлог овлашћеног лица односно овлашћеног органа друштва.

Ако одобрење о располагању имовином велике вредности није донето, према члану 472. закона, друштво и акционар који поседује или представља најмање 5% капитала друштва, може поднети тужбу за поништај правног посла односно радње стицања или располагања имовином велике вредности.

Ова тужба се подноси у року од три године од дана стицања односно располагања имовином велике вредности а подноси се против лица које је прибавило имовину друштва.

Одбор директора односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, солидарно су одговорни за штету које друштво претрпи услед стицања односно располагања имовином велике вредности и против ових лица се тужба за накнаду штете може поднети року од три године од дана стицања односно располагања имовином велике вредности.

Тужба несагласног акционара за остваривање права на откуп акција

Несагласни акционар је акционар који гласа против или се уздржи од гласања за одлуке које се тичу промене оснивачког акта друштва, статусних промена друштва, реорганизације друштва у виду промене правне форме, располагања имовином велике вредности, промени времена трајања друштва, одлука које погађају права акционара о чему је имао право гласа и одлука о повлачењу једне или више класа акција са регулисаног тржишта.

Према члану 474. закона, акционар може да тражи од друштва да откупи његове акције ако је гласао против или се уздржао од гласања за одлуке које су наведене у тачкама 1. до 7. овог члана. Право на откуп акција и исплату има и акционар који није присуствовао седници скупштине на којој се одлучивало о питањима из става 1. члана 474. закона. Поступак остваривања права на откуп акција је прописан у члану 475. закона и друштво је у обавези да несагласном акционару исплати вредност акција које су предмет захтева.

Несагласни акционар може тужбом надлежном суду коју подноси против друштва тражити исплату разлике до пуне вредности његових акција ако сматра да му је друштво на име откупне цене за његове акције исплатило износ нижи од вредности утврђене на начин прописан у члану 475. Закона или ако му друштво није извршило никакву исплату по том основу, тражити исплату пуне вредности његових акција у складу са чланом 475. став 3. закона.

Ова тужба се подноси најкасније у року од 30 дана од дана извршене исплате односно истека рока за за ту исплату ако она није извршена.

Ако суд правоснажном пресудом обавеже друштво да несагласном акционару исплати разлику до пуне вредности акција односно пуну вредност акција, друштво је у обавези да свим другим несагласним акционарима исте класе, призна и исплати исту вредност акција, независно од чињенице да ли су ти акционари поднели тужбу. Ако друштво не поступи на овакав начин сваки несагласни акционар може тужбом захтевати исплату разлике до пуне вредности акције односно вредност акције која је утврђена том пресудом,

Тужба несагласног члана друштва преносиоца на исплату накнаде удела

Статусном променом друштво се реорганизује тако што на друго друштво – друштво стицаоца, преноси имовину и обавезе док његови чланови у том друштву стичу уделе односно акције**.** Сви чланови друштва

преносиоца стичу уделе односно акције у друштву стицаоцу сразмерно својим уделима односно акцијама које поседују у друштву преносиоцу, осим ако се сваки члан друштва преносиоца сагласи да се изврши замена удела односно акција у другачијој сразмери или ако користи право на исплату уместо стицања удела односно акција у друштву стицаоцу.

Члан друштва преносиоца који сматра да је оштећен утврђеном сразмером замене удела, односно акција у друштву преносиоцу за уделе, односно акције у друштву стицаоцу може тужбом надлежном суду против друштва стицаоца у року од 30 дана од дана објаве обавештења из члана 495. закона тражити исплату новчане накнаде у складу са овим чланом.

Ако суд у поступку по овој тужби утврди да је тржишна вредност удела, односно акција које је члан друштва преносиоца стекао у друштву стицаоцу мања од тржишне вредности удела, односно акција у друштву преносиоцу које су биле предмет замене, пресудом ће обавезати друштво стицаоца да том лицу исплати новчану накнаду која не може бити већа од 10% номиналне вредности његових замењених удела, односно акција у друштву преносиоцу.

У поступку по овој тужби суд ће, ако одреди спровођење вештачења на околност одређивања тржишне вредности удела, односно акција, наложити туженом друштву стицаоцу да предујми трошкове тог вештачења. Ако се у поступку по овој тужби обавеже друштво стицаоца на исплату новчане накнаде друштво стицалац је у обавези да свим члановима друштва преносиоца чији су удели односно акције исте врсте и класе замењени за уделе, односно акције друштва стицаоца да исплати износ на име доплате.

Тужба за стављање ван снаге олуке акционарског друштва о подели и спајању акција

Према члану 257. закона, акционарско друштво може одлуком скупштине: 1) сваку акцију једне класе поделити на две или више акција те класе, уз истовремено смањење њихове номиналне вредности тако да основни капитал друштва остане непромењен; 2) спојити две или више акција једне класе у једну акцију те класе, уз истовремено повећање њене номиналне вредности тако да основни капитал друштва остане непромењен.

Друштво је у обавези да у случају поделе или спајања акција истовремено измени статут. Ако би као резултат спајања или поделе акција појединим акционарима преостао део акције, ти акционари имају право да од

друштва писаним путем у року од 30 дана од дана доношења одлуке захтевају да докупе недостајући део акције како би стекли једну целу акцију или да буду исплаћени од стране друштва за део акције који би им преостао.

Ако је акционар захтевао да докупи недостајући део акције како би стекао једну целу акцију, у обавези је да у року 30 дана уплати друштву тржишну вредност недостајућег дела акције. Ако је акционар захтевао да буде исплаћен од стране друштва за део акције који би му преостао, друштво је у обавези да му у даљем року од 30 дана од дана пријема тог захтева исплати тај део акције по тржишној вредности. Тржишна вредност акције утврђује се у складу са одредбама члана 259. став 1. и став 2. тачка 1) закона.

Ако би спајањем и поделом акција дошло до повећања основног капитала, односно до смањења основног капитала, а које у оба случаја не прелази 1% основног капитала, друштво није у обавези да примени одредбе овог закона о повећању, односно смањењу основног капитала, осим одредаба о регистрацији тих промена у складу са законом о регистрацији. Ако је друштво издало финансијске инструменте који се могу заменити за обичне акције, у случају поделе и спајања акција у обавези је да истовремено донесе и одлуку, односно предузме другу радњу која ће обезбедити да права ималаца тих финансијских инструмената остану непромењена.

Ако друштво није донело одлуку, односно предузело другу радњу ради обезбеђења права ималац финансијских инструмената да иста остану непромењена, сваки ималац финансијског инструмента може тужбом надлежном суду тражити да се одлука стави ван снаге.

Тужба се може поднети у року од 30 дана од дана доношења одлуке о подели и спајању акција. Одредбе овог члана сходно се примењују и на акције без номиналне вредности.

3. Тужбе за обезбеђење и наплату потраживања које подносе повериоци друштва

Повериоци привредног друштва своја потраживања која имају према друштву остварују пре свега на основу Закона о облигационим односима и других закона у зависности од врсте пословног односа, али Закон о привредним друштвима пружа посебну заштиту повериоцима друштва и то у случајевима статусних промена друштва и смањења капитала друштва, а све то у циљу обезбеђења потраживања која имају према друштву.

Заштита поверилаца код смањења основног капитала друштва

Према члану 319. Закона, Регистар привредних субјеката објављује одлуку о смањењу основног капитала друштва у непрекидном трајању од три месеца почев од дана регистрације у складу са чланом 314. став 3. закона.

Друштво је дужно да повериоцима који су познати друштву а чија појединачна потраживања износе најмање 2.000.000 динара у противвредности било које валуте по средњем курсу Народне банке Србије на дан регистрације одлуке о смањењу основног капитала у складу са чланом 314. став 3. закона, упути и писано обавештење о тој одлуци, најкасније 30 дана по спроведеној регистрацији те одлуке.

Повериоци чија су потраживања, независно од датума доспећа, настала пре истека рока од 30 дана од дана објаве одлуке о смањењу основног капитала друштва, могу писаним путем тражити од друштва обезбеђење тих потраживања до истека периода објаве те одлуке.

Повериоци који су тражили обезбеђење потраживања, који од друштва не добију обезбеђење тих потраживања у року од три месеца по истеку рока који је законом одређен, нити им друштво измири та потраживања, могу тужбом против друштва пред надлежним судом тражити установљавање обезбеђења својих потраживања, под условом да докажу да је измирење њихових потраживања угрожено предметним смањењем основног капитала.

Приликом одлучивања по овој тужби, суд ће посебно водити рачуна о томе да ли је тражено обезбеђење неопходно у циљу заштите поверилаца имајући у виду имовину друштва. Према закону, обезбеђење потраживања не могу тражити:

1) Повериоци чија потраживања спадају у први или други исплатни ред у смислу закона којим се уређује стечај;
2) Повериоци чије је потраживање обезбеђено.

У случају смањења основног капитала друштво може вршити плаћања акционарима само по истеку рока од 30 дана од дана регистрације смањења основног капитала у складу са законом о регистрацији.

Заштита поверилаца код статусних промена друштва

Повериоци друштва које учествује у статусној промени чије је потраживање настало пре регистрације статусне промене може у року од 30

дана од дана објављивања обавештења о спровођењу статусне промене захтевати добијање одговарајуће заштите свог потраживања. Заштита се обезбеђује давањем обезбеђења у виду залоге, јемства и слично и то : изменама услова уговора по основу ког је настало потраживање или раскидом тог уговора; одвојеним управљањем имовином друштва преносиоца до намирења потраживања и предузимањем других радњи и мера које обезбеђују повериоцу положај који није лошији у односу на положај који је имао пре спровођења статусне промене.

Поверилац који у року од 15 дана од дана слања захтева за пружање заштите не добије одговарајућу заштиту има право да тужбом против свог дужника захтева добијање одговарајуће заштите. Поверилац има право на заштиту само ако су испуњени услови прописани у члану 510. закона, односно само ако докаже да је намирење његовог потраживања угрожено услед статусне промене. Суд може одредити и привремену меру забране спровођења статусне промене ако нађе да је то нужно и оправдано ради обезбеђења одговарајуће заштите за повериоца који је поднео тужбу.

Тужба за пробијање правне личности

Ако се правна личност привредног друштва користи за законом недозвољене циљеве на тај начин што се оштећују повериоци друштва, кад долази до мешања имовине друштва са имовином власника, када се користе разне преварне радње, долази се на терен пробијања правне личности односно неограничене одговорности власника друштва за обавезе друштва.

Према члану 18. Закона командитор, члан друштва с ограниченом одговорношћу и акционар, као и законски заступник тог лица ако је оно пословно неспособно физичко лице, који злоупотреби правило о ограниченој одговорности одговара за обавезе друштва.

Сматраће се да постоји злоупотреба из става 1. овог члана нарочито ако то лице:

1) употреби друштво за постизање циља који му је иначе забрањен;

2) користи имовину друштва или њоме располаже као да је његова лична имовина;

3) користи друштво или његову имовину у циљу оштећења поверилаца друштва;

4) ради стицања користи за себе или трећа лица умањи имовину друштва, иако је знало или морало знати да друштво неће моћи да извршава своје обавезе.

Поверилац друштва може поднети тужбу против лица командитора, члана друштва с ограниченом одговорношћу и акционара, као и законског заступника друштва надлежном суду према седишту друштва у року од шест месеци од дана сазнања за злоупотребу, а најкасније у року од пет година од дана злоупотребе. У случају да потраживање повериоца није доспело у тренутку сазнања за злоупотребу, рок од шест месеци почиње да тече од дана доспећа потраживања.

4. Тужбе које подносе трећа лица против привредног друштва

Тужба за промену назива друштва и накнаду штете

Привредно друштво послује и учествује у правном промету под пословним именом које је регистровано у складу са законом о регистрацији. Пословно име је обавезно и садржи назив, правну форму и место у коме је седиште друштва.

Пословно име друштва не може бити такво да вређа јавни морал; да може изазвати заблуду у погледу правне форме друштва; да може изазвати заблуду у погледу претежне делатности друштва.

Пословно име које не испуњава ове услове не може се регистровати у регистру привредних субјеката.

Ако пословно име вређа јавни морал, Републички јавни правобранилац сагласно члану 27. закона, може тужбом надлежном суду против друштва које врши ту повреду (друштво прекршилац) захтевати промену назива друштва прекршиоца. Поступак по овој тужби је хитан.

Пресуду којом се налаже промена назива друштва прекршиоца суд по правноснажности доставља регистру привредних субјеката ради регистрације. Ако друштво прекршилац у року од 30 дана од правноснажности пресуде не изврши промену назива, регистар привредних субјеката по службеној дужности покреће поступак принудне ликвидације друштва прекршиоца.

Према члану 28. закона, назив друштва не сме бити истоветан називу другог друштва. Назив друштва мора се разликовати од назива другог правног лица тако да не изазива заблуду о идентитету са другим друштвом.

У случају да је назив друштва истоветан називу другог друштва, односно да изазива заблуду о идентитету са другим друштвом заинтересовано лице може тужбом против друштва које врши ту повреду (друштво прекршилац) захтевати:

1) промену назива друштва прекршиоца и/или

2) накнаду настале штете.

Тужба се може поднети у року од три године од дана регистрације назива друштва прекршиоца у складу са законом о регистрацији. Поступак по тужби је хитан. Пресуду којом се налаже промена назива друштва прекршиоца суд по правноснажности доставља регистру привредних субјеката ради регистрације. Ако друштво прекршилац у року од 30 дана од правноснажности пресуде не изврши промену назива, регистар привредних субјеката по службеној дужности покреће поступак принудне ликвидације друштва прекршиоца.

Уместо закључка

Циљ овог реферата је да непосредно пред примену Закона о привредним друштвима, упозна читаоце-колеге са новим тужбама које су превиђене овим законом. У реферату су наведене само основне карактеристике односно специфичности представљених тужби, пре свега, ко су активно легитимисана лица за подношење, када се и против кога подносе и у којим роковима. Установљењем нових института односно нових тужби у односу на претходни закон унапређена је, проширена и прецизније регулисана правна заштита друштва, оснивача друштва, посебно мањинских чланова/акционара и на тај начин створени предуслови за већу сигурност и стабилност привредних друштава.

Потребно је нагласити да је за поступање по свим наведеним тужбама, стварно надлежан привредни суд сагласно одредби члана 25. став 1. тачка 3. Закона о уређењу судова.

Литература:

- Проф. др Мирко Васиљевић, *Компанијско право*

Јасмина Стаменковић,
судија Привредног апелационог суда

ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ЗНАКОВА ОБЕЛЕЖАВАЊА ПО ЗАКОНУ О ЖИГОВИМА И ПО ПРОПИСИМА О НЕЛОЈАЛНОЈ КОНКУРЕНЦИЈИ

Опште напомене

У правној теорији, права интелектуалне својине се деле на две велике групе:

- ауторско право и права сродна ауторском, с једне стране и
- права индустријске својине, с друге стране.

Права индустријске својине се уобичајено деле на:

- тзв. проналазачко право,
- право знакова разликовања и
- право конкуренције.

Проналазачко право обухвата:

- патенте,
- корисне моделе,
- топографије интегрисаних кола,
- нове биљне сорте,
- know-how.

Право знакова разликовања обухвата:

- жигове,
- имена порекла и географске ознаке,
- индустријски дизајн и
- пословно име.

Право конкуренције подразумева сузбијање нелојалне (непоштене) конкуренције.

Комерцијални симболи као што су жигови, пословна имена, ознаке географског порекла, користе се за развијање тржишног и маркетиншког

квалитета роба и услуга, служе да међусобно разликују робе и услуге, односно да разликују правне субјекте од којих они потичу или географске регионе из којих потичу. Комерцијални симболи представљају *"goodwill"* (добар глас) за робе и услуге у вези са којима се користе. *"Goodwill"* представља вредност једне компаније, рефлектује се кроз њену комерцијалну репутацију. У крајњем, може се изразити као остварење повећаног профита.

Основне функције жига, као једног од таквих симбола, су функција разликовања, функција указивања на порекло, рекламна функција, те функција указивања на квалитет (гарантна функција). Циљ његове заштите је разликовање роба или услуга обележених жигом у односу на њихово порекло, квалитет, кроз рекламирање међу потрошачима.

Жиг је право које је искључиво. Оно је монополско, искључиво. Оно је и територијално право (важи на одређеној територији за коју је регистровано). Временски је ограничено (уз могућност неограниченог обнављања важности права). Обезбеђује носиоцу права, на територији за коју је регистровано, искључиво, монополско право коришћења знака који је заштићен за обележавање роба или услуга за које је заштићен. Право монополске природе, међутим, мора бити у функцији одсуства монополског понашања на тржишту, односно у функцији обезбеђења поштене конкуренције у условима слободног тржишта. Из тога произилази повезаност жига и права конкуренције.

Посебне напомене

С обзиром на природу права индустријске својине, на субјекте, носиоце тих права (у највећем броју, то су привредни субјекти - привредна друштва и предузетници), те с обзиром на одредбе о стварној надлежности Закона о уређењу судова, највећи број спорова из ове области се решава пред привредним судовима. У укупном броју свих спорова из ове области, доминирају спорови из области жига и то пре свега по тужбама због повреде жига, а у знатно мањој мери, по тужбама за оспоравање жига.

У значајном броју спорова, тужиоци као носиоци жига, у тужбама истичу све (или скоро све) тужбене захтеве прописане Законом о жиговима. Међутим, поред тога кумулативно истичу и следеће захтеве:

- захтев за утврђење да је радњама којима је извршена повреда жига, истовремено учињено и дело нелојалне конкуренције и

- захтев да се осим забране вршења радњи, истих или сличних онима којима је извршена повреда жига, забране те исте радње као радње којима се чини дело нелојалне конкуренције.

Судови, по правилу, поступају по таквим тужбама не упуштајући се у оцену њихове дозвољености и правног интереса за тражење такве заштите. Странке, по правилу, предлажу доказе ради утврђивања чињеница битних за одлучивање о тужбеним захтевима по Закону о жиговима. Оценом изведених доказа судови утврђују чињенично стање битно за одлучивање о основаности тужбених захтева за утврђење повреде жига, забрану повреде жига и осталих захтева по Закону о жиговима. Коначно, пресудом којом се захтеви усвајају, усвајају све захтеве, па и захтев за утврђење да је учињено дело нелојалне конкуренције и за забрану вршења тог дела. То чине без посебног образложења за одлуку о усвајању ових захтева и без давања разлога о битним чињеницама које се на те захтеве односе.

Очигледно да тако поступају по инерцији, по обрасцу: ако је основан захтев за утврђење повреде жига, основан је и захтев за утврђење дела нелојалне конкуренције, а ако је основан захтев за забрану повреде жига, основан је и захтев за забрану вршења дела нелојалне конкуренције. Такво одлучивање је, могуће, последица и тога што је заиста свака повреда жига истовремено и акт нелојалне конкуренције. Међутим, обрнуто не важи, те није сваки акт нелојалне конкуренције у виду коришћења туђих заштићених ознака истовремено и повреда жига.

Овај рад заснован је на покушају да се анализирају врсте и обим заштите који носиоци заштићених ознака уживају по прописима о жиговима и прописима о нелојалној утакмици, те да се покушају дати одговори и аргументи за одговоре на питања: **да ли је тужба у делу захтева за утврђење дела нелојалне конкуренције и забране вршења радњи овог дела, дозвољена, да ли тужилац, носилац жига, има правни интерес за њено подношење, да ли је заштита по одредбама о нелојалној конкуренцији квалитативно другачија или квантитативно шира него она која се обезбеђује Законом о жиговима, те шта је садржина заштите која се може тражити по одредбама Закона о трговини, са посебним освртом на измене након доношења новог закона који је почео са применом 1. јануара 2011. године.**

У том циљу, претходно је потребно анализирати какав обим заштите обезбеђује Закон о жиговима, као и ко има право на заштиту по овом закону.

Заштита по Закону о жиговима

Закон о жиговима (Службени гласник РС бр. 104/2009) је донет, с једне стране, због потребе усклађивања са Уставом и Законом о министарствима, јер је претходни закон био закон бивше Државне заједнице Србија и Црна Гора, а с друге стране, због примене Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима закљученог између Европске заједнице и Републике Србије, који је захтевао хармонизацију закона са упутствима и уредбама Европске уније који се односе на жигове.

Неопходно је било усклађивање са Директивом Савета Европске уније бр. 89/104/ЕЕЦ о усаглашавању закона држава чланица у погледу жигова од 21.12.1988. године, са Уредбом Савета Европске уније о жигу Европске уније бр. 40/94 од 20.12.1993. године (Уредба о жигу ЕУ), са Уредбом Савета Европске уније бр. 422/2004 од 19.02.2004. године којом се мења Уредба бр. 40/94 о жигу Европске уније. Такође, потребно је било да се изврши усаглашавање са решењима Светске трговинске организације прописаним за њене чланице, као што су: Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине који је ступио на снагу 01.01.1995. године (TRIPS), међународни уговори којима администрира Светска организација за заштиту интелектуалне својине (WIPO), Мадридски аранжман о међународном регистровању жигова, Протокол уз Мадридски аранжман о међународном регистровању жигова, Уговор о жиговном праву из 1994. године, Сингапурски уговор о жиговном праву од 27.03.2006. године и заједничка резолуција Светске организације за заштиту интелектуалне својине о заштити општепознатих знакова из 1999. године.

У односу на претходни, овај закон задржава вишеструки систем заштите жигова: прописује заштиту у управном поступку, укључујући право на заштиту у управном спору, грађанскоправну и кривичноправну заштиту. У управном поступку, пред Заводом за интелектуалну својину, уводи право жалбе против одлука овог органа, а задржава право на вођење управног спора против коначних управних аката. У грађанскоправном аспекту заштите, измене су последица усаглашавања са одредбама тада важећих Закона о парничном поступку и Закон о извршном поступку (у међувремену је донет нови Закон о извршењу и обезбеђењу, а у процеду-

ри је и доношење новог Закона о парничном поступку). У кривичној материји, у области привредноказненог права, прописује новчане казне, раније прописане Законом о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуалне својине.

У оквиру грађанскоправне заштите, закон и даље предвиђа **две врсте тужби: тужбу због повреде жига или права из пријаве и тужбу за оспоравање жига.** Код тужби због повреде, задржане су одредбе о привременим мерама и о обезбеђењу доказа.

Садржина тужбених захтева (врсте и квалитет заштите)

Садржина тужбених захтева који се могу тражити тужбом због повреде жига или права из пријаве, истоветна је као у закону из 2004. Године, а он је представљао битну новину у односу закон из 1995. године, у погледу обима и квалитета заштите у случају повреде права.

Закон о жиговима из 1995. године је у члану 49. прописивао заштиту у случају повреде. Из садржине овог члана произлази да је у то време носилац права имао слабију, ужу заштиту од оне која је међународним актима и стандардима предвиђена, јер је могао захтевати накнаду штете, забрану вршења радњи повреде и објављивање пресуде којом је утврђена повреда (из такве језичке конструкције следи да је могао захтевати и утврђење повреде). Предвиђао је:

1. одговорност лица које повреди жиг или право из пријаве за штету по општим правилима о накнади штете (1), а ако је штета проузрокована намерно, накнада се могла захтевати до троструког износа стварне штете и измакле користи; одговорност за ову повреду није искључивала одговорност за дело нелојалне конкуренције, а по тада важећем Закону о трговини, та одговорност је била привредноказнена;

2. поред накнаде штете, носилац права је могао тражити да се лицу које је повредило његово право забрани даље вршење радње којом се чини повреда (2) и

3. могао је захтевати објављивање пресуде (3), којом се утврђује повреда (4), о трошку туженог.

Примена у пракси је показала да овако прописана судска заштита није довољна. Потребе праксе и потребе хармонизације са међународним

актима резултирали су доношењем Закона о жиговима из 2004. године који уноси битне новине, у целини преузете сада важећим законом.

Ови закони су представљали значајан напредак у односу на претходни у погледу обима заштите и квалитета исте, јер се осим утврђења повреде (1), забране вршења повреде - престанка повреде (2), објављивања пресуде о трошку туженог (3) и накнаде штете о општим правилима о накнади штете (4), могло захтевати и:

1. **уништење или преиначење (промена) предмета** којима је извршена повреда (5);

2. **уништење или преиначење алата и опреме** помоћу којих су произведени предмети којима је извршена повреда, ако је то неопходно за заштиту права (6);

3. **накнада оправданих трошкова поступка** (7), (под тим се не подразумева накнада трошкова парничног поступка који парничној страни припадају по одредбама процесног закона, према успеху у спору, већ трошкова оних поступака који су вођени пред надлежним државним органима пре покретања спора, који су настали пред царинским органима или органима инспекције);

4. **давање података о трећим лицима која су учествовала у повреди** (8) и

5. ако је повреда учињена намерно, уместо накнаде имовинске штете, могла се захтевати **накнада до троструког износа уобичајене лиценцне накнаде (9).**

Шта сваки од ових нових захтева конкретно значи за тужиоца по тужби?

Осим изрицања забране даље повреде права, уз искључење из промета производа којима је извршена повреда, а оно је привременог карактера и заснива се на привременој мери важећој до правоснажног окончања спора, **уништењем производа** се стварају услови да се онај ко је повреду извршио, фактички и не може понашати противно забрани (производи чије би стављање у промет представљало повреду, већ су физички уништени); **уништење алата и опреме** обезбеђује да се такви производи ни у будућности не могу створити, а без њих се ни повреда не би могла поновити.

Право на **накнаду оправданих трошкова** је засновано на примени начела савесности и поштења, на принципу правичности, који налажу да трошкове сноси онај ко их је својим недозвољеним поступањем проузроковао и ко је дао повод за деловање државних органа који у свом раду наплаћују одређене накнаде и трошкове од носиоца права, а он је овим органима доступан, јер по његовим захтевима за заштиту права (општим или посебним) и поступају.

Давање података о учесницима у повреди, ствара услове за откривање свих учинилаца повреде и онемогућавање нових аката сличне природе. По правилу, у промету учествује више лица која су повезана, па и онда када се ради о повреди нечијег права стављањем у промет робе обележене знацима који су идентични или слични заштићеним знацима. Неки од учесника у промету предузимају радње стављања у промет, а неки само предузимају радње које "служе" или које временски претходе стављању робе у промет. Судска пракса је, у том смислу, разликовала оне субјекте који повреду врше непосредно и оне који повреду врше посредно, не ослобађајући од одговорности ни она лица која у вршењу радњи у промету поступају по налозима и упутствима субјеката који непосредно износе на тржиште робу ради продаје и промета. Стога се тужба због повреде и може усмерити према свим учесницима, ако су познати, или само према некима од њих, са захтевом да они "открију" остале учеснике, а све са циљем да се и према новооткривеним лицима предузму законска овлашћења.

Лиценцна накнада, уместо накнаде штете, највише до троструког износа је имала за циљ олакшање процесног положаја тужиоца у спору у вези са доказивањем штете проузроковане повредом жига. Истовремено, она има и казнени карактер и у функцији је индивидуалне и генералне превенције. Има за циљ да дестимулише и одврати лице које је обавезано на плаћање, од вршења нове повреде, у односу на истог или у односу на друге титуларе права, као и да одврати трећа лица од оваквих аката. Превенција се у односу на трећа лица постиже објављивањем пресуде у средствима јавног информисања.

Осим тога, закон из 2004. године је предвиђао да ће се лице које изврши повреду жига или права из пријаве, на начин описан у члану 58. закона, казнити новчаном казном за привредни преступ. У то време висине казни су утврђивали прописи држава чланица, а у Републици Србији Закон о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуал-

не својине. Закон из 2009. године сам прописује висине ових казни, а у привредноказненом поступку постоји законско овлашћење суда и за изрицање заштитних мера.

То је оно што Закон о жиговима прописује у вези са обимом и врстом заштите.

Друго питање је питање ко су лица која имају право на ову специјалну и свеобухватну заштиту.

Активна легитимација по тужби због повреде

Ко има право на заштиту по Закону о жиговима, пре свега, је прописано у члану 73. закона.

Право на ову тужбу има носилац жига, подносилац пријаве, стицалац искључиве лиценце, као и корисник колективног или жига гаранције, уз сагласност њихових носилаца. Такво законско решење је у складу са законом прихваћеним системом регистрације у односу на настанак права. Наиме, у упоредном праву постоје три система: систем употребе, систем регистрације и мешовити систем. Систем употребе и систем регистрације имају позитивне и негативне стране, па су у том правцу и трпели критике теорије и праксе. Мешовити систем настоји да елиминише њихове недостатке.

Према првом систему, право на жиг се заснива на чињеници прве употребе једног знака као жига у привредном промету за обележавање производа који потичу из одређеног извора производње или трговине. Захтева се да је употреба квалификована - да има стваран, озбиљан и трајан карактер.

У овим системима пријављивање и регистрација жига су независни од права и нису од утицаја на настанак права и његово одржавање у важности. Они су засновани на начелу правичности, али његови недостаци су тешкоће у доказивању. За носиоца права је прави изазов да докаже када је употреба отпочела, као и да она има карактер стварне, озбиљне и трајне употребе. Међутим, и у овим системима, да би се уживала специјална правна заштита коју пружа законодавство о жиговима, потребно је да је извршена регистрација. Ако ова формалност недостаје, власник нерегистрованог жига заштиту може остваривати само на основу прописа о нелојалној конкуренцији, тужбом за накнаду штете и за забрану даљег вређања права.

У системима регистрације, регистрација има конститутиван карактер, а употреба није релевантна. Регистрацијом се стиче искључиво право, па се може стећи и према ранијем кориснику који је пропустио да жиг заштити у поступку регистрације. Ови системи су засновани на доминацији начела правне сигурности. Критике указују да је неправичан.

У мешовитим системима, регистровање у почетку има декларативно дејство, а по протеку рокова за подношење тужбе за оспоравање жига, ако она није поднета, регистрација стиче својство конститутивног акта.

У нашем законодавству, па и последњим Законом о жиговима, прихваћен је систем по коме се жиг стиче уписом у регистар жигова, а важи од датума подношења пријаве (члан 44. закона). Међутим, употреба није небитна чињеница у законом одређеним случајевима.

У односу на носиоце жига, употреба заштићеног знака има двоструку важност: ради очувања права и ради остварења судске заштите тужбом због повреде. Законодавац за носиоце права прописује дужност коришћења жига (члан 46. закона). Некоришћење жига има двојаке последице: оно представља разлог за престанак права у смислу члана 64. закона, а исто тако је и разлог за ускраћивање заштите по тужби због повреде, јер је циљ заштите жига његово коришћење у промету, а не такозвана резервација ознака и стицање монопола на ознакама које су ван промета. Ако би се дозволило да носилац не користи заштићени знак, иако има искључиво право на то, а трећим лицима је без његове сагласности коришћење забрањено, знак би био ван употребе, а то није у духу циља због којег се ова права штите.

Ради спречавања злоупотреба - у вези са некоришћењем жига, нови Закон о жиговима је предвидео и да се исти знак, за исту робу за коју је већ регистрован, не може регистровати не само на друга лица, већ ни на оно исто лице које га је раније регистровало. Ово решење последица је уочених злоупотреба у пракси да се знак заштити, да се не користи, а да се после неког времена поново региструје како би се спречило наступање правних последица престанка жига због некоришћења.

Употреба одређеног знака у промету за обележавање одређених производа још у једном случају има значај по овом закону. То је случај **када знак има обележја општепознатог знака** у смислу члана 6. *bis* Париске конвенције о заштити индустријске својине.

У односу на лице које би такав знак регистровало и тиме стекло право, власнику општепознатог знака је на располагању тужба за оспоравање жига (члан 81. закона), али се она не може поднети по истеку рока од пет година од дана уписа жига у регистар жигова (елементи мешовитог система настанка права).

У односу на трећа лица, он ужива права из члана 38. закона којим је регулисана садржина права (искључиво право коришћења знака и забрана другим лицима неовлашћеног коришћења). То укључује и заштиту по члану 71. закона, тужбом због повреде. Наравно, у том поступку остају тешкоће у вези са доказивањем употребе одређеног знака, те доказивања његовог својства општепознатог знака.

Лица која у промету користе знаке за обележавање своје робе, а нису их регистровала, нити они имају обележја општепознатог знака, не могу остваривати заштиту по одредбама Закона о жиговима. Таква заштита је својеврсна привилегија власника регистрованих жигова (уз изузетак власника општепознатог знака). Осталима, ради заштите њихових права и обезбеђења позиције на тржишту, стоје на располагању само одредбе о нелојалној конкуренцији.

Потребно је анализирати какав квалитет заштите могу остварити по овим прописима, шта тужбом могу тражити и остварити према тим законским одредбама.

Заштита по Закону о трговини

Закон о трговини ("Службени лист СРЈ", бр. 32/93 и други) је био на снази од 03.07.1993. године до 01.01.2011. године, али и након тог периода остаје значајан за већи број спорова који се воде пред судовима у вези са животним догађајима насталим у време његове примене (временско важење закона).

Закон о трговини је у **Глави 3 - Нарушавање конкуренције**, **у члану 11. став 1.** дефинисао да се нарушавањем конкуренције у смислу овог закона сматрају:

- акти и радње нелојалне конкуренције,
- шпекулација и
- ограничавање јединственог тржишта.

Ставом 2. истог члана је предвиђено **да су акти и радње из става 1. недопуштени.**

Појам нелојалне конкуренције садржан је у члану 22. закона. Наведено је **да је нелојална конкуренција радња трговца која је противна добрим пословним обичајима и којом се наноси или може нанети штета другом трговцу, другом правном лицу и купцу, односно потрошачу.**

У члану 23. Закона, наведено је **шта се нарочито сматра** нелојалном конкуренцијом. То су:

1. рекламирање, оглашавање или нуђење робе навођењем података или употребом израза којим се ствара или се може створити заблуда на тржишту о тој роби, чиме се одређени трговац доводи или се може довести у повољнији положај;

2. изношење неистине и оцрњивање другог трговца који штете његовом угледу и пословању;

3. продаја робе са ознакама или подацима који стварају или могу створити забуну у погледу порекла, начина производње, количине, квалитета или других својстава робе;

4. прикривање мана робе или довођење купца у заблуду на други начин;

5. предузимање радњи усмерених на раскидање пословног односа између других трговаца или ради спречавања, односно отежавања заснивања таквог односа;

6. оглашавање привидне распродаје или привидног снижења цене робе или вршење друге сличне радње којом се купац, односно потрошач доводи или се може довести у заблуду у погледу цена;

7. **неовлашћена употреба законом заштићених спољних ознака другог трговца (назив, фирма, робни жиг, услужни жиг, знак квалитета, знак порекла и др.) или употреба ознака које нису законом заштићене, којом се ствара или се може створити заблуда у промету робе на штету другог трговца који те ознаке употребљава у том пословању;**

8. давање другом трговцу овлашћења за коришћење својих спољних обележја ако се тиме ствара или може створити заблуда на тржишту;

9. неовлашћено коришћење услуга трговачког путника, трговинског представника или заступника другог трговца;

10. придобијање купаца или корисника услуга давањем или обећавањем награда или какве друге имовинске користи или погодности чија вредност знатније превазилази уобичајене рекламне награде.

У овом случају, битна је тачка 7. у оквиру које се могу разликовати неовлашћена употреба законом заштићених ознака и неовлашћена употреба ознака које нису заштићене, а њима се ствара или може створити забуна у промету.

Битан је и члан 47. овог закона који у ставу 1. тачка 3. прописује да ће се новчаном казном, за привредни преступ, казнити предузеће или друго правно лице ако предузме неку од радњи која представља дело нелојалне конкуренције (члан 22. и 23. закона). У члану 48. је предвиђено да се за привредни преступ из члана 47. уз казну, изриче и **заштитна мера забране обављања трговине у трајању до пет година**. Мера се изриче предузећу, другом правном лицу и одговорном лицу у њима.

Док се Законом о жиговима забрањује стављање у промет само одређених производа, производа којима је извршена повреда права, по Закону о трговини се забрањује обављање трговачке делатности уопште, за одређен временски период, па произлази да је у том делу заштита по прописима о нелојалној конкуренцији за носиоца права шира, а за повредиоца неповољнија. Међутим, она се не остварује у грађанском судском поступку, већ у поступку утврђивања привредно казнене одговорности, кажњавања новчаним казнама за учињено казнено дело – привредни преступ и изрицањем заштитне мере (иако мера, она за учиниоца представља већу санкцију од новчане обавезе).

Закон о трговини није дефинисао тужбене захтеве у оквиру грађанско правне заштите. Није предвидео да ли се може тражити утврђење дела нелојалне конкуренције, утврђење аката и радњи нелојалне конкуренције, изрицање забране вршења дела (или аката и радњи), уништење производа, уништење опреме и алата за њихову производњу, објављивање пресуде, накнада штете.

У пракси је очигледан покушај копирања, "пресликавања"" тужбених захтева предвиђених Законом о жиговима. Заснован је на тези да је дозвољено оно што изричито није забрањено.

По мишљењу овог аутора то није допуштено из више разлога:

1. Тужба, у формалном смислу, представља поднесак, па њену садржину одређује процесни закон, Закон о парничном поступку. Између осталог, по одредбама поцесног закона, **тужба мора да садржи захтев који мора бити одређен**. Садржина тужбеног захтева, независно да ли се ради о утврђујућем или кондемнаторном, произлази из одредби материјалног права, па тужбу у материјалном смислу и представља захтев за заштиту субјективног права који се може остварити изрицањем судске одлуке о осуди на чинидбу (укључујући и осуду на пропуштање чинидбе – забрану предузимања одређених радњи према тужиоцу), изрицањем судске одлуке за утврђење или за измену одређеног правног стања (раскид уговора због измењених околности, поништај уговора или проглашење да су правне радње без правног дејства, да је извршење недопуштено и слично).

Ради заштите свог субјективног права **тужилац у спору може тражити оно што је као заштита одредбама материјалног закона предвиђено**. У односу на право на поштену утакмицу на тржишту, тај материјални пропис је Закон о трговини. Овим законом је прописано да акти и радње нелојалне конкуренције представљају обележја бића казненог дела, дела нелојалне конкуренције, а оно је законом прописано као привредни преступ. У казненом праву важи правило да се нико не може казнити за дело које није, пре него што је учињено, законом прописано као дело које је кажњиво, као што се мора прописати шта чини његова битна обележја и које су санкције за извршење истог. Постојање казненог дела, па и привредног преступа као једне врсте тих дела, се утврђује према правилима кривичног процесног права, у поступку утврђивања одговорности учиниоца дела и његовог кажњавања. Изреком пресуде донете у парници, према правилима грађанског судског поступка, не може се утврђивати постојање било ког казненог дела, па ни привредног преступа, већ наведено **може бити само део чињеничне грађе битне за пресуђење о дозвољеним тужбеним захтевима за изрицање грађанскоправне заштите.** И то са изузетком предвиђеним чланом 13. Закона о парничном поступку (везаност парничног суда одлуком кривичног суда).

Следи да се у парници тужбом не може тражити да суд донесе пресуду којом се утврђује да је учињено дело нелојалне конкуренције.

2. **Тужба за утврђење** прописана је Законом о парничном поступку. У члану 188. овог закона је предвиђена садржина тужбеног захтева за

утврђење (шта се тужбом може тражити), као и услови под којима се тужба за утврђење може поднети.

Тужбом за утврђење се може тражити:

- да се утврди постојање (или непостојање) неког права или правног односа и

- да се утврди истинитост (или неистинитост) неке исправе.

Оваква тужба се може поднети:

- када је то посебним прописом предвиђено,

- кад тужилац има правни интерес да се, пре доспелости захтева за чинидбу, утврди да постоји (или не постоји) одређено право или правни однос и

- када тужилац има неки други правни интерес (који се мора навести, доказати и утврдити).

Из одредбе произлази да захтев за утврђење чињеница изреком судске одлуке није дозвољен (у предлогу новог Закона о парничном поступку то је изричито и наведено, а такав је био и став досадашње судске праксе, уз изузетке предвиђене посебним прописом).

Утврђење да су извршени акти и радње нелојалне конкуренције, не представља утврђење права или правног односа, нити истинитости или неистинитости исправе, па следи да садржина таквог захтева није у складу са законском одредбом из члана 188. став 1. Закона о парничном поступку. Такав захтев представља захтев за утврђење чињеница, а утврђење чињеница пресудом у парничном поступку је, по правилу, недозвољено, док изузеци морају бити изричито прописани материјалним правом (такав је случај код сметања поседа, па и код утврђења повреде жига, патента, индустријског дизајна). Закон о трговини дозвољеност такве тужбе изричито не предвиђа, па овакво овлашћење тужиоцу у спору не даје.

Следи закључак да је тужба у делу захтева за утврђење да су извршени акти и радње нелојалне конкуренције (макар ти акти и радње били јасно и прецизно наведени уз навођење ко их је и када и на који начин предузео) није дозвољена, јер се ради о утврђењу чињеница које процесни закон не допушта, а материјални закон посебно не прописује.

3. **Захтев за објављивање пресуде** није један од уобичајених, "стандардних" тужбених захтева. Не може се у било ком спору за заштиту права из грађанскоправних односа предвиђених чланом 1. Закона о парничном поступку, тражити да се пресуда објави. Такав захтев, захтев за објављивање пресуде се може поставити, па и усвојити судском одлуком, само онда када је то материјалноправним прописом предвиђено. Материјални пропис предвиђа овакво овлашћење за тужиоца у спору, па и за суд, само у вези са решењем спорног односа из одређених области, када то налаже потреба заштите нечијег субјективног права, али и када публицитет одлуке налаже општедруштвени интерес. Најчешће је сврха објављивања судске одлуке којом се утврђује да је извршена одређена повреда, па је утврђена и одговорност туженог у спору за њу, остварење генералне и специјалне превенције, те остварење моралне сатисфакције тужиоца у спору. Такве одредбе садрже закони из области интелектуалне својине: о жиговима, патентима, индустријском дизајну, али и из других области, као што је Закон о информисању. И Закон о облигационим односима у члану 199. предвиђа да када се ради о повреди права личности, суд може на трошак штетника наредити објављивање пресуде, односно исправке или наредити да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена.

Закон о трговини не предвиђа изричито ову врсту тужбеног захтева ради заштите по прописима о нелојалној конкуренцији.

Следи да се на основу прописа о нелојалној конкуренцији не може тужбом тражити објављивање пресуде о трошку туженог.

4. **Уништење производа** којима је извршена повреда, односно којима су извршени акти и радње нелојалне конкуренције, Закон о трговини, такође, не предвиђа као допуштен и могућ тужбени захтев. Такав се захтев не може поставити аналогном применом одредби закона из области заштите интелектуалне својине. Да је то било могуће, онда не би ни постојао разлог за измену Закона о жиговима из 1995. године, који није предвиђао овлашћење за истицање таквог захтева. Суштинска измена коју је донео закон из 2004. године се и односила на проширење заштите увођењем нових тужбених захтева у циљу потпуније заштите и у складу са међународним актима (захтев за уништење производа, за уништење алата и опреме за њихову производњу, ако је то неопходно ради заштите права). Исто важи и за тужбени захтев за давање података о трећим лицима која су у повреди учествовала.

Следи да се на основу Закона о трговини не може тужбом тражити ни уништење производа којима су извршени акти и радње нелојалне конкуренције, односно опреме или алата за њихову производњу, као ни на обавезивање туженог да достави податке о трећим лицима, учесницима у извршењу тих радњи.

5. **Ни изрицање забране вршења радњи** и аката нелојалне конкуренције такође није предвиђено као посебан тужбени захтев. Према законској норми, такви акти и радње су недопуштени. На основу тога би се могао извести закључак о дозвољености подношења тужбе са захтевом за забрану. По мишљењу оваквог аутора, такав закључак не би био исправан. По старом закону, забрана се могла остваривати, али у посебном поступку, поступку утврђивања привредноказнене одговорности, кроз заштитну меру забране обављања делатности којом се остварује и више од забране изречене у грађанском поступку.

Следи да се тужбом не може тражити ни забрана вршења радњи нелојалне конкуренције.

По мишљењу овог аутора, остаје као једини дозвољен тужбени захтев, захтев за накнаду штете која је проузрокована радњама и актима нелојалне конкуренције, по општим правилима о накнади штете. То значи да су за одлучивање о захтеву битне чињенице: да су извршени акти, односно радње које испуњавају услове предвиђене Законом о трговини предвиђене у чл. 22. и 23, да је штета настала за тужиоца (најчешће изостанком увећања његове имовине), као и да између настале штете и предузетих радњи штетника постоји узрочно-последична веза, односно да је штета последица таквих аката и радњи као њеног узрочника.

Такав систем заштите, уосталом, постоји и у системима у којима се жиг стиче употребом, а не регистрацијом, али у којима је регистрација нужна претпоставка за остваривање специјалне заштите по одредбама закона који регулише жигове. Ако регистрације нема, нема места примени прописа о жиговима. Ако је тако и у тим системима, не постоји ниједан разлог да се, у систему у коме је прихваћена регистрација као стицање права, нерегистровани знак штити на исти начин као и онај који је регистрован. Тиме би се нарушило начело правне сигурности, обесмислила регистрација као начин стицања права и начин стицања правног основа специјалне, свеобухватне заштите по Закону о жиговима. Таква заштита и

треба да буде мотив за носиоце жигова да их региструју, у поступку који није ни сувише сложен, ни сувише скуп, односно не захтева велика финансијска улагања за одржавање права у важности.

Следи закључак да је по старом Закону о трговини, једини дозвољен тужбени захтев у грађанској парници, захтев за накнаду штете због извршених аката и радњи нелојалне конкуренције, а да се у привредно казненом поступку могла изрећи заштитна мера забране обављања делатности трговине.

Промене садржане у новом Закону о трговини

Пре свега се уочава **терминолошка измена.** Нови закон користи термин "непоштена тржишна утакмица".

Дефиницију поштене тржишне утакмице није дала ни правна ни економска теорија земаља дугогодишњег капиталистичког начина привређивања. Најчешће се закључује да је поштена тржишна утакмица све оно што није непоштена.

Нови закон даје **дугачију дефиницију појма нелојалне конкуренције (непоштене тржишне утакмице)** у односу на стари.

Чланом 50. став 1. новог закона је дефинисано **да је непоштена тржишна утакмица (нелојална конкуренција) радња трговца усмерена против другог трговца, односно конкурента, којом се крше кодекси пословног морала и добри пословни обичаји и којом се наноси или може нанети штета другом трговцу (конкуренту).**

Новину представља допуна да се не само радње којима се вређају добри пословни обичаји, већ и радње кршења кодекса пословног морала, сматрају непоштеном тржишном утакмицом. Услов је да се штета наноси или може нанети другом трговцу, конкуренту, а више се не наводи да се наноси или може нанети и потрошачу. Ово зато што је заштита потрошача сада регулисана посебним законом.

У члану 50. су набројане радње које нарочито представљају непоштену тржишну утакмицу. Нису идентичне као у претходном закону, па оно што је било садржано у тачки 7. члана 23. старог закона, а односило се на неовлашћену употребу заштићених спољних ознака или употребу ознака које нису заштићене, а могу створити или стварају забуну на тржишту, више није изричито предвиђено као непоштена тржишна утакмица.

Закон у ставу 2. овог члана изриче да је непоштена тржишна утакмица забрањена, а да трговац који претрпи штету због радње непоштене тржишне утакмице, има право на накнаду те штете. Не прописује било које друге захтеве који се могу истаћи у поступку грађанскоправне заштите.

Не предвиђа да дело непоштене тржишне утакмице представља привредни преступ.

Могло би се закључити да ни по овом закону тужилац нема на располагању ништа више од тужбе за накнаду штете.

Заштита имаоца регистрованог жига по прописима о нелојалној конкуренцији

Кумулативна заштита

С обзиром на наведено, тужилац који је активно легитимисан по одредбама Закона о жиговима, **не би могао тражити кумулативно заштиту** и по прописима о жиговима и по прописима о нелојалној конкуренцији, независно од тога да ли се примењује стари или нови Закон о трговини.

Не би могао захтевати да се тужбом утврди да је извршена повреда његовог жига и истовремено да је тиме учињено дело нелојалне конкуренције. Тужба за утврђење дела нелојалне конкуренције не само да није дозвољена, већ за такво утврђење он не би имао ни правни интерес. Заштиту у потпуности остварује утврђењем повреде жига, забраном вршења те повреде и објављивањем пресуде, а сама повреда жига свакако је и акт непоштене утакмице.

Ако носилац жига по Закону о жиговима већ може остварити све оно што тај закон предвиђа, онда не може имати правни интерес да по одредбама овог закона тражи мање, а посебно да тражи оно што тим законом није ни предвиђено.

За утврђење повреде битан је материјално правни пропис који је био на снази односно у примени у време настанка животног догађаја у вези са којим се тужбени захтев и поставља. Ако је догађај био у време важења старог Закона о трговини, носилац жига не би имао правни интерес да заштиту тражи по Закону о трговини, јер је и законом из 2004. и Законом о жиговима из 2009. године имао и има на располагању широку правну заштиту која је овим законима предвиђена.

Алтернативна заштита

Лица овлашћена на заштиту по прописима о жиговима, могу тражити заштиту по тим прописима или по прописима о сузбијању нелојалне конкуренције, дакле **алтернативно – или једну или другу**. Жиг је право које се граничи са правом конкуренције, по схватањима неких теоретичара представља "исечак" права која регулишу конкуренцију. У односу на заштиту по прописима о конкуренцији, његова заштита је шира, квалитативно садржајнија и делотворнија. Ипак, право је избора носиоца права за коју ће се заштиту определити.

Алтернативну заштиту може остварити на више начина. Може прво поднети тужбу због повреде жига са захтевима из Закона о жиговима. Ако захтеви буду правоснажно одбијени, јер нема повреде жига, може новом тужбом тражити накнаду штете због нелојалне конкуренције, у ком случају се неће радити о пресуђеној ствари, јер су акти и радње нелојалне конкуренције шири појам од повреде жига, па су и битне чињенице за пресуђење различите (за повреду жига знаци, али и робе које су њима обележене морају бити идентичне, односно сличне, уз изузетак када се ради о чувеном жигу, а код нелојалне конкуренције се употреба ознака истих или сличних заштићеним може односити и на друге робе).

Ако поднесе две тужбе истовремено, одлука о повреди жига представља претходно питање за одлучивање по другој тужби, па се стичу услови за прекид поступка до правоснажне одлуке по тужби због повреде жига. Ако ти захтеви буду правоснажно одбијени, постоје услови за наставак по тужби заснованој на прописима о сузбијању нелојалне конкуренције. Ако су захтеви правоснажно усвојени, нема правног интереса за вођење другог поступка.

Међутим, може се и у истој тужби истаћи више захтева постављањем примарног и евентуалног захтева у смислу члана 191. став 2. Закона о парничном поступку, тако да суд, уколико нађе да нису основани захтеви по Закону о жиговима (нема повреде жига, па нису основани захтев за утврђење и други из њега произашли), усвоји захтев за накнаду штете проузроковане радњама нелојалне конкуренције.

Ималац нерегистрованог знака који нема обележја општепознатог знака би могао по одредбама старог Закона о трговини поднети тужбу за накнаду штете која је проузрокована коришћењем његових ознака на недозвољен начин. И по новом закону, овом лицу остаје иста могућност.

Спорно може бити питање да ли би носилац жига који је пропустио рок за подношење тужбе због повреде жига предвиђеног у члану 74. закона

(субјективни рок од три године од сазнања за повреду и учиниоца и објективни рок од пет година од дана када је повреда први пут учињена), изигравајући ове рокове, могао тражити заштиту по прописима о нелојалној конкуренцији. Одговор је потврдан, али би могао само истаћи захтев за накнаду штете, а не и друге захтеве. То би био још један од аргумената да по овом закону и може истаћи само тај тужбени захтев, јер би у супротном, ако би могао истаћи све захтеве аналогном применом одредби Закона о жиговима, рокови из Закона о жиговима би били изиграни и обесмишљени.

За потраживање на име накнаде штете важе рокови застарелости. Они су идентичног трајања као и рокови за тужбу због повреде жига (потраживање накнаде штете застарева у року од три године од сазнања за штету и лице које је штету учинило, односно у року од пет година од када је штета настала). На рокове за подношење тужбе суд пази по службеној дужности, а на застарелост потраживања само по приговору туженог. С обзиром на могућност да такав приговор не буде истакнут, носилац права би имао интерес за заштиту по овим прописима.

Уместо закључка

Знаци за обележавање роба (и услуга) штите се по прописима о жиговима и прописима о сузбијању нелојалне конкуренције.

Знаци који су заштићени у управном поступку пред Заводом за интелектуалну својину (реистровани жигови) и општепознати знаци у смислу члана 6. *bis* Париске конвенције за заштиту индустријске својине, могу се штитити алтернативно - или по одредбама Закона о жиговима, или по одредбама о нелојалној конкуренцији (поштеној утакмици) Закона о трговини.

Имаоци права по Закону о жиговима могу поставити све или неке од тужбених захтева који су тим законом прописани.

По Закону о трговини могу захтевати само накнаду штете по општим правилима о накнади штете, јер тужба за утврђење дела нелојалне конкуренције или за утврђење да су извршени акти и радње нелојалне конкуренције није дозвољена, с обзиром да овим законом није предвиђена.

Имаоци нерегистрованих ознака, које немају карактер општепознатих ознака, грађанскоправну заштиту остварују по прописима о нелојалној конкуренцији, тужбом за накнаду штете.

Младен Николић,
судија Привредног апелационог суда

ЗАКОН О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ

Основне одредбе и заједничке одредбе о извршењу

Уводне напомене

Реформа правосудног система Републике Србије, у једном свом делу подразумева растерећење судова у погледу одређених надлежности и тиме децентрализацију судског система. Ово ће бити нарочито изражено када се у целости почне примењивати Закон о извршењу и обезбеђењу [1](у даљем тексту: Закон), који уређује извршење на знатно другачијим основама. Иако увођење извршитеља у правосудни систем Србије представља најзначајнију новину у Закону, која пре свега треба да растерети судове, потребно је указати на низ новина предвиђених Законом, а које су веома значајне и односе се на основне одредбе Закона, те заједничке одредбе о извршењу. Циљ, који законодавац, очигледно, жели да постигне доношењем Закона, јесте убрзање поступка и ефикасно спровођење извршења.

У овом реферату указаћемо на новине које се тичу наведених одредби, са освртом на правне лекове, те посебно, нагласити, на шта, по нашем мишљењу, треба да обрате пажњу судови – судије у поступању, као и која су могућа спорна питања, која се намећу у овом тренутку.

Обзиром да се Закон већ примењује (у основним и привредним судовима), сматрали смо за потребно да дамо приказ одредби, које се пре свега односе на: надлежност и састав суда, примене одредби из других закона која налажу прекид или одлагање извршења, извршне исправе, веродостојне исправе, обим извршења, прелаз и пренос потраживања, достављање, враћање у пређашње стање, вештачење, изузеће, делегацију суда, предлог за извршење и правне лекове. Ради се о основним одредбама као и заједничким одредбама закона које доминантно утичу на поступање судова.

---

[1] Службени гласник Р. Србије бр.31/11, ступио на снагу 17.05.2011. године, примењује се од 17.09.2011. године, а одредбе о извршитељима од 17.05.2012. године

Уз приказ наведених одредби, покушаћемо да идентификујемо и одређена спорна питања, која би се могла појавити у њиховој примени, те изнети могуће одговоре на та спорна питања. Свакако да је потребан дужи временски период примене Закона, да би се искристалисала сва спорна питања која ће се појавити у судској пракси. Управо због објективне опасности да судска пракса постане шаролика, јер ће у извршењу у првом и другом степену поступати 34 основна суда (без судских јединица) и 16 привредних судова, сматрамо да је од самог почетка, веома важно, изнаћи начине да се пракса уједначи и да се на тај начин избегну значајнија одступања у одлукама судова у истим ситуацијама.

Основне одредбе

1. Надлежност, састав суда, одлагање извршења

Основни и привредни судови у складу са Законом о уређењу судова [2], доносе одлуке у поступку извршења и обезбеђења и у првом и у другом степену. Основни судови ће спроводити извршење одлука у вези са породичним односима, као и одлука о враћању запосленог на рад и то ће бити искључива надлежност суда и када извршитељи буду преузели свој део надлежности за спровођење извршења.

Опште месно надлежан суд за одређивање извршења је онај на чијем подручју извршни дужник има пребивалиште или боравиште, односно седиште, уколико закон другачије не одређује. Закон у каснијим одредбама, када се говори о различитим средствима извршења прописује и месну надлежност која се не подудара са општом месном надлежношћу из члана 3. Закона. Већ у ставу 4. поменутог члана у погледу извршења или обезбеђења на непокретностима, као и у погледу такозваног исељења из непокретности, одређена је месна надлежност суда, на чијем се подручју налази непокретност.

У првом степену одлуке доноси и поступак води судија појединац, а у другом степену, веће састављено од троје судија истог суда. Могући су проблеми при формирању већа у мањим судовима (судови и судске јединице са пет судија), посебно у случајевима, када из различитих разлога, у суду буде недостајао један или двоје судија. Проблем узрокује чињени-

[2] "Службени гласник РС", број 116/08; 104/09 и 101/10, види чланове 22. и 25.

ца да у већу од троје судија које одлучују о правном леку, не треба да буде судија који је донео одлуку у првом степену.

Судијски помоћник може да предузима све радње у поступку осим доношења одлука. Обзиром да је чланом 36. став 1. Закона, прописано да се одлуке доносе у форми решења, али и закључка мишљења смо, да судијски помоћник може ипак доносити све закључке којима се управља поступком. Закључак којим се управља поступком, не представља одлучивање у поступку.

Судија ће моћи налогом овластити судијског помоћника да обавља и послове судског извршитеља. Чини нам се да је за овакву одредбу законодавца руководила чињеница да ће извршитељ (мислимо на вансудског извршитеља) бити дипломирани правник са положеним испитом за извршитеља. Међутим, треба имати у виду, да су судијски помоћници дипломирани правници са положеним правосудним испитом, који их квалификује за послове судије. До почетка примене одредби Закона које се односе на извршитеље, до када ће бити донети и подзаконски акти који између осталог регулишу право, као и висину награде за извршитеље (вансудске и судске) не би требало издавати налоге да судијски помоћници поступају као судски извршитељи.

Одлагање у поступку извршења и обезбеђења није дозвољено ни по предлогу извршног дужника али ни извршног повериоца. Када неки други закон, као нпр. Закон о приватизацији[3] налаже прекид, одредбе тог посебног закона, неће се примењивати у извршном поступку који се спроводи по предлогу за извршење ради наплате новчаног потраживања из радног односа. У овом случају, суд ће одредити застој поступка у складу са одредбама Закона о парничном поступку. У конкретном случају, то би значило да би застој трајао до окончања поступка реструктурирања субјекта приватизације, па нема суштинске разлике од прекида односно одлагања извршења. Имајући у виду неколико одлука које је по преставкама запослених, односно бивших запослених, донео Европски суд за људска права, у погледу исплате новчаних потраживања проистеклих из радног односа, мислимо да би било исправније и целисходније да је измењен Закон о приватизацији и да су поменута потраживања изузета од дејства одредби која забрањују извршење или налажу прекид извршења.

[3] "Службени гласник РС", број 38/01;18/03....;123/07; 30/10, види члан 20ж

Заједничке одредбе о извршењу

1. Извршне исправе

Први пут, се правноснажној одлуци суда, за разлику од свих претходних закона о извршном поступку, који су предвиђали извршност, даје својство извршне исправе. Иако префикс-извршна, никако не одговара правоснажности, очигледно је законодавац, да би омогућио извршном повериоцу да што једноставније и брже започне поступак извршења, извршног повериоца, ослободио обавезе да прибавља у формалном смислу потврду извршности. Овај закључак се може извести из одредбе члана 15. Закона , који у ставу 4. предвиђа да се на захтев странке, стави белешка на извршну исправу или изда посебна потврда, да је наступила извршност. Иако се то не може експлицитно закључити, направљена је разлика између формалних услова за покретање поступка извршења, јер је довољно уз предлог за извршење приложити извршну исправу са потврдом правноснажности[4] и материјалних услова за приступање извршењу, за које законодавац ипак захтева и да је прошао рок за добровољно испуњење. Наведено је значајно разликовати и уочити, пре свега код оцене уредности предлога за извршење, о чему ће бити посебно речи. Када је у питању поравнање, закон више не предвиђа могућност да се доспелост потраживања из поравнања доказује у парничном поступку. Ово захтева додатну прецизност и јасноћу од судија пред којима странке на записник закључују поравнање. Иако Закон садржи генералну одредницу да су извршне исправе и све оне исправе које су другим законом прописане као такве, ипак је у одредбу у којој су набројане извршне исправе уврстио и: извод из регистра заложних права на покретним стварима и правима и извод из регистра финансијског лизинга који садржи податке о уговору о финанасијском лизингу и предмету финансијског лизинга; уговор о хипотеци, односно заложну изјаву, сачињену сагласно прописима којима се уређује хипотека; усвојен план реорганизације у стечајном поступку, чије је усвајање потврђено одлуком суда и извршну одлуку која је потврђена као Европска извршна исправа;

2. Веродостојне исправе

Већ у члану 1. Закона, осим домаће веродостојне исправе наводи се и страна веродостојна исправа, што коначно отклања дилему које су изазивали претходни закони о извршном поступку, обзиром да нису екс-

[4] Види члан 34. став 4. Закона

плицитно предвиђали могућност извршења на основу стране веродостојне исправе. Судска пракса је због наведеног, била таква да су судови, у највећем броју случајева одбијали предлог за извршење који је био поднет на основу стране веродостојне исправе.

Веродостојне исправе које су таксативно набројане у Закону[5], су већином оне исте које су и до сада биле предвиђене ранијим законима о извршном поступку. Новост је, да фактуру мора да прати додатна исправа и у том смислу извршни поверилац дужан је да достави отпремницу или неки други писмени доказ да је извршни дужник обавештен о насталој обавези. Наведено није случајно, јер је поступак по приговору на основу веродостојне исправе другачије конципиран и било је потребно појачати доказну снагу фактуре као једностраног акта извршног повериоца.

Привремена, као и окончана ситуација уврштене су у круг веродостојних исправа, што нам се чини логичним, јер исте садрже сличне елементе као и фактура (врста извршених радова, количина, цена) али мислимо да би привремена, као и окончана ситуација, да би имале доказну снагу и биле основ за дозволу извршења, морале бити потписане од овлашћеног лица извршног дужника (најчешће ће то бити надзорни орган), подразумева се и извршног повериоца. Нова веродостојна исправа је и обрачун о награди и накнади адвоката, који о свему, у ствари, има значај фактуре.

Обзиром да законодавац у члану 18. Закона, само код менице и чека, те фактуре, назначава да то могу бити исправе и страног лица, могло би се закључити, а то је наш утисак, да је само за ове стране веродостојне исправе предвиђено да могу бити основ за дозволу извршења. Овакав закључак следи из разлога јер је одредба члана 18. посебна одредба закона у односу на одредбу из члана 1, који садржи као основ извршења и страну веродостојну исправу. Због наведеног се ова одредба (члан 18) као посебна, у односу на општу (члан 1) има применити.

3. Обим извршења

Извршење се одређује оним средствима и на оним предметима, које извршни поверилац назначи у предлогу за извршење али се одређује и на целокупној имовини извршног дужника, када тако предложи извр-

[5] Види члан 18. Закона

шни поверилац. У овом другом случају, извршни поверилац не назначава средство (а) извршења, односно, предмет, већ у предлогу за извршење или уз исти, захтева добијање изјаве извршног дужника о његовој имовини.

Ово је потпуно нов приступ у извршном поступку, јер у овом случају, након добијања података о имовини или идентификације имовине извршног дужника, суд закључком (а претходно је донето решење о извршењу) одређује средство (а) и предмет извршења. Још једна значајна новост је, да у ситуацији, када су одређена средства и предмет извршења, се иста, у току поступка могу мењати закључком, по предлогу извршног повериоца или по службеној дужности, што значи да рок, у коме се то може предложити или учинити, није ограничавајући фактор.

4. Пренос и прелаз потраживања или обавезе

Одредба[6], која регулише институт пренос и прелаз потраживања или обавезе, за разлику од ранијих законских решења, када је прелаз и пренос био могућ само у иницијалној фази – одређивања извршења, сада омогућава да се потраживање из извршне исправе (дакле не из веродостојне исправе) преноси или прелази и након што је извршење одређено.

То значи, да у фази спровођења извршења, након што је донето решење о извршењу, суд, закључком, одлучује о прелазу и преносу потраживања или обавезе, утврђујући да је нови извршни поверилац или нови извршни дужник ступио на место ранијег. Било да се ради о новом (стицалац) извршном повериоцу или новом извршном дужнику, он прима поступак у стању у каквом се тог тренутка поступак налази. Наведена новина ће умногоме олакшати положај, пре свега оних лица, која ступају на место ранијег извршног повериоца, јер су до сада у случају преноса потраживања, морала подносити нов предлог за извршење, што је значајно успоравало поступак и значило и нове трошкове.

5. Достављање

У погледу достављања у поступку извршења, уводи се претпоставка да адреса из личне карте, када је у питању физичко лице као извршни дужник, односно из Агенције за привредне регистре, када је у пита-

[6] Види члан 23. Закона

њу правно лице или предузетник, одговара стварној адреси пребивалишта односно седишта.

На ту адресу коју је извршни поверилац дужан да достави, врши се достављање. У случају да се на адреси која одговара адреси из личне карте или из Агенције за привредне регистре достављање није могло извршити у року од радних пет дана од дана када је писмено упућено примаоцу, достава се врши истицањем на огласну таблу суда. У том случају достава је извршена по протеку пет радних дана од дана истицања на огласну таблу суда.

Изузетак постоји, у случају, када се доставља решење о извршењу на основу веродостојне исправе, јер је суд дужан да након једне неуспешне доставе, у року од пет радних дана, по протеку 15 дана (од истека поменутих пет радних дана), покуша још једном достављање на истој адреси. Уколико поновно достављање не би било успешно, достава се врши преко огласне табле суда.

Треба истаћи, да, када је у питању достављање у извршном поступку који се води на основу извршне исправе и његов утицај на ефикасност и брзину поступка, тај утицај није од значаја као у парничном поступку. Ово истичемо из разлога, да би судови у свом поступању, пре свега обратили пажњу на одредбе, а оне су заступљење у највећем броју случајева, предузимали законом прописане извршне радње и пре доставе решења о извршењу извршном дужнику. То су радње које се тичу: пописа и одузимања покретних ствари, спровођења разних чинидби (осим исељења), пленидбе новчаног потраживања извршног дужника и слично.

6. Враћање у пређашње стање, вештачење, изузеће, делегација надлежности

Закон као правило, прописује да враћање у пређашње стање није дозвољено и прави изузетак само у случају пропуштања рока за изјављивање приговора против решења о извршењу. У овом случају, у погледу оправданости разлога за пропуштање, као и рокова за подношење предлога, те дозвољености и уредности предлога, примењују се одредбе из Закона о парничном поступку. Значајно је указати да поднети предлог враћања у пређашње стање не спречава спровођење извршења.

У намери да постигне што већу ефикасност у поступку извршења, законодавац је искључио могућност вештачења у извршном поступку.

Иако су, можда, до сада, судови у неким случајевима, непотребно одређивали вештачење, чиме би се поступак пролонгирао, мишљења смо да је у појединим ситуацијама, односно, приликом предузимања појединих извршних радњи, вештачење или помоћ стручног лица или проценитеља, неопходна. Судови, без ангажовања стручног лица, у случају, када је извршни дужник измирио део новчаног потраживања, неће моћи правилно одлучити у погледу чињенице, која се тиче висине потраживања извршног повериоца. Ово посебно, због примене материјалног права из одредбе члана 313. Закона о облигационим односима, према којој одредби се урачунавање камата и трошкова врши на тај начин да се прво отплаћују трошкови, затим камата и најзад главница. Ово правило које наређује Закон о облигационим односима, захтева, посебну стручност лица које врши обрачун потраживања, односно камате и с тим у вези висине потраживања, те је сигурно да судови не располажу о оваквим знањима. Да ли ће судови, сами, прибећи примени компјутерских програма, који постоје и доступни су за израчунавање камате, посебно је питање, али нам се ово чини, као једина могућност, уколико не би ангажовали стручно лице. Код утврђивања вредности покретних ствари, у случају да је реч о племенитим металима, уметничким делима или неким другим драгоценостима, ипак ће бити неопходно прибавити мишљење овлашћеног проценитеља, као стручног лица, како би се вредност правилно утврдила. Судски извршитељ нема знања ни могућност, да процени да ли је неки метал од кога је сачињен предмет, племенит или не, нити да утврди да ли је слика, оригинал или само репродукција. Ангажовање проценитеља, не би требало сматрати вештачењем у извршном поступку. Слично је и код утврђивања вредности непокретности, где би суд морао прибавити, извештај пореске управе, или нпр. извештај две реномиране агенције које се баве прометом непокретности. У случају предаје парцела и с тим у вези њихове идентификације, биће неопходно ангажовање геодетске службе, јер суд без помоћи ове службе неће моћи спровести извршење.

Све горе наведене радње, не треба изједначавати са вештачењем, него их треба третирати, као помоћ стручног лица у спровођењу извршења.

Изузеће и предлог за одређивање другог стварно или месно надлежног суда је било средство за којим су извршни дужници посезали, да би и на овај начин пролонгирали испуњење своје обавезе и тиме поступање по извршној исправи.

Сада је изузеће дозвољено само у односу на поступајућег судију (појединца или члана већа) али само до доношења одлуке о приговору на решење о извршењу и захтев за изузеће нема суспензивно дејство. Разлози за искључење се цене у свему према одредбама Закона о парничном поступку.

Предлог за одређивање другог стварно и месно надлежног суда (такозвана делегација надлежности) није дозвољена.

7. Садржина предлога за извршење и прилози

Осим општих података, (имена, односно назива странака, извршна исправа, обавеза) који су и до сада били обавезни део садржине предлога за извршење и тиме услов за уредност предлога, извршни поверилац ће према свом опредељењу, наводити средство (а), предмет извршења или захтевати да се извршење спроведе на целокупној имовини извршног дужника. Као и до сада, у привредним стварима, неопходно је назначити матични број странака, порески идентификациони број, а за страна лица одговарајући идентификациони број, те и бројеве рачуна код банке и називе банака за обе странке.

Додатно и то је новост, када је у питању извршење на рачуну извршног дужника, а према члану 184. Закона, у предлогу извршни поверилац је дужан назначити и: врсту камате (према Закону о висини стопе затезне камате; домицилна; уговорна) те начин обрачуна камате за период за који се иста обрачунава. За овај податак извршни поверилац ће очигледно морати да затражи помоћ, односно упутства неког стручног лица. Када је извршни дужник Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, у предлогу ће морати бити назначен и корисник буџетских средстава, због чијег је рада настало потраживање. На пример, неко од републичких министарстава, секретаријата у покрајини или граду.

Одређени подаци (број рачуна код банке, матични и порески идентификациони број, назив корисника буџетскх средстава) не морају бити наведени, ако извршни поверилац пружи доказ да је те податке безуспешно тражио од извршнг дужника. У том случају, затражиће их суд од организације за принудну наплату или то може учинити сама странка.

Уз предлог за извршење се прилаже извршна исправа, у оригиналу или овереној копији или препису, са потврдом правноснажности (више није потребна потврда извршности), а ако је реч о одлуци која се извр-

ва пре правоснажности (нпр. привремена мера) иста не мора да садржи потврду правоснажности. Када се тражи извршење на основу веродостојне исправе иста мора бити у оригиналу или овереној копији, а када је у питању страна веродостојна исправа, она мора бити преведена од стране судског преводиоца на језик који је у службеној употреби у суду.

Недостатак неког од садржаја на који је указано као и прилога, биће разлог да се предлог за извршење одбаци, ако га је поднео адвокат пуномоћник, односно да се врати подносиоцу, који нема адвоката пуномоћника, на уређење, а у складу са одредбама Закона о парничном поступку.

8. Правни лек, приговор трећег лица, отклањање неправилности

Као и у Закону о извршном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 28/2000) правни лек у поступку извршења и обезбеђењу је приговор. Рок за изјављивање износи пет радних дана од дана достављања решења (у рок се не рачунају дани викенда и званични празници) и може се изјавити само у случају да је законом прописано да је приговор дозвољен.

Веће од троје судија основног или привредног суда, дужно је да одлучи о приговору у року од пет радних дана од дана када је приговор достављен и непоступање судије, сматра се несавесним радом судије.

Против закључка који доноси суд, правни лек није дозвољен.

Као и раније у поступку извршења и обезбеђења није дозвољена ревизија, нити понављање поступка. Обзиром, да ће највероватније, захтев за заштиту законитости, као ванредно правни лек изостати у најављеном новом Закону о парничном поступку, имаћемо ситуацију да се у поступку извршења, правна заштита у оквиру судског система, завршава на нивоу суда првог степена.

Посебно очекујемо да ће се појавити једно значајно питање, а оно се тиче правног лека у поступку обезбеђења. Конкретно, у поступку одређивања привремене мере. Мишљења смо да о овом проблему треба поступити опрезно и да само у ситуацији када је о предлогу за одређивање привремене мере одлучено пре покретања неког другог поступка (у тој ситуацији одлучује извршни судија), најчешће парничног, да би правни лек био приговор у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу. У другим ситуацијама, а то ће најчешће бити случај када се у парничном поступку одређује привремена мера, односно одлучује о предлогу за одређивање привремене мере, правни лек

би морао бити онај који је прописан Законом о парничном поступку, а то је жалба и о њој би одлучивао непосредно виши суд. Привременом мером, као средством обезбеђења, одлучује се о веома значајним правима странака, и то правима која често задиру у имовинске или статусне односе, па би било неопходно омогућити да странке имају у правом смислу делотворан правни лек, а то је жалба непосредно вишем суду.

Значајне новине, тичу се разлога за приговор на решење о извршењу на основу извршне исправе. За разлику од претходних Закона о извршном поступку који су у правном леку дозвољавали изношење свих разлога који спречавају извршење, а примерице набрајали поједине разлоге, Закон таксативно набраја разлоге. То значи да осим разлога који су набројани[7], други разлози у приговору нису дозвољени. Треба указати да је изостављен разлог који су извршни дужници у пракси најчешће користили, а то је: "да је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после извршности одлуке или пре тога, али у време кад извршни дужник то није могао да истакне у поступку из ког потиче извршна исправа, односно ако је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после закљученог поравнања[8]". Међутим, тако делује, само на први поглед, а није у потпуности тако. Ово из разлога јер тачка 1. члана 42. Закона, као разлог за приговор прописује: "ако је обавеза из решења о извршењу испуњена". Због наведеног разлога, најчешће су извршни дужници изјављивали правни лек, подводећи га под поменуту тачку 8. члана 15. Закона о извршном поступку, тако да је у оба случаја (и сада и по ранијим законима) реч о престанку обавезе, испуњењем.

Разлог за приговор, који је као нов уведен јесте да је извршна исправа апсолутно ништава. Имајући у виду начело формалног легалитета, које прокламује и овај закон[9], те имајући у виду да својство извршне исправе има правоснажна одлука суда, мишљења смо да, веће од троје судија, које одлучује о приговору у извршном поступку, није овлашћено, нити надлежно, да цени да ли је одлука-извршна исправа апсолутно ништава. Могло би бити речи само о одлукама у којима је суд дозволио располагање странака које је супротно императивним прописима, а да ли је то заи-

[7] Види члан 42. Закона

[8] Види члан 15. тачка 8. Закона о извршном поступку - "Службени гласник РС", број 125/04

[9] Види члан 8. Закона

ста и учињено у поступку у коме је донета извршна исправа, надлежан је да цени суд који одлучује о правним лековима у том поступку. Ако би, веће, које одлучује о приговору, у поступку извршења преузело ингеренције, да доноси одлуку о томе да ли је извршна исправа апсолутно ништава, то би било у директној супротности са начелом формалног легалитета.

Законом није предвиђена могућност да се правни лек – приговор, може изјавити и по истеку рока који је за изјављивање приговора прописан. Таква могућност је Законом о извршном поступку (из 2004. године) била предвиђена, али само за изјављивање жалбених разлога из поменутог члана 15. тачка 8. наведеног закона, (ако је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после извршности одлуке или пре тога, али у време кад извршни дужник то није могао да истакне у поступку из ког потиче извршна исправа, односно ако је потраживање престало на основу чињенице која је наступила после закљученог поравнања). Сада када је законодавац изоставио као разлог за приговор некадашњу тачку 8. члан 15. из Закона о извршном поступку (2004. година) и предвидео, односно, свео је, само на испуњење обавезе, очигледно да је сматрао да треба изоставити и могућност да се приговор може изјавити по истеку рока који је за правни лек прописан Законом.

Судија појединац, може одлучивати како о приговору извршног дужника на решење о извршењу, тако и о приговору извршног повериоца на решење којим је одлучено о предлогу (одбијен или одбачен) односно о трошковима поступка, што у овом делу у односу на извршног повериоца представља новост.

Када судија појединац одлучи о приговору дозвољен је даљи приговор већу од троје судија истог суда.

У случају да судија појединац оцени да је приговор неоснован, већу истог суда доставља фотокопију списа ради одлучивања о приговору, али истовремено и наставља спровођење извршења.

Поступак који регулише одлучивање о приговору који је изјављен на решење о извршењу на основу веродостојне исправе, претрпео је значајне измене и представља, на одређени начин, комбинацију тзв. "скраћеног извршног поступка"[10] и "класичног" поступка извршења на основу веродостојне исправе.

[10] Види одредбе чланова 252-259. Закона о извршном поступку - "Службени гласник РС", број 125/04

Разлози за приговор су таксативно прописани, при чему законодавац назначава да се искључиво из тих разлога може побијати решење о извршењу. За највећи број разлога које истиче у приговору, извршни дужник је у обавези да достави писмене исправе којима доказује наводе из приговора. На пример, тврдња да је у веродостојну исправу унет неистинит садржај, доказује се правноснажном одлуком суда којом је утврђена неистинитост веродостојне исправе или изводом из Централног регистра хартија од вредности. За тврдњу да је обавеза извршена или је на други начин престала, доставља се налог за плаћање у писменој или електронској форми.

Даљи поступак по приговору зависи од чињенице да ли се решење о извршењу побија само у делу у коме је одређено извршење или у целини, односно у делу којим је обавезан извршни дужник да намири новчано потраживање.

У случају да се побија само део решења којим је одређено извршење, поступак је исти као по приговору против решења о извршењу на основу извршне исправе. У другом случају, о приговору одлучује судија (појединац), који је донео решење о извршењу и приговор има суспензивно дејство, са изузетком, ако је веродостојна исправа, меница.

Извршни дужник мора приложити доказе за разлоге које износи у приговору и из приложених доказа мора произилазити вероватност навода које је истакао у приговору. У супротном, ако су изостали писмени докази или нису таквог квалитета да чине вероватним основаност навода, судија појединац је дужан да приговор одбије. Против решења судије појединца дозвољен је приговор већу од троје судија истог суда. Обзиром да приговор изјављен против решења о извршењу на основу извршне исправе[11] не одлаже извршење, а овде је реч о извршењу на основу веродостојне исправе, те Закон само у односу на меницу прописује несуспензивност дејства приговора, мишљења смо да приговор изјављен против одлуке судије појединца којим одбија приговор извршног дужника (када су питању друге веродостојне исправе), треба да има суспензивно дејство.

Ако извршни дужник учини вероватним наводе из приговора, судија појединац ће донети решење којим ставља ван снаге решење о извршењу у делу којим је одређено извршење и одредити да се поступак наставља као поводом приговора против платног налога. Против овог решења није дозвољен приговор већу од троје судија. Закон ништа не "говори"

[11] Види чл. 40. ст. 4. Закона

о томе, да ли ће судија који доноси поменуто решење водити рачуна о месној надлежности парничног суда, те се по нашем мишљењу имају у том делу применити одговарајуће одредбе Закона о парничном поступку, које регулишу издавање платног налога[12].

Морамо, у овом реферату, изнети мишљење да ће описани поступак, по приговору на решење на основу веродостојне исправе, обзиром да постоји обавеза извршног суда да улази у меритум одлучивања о новчаној обавези извршног дужника, изискивати одговарајући број судија и добру припремљеност суда, да би се могло ефикасно поступати са великим бројем предмета који су присутни у овој материји, али истовремено и доносити правилне и законите одлуке.

Услови за изјављивање приговора трећег лица су непромењени, али је ново да Закон више не предвиђа могућност да треће лице без упута извршног суда, покрене парнични поступак. Ово може, за последицу имати, ситуацију да ће парнични суд одбацити тужбу коју треће лице поднесе, без упута извршног суда. Међутим, како Закон у ставу 3. члану 50. прописује да ће се одбацити приговор трећег лица у случају да оно не учини вероватним да у погледу предмета извршења има право које спречава извршење, а даље, не прописује да је против ове одлуке дозвољен приговор, чиме судија појединац правноснажно решава о приговору, мислимо да би због наведеног, постојао правни интерес из члана 189. Закона о парничном поступку, за подношење тужбе и без упута извршног суда. Ако не би било прихваћено изложено схватање, онда би требало тумачити одредбу става 6. члана 50. Закона (која прописује да против упута трећег лица на парницу није дозвољен приговор, што није било потребно када се има у виду члан 39. став 2.[13]), у контексту става 3. истог члана (применити супротно тумачење - *argumentum a contrario*) и закључити да је законодавац, ипак, за одбачај приговора трећег лица дозволио могућност изјављивања правног лека тј. приговора већу истог суда. У супротном, ако би приговор био недозвољен, а тужба без упута извршног суда такође недозвољена и тиме одбачена, трећа лица, која најчешће приговор изјављују као власници ствари, би била ускраћена у погледу остварења права која се тичу заштите имовине.

Посебан проблем који ће за трећа лица произвести Закон, јесте чињеница да је законодавац искључио могућност одлагања извршења и тиме

[12] Види чл. 460. Закона о парничном поступку

[13] "Против решења суда може се изјавити приговор, само када је овим законом прописано да је приговор дозвољен"

ускратио право трећем лицу, да у случају када га извршни суд упути на парницу ради проглашења да је извршење недопуштено, предложи одлагање до окончања парничног поступка. Поставља се питање шта ће бити у случају, када треће лице успе у парници и извршење правноснажном одлуком суда буде проглашено недопуштеним на одређеном предмету, а извршење у међувремену буде спроведено. Једино ће преостати могућност да треће лице тражи накнаду штете у посебном парничном поступку.

Као и до сада, Законом је предвиђена могућност да странке и учесници у поступку поднеском захтевају од суда да отклони неправилности учињене у току и поводом спровођења извршења. Суд у том случају одлучује решењем против кога је, сматрамо, дозвољен приговор[14] . Суд може одбити захтев или решењем утврдити постојање неправилности и отклонити неправилности, односно наложити отклањање неправилности.

Ово средство за које верујемо да ће бити често коришћено (посебно када почну радити вансудски извршитељи), посебан значај ће имати у поступку извршења на непокретности. Разлог томе је да против одлуке (закључка) о предаји непокретности није дозвољен приговор, него се у случају да странка или учесник сматра да постоје неправилности у поступку извршења непокретности, може захтевати само отклањање неправилности. Усвојени захтев за отклањање неправилности не утиче на извршену продају, него је основ за евентуалну накнаду штете. Имајући у виду значај који има закључак о предаји непокретности купцу, обзиром да је исти основ за упис права својине у одговарајућем регистру, сматрамо да судови морају бити посебно обазриви када поступају у фази, када се заказује продаја непокретности и када се продаја спроводи, како би се у тим фазама избегле било какве неправилности и како би се стриктно испоштовало све оно што Закон прописује. Ово и из разлога јер евентуална неправилност која би била утврђена, може бити основ и за накнаду штете, за коју би у неким случајевима могао бити одговоран и суд као државни орган.

Поступак извршења прописан је, као, искључиво писмени поступак[15], што значи да у поступку извршења, судови неће моћи одржавати рочишта, с тим што сматрамо да од рочишта треба разликовати усмена и јавна надметања која се одржавају приликом продаје нпр. покретних или непокретних ствари.

[14] Види чл. 131. ст. 4. Закона
[15] Види члан 28. Закона

Реферати
Апелационог суда у Београду

Зорана Делибашић,
судија Апелационог суда у Београду

ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ГРАЂАНСКОМ СУДСКОМ ПОСТУПКУ

Једнакост људи је основни принцип организованог друштва. Правило о забрани дискриминације познају сви међународни документи о људским правима, као и устави већине земаља света.[1]

Свеобухватни правни режим забране дискриминације истовремено одређује општу забрану дискриминације, облике и случајеве дискриминације, као и поступке заштите од дискриминације.[2]

Појам дискриминације

Општа забрана дискриминације прописује начело једнакости, што подразумева да сви уживају једнак положај и правну заштиту, без обзира на лична својства. То истовремено значи да су сви дужни да поштују начело једнакости, односно забрану дискриминације.[3]

Закон о забрани дискриминације (у даљем тексту Закон) дискриминацију дефинише као свако неоправданоављење разлике или неједнако поступање, односно 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 које 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,

[1] 1. Повеља Уједињених нација (1945), тачка (ц) члан 55; 2. Универзална декларација о људским правима члан 1. и 2; 3. Пакт о грађанским и политичким правима (1966), члан 20, став 2; 4. Протокол број 12 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (2005); 5. Устав Републике Србије (2006), члан 21.

[2] Закон о забрани дискриминације ("Службени гласник РС", број 22/2009)

[3] Члан 4. Закона о забрани дискриминације.

чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима.

Облици и посебни случајеви дискриминације дефинисани су у главама II и III, у члановима 5. до 27. Закона и нису предмет овог саопштења.

Заштита од дискриминације

Кривични законик Републике Србије, поред Закона о забрани дискриминације и других прописа,[4] садрже више чланова који штите од дискриминаторних поступака, па се, према наведеним прописима, заштита од дискриминације остварује у кривичном, грађанском и управном поступку.

Врсте грађанскоправне заштите од недопуштене дискриминације

Захтев за заштиту од дискриминације према члану 41. овог закона остварује се подношењем тужбе суду. У поступку се сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку.

Поступак је хитан. Ревизија је увек дозвољена, без обзира на вредност спора.

За суђење је стварно надлежан основни суд, мада је у нацрту Закона био предложен виши суд због значаја спора.

Поред суда опште месне надлежности, месно је надлежан и суд на чијем је подручју пребивалиште, односно седиште тужиоца[5].

Судска заштита је како превентивна, тако и реактивна, како коначна, тако и привремена, како главна, тако и споредна.

Тужба за пропуштање је превентивне природе, док су реактивне тужбе за уклањање, за утврђење, за накнаду штете и за објављивање пресуде[6].

Привремена заштита остварује се одређивањем привремене мере[7].

[4] Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом ("Службени гласник РС" бр. 33/2006) и др.
[5] Члан 42. Закона.
[6] Члан 43. Закона.
[7] Члан 44. Закона.

Тужба за пропуштање

Тужбени захтев за пропуштање је захтев дискриминатору, односно тужба против дискриминатора, да се уздржи од радње која је противна забрани од дискриминације. Овом тужбом заштита се остварује тако што се захтева да се дискриминатор уздржи од одређене радње коју још није започео да врши; да се уздржи од даљег вршења радње која је започета и да се уздржи од понављања одређене свршене радње[8].

Угроженост од дискриминације приметна је у свим наведеним ситуацијама.

Смисао ове тужбе је спречавање опасности, па је њен циљ превентиван.

Активну легитимацију, тј. право да тражи превентивну заштиту има лице које је угрожено опасношћу од дискриминације, као и блиски сродници умрлог, када је дискриминаторна радња уперена на њихово право на пијетет.

Пасивно је легитимисан сваки актер дискриминације која се припрема, која је у току, односно која се понавља. Саизвршилац, подстрекач и помагач нису јединствени субпарничари, не сматрају се једном странком и не морају сви бити обухваћени тужбом.

Правни интерес за подношење ове тужбе се не захтева.

На тужиоцу је терет доказивања постојања конкретне и озбиљне опасности од извршења, настављања или понављања дискриминаторне радње. На туженом је терет доказивања да опасност више не постоји.

Кривица дискриминатора није услов за постојање дискриминације, као ни настанак штете (материјалне и нематеријалне).

Рок за подношење тужбе није прописан, јер се заштита може тражити све док постоји опасност.

Тужба за утврђење

Тужбени захтев за утврђење је захтев да се утврди да је повређено право на једнакост (да се не буде дискриминисан). Ова тужба је од наро-

[8] Забрана одржавања најављеног скупа који дискриминише људе због сексуалног опредељења; Забрана бојкота ХИВ заражене популације; Забрана даваоцу услуга, који је већ одбио да дозволи Ромима приступ објекту.

читог интереса за тужиоца када тужени оспорава правну природу радње и њене последице тврдећи да је његово понашање допуштено. По тужби за утврђење пресудом се решава спор о допуштености радње и опстанка насталог стања.

По својој природи ово је самостална тужба, независна од захтева за пропуштање или уклањање.

Терет доказивања дискриминације је на тужиоцу, као и то да је тужени извршио дискриминаторну радњу.

Ни за ову врсту тужбе кривица дискриминатора није услов, као ни штета као даља последица дискриминаторне радње.

За подношење ове тужбе не захтева се постојање правног интереса, који је иначе у другим случајевима процесна претпоставка за подношење тужбе за утврђење[9].

Тужба за уклањање

Тужбени захтев за уклањање је правно призната могућност лица према коме је извршена дискриминација да тражи од суда да нареди лицу које врши дискриминацију да изврши одређену радњу којом ће уклонити стање противно забрани дискриминације. Ова тужба се подноси када стање дискриминације још увек траје. Ради се о реактивној тужби, јер се заштита односи на стање које траје. За разлику од захтева за пропуштање, тужбени захтев за уклањање односи се на другу радњу, различиту од дискриминаторне радње која има за циљ да отклони последице дискриминације.

Од дискриминатора се може тражити извршење сваке радње којом се одстрањује стање супротно забрани дискриминације, према околностима сваког конкретног случаја[10].

За ову тужбу битно је да стање дискриминације траје. Уколико дискриминација више не траје, тада има места подношењу тужбе за пропуштање понављања дискриминаторне радње, ако је наступила штета тужбе за накнаду штете, али не и тужбе за уклањање.

---

[9] Члан 188. Закона о парничном поступку.

[10] Уклањање натписа или изјава које позивају на бојкот или на неједнако поступање с обзиром на лична својства.

На туженом је терет доказивања да је извршена радња дискриминације и да је тужени дискриминатор.

Кривица није услов за захтев, као ни настанак штете. Правни интерес није услов за подношење тужбе.

Тужба за накнаду штете

У неким случајевима дискриминисани као последицу дискриминаторске радње стања дискриминације трпи штету, па дискриминисани има право да поднесе тужбу и да тужбом захтева накнаду штете[11].

Између штете и радње дискриминатора мора постојати узрочна веза. Код ове тужбе кривица дискриминатора је услов његове одговорности за штету[12].

Дискриминаторна радња је у узрочној вези са штетом ако по редовном току ствари доводи до штете (адекватна узрочност), осим ако би због друге туђе радње ионако доцније наступила (резервна узрочност). Терет доказивања дискриминаторске радње, штете и узрочне везе је на тужиоцу. Кривица туженог се необориво претпоставља код непосредне дискриминације. Непосредна дискриминација постоји када се нека лица, у истој или сличној ситуацији доводе у неповољнији положај, или би могли бити доведени у неповољнији полижај због личног својства, док посредна дискриминација постоји ако се акт или радња привидно заснивају на начелу једнакости и недискриминације, без оправданог циља или несразмерно оправданом циљу.

Код посредне дискриминације, ако дискриминисани учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, претпоставка кривице је оборива, па је на туженом терет доказивања да није извршена повреда начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза.

Правило о терету доказивања исто је за све врсте тужби, када се ради о непосредној и посредној дискриминацији према члану 45. Закона[13].

---

[11] Штета је дефинисана чланом 155. Закона о облигационим односима.

[12] Члан 158. ЗОО.

[13] Ова правила садржана су у директивама Европске уније – Директиви 2000/43 од 29.06.2000. године о примени начела једнакости поступања без обзира на расно или етничко порекло (члан 8.) и Директиви 2000/78 о успостављању општег оквира за једнако поступање у запошљавању и занимању (члан 10.).

Тужба за објављивање пресуде

Тужбени захтев за објављивање пресуде није самосталан и подноси се уз неки од других захтева, превентивних или реактивних. Пресуда се доноси када је донета усвајајућа пресуда по било ком од других захтева. Услов за доношење ове пресуде је да је дискриминаторска радња извршена у јавности (путем јавног гласила, билборда, на јавном базену, на стадиону, за време јавне приредбе и др.)[14].

Објављивање пресуде намењено је кругу лица који су били сведоци дискриминације. Сврха објављивања је истовремено репресивна и превентивна јер дискриминатору и јавности ставља до знања да држава штити од дискриминације све грађане, а истовремено и упозорава да такво понашање није допуштено.

Пресуда се објављује о трошку туженог[15].

Привремена мера

Привремена мера је средство обезбеђења потраживања,[16] па тужилац уз тужбу, у току поступка, као и по окончању поступка, све док извршење не буде спроведено, може захтевати да суд привременом мером спречи дискриминаторско поступање ради отклањања опасности од насиља или веће ненакнадиве штете.

У предлогу за издавање привремене мере мора се учинити вероватним да је мера потребна да би се спречила опасност од насиља због дискриинаторског поступања, употреба силе или настанак ненакнадиве штете.

Одлука о предлогу за издавање привремене мере доноси се без одлагања, а најкасније у року од 3 дана. Предлог за одређивање привремене мере нема карактер самосталног захтева јер је условљен постојањем главног захтева. Према члану 291. Закона о извршењу и обезбеђењу привремена мера се може одредити и пре покретања судског поступка, па је у чла-

---

[14] Пресуда општинског суда у Шапцу П.бр.2939/01 од 20.02.2002. године и Врховног суда Србије Рев.229/04 од 21.04.2004.године .

[15] У пресуди Општинског суда у Шапцу П.бр.2939/01 којом је утврђена повреда права личности лица ромске националности, којима није дозвољен приступ на јавни базен поред налога туженог да у дневним новинама објави јавно извињење, тужиоци су овлашћени да о трошку туженог објаве у дневном листу извињење уколико то тужени не учини.

[16] Закон о извршењу и обезбеђењу ("Службени гласник РС" број 31/2011), чл.291-297.

ну 44. Закона заштита сужена, јер и у случајевима дискриминације постоји потреба за заштитом и пре подношења тужбе.

По правилу, привремена мера не сме да исцрпљује тужбени захтев, јер се у том случају, без спроведеног доказног поступка прејудицира одлука у главној ствари. Привремена мера производи правно дејство до правноснажног окончања поступка, па због природе дискриминације не може се сматрати да исцрпљује тужбени захтев.

Организацијска тужба

Спречавање дискриминације је ствар од општег интереса, па активну легитимацију за подношење тужбе, поред дискриминисаног, имају повереник за заштиту равноправности и организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе.

Ако се дискриминаторско понашање односи искључиво на одређено лице, организацијска тужба се може поднети само уз његов пристанак у писменом облику. Организација се појављује као тужилац, а не као заступник дискриминисаног, а њена улога у поступку је да истовремено заштити дискриминисаног и обезбеди остваривање људских права. Организације које по Закону имају активну легитимацију, могу поднети све врсте тужби, изузев тужбе за накнаду штете, јер не трпе штетну последицу.

Добровољни испитивач дискриминације – тестер

Тестер је лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању у намери да непосредно провери примену правила о забрани дискриминације у конкретном случају. Улогу тестера може имати једно или више лица истовремено, која не поседују лично својство због кога се сумња да се врши дискриминација, али се укључују у сумњиву ситуацију да би могли бити сведоци конкретног акта дискриминације. Тестер је дужан да обавести Повереника о намераваној радњи, осим ако околности то не дозвољавају, као и да о предузетој радњи извести Повереника у писменом облику. Поред организација из члана 46. Закона и тестер је овлашћен да понесе тужбе (превентивне и реактивне, изузев тужбе за накнаду штете).

Уколико не поднесе тужбу, тестер може бити саслушан као сведок.

Према тестеру се не може истицати приговор подељене одговорности за штету која потиче од акта дискриминације.

Закључак

Дискриминација је општераширена, глобална појава, која је присутна у свим сегментима људског битисања. Држава Србија је својим уставним одредбама, ратификованим међународним уговорима, као и законском регулативом, а пре свега општим Законом о забрани дискриминације показала да је одлучна у борби против ове веома опасне појаве. Потребно је у будућности уједначавати судску праксу као један од најважнијих судских механизама и обогаћивати законску легислативу, а све у циљу континуираног сузбијања дискриминације, тј. њеног трајног елиминисања.

Литература

- Гајин, С., Водинелић, В., Дробњак, Т. и Николић Б. (2006): *Антидискриминативно право,* водич. Београд: Центар за унапређивање правних студија;
- Миленковић, Д. (2010): *Водич кроз Закон о забрани дискриминације.* Београд: Хелсиншки одбор за људска права у Србији;
- Папић, Т.(2005): *Збирка одлука о људским правима III, пресуде Европског суда за људска права о забрани дискриминације. Београд*: Београдски центар за људска права;

Прописи

- Закон о забрани дискриминације ("Сл. гласник Републике Србије", број 22/2009');
- Закон о извршењу и обезбеђењу ("Сл. гласник Републике Србије", број 31/2011);
- Закон о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", број 29/78 са изменама и допунама);
- Закон о парничном поступку ("Сл. гласник Републике Србије", број 125/2004);
- Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966, ("Службени лист СФРЈ", број 7/71);
- Протокол број 12 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода (1950), ("Службени лист СЦГ", бр. 9/03 и 5/05);
- Универзална декларација о људским правима (1948);
- Устав Републике Србије (2006).

Боривоје Живковић,
судија Апелационог суда у Београду

ПРАВО ЗАПОСЛЕНОГ НА УЧЕШЋЕ У РАСПОДЕЛИ ДОБИТИ

Уводне напомене

Рад је основ за материјализацију права запосленог у чији појмовни садржај улази и право на зараду и друга примања, али и право на учешће у добити ако је то утврђено одлуком или уговором о раду у складу са законом и општим актом у значењу из одредбе члана 8. Закона о раду. Овим правима одговарају обавезе послодавца и заједно образују међусобна права и обавезе која чине садржај радног односа.

Међутим, сваки рад не ствара основ за стицање права запосленог. Када је реч о праву на зараду то може бити само онај рад чији је минимално исказани резултат: стандардни учинак остварен у пуном радном времену-аргументат из одредбе члана 111. ЗОР[1]. Да није то тако не би и право на минималну зараду било условљено присуством у реалитету ових материјалних претпоставки-аргументат из одредбе чл. 111-113. ЗОР. Не може се занемарити ни то што слово закона запосленом гарантује једнаку зараду за исти рад и рад исте вредности који остварује код послодавца. Под радом исте вредности подразумева се рад који захтева исти степен стручне спреме, исту радну способност, одговорност, физички и интелектуални рад[2].

Право на делотворан рад

Када је делотворан рад остварен тада запослени може захтевати испуњење исплатом одређеног новчаног износа по основу зараде и других примања под условима из закона, општег акта и уговора о раду. То је у складу и са одредбом члана 1. тачка 2. другог дела ревидиране Европске социјалне повеље чији је наслов: Право на рад и која гласи: У намери да

[1] Видети одредбу члана 111. Закона о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009). У тексту: ЗОР или Закон
[2] Видети одредбу чл. 104 – 111. ЗОР

се обезбеди делотворно остваривање права на рад стране уговорнице се обавезују да ефикасно штите право радника да зарађује за живот на послу који је слободно одабрао[3].

Кључни искази из ове норме су: делотворно остваривање, право на рад, ефикасно штити и право радника да зарађује на послу. Први показује какав рад запослени треба да оствари код послодавца, други карактер заштите са становишта поштовања разумног рока, док трећи исказ идентификује циљ који се на тај начин остварује: зарада за живот.

Делотворни рад је онај рад који ствара учинак вредан да се новчано искаже као допринос запосленог добити послодавца и на тај начин доприноси стицању зараде и других права запосленог.

Право на делотворан рад се штити. То се чини кроз заштиту зараде када је реч о наплати одређене новчане вредности стечене радом.То такође важи и за друга примања, као и за учешће запосленог у добити.

Учешће у расподели добити

Добит је позитивна разлика између укупних прихода и укупних расхода привредног друштва. Она се исказује као вишак прихода над расходима, новостворена вредност умањена за вредност средстава издвојених за расходе (сви материјални трошкови, амортизација и сви лични расходи те обавезе према заједници осим пореза или доприноса на добит)[4]. Исто важи и када је реч о добити предузетника. Заједнички циљ вршења лукративе делатности привредног друштва је добит. Према одредби члана 2. Закона о привредним друштвима: привредно друштво се одређује као правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити[5].

[3] Видети члан 1. Другог дела Ревидиране Европске социјалне повеље која је потврђена Законом о потврђивању Ревидиране социјалне повеље "Сл.гласник РС-Међународни уговори" број 42/2009. У тексту Повеља или ЕСП

[4] У овом значењу се појам добит дефинише и у Економско правном речнику аутора проф. др Славољуба Поповића и Јованке Савиншек Београд 2000. БмГ стр. 97. У том значењу и проф. др Вјекослав Пар у Рјечнику појмова из економије и дефиниције где добит означава разлику између укупних прихода и укупних расхода предузећа.

[5] Видети одредбу члана 2. Закона о привредним друштвима ("Сл.гласник РС" број 125/04) а истозначна је и одредба члана 2. Закона о привредним друштвима ("Службени гласник РС", бр. 36/2011) који је ће бити у примени од 1. фебруара 2012. године (осим неких одредаба)

Вредност добити је примарно у рукама њеног стицаоца због чега је искључиво он и овлашћен да одлучи да ли ће вршити расподелу добити и за случај да то учини узети поред капитала и рад као мерило за расподелу одређеног дела њене вредности.

Основи доприноса стицању добити се своде на капитал и рад.

Право да учествује у расподели добити припада примарно сваком члану друштва. Припада и запосленима, али по основу рада којим остварује учешће у капиталу.

Добит није сигурна због чега се у теорији истиче и алеаторни карактер уговора (или одлуке) о оснивању друштва[6]. Чланови друштва учествују у расподели добити али и терета ризика. Они не могу уговорити само учешће у ризику или у расподели добити. Недозвољене су тзв. лавовске клаузуле.

Правни основ стицања добити по основу капитал учешћа је висина удела чланова у друштву која одређује меру њиховог учешћа у расподели добити. Тако је дивиденда као имовинско право акционара део добити за чији је настанак потребно да се остваре кумулативно материјалне претпоставке: постојање добити и одлука скупштине акционара. Овде је законски разлог учешћа у добити власништво на акцијама у акционарском друштву. *Mutatis mutandis* капитал учешће у стицању добити одређује и власништво на уделима чланова у другим облицима друштва лица и друштва капитала[7].

Учешће у расподели добити запосленог

Рад запосленог такође доприноси стицању добити послодавца, као делу новостворене вредности образоване на назначени начин, али његово учешће у њеној расподели није обавезно. Настанак овог права зависи од одлуке послодавца. Њен правни облик је одлука послодавца као једностран акт или

[6] Тако проф. др Мирко Васиљевић у књизи Пословно право (Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2001 године), наводи на стр. 36 и ово: "Ипак уговор или одлука о оснивању трговинског друштва има у извесном смислу алеаторни карактер, јер добит није извесна".

[7] У том значењу су и одредбе члана 71. Закона о привредним друштвима и одредба члана 107: новог Закона о привредним друштвима који ће бити у примени од 01.01.2012. године или члан 130. новог ЗПД када се ради о учешћу командитора и комплементара који учествују у деоби добити и покрићу губитка друштва. Истозначна је и одредба члана 215. ст. 1. и 2. ЗПД када је реч о расподели дивиденде односно члана 183. новог ЗПД

уговор о раду као резултат његове сагласности и воље запосленог. Признајући право на добит запосленом послодавац посебно вреднује његов допринос у њеном стицању. То може бити и резултат повећаног напора запосленог, његовог доприноса уштеди или смањењу трошкова послодавца. У сваком случају послодавац признајући право запосленом на учешће у добити стимулише га да води рачуна о капиталу послодавца. То се може исказати и овако: радом до повећања капитала ради могућег добијања права на учешће у његовој расподели као виду учешћа у успеху компаније.

Одредба члана 14. Закона о раду је смештена у корпусу норми четвртог дела Закона који носи наслов: Основна права и обавезе. Према садржају ове норме: *Уговором о раду или одлуком послодавца може се утврдити учешће запосленог у добити оствареној у пословној години, у складу са законом и општим актом.*

Кључни искази су: уговор о раду или одлука послодавца, може, учешће у добити, пословна година, закон и општи акт. Прва два исказа показују у алтернативи појединачне правне акте којима се утврђује право одређеног запосленог/их на учешће у добити и даје одговор у погледу природе овог права са становишта његовог настанка – може се утврдити, али и не мора, трећи исказ показује период у односу на који се утврђује учешће у дистрибуцији добити, док последњи исказ показује формалне изворе права, али не само то. Ови по карактеру општи акти и у значењу из одредбе члана 8. ЗОР показују и границу коју намеће њихов садржај послодавцу који је уговорио или једнострано донео одлуку о учешћу запосленог/их у добити. Он то мора по законској наредби учинити у складу са законом и општим актом.

Већ су ови разлози довољни за закључак: да послодавац и када једнострано донесе одлуку о учешћу запослених у расподели добити не може то да учинити апсолутно слободно већ мора поштовати одговарајуће норме општег акта и закона.

Таква ограничења садрже и одговарајуће одредбе Закона о привредним друштвима када прописују начин одлучивања о расподели добити.

У том смислу је одредба члана 5. став 1 тачка 5. Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса којом је прописано да се: *Акт о оснивању јавног предузећа (у даљем тексту: оснивачки акт) садржи одредбе о условима и начину утврђивања и распоређивања добити и сношењу ризика.*

У његовој у одредби члана 16. став 1. тачка 7. овог закона прописано је да управни одбор одлучује о расподели добити уз обавезу да одлуком о расподели добити део средстава по основу добити усмерава оснивачу и уплаћује на рачун прописан за уплату јавних прихода. Постоји још један вид ограничења које поставља оснивач штитећи на тај начин капитал вредност свога привредног друштва. Тако на пример када је реч о јавним предузећима, јавним агенцијама и другим облицима организовања чији је оснивач Република Србија, Влада (орган оснивача) је дала препоруку за ограничење расподеле добити у тим облицима организовања.[8]

Са становишта настанка право на добит запосленог носи атрибут факултативно. Законски разлог овог решења је у поштовању правила да зарада припада запосленом за обављени рад а да је добит она вредност коју чланови привредног друштва добијају примарно за уложени капитал. Томе у прилог је и то што је исплатом одговарајуће зараде као новчане вредности која одговара радом оствареном доприносу запосленог испуњена уговорна обавеза из тог основа. На послодавцу је да оцени да ли и поред тога додатно треба вредновати и исплатити рад запослених у виду њиховог учешћа у добити. Послодавац ће то учини када нађе да за овај вид исплате добити има интерес, када ће донети одлуку непосредно, или преко управе послодавца или уговорити са запосленима њихово право на учешће у расподели добити као цивилног плода. То је био и разлог да се не прихвати у Нацрту закона присутно решење о обавезном карактеру права на добит.

Право на учешће у расподели добити и зарада

Право запосленог на учешће у добити не треба мешати са правом на зараду у значењу из одредбе члана 104. Закона. То се у колоквијалном говору чини када се добит означава као тринаеста плата. На то упућује одредба члана 105. Закона. Према њеном садржају: *Зарада из члана 104. став 1. овог закона састоји се од зараде за обављени рад и време проведено на раду, зараде по основу доприноса запосленог пословном успеху послодавца (награде, бонуси и сл.) и других примања по основу радног односа, у складу са општим актом и уговором о раду.* У складу са овом нормом треба разликовати зараду за обављени рад и зараду у значењу из одредбе члана 105. Закона и то оног њеног дела у чији садржај материјалне

[8] Видети Закључак Владе Републике Србије 05 број 121-1198/2009 од 26.02.2009. године.

претпоставке улази не само обављени рад већ и кумулативно његова последица – да је такав рад представљао допринос пословном успеху послодавца (награда, бонус и сл). У овом другом значењу може се говорити и о праву на добит као заради уз поштовање неспорно присутних разлика између та два појма као општег и појединачног појма.

На замку може да наведе то што се у одредби става 1. члана 105. ЗОР при говору о заради по основу доприноса пословном успеху послодавца не говори о добити, већ се то само чини у његовој одреди члана 14, али сматрамо погрешно. Погрешно из разлога што када се говори о награди и бонусу као облицима ове врсте зараде тада се ти појмови користе примера ради без намере да се на тај начин исцрпи садржај овог појма. Израз у тексту ове норме који гласи: *"награде, бонуси и сл."* је доказно сведочанство да су појмови бонус и награда наведени у тексту ове норме само *egzempli causa* и ништа више од тога. То још није све. Томе у прилог је и значење употребљених појмова бонус и награда. Бонус се утврђује на основу доприноса запосленог пословном успеху послодавца за одређени обрачунски период. Он може бити на пример наградни и стимулативни. Такође право на бонус постоји само уколико је уређено актима послодавца, а оснивачи код исплате бонуса захтевају да се то чини на основу критеријума и мерила[9]. *Mutatis mutandis* то важи и за награду као и добит с тим што се у овом последњем случају за право запосленог из тог основа тражи додатни извор: одлука или уговор о раду. О бонусу говори Међународни рачуноводствени стандард (МРС) при навођењу примера за акције у тачки 21. под а. и б. и ово: *-нова емисија капитала или емисија по основу бонуса (у неким земљама позната и као емисија дивидендних акција) елемент бонуса у оквиру било које друге емисије, на пример, елемент бонуса у емисији права уписа акција постојећим акционарима, МРС говори и о емисији по основу бонуса третирајући је као извршену емисију акција без накнаде* [10]. Томе у прилог је и то што се добит по МРС доводи у зависност од успешности. Тако се под тачком 69. МРС у тексту чији је наслов: "Успешност" наводи и ово: *Добитак се често користи као мерило успешности или као основица за друга мерења, као што је принос на улагања или зарада по акцији. Елементи који су у непосредном односу с мерењем*

[9] Видети Закључак Владе Републике Србије 05 број 121-1198/2009 од 26.02.2009. године.

[10] Видети Међународни рачуноводствени стандард текст који се односи на :"Емисију по основу бонуса", у тексту МРС

добитка јесу приходи и расходи. Признавање и мерење прихода и расхода, па стога и добитка, зависе делом од капитала и очувања капитала које користи предузеће при припремању својих финансијских извештаја. О тим концептима се говори у ставовима 102. и 110.

Оно што је заради по основу обављеног рада и праву на добит запосленог заједничко то је:

- рад који у оба случаја улази у садржај материјалне претпоставке за остваривање ових права;

- и делимично извори права (закон, општи акт и уговор о раду);

Постоје и разлике :

1. Право на зараду за обављени рад је *ex lege* загарантовано – аргуменат из одредбе чл. 104 - 113. Закона, док је право на учешће запосленог у добити са становишта свога настанка факултативно и зависи од тога да ли је уговорено или је послодавац једнострано одлучио да дозволи запосленом/има учешће у њеној расподели. Исто важи и за друге видове зараде по основу доприноса пословном успеху послодавца;

2. Зарада се исплаћује у новцу, ако законом није другачије одређено, док расподела добити као капитал вредности може бити исказана не само у новцу већ и у опцији куповине сопствених акција, бесплатној подели акција, продаји акција под повољнијим условима. Тако је путем Скенлоновог плана вршена додела шестомесечне наградне стимулације сваком запосленом зависно од његовог учинка у Америци - Компанија "Lincon Electric"[11];

3. На зараду се плаћају доприноси док то не важи на добијену вредност по основу учешћа у добити;

4. О праву на учешће запослених у расподели добити послодавац може одлучити и одлуком;

5. Добит има третман прихода од капитала па и када је њен извор рад запосленог - сматра се учешћем у расподели капитала[12]. У том смислу се у одредби члана 61. став 1. тач. 2. и 3. Закона о порезу на доходак грађана приходом од капитала сматрају не само дивиденде и удели у добити већ и примања

[11] На тај начин је ова компанија је повећала продуктивност и тако је превазиђена криза у којој се је она нашла 1981. и 1983. године.

[12] Мишљење Министарства рада запошљавања и социјалне политике бр. 011-00-00534/2005-02 од 06.06.2005. године

запослених и чланова управе привредног друштва по основу учешћа у добити - у новцу или путем доделе или опцијске куповине сопствених акција[13].

6. Основ за признавање права на зараду је делотворан рад док је, када је реч о добити за њено признавање потребан допринос пословном успеху послодавца.

Рад као основ учешћа у расподели добити

Назначили смо да је рад остварен у пословној години за коју се добит дели и који је разлог за признавање овог права. У МРС 37 који прописујући услове за признавање обавеза у том смислу наводи да се ради о учешћу у добити и стимулацијама (наградама) који спадају у период од 12 месеци од краја периода у којем је запослени радио (у супротном се ради о дугорочним накнадама као што су награде за 10 или 20 година у привредном субјекту)[14]. Нагласак је на речи: радио и то у одговарајућем периоду. Томе у прилог је и мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике према чијем садржају: *Право на учешће у добити могу да остваре само запослени који су били у радном односу у календарској години за коју се врши исплата добити*[15].

Овај став сматрамо недовољно прецизним. Није свако постојање радног односа у пословној години за коју се врши исплата добити довољно да би запослени остварио ово право. Постоји: радни однос и када рад није остварен као што су на пример случајеви плаћеног одсуства, неплаћеног одсуства, привремене спречености за рад због болести, времена коришћења годишњег одмора. У свим тим случајевима постоји радни однос, али је рад запосленог изостао.

Овде томе у прилог наведимо још три *pro*:

а) Није јасно зашто би послодавац вршио исплату добити за период нерада запосленог. То важи и када се добит исплаћује у наредној години,

[13] О том праву говори и одредба члана 237. става 5. ЗПД која гласи: Ограничење из става 4. овог члана не примењује се код повећања основног капитала при статусним променама, као и у случају повећања основног капитала улозима у стварима и правима и код повећања основног капитала издавањем акција запосленима у друштву и повезаним друштвима.

[14] Решење о утврђивању превода Међународног рачуноводственог стандарда ("Сл. гласник РС" број 133/2003

[15] Мишљење Министатарства рада запошљавања и социјалне политике број 011-00-149/2006-02 од 06.04.2006.године

јер је тај цивилни плод резултат радом оствареног учешћа запосленог у претходној години;

б) Право на учешће у добити није доброчино нити је у функцији социјалне заштите;

ц) Одредба члана 104. став 5. Закона користи појам обављени рад, стандадни учинак и пуно радно време као нужне елементе који морају бити остварени за признавање права на зараду за обављени рад па није јасно зашто то не би било потребно и када је реч о праву на добит;

д) Рад као основ за остваривање права на добит мора не само да буде обављен већ да представља допринос пословном успеху послодавца.

е) Опонент би могао да приговори, али погрешно, разлогом: да је све то ствар одлуке послодавца. Погрешно, јер занемарује оно што чини простор његове аутономије воље на ову тему и његове границе које када се пређу по слову закона наступа њено ограничење. Слободу у одлуци, када је она већ донета замењује обавеза послодавца да добит исплати у складу са законом и општим актом. У нормативном смислу његова аутономија трпи ограничење већ и само зато што колективни уговор настаје сагласношћу његових учесника. Ова његова обавеза настаје када:

- закључи уговор о раду са одређеним запосленим, уговори његово право на добит и услове за његово остваривање

- или донесе одлуку о исплати добити запосленима.

Томе у прилог је и то што када је дозвољено одређена питања регулисати правилником о раду уместо колективним уговором, слово закона користи исказ: у складу са општим актом што подразумева и правилник о раду – аргуменат из његове одредбе члана 8. Ради тога то што се у каталог норми које упућују на општи акт, па тиме и на правилник о раду сврстава и одредба члана 14. Закона је посредно и нагласак на значају овог права које мора бити нормативно прописано ако се послодавац одлучи да дозволи његов настанак.

Уговор о раду и одлука

Право на добит када је уговорено или утврђено одлуком послодавца остварује се у складу са законом и општим актом. Тада се послодавац не може успешно позивати на факултативни карактер овог права са становишта његовог настанка и истицати да је избор на ту тему искључиво ствар

његове слободне одлуке. Не може, јер уговор о раду обавезује, па и његова клаузула о праву *in concreto* запосленог на учешће у расподели добити. Исто такво дејство важи и за одлуку која садржи исказ да запосленима припада право на учешће у овој расподели. Доношењем одлуке запослени постаје поверилац потраживања из овог основа а послодавац - дужник.

У овом другом случају када је право на учешће у добити запослених утврђено одлуком послодавац не може користити корективни критеријум који није у разумно оправданој вези са њиховим радом и с тим у вези истицати да је све ствар његовог избора. Овде укажимо на разлику у односу на уговор о раду. Тим правним послом је индивидуализован критеријум разлике због кога одређени запослени са којим је уговорено право на добит и дефинисани услови за његово признавање, па тиме и дат одговор зашто то право немају други запослени. Подразумева се да је реч о оправданим разлозима који показују ту разлику, јер није свака разлика дискриминација. Супротно, када је одлуком генералног карактера, уместо уговором о раду, утврђено да то право припада запосленима осим оним запосленима који су из остваривања тога права искључени и истовремено то учињено без разумно оправданог критеријума тада разлика постаје дискриминација.

Одлука о учешћу запосленог у добити о којој говори одредба члана 14. Закона је појединачни правни акт којим се одлучује о правима обавезама и одговорностима запосленог/их у одређеној пословној години и њена примена се исцрпљује са тим случајем.

Ову одлуку доноси лице именовно у одредби члана 192. ЗОР.

То је :

- у правном лицу - директор или запослени кога он овласти;

- код послодавца који нема својство правног лица - предузетник или запослени кога он овласти.

У теорији се правилно заступа став да овој одлуци треба да претходи сагласност органа који одлучује о располагању профитом[16]. Та сагласност се чини одлуком о расподели добити.

[16] "Пошто је овде реч о учешћу у добити, сматрамо да уговарању, односно одлуци треба да предходи сагласност органа који одлучује о располагању профитом" (Зоран М.Ивошевић и Милан З. Ивошевић: Коментар Закона о раду, Друго измењено и допуњено издање Београд 2007., стр. 78

Сматрамо да овде треба разликовати утврђивање права на учешће у расподели добити учињено уговором о раду од испуњености услова за расподелу добити и њену намену када је од значаја одлука којом се одлучује о њеној расподели.

Када се ради о праву на учешће у добити које је утврђено клаузулом уговора о раду или његовим анексом у време закључења и не морају да се стварно стекну услови за учешће у расподели добити. Уговорени услови, као материјалне претпоставке за учешће у расподели добити по правилу тек треба да настану као резултат пословања на крају те године, јер у противном запослени који је то право уговорио и неће остварити право на учешће у расподели добити. По природи ствари добит треба да се оствари *pro futuro* у односу на време закључења уговора о раду односно његовог анекса чија клаузула утврђује право на учешће у расподели добити запосленог. Ради тога када се уговори ово право запосленог тада по правилу још није ни извесно да ли ће добит бити остварена (менаџерски уговори). За правну вредност ове уговорене клаузуле на тему учешћа запосленог у добити зато није нужан услов постојање претходне сагласности оних који одлучују о учешћу у добити. То Закон ни не тражи. *Lex specialis derogat legi generali*. Супротно, за остваривање ове клаузуле допунски услов је: да је остварена добит у пословној години и да је донета одлука о њеној деоби и опредељена средства из тога извора за ову намену, а тада се не може занемарити присуство назначене уговорне клаузуле којом се гарантује учешће *in concreto* запосленог у њеној расподели под условима из уговора о раду.

Однос одредбе члана 14. Закона и члана 215. став 2. тачка 3. Закона о привредним друштвима (ЗПД)

Овде и питање да ли одредбу члана 14. Закона елиминише одредба 215. став 3. тач. 1 – 3. ЗПД према чијем садржају: *По усвајању финансијског извештаја за претходну пословну годину добит те године распоређује се следећим редом:*

1) за покриће губитака пренесених из ранијих година;

2) за законске резерве, ако су оне предвиђене посебним законом;

3) за дивиденду у складу са овим законом;

4) за статутарне резерве и друге резерве, ако их друштво утврди општим актом.

Истозначна је у суштини и одредба члана 271. новог Закона о привредним друштвима[17].

Одговор на ово питање је негативан. Нека томе у прилог послуже ови разлози:

1. Одредба члана 215. ЗПД односи се на исплату дивиденде и других исплата акционарима што је и наслов ове норме. Запослени нису акционари па околност да је садржајем ове норме утврђено право акционара на дивиденду не искључује и право запослених на учешће у добити. Да је законодавац имао други циљ прописујући садржај одредбе члана 215. ЗПД не би с обзиром на садржај њеног наслова прецизно одредио на шта се она односи: исплату дивиденде и других исплата акционарима.

2. Одредба члана14. Закона има приоритет и применом правила *Lex spetialis derogat legi generali*. На то указује и правна пракса[18].

---

[17] Видети одредбу члана 271. Закона о привредним друштвима који ће бити у примени од 01.02.2012. године. У тексту Нови ЗПД

[18] "...да и ако Закон о привредним друштвима децидно не предвиђа да запослени у акционарском друштву учествују у добити, он изричито не искључује расподелу добити запосленима у друштву, а притом имамо два важећа Закона: **Закон о раду** који одредбом **члана 14. децидно даје право послодавцу** да Уговором о раду или одлуком **може утврдити учешће запосленог у добити** оствареној у пословној години, у складу са законом и општим актом и **Закон о порезу на доходак грађана** који одредбом **члана 61. став 1. тачка 3.** предвиђа да се приходом од капитала **сматрају** и **примања запослених и чланова управе привредног друштва по основу учешћа запослених у добити** - у новцу или путем доделе или опцијске куповине сопствених акција.

Са изложеног, суд је нашао да је у конкретном случају Одлука о измени Одлуке о расподели добити од 01.12.2005. г, која је донета на ванредној седници скупштине акционара одржаној дана 01.12.2005. г. донета у складу са одредбом чл. 34. Статута друштва - туженог, у складу са важећим прописима, а на основу одлуке чланова скупштине - акционара који имају укупно 60.307 гласова за одлучивање што чини 85,79% укупне вредности капитала друштва, дакле већинским гласањем.

Како након доношења наведене одлуке, **није дошло до смањења вредности акција, нити је одлуком ускраћено тужиоцу право на дивиденду,** то је суд стао на становиште да већински акционари који су и запослени у друштву нису гласали на штету интереса друштва и мањинских акционара, а чињеница да је тужилац мањински акционар у друштву утиче да тужилац неминовно зависи од воље већинских акционара који су и усвојили статут и изгласали одлуку, те и да је тужилац присутвовао на седници на којој је донета одлука која је предмет побијања његов негативни глас не би могао да утиче на доношење другачије одлуке, обзиром да је тужилац носилац 2.558,00 гласова.

За суд је решавајући овај спор било битно да право акционара на дивиденду и на ваљану вредност акције није повређено доношењем одлуке и да расподелу добити по основу рада

3. ЗПД својим садржајем не искључе право запослених на учешће у добити. Супротно у његовој одредби члана 222. тачка 4. је прописано: *Изузетно од става 1. овог члана, управни одбор, ако оснивачким актом није одређено да је то делокруг скупштине акционара, доноси одлуку за стицање до 5% било које класе акција које се издају једино ради доделе запосленима у друштву или повезаном друштву у смислу овог закона*

4. Међутим, код остваривања права на учешће у расподели добити не може се занемарити редослед у расподели средстава дефинисан одредбом члана 215. став 3. тач. 1 – 3. ЗПД и додатни услов: одлука о расподели добити.

Одредба колективног уговора о праву на добит и одсуство одлуке о расподели добити

Овде и дилема да ли послодавац може избећи исплату добити запосленима када је одредбом колективног уговора утврђена дужност послодавца да запосленима исплати износ по овом основу у случају да је по завршном рачуну исказао позитивно пословање. У овој ситуацији проблем настаје онда када је испуњена назначена материјална претпоставка из ове норме, а надлежни орган привредног друштва донесе одлуку да се сувишак остварене вредности над вредношћу пласираног капитала не дели као добит па ни у извршењу назначене норме колективног уговора већ да се ова средства определе за другу намену. Одговор на ово питање је да је одлука о расподели добити резултат аутономије воље надлежног органа привредног друштва и да се само у ситуацији када је таква одлука донета може активирати назначена норма колективног уговора[19]. Није довољно да се оствари позитиван резултат посло-

предвиђају важећи прописи. Суд посебно напомиње да одредба члана 215. став 1. тачка 3. Закона о привредним друштвима не може имати императивну природу тј. да искључи други вид расподеле добити како то тумачи тужилац, јер би се таквим тумачењем искључила примена других наведених позитивних прописа и ограничила би се права послодавца без обзира о којој форми друштва је реч". (Из Судског гласника Трговинског суда у Београду, број 2/2007, Интермекс, Београд Аутор: Весна Вулевић, судија Трговинског суда у Београду)

[19] О томе се изјашњава ово и сада с обзиром на свој садржај актуелно решење Савезног Уставог суда: "Одредбом Статута акционарског друштва одређено је да се једна трећина остварене добити по основу акционарског капитала распоређује за увећање акцијског капитала, сразмерно исплаћеним зарадама и накнадама зарада за годину за коју се врши распоред добити.

Одредбом члана 55. Закона о предузећима је прописано да оснивачи, чланови и акционари, сразмерно свом улогу у имовини предузећа, стичу удео у предузећу, односно акције предузећа, као и да учествују у деоби добити ако, у складу с овим законом, није

вања, већ и да када је реч о акционарском друштву скупштина односно управни одбор, ако је то одређено оснивачким актом, донесе одлуку о дистрибуцији добити уз претходно усвојен финансијски извештај. На то подсећа одредба члана 215. ЗПД када је реч о акционарском друштву. Према њеном садржају: *Акционарско друштво може одобрити плаћање дивиденди на своје акције годишње у складу са одлукама редовне годишње скупштине или у било које време између годишњих скупштина, осим ако је оснивачким актом друштва другачије одређено.*

Одлуку акционарског друштва о одобрењу плаћања дивиденди може да донесе и управни одбор ако је то одређено оснивачким актом друштва или ако га за то овласти скупштина акционара, у складу са оснивачким актом[20]. *Mutatis mutandis* важи и када је реч о стицању добити у друштву са ограниченом одговорношћу - аргумент из одредбе члана 131. ЗПД[21].

Опште право запослених на учешће у добити дефинисано одговарајућом нормом колективног уговора да би било конкретизовано мора задовољити и претходни услов који поставља назначена норма ЗПД чији је израз: одлука о расподели добити. То је оно што се на пример у односу на акционаре одлуком о расподели добити означава као дан дивиденде[22]. На тај начин

друкчије одређено оснивачким актом, односно статутом предузећа, с тим да запослени у предузећу учествују у деоби добити у складу с оснивачким актом, односно статутом и одлуком скупштине. Одредбама члана 229. ст. 3. и 5. истог закона прописано је да се у акционарском друштву добит дели сразмерно номиналној вредности капитала, али и да скупштина може одлучити да се добит не дели акционарима, или да се не дели акционарима који имају одређену врсту акција већ да се употреби за друге намене.

Из наведених законских одредби произилази да је расподела добити у сфери аутономије воље акционарског друштва која претпоставља слободу акционара да слободно и самостално уређују ове интерне односе, па у склопу тога и да одлучују о начину расподеле остварене добити. Због тога је Савезни уставни суд оценио да оспорена одредба наведеног Статута није несагласна са законом'.'

(Из Решења Савезног уставног суда, У-бр. 217/99 од 17.4.2000 објављеног у Правној пракси "Интермекса")

[20] Истозначна је и одредба чл. 270. и 271. Новог ЗПД

[21] Видети одредбу члана 182. Новог ЗПД

[22] Према мишљењу Комисије за хартије од вредности број 3/0-04-699/3-05 од 22.12.2005. године: "Опште право акционара на учешће у добити конкретизује се кроз његово право да учествује у подели добити по билансима за сваку конкретну пословну годину уколико се по завршном рачуну искаже добит и скупштина донесе одлуку о расподели добити у виду диведенде. Сваки акционар стиче право на дивиденду под истим условима, осим у случају постојања ималаца приоритетних акција који имају право на предност (првенство) код ис-

норма колективног уговора о праву на добит запослених мора у погледу своје примене да прати резултате исказане у одлуци о расподели добити.

Опонент би могао да приговори да овде није реч о дивиденди, већ о учешћу у добити запосленог односно другим видовима зараде због доприноса пословном успеху послодавца, али занемарује да је реч о истим изворима и да по слову назначених одредби ЗПД средства за ту намену морају бити дистрибуирана одлуком као средства опредељена за расподелу по основу учешћа у добити.

О једнаким условима, разумно оправданим разлозима и онима који то нису

Подразумева се да је и код уговорене и добити утврђене одлуком послодавца то учињено у складу са законом и општим актом. Када је донета одлука о расподели добити тада се учешће у њеној расподели мора вршити под једнаким условима. То исто важи и у погледу учешћа у расподели добити запослених у одређеној радној средини. Овде препознајемо границе слободе послодавца на ову тему. Он је слободан у одлуци да ли ће уговорити добит, односно донети одлуку о њеној расподели, али када то учини, мора поштовати и једнаке услове за остваривање права запослених на учешће у њеној расподели.

Појам: једнакост има више значења, али оно што је увек елеменат његовог одређења је одговарајући однос између упоредних величина и начин на који се то постиже. Овде су меродавне величине: рад и учешће у добити остареној у *in concreto* пословној години. Начин на који се то постиже је одлука или уговор о раду и с тим у вези мерила по којима се та расподела врши. Када је реч о остваривању учешћа запосленог у расподели добити меродавна је правна једнакост у значењу једнаких услова под којима је доступно то право. То подразумева и једнака права за исти допринос пословном успеху послодавца и/или једнаке услове рада под којима је он остварен[23]. Једнак

плате одређеног износа или процента од вредности акција у односу на обичне акције. Ово мишљење је објављено на сајту Комисије за хартије од вредности".

[23] "У радном односу као облику остваривања права на рад за грађанина не само да принцип једнакости претпоставља обезбеђење једнаких услова рада него и једнакост права из рада на принципу: за једнак рад и рад под једнаким условима једнака права. Разуме се да важи и обрнути принцип, за више рада и бољи рад следи и већи обим права" (Невенка Петрушић и

третман не значи увек једнако право већ забрану неоправданог ускраћивања права – члан 8. став 1. Закона о забрани дискриминације[24].

Послодавац код расподеле добити запосленима поштује правну једнакост у овом значењу када признаје право неким запосленима на учешће у расподели добити и истовремено лишава тога права у целини или у одговарајућем обиму друге запослене применом разумно прихватљивих критеријума. Тада је на основу објективних критеријума остварена правно прихватљива неједнакост - свако је добио онолико колико заслужује или није добио јер није радом ни заслужио.

Када је као мерило означена врста послова – на пример менаџерски послови онда је на тај начин учињена оправдана разлика у односу на остале запослене који такве послове не обављају и на тај начин створен основ за различит положај запослених у расподели добити.

У тој функцији нису оне чињенице које иако носе назнаку "критеријуми" или су наведене као разлог који треба да послужи том циљу то стварно не могу бити. Овде је привидно остварена једнакост, али се у суштини ради о неједнаким условима под којима запослени остварују право на добит у области рада.То ће увек бити случај када се садржај разлога елиминиције не може довести у везу са утицајем рада запосленог на допринос настанку добити.То се препознаје у ситуацији када је рад у одређеној пословној години послужио као основ за учешће у расподели добити неких запослених а из учешћа у тој расподели су истовремено елиминисани одређени запослени позивом на разлог који није у вези са примењеним критеријумом те расподеле. О томе у истоврсној ситуацији када је реч о заради говори и ова одлука Уставног суда: *Како је наведени основ за обрачун и исплату посебне стимулације а тиме и за потраживање накнаде зараде супротан принудним прописима, у конкретном случају одредби члана 12. тада важећег Закона о раду, јер међу запосленима код туженог ствара дискриминацију по основу чланства у синидикату и то одређеном стављајући, супротно изричитој законској забрани, подноситељку уставне жалбе у повољнији положај од запослених који раде на истим пословима, а нису чланови синдиката који је са генералним директором закључио споразум, то Уставни суд налази да и ова околност додат-*

Остоја Милисављевић: Забрана дискриинације кроз коментар Закона о забрани дискриминације са прилозима. Прво издање, Пословни биро ДОО Београд, 2009., стр. 14

[24] Видети одредбу члана 8. Закона о забрани дискриминације ("Сл. гласник РС" број 22 од 30.04.2009. године), у тексту: ЗоЗД

но указује да примена материјалног права у оспореној пресуди није довела до повреде права на правично суђење[25].

Такође примера ради не може послодавац искључити запосленог из учешћа у добити због разлога који се препознаје као непосредна или посредна дискриминација и с тим у вези очигледно указује на повреду једнаких права и обавеза. То исто важи и када послодавац донесе одлуку да запосленима који су вишак не исплати добит за одређену пословну годину коју је истовремено исплатио другим запосленима без навођења било каквих разлога, јер тада очигледно није оправдао неједнак начин расподеле добити запосленима.

Разлика да би била оправдана мора бити заснована на разумно прихватљивом разлогу који је то с обзиром на свој садржај и на основу препознатљиве везе објашњава зашто је у датој ситуацији послодавац неједнако поступио тако што је одређеним запосленима признао право на учешће у добити док у односу на другог/е запосленог/е то није учинио. На тај начин се поштује правило прописано одредбом члана 16. ЗОЗД која се односи на забрану нарушавања уживања под једнаким условима права у области рада.

Појам уживање под једнаким условима свих права по основу рада као своје материјалне претпоставке по самој природи ствари подразумева испуњеност ових услова:

- препознатљивост мерила са становишта индивидуалног одређења и постојања у реалитету;

- непосредна веза мерила са правом које се ужива у области рада - in concreto остварује;

- једнака применљивост мерила на све запослене у одређеној радној средини у погледу остваривања истог права;

- мерило разлике између запослених у погледу остваривања одређеног права мора бити у непосредној вези са разлогом које је определило признавање тог истог права одређеним/ом запосленима/ом ;

- употребљено мерило искључења чини разумно оправданим непризнавање одређеног права.

На тај начин се постиже циљ о коме говори и почетни фрагменат става 3. члана 23. Устава када прописује да је забрањена свака дискриминација, не-

[25] Одлука Уставног суда Уж.32/2008 од 08.01.2008. године

посредна или посредна, по било ком основу. Овде је употребљен родни појам: по било ком основу, који својим садржајем обухвата и дискриминацију по основу рада и у области рада. Ту ће забрану послодавац повредити када у својој одлуци употреби чињенице које иако их он назива разлогом не могу бити правно вредно мерило за ту намену. Такву улогу могу имати, само оне чињенице које као претпоставке диспозиције оправдавају понашање које води разлици у односу на ситуације где је супротно поступљено.

Подсетимо на Антидискриминаторски закон у САД донет 1963. под називом Equal Pay Act (у тексту EPA) који "допушта одређене изузетке као што је већа зарада по основу дужине радног стажа, већа продуктивност на раду као и други (дозвољени) лични квалитети запослених који могу бити релеватни за обављање посла"[26]. Овде се ово упоредно правно решење наводи у прилог ставу да се формално не може користити сваки чињенични основ за правно вредан и успешно употребљен критеријум.

Када је одлуком послодавца одређено да то право припада запосленима критеријум елиминације могле су бити разлике запослених према њиховим образовању, искуству, способностима и радним резултатима[27]. Послодавац мора у назначеним ситуацијама оправдати понашање којим одступа од "једнаког третмана" запослених, а то не може учинити са становишта примене права користећи разлог који стварно не служи задатој намени већ да би се на тај начин избегла обавеза према одређеном запосленом или групи запослених с обзиром на неко њихово својство. Томе у прилог користи и решење из одредбе члана 16. став 1. Закона о забрани дискриминације која гласи: *Забрањена је 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*[28].

---

[26] Цитирано према Мр Марио Рељановић, Институт за упоредно право, Дискриминација на раду – Законодавства и искуства, САД, стр. 115

[27] Section 2000e-4 (705,706,709„712,714,715) цитирано према извору чији аутор М. Рељановић

[28] Видети одредбу чл. 7, 8 и 16. Закона о забрани дискриминацији ("Сл. гласник РС" број 22/09), у тексту ЗоЗД.

У истом циљу је и правило о забрани дискриминације у области рада која се односи на уживање под једнаким условима права по основу рада[29]. Тако нема уживања права на добит по основу рада под једнаким условима када се право одређених/ог запослених/ог на учешће у добити искључује на основу чињеница које:

- се не могу сврстати у оправдане разлоге;
- или недостају једнаки услови под којима је то право доступно.

Овде би опонент могао да приговори да је реч о правима по основу рада а да право на учешће у расподели добити нема тај атрибут, али погрешно. Томе у прилог употребимо два разлога:

- што је одредба члана 14. Закона сврстана у његов корпус норми који носи наслов: "Основна права и обавезе";
- за његово остваривање потребно је да у претпоставку диспозиције улази делотворан рад запосленог, јер послодавац учешће у добити не даје запосленом као поклон нити је то био законски разлог ове норме.

Истина овде се може *lege ferenda* приговорити да је законодавац сврстао у једно од основних права запосленог и право на учешће у добити послодавца које он и не мора остварити. Међутим, треба разликовати настанак права на добит од његовог остваривања. Послодавац може, али не мора признати право на учешће запосленима, али за случај да то учини на један од словом закона прописаних разлога, онда је то једно од основних права из радног односа које ужива безусловну заштиту, а разлика у расподели добити између запослених мора бити разумно прихватљива.

Постављање проблема

Када је донета одлука о праву запослених на учешће у добити као једнострани појединачни правни акт тада се не могу лишити овог права неки запослени само зато што су остварили одређена права која нису у вези са њиховим доприносом стицању добити послодавца у одређеној пословној години за коју се та расподела врши. У правној књижевности постоји и супротно схватање које оправдава искључење запосленог на учешће у добити када је он примио стимулативну отпремнину за добровољни престанак радног односа. Ево како се тај став образлаже: *Чланом 14. Зако-*

[29] Видети одредбе чл.18-23. ЗОР

на о раду учешће запосленог у добити предвиђено је као могућност, а не право из радног односа. Та могућност постаје међутим право када се уговори или ако се о томе донесе одговарајућа одлука. Дакле, учешће запослених у добити предузећа зависи од одлуке послодавца да одреди критеријуме по којима ће се расподела вршити уз услов да та одлука буде у складу са законом, односно да се запослени не ставља у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији.

Уставни суд је оценио да су поступајући судови у образложењу оспорених пресуда навели уставноприхватљиве разлоге за закључак да је законита одлука генералног директора предузећа за телекомуникасије "Т" број 42114/4 од 15.04.2006. године. Наиме, да би постојала повреда начела забране дискриминације, зајемченог чланом 18. Закона о раду, неопходан предуслов је да су наведеном одлуком подносиоци уставне жалбе као бивши запослени стављени у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији. У конкретном случају, подносиоци уставне жалбе су приликом споразумног престанка радног односа код послодавца остварили право на једнократну исплату из Фонда финансијских средстава за стимулисање добровољног одласка из предузећа за разлику од лица којима је признато право исплате по основу учешћа у добити из 2005. који нису остварили наведену погодност. Према томе критеријум разликовања није било то да ли је неко у радном односу или не, јер је право на учешће у добити признато и лицима којима је престао радни однос по основу испуњења услова за одлазак у пензију до дана доношења ове одлуке под условом да нису остварили право на стимулативну отпремнину. Стимулативни фонд за добровољни одлазак запослених из предузећа је формиран управо из дела добити послодавца која је умањена за средства тог фонда. По оцени Уставног суда постоји објективно разумно оправдање због чега су подносиоци уставне жалбе као бивши запослени који су остварили наведену погодност изузети из круга лица којима се одлуком послодавца признаје право на учешће у добити. У супротном они би учествовали у расподели добити предузећа а тиме би управо били доведени у неравноправан положај, јер се нису користили материјалном погодношћу ради споразумног престанка радног односа. Имајући у виду наведено Уставни суд је оценио уставноправно прихватљивим становиште судова заузето у оспореним пресудама да подносиоци уставне жалбе нису били у истој или сличној ситуацији у односу на лица којима је признато право на исплату по основу учешћа у добити за 2005. годину те да

одлука послодавца да изузме подносиоца уставне жалбе из круга лица којима се признаје наведено право није супротна закону [30].

Разлози pro et contra

Сматрамо да се овом ставу може основано приговорити из разлога**:**

1**.** Право на учешће у расподели добити запосленог је исказано у новчаној вредности која одговара радном доприносу у њеном стицању. Учешће у добити остварено је по основу рада у одређеној пословној години. Остваривање тога права, када је оно већ утврђено уговором о раду, или одлуком послодавца у складу са законом и општим актом, зато не може бити доведено у зависност од материјалних претпоставки које немају разумно оправдану стварну везу са радом запосленог који је у односу на друге запослене послужио као самодовољан за признавање овог права.

2. Не може се са становишта примене права прихватити неодговарајући начин у елиминисању из учешћа запосленог у расподели добити, а истовремено се не суочити са оствареном повредом једнаког уживања права запослених у амбијенту рада. Такав метод је у примени када се у садржај материјалне претпоставке уносе оне чињенице које се не налазе у вези са радом запосленог у истој пословној години који је као нужно потребан и самодовољан услов *in concreto* коришћен истовремено са признавање тог истог права у односу на остале запослене. То исто важи и када се користе разлози који по својој природи немају никакву везу са правом на добит *mutatis mutandis* то важи и када је реч о другим правима из области рада) која се остварују. То је симулирање разлога чији је искључиви циљ да се одређени запослени лиши права на учешће у добити због одређеног његовог својства – као што је остварено право на стимулативну отпремнину. На тај начин се на пример узимањем неважног критеријума врши елиминисање запосленог/их из учешћа у овој расподели и тако не признаје њихов рад који је истовремено послужио као искључиво мерило за учешће других запослених којима није престао радни однос уз право на стимулативну отпремнину.

3. Нема неутралности критеријума када је очигледно да се он не налази у вези са правом на учешће у остваривању одређеног права, овде права на учешће у добити и/или при томе не користи/е оправдан/и разлог/зи који се налази/е у вези са радом запосленог који је у односу на дру-

[30] Одлука Уставног суда Уж.бр.965/2008 од 05.05.2011. године

ге запослене у истој радној средини био опредељујући критеријум за признавање овог права. У тој ситуацији реч је искључиво о елиминисању одређених запослених без употребе било каквих правно вредних и *lege lata* прихватљивих критеријума. То се тада чини безразложно па зато неоправдано одступа од једнаких услова за остваривање назначеног права. Не могу се са становишта примене права узети као употребљива она мерила (разлог/зи) која то стварно нису и као таква сместити у каталог правно важних разлога за понашање по диспозицији. У примеру из одлуке, чији је став предмет анализе, разлог искључења запосленог из учешћа у добити је околност што је он остварио стимулативну отпремнину по основу добровољног престанка радног односа, јер је то "погодност запосленог".

Овде се погрешно као оправдан разлог недоступности права на учешће у расподели добити користи остварено право на стимулативну отпремнину које је означено као "погодност запосленог." Погрешно, јер је то накнада запосленом за његово добровољно лишавање радног односа и с тим у вези новчана вредност коју он добија уместо остваривања права које би он као запослени радом према редовном току ствари и остварио да до раскида раднофункционалне везе није дошло. Право на стимулативну отпремнину није подарено запосленом већ је нужно условљено његовим добровољним отказом. То је зато разлог који стварно нема везе са правом на учешће у расподели добити нити са радом који је као мерило коришћен за њену расподелу другим запосленима.

Стимулисање добровољног престанка радног односа послодавац не чини у циљу поклона запосленом већ да би се на погодан начин лишио његове раднофункционалне везе. По свом правом значењу отпремнина и није ништа друго до накнада због отпуштања из радног односа и ништа више од тога. Она треба да послужи запосленом који се одлучио на отпуштање из радног односа да обезбеди одговарајућу материјалну заштиту у време незапослености, "док се не снађе".

Када се стимулативна отпремнина означава као "погодност запосленог" тада се занемарује и:

- да и код престанка радног односа на иницијативу послодавца из разлога прописаног тачком 9. члана 179. ЗОР запослени има право на отпремнину;

- статусно дејство отпремнине;

- као и да се овде ради о истоврсној ситуацији -престанку радног односа због престанка потребе за радом запосленог.

Томе у прилог нека послужи то што се и назначени вид отпуштања остварује из истог разлога: вишка запослених, јер да није то тако не би се од стране послодавца стимулисао добровољни отказ само уз стимулативну отпремнину. Разлика је само у начину на који се послодавац ослобађа вишка запослених (добровољни отказ уместо отказа на иницијативу послодавца) и да се то у овој ситуацији чини користећи већу вредност стимулативне отпремнине од оне вредности коју би запослени по слову закона остварио у истоврсној ситуацији (принудни вишак). Томе је у прилог и то што право на отпремнину запосленом вишку са становишта његовог деловања има дуално одређење. Том праву одговара обавеза послодавца да исплати отпремнину. Она се исплаћује раднику вишку у вредности утврђеној општим актом или уговором о раду[31]. Њена исплата је истовремено и један од услова да би послодавац могао овом запосленом отказати уговор о раду на словом закона прописан начин.

Код добровољног отпуштања уз исплату стимулативне отпремнине постиже се исти циљ: да запосленом престане радни однос уз накнаду. Разлика је само у томе што се то остварује добровољно на основу одлуке запосленог, а не отказом на иницијативу послодавца. Томе је у прилог и значење појма стимулативна отпремнина као мотивациони фактор који је утицао на запосленог да раскине раднофункционалну везу. На томе инсистира и правна пракса Уставног суда уз назнаку да се у тим одлукама отпремнина не дефинише као "погодност запосленог"[32]. То што је у тим од-

[31] Видети члан 12. К.158

[32] За разлику од квалификовања стимулативне накнаде као погодности Уставни суд у овој одлуци у истоврсној ситуацији другачије образлаже карактер права на отпремнину раднику вишку. Ево како се то образлаже: "Радници за чијим је радом престала потреба код послодавца због увођења технолошких, економских и организационих промена уживали су правну заштиту у виду остваривања једног од права прописаних одредбама тада важећег закона о радним односима и колективног уговора. Како подносиоцу уставне жалбе није обезбеђено ни једно од права из члана 26. наведеног закона радни однос јој је могао престати само под условом да јој претходно буде исплаћена отпремнина утврђена колективним уговором у зависности од стажа осигурања у складу са одредбама члана 34. Закона. У парничном поступку који је вођен у предмету Општинског суда у Р.П.90/02 је несумљиво утврђено да је подносиоцу уставне жалбе приликом престанка на име отпремнине мање исплаћен износ од 26.216,65 динара. Одредбом члана 60. став 4. Устава је, поред осталог, утврђено да се нико не може одрећи права на правну заштиту за случај престанка радног

лукама реч о отпремнини код принудног вишка не даје основ за супротан закључак. Не даје, јер исплаћена стимулативна отпремнина као договорени услов за престанак радног односа представља само избор запосленог, који се нашао у овој ситуацији, извршен у циљу избегавања принудног статуса вишка и скоро истих правних последица које из тога следе (разлика је само у већој вредности стимулативне отпремнине).

Стимулативна отпремнина није зато погодност коју запосленом дарује послодавац без противнакнаде. Супротно она је накнада запосленом за његово лишавање радног односа заснованог на неодређено време уз истовремену бенефицију послодавцу да се лако лиши вишка запослених избегавајући процедуру коју би с тим у вези морао да испоштује.

Запослени који нису извршили избор престанка радног односа уз стимулативну отпремнину нису стављени у лошији положај пошто су задржали радни однос и права која по основу рада из тога следе за разлику од запослених који су извршили супротан избор: добровољни отказ уз стимулативну отпремнину.

У присуству ових разлога остваривање стимулативне отпремнине ових запослених нема тачку везивања са њиховим правом на учешће у расподели остварене добити у чијем су настанку учествовали и они и својим радом у пословној години за коју се врши њена исплата дали одређени допринос чија мера зависи од разумно прихватљивих мерила под условом да су иста утврђена.

односа. С обзиром на то, подносилац уставне жалбе се тога права није могла одрећи. Давањем оспорене изјаве којом се одриче права да судским путем тражи своја права из радног односа па и права на неисплаћену отпремнину као једне од законом утврђених мера заштите запослених за чијим је радом престала потреба, подносилац уставне жалбе се по оцени Уставног суда, у суштини одрекла неотуђивог права на правну заштиту поводом престанка радног односа. Имајући у виду да се сагласно члану 60. став 4. Устава ради о праву ког се нико не може одрећи, Уставни суд сматра да је доносећи наведену пресуду којом је одбијена жалба изјављена против оспорене пресуде Општинског суда у Р. другостепени суд повредио право подносиоца уставне жалбе на правну заштиту у случају престанка радног односа јер је прихватајући правно схватање првостепеног суда изнето у наведеној пресуди стао на становиште да је оспореном изјавом подносилац уставне жалбе извршила отпуст дуга према послодавцу, а да предмет оспорене изјаве није супротан принудним прописима. *(Одлука Уставног суда Републике Србије Уж.бр. 177/2007 од 04.06.2009. године објављена на сајту тога суда).*

4. Запослени који се определио за овај начин престанка радног односа остварио би право на стимулативну отпремнину независно од тога да ли је послодавац у тој пословној години материјализовао или не право на учешће у добити запослених. То је још један *pro* који потврђује да између оствареног права на стимулативну отпремнину и разлога који се односи на остваривање права на учешће у расподели добити не постоји конекститет.

5. Код изложеног не може се успешно употребити ни разлог који се наводи у прилог става који је предмет анализе да би у супротном они (запослени којима није добровољно престао радни однос уз стимулативну накнаду) а који су учествовали у расподели добити предузећа тиме (исплатом добити запосленима који су остварили стимулативну отпремнину) били доведени у неравноправан положај, јер се нису користили назначеном "материјалном погодношћу". Када се то тврди занемарује се да су они остали у радном односу код истог послодавца и да према редовном току ствари остварују зараду и друга права из радног односа, а да су тога лишени запослени којима је добровољно престао радни однос уз стимулативну отпремнину.

6. Посредна дискриминација постоји и онда када наизглед неутрална одредба или критеријум ставља или би ставила у неповољнији положај запосленог у односу на друге запослене због одређеног статуса - аргументат из одредбе члана 19. став 2. у вези члана 18. Закона[33]. Овде се запослени којима је престао тај статус уз стимулативну отпремнину доводе у неповољнији положај јер се лишавају права на учешће у добити коју су претходно већ својим радом остварили и то све независно од њиховог накнадно насталог добровољног престанка радног односа. Тада неутралност не може да прати разлог искључења. Супротно она се претвара у привилегију само оних запослених који су у тој ситуацији остварили право на учешће у расподели добити под условима који нису примењени у односу на запослене који су добили стимулативну отпремнину уз престанак радног односа.

7. Када се инсистира на истим изворима средстава тврдњом да је стимулативни фонд за добровољни одлазак запослених из предузећа формиран управо из дела добити послодавца која је умањена за вредност средства тог фонда тада се у присуству претходних разлога користи прав-

[33] Према одредби члана 19. став 2. Закона: Посредна дискриминација, у смислу овог закона, постоји када одређена наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса ставља или би ставила у неповољнији положај у односу на друга лица - лице које тражи запослење, као и запосленог, због одређеног својства, статуса, опредељења или уверења из члана 18. овог закона.

но неважна чињеница и истовремено занемарује постојање различитих материјалних претпоставки за остваривање два по природи различита права на учешће у добити и праву на стимулативну отпремнину због добровољног престанка радног односа.

8. Међу запосленима ствара се дискриминација када се неки од њих стављају у повољнији положај у односу на друге запослене а зато нема разумно оправданих разлога. Став који је предмет анализе прихвата премису да учешће запослених у добити предузећа не сме запослене да ставља у неповољнији положај у односу на друге запослене који су се нашли у истој или сличној ситуацији. Међутим, овај став то не поштује јер користи погрешан разлог сматрајући да престанак радног односа уз исплату стимулативне отпремнине као "погодност" оправдава постојање разлике у њиховом неједнаком третману код исплате добити [34].

[34] О томе говори и ова Одлука Уставног суда: "Из изнетог следи да у погледу утврђивања зарада у јавном предузећу, однос послодавца и запосленог јесте уговорни однос, али само у оквиру прописаних правила и ограничења. Дакле, по оцени Уставног суда, оснивач јавног предузећа нема овлашћење да одређује висину појединачне зараде или стимулације за сваког запосленог када збир појединачних зарада и стимулација утиче на масу зарада, односно на њено увећање, а што је било у конкретном случају, јер увећање зараде одређеним запосленима није било праћено смањењем зарада другим запосленима код туженог или смањењем укупног броја запослених, чиме се могла очувати иста (пројектована) маса зарада сагласно члану 4. став 2. Уредбе, свако такво увећање појединачних зарада и стимулација подлеже сагласности Владе. На основу свега изнетог Уставни суд оцењује да је оспорена пресуда Окружног суда у Б. заснована на примени меродавног материјалног права и да се образложење пресуде темељи на уставноправно прихватљивом тумачењу прописа који су од значаја за решавање спорне ствари те да материјално право није било примењено на штету подносиоца уставне жалбе. Уставни суд је имао у виду да је током првостепеног парничног поступка утврђено да је споразум који је генерални директор туженог закључио са самосталним синдикатом а који је био основ за доношење одлуке генералног директора о обрачуну и исплати посебне стимулације изричито предвиђао да се посебна стимулација по основу остварених резултата рада у трећем кварталу 2004. године исплаћује само запосленима који су чланови тог синдиката и то према списку овереном од стране овлашћеног лица тог синдиката. Како је наведени основ за обрачун и исплату посебне стимулације а тиме и за потраживање увећане зараде по овом основу супротан принудним прописима, у конкретном случају одредби члана 12. тада важећег Закона о раду, јер међу запосленима код туженог ствара дискриминацију по основу чланства у одређеном синдикату, стављајући супротно изричитој законској забрани у повољнији положај од запослених који раде на истим пословима, а нису чланови синдиката који је са генералним директором закључио споразум, то Уставни суд налази да и ова околност додатно указује да примена материјалног права у оспореној пресуди није довела до повреде права подносиоса уставне жалбе на правично суђење"[34].

9. Када би се прихватило ово схватање тада би могла бити употребљена као критеријум било која чињеница која лишава запосленог права на учешће у добити, па и то што је запослени остварио новчани износ по основу зараде јер и она терети бруто приход послодавца као трошак. Не ради се зато о ситуацији која би према члану 1. Директиве Савета број 2000/78 од 27. новембра 2000. године оправдавала одредбу о искључивању права на добит запослених, јер критеријум на основу кога се то лишавање врши није објективно оправдан легитимним циљем а начин постизања тога циља није примерен и неопходнн.

Закључак

Право запосленог на учешће у расподели добити је са становишта свога настанка факултативно. Послодавац то право може, али и не мора уговорити, или одлуком признати. Када то учини тада ствара основ своје обавезе. Услов је и да надлежни орган послодавца донесе одлуку о расподели добити. Тада настаје потраживање запосленог – да захтева испуњење обавезе из тога основа. То право се остварује у складу са законом, општим актом и под једнаким условима. Једнако уживање права на учешће у добити запосленог у области рада подразумева и једнаке услове под којима се то право остварује. То по природи подразумева једнак третман у његовој материјализацији. Мерила морају бити у непосредној вези са правом које се остварује. Тај карактер нема оно мерило које и ако је тако озбачено стварно се не налази ни у каквој вези са правом које се остварује. Када се ради о расподели добити запосленима по основу рада искључење из овог права одређеног/их запосленог/их мора бити у вези са радом, а не са коришћењем разлога који се не налазе у вези са мерилом које је истовремено послужило као искључиви основ за признавање овог права и које деривира из сасвим другог основа.

Реферат
Апелационог суда у Крагујевцу

Изет Суљовић,
судија Апелационог суда у Крагујевцу

НАКНАДА ШТЕТЕ У СЛУЧАЈУ НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА

(члан 191. ст. 4. и 5. Закона о раду Србије)

Уводна разматрања

Проблематика незаконитог отказа заокупља велику пажњу стручне јавности, што је сасвим разумљиво с обзиром на консеквенце које један овакав противправни чин може да проузрокује по материјални, морални и шире социјални положај запосленог. Дуго времена се решење за овај проблем изналазило у тзв. *обавезној реинтеграцији*, односно у концепту враћања запосленог на рад у случају да је утврђено да је отказ био незаконит.

Ако се осврнемо на упоредно радно законодавсто видећемо да се обавезна реинтеграција или напушта, или се уз њу предвиђају одговарајуће алтернативне могућности.[1] Пратећи трендове у овој области и наш законодавац се одлучио да, уз реинтеграцију, предвиди могућност *да се враћање на рад супституише накнадом штете*. Према томе, реинтеграција у радном праву Републике Србије више није облигаторна, услед тога што стране из спорног односа имају могућност да настали проблем реше накнадом штете.

Оваква логика у решавању проблема незаконитог отказа може нам бити мало чудна услед традиције коју наша држава има у материји радноправних односа. Ипак, није на одмет истаћи да је постојеће легислативно решење, које уз опцију враћања запосленог на рад предвиђа и могућност супституције враћања на рад путем накнаде штете, у складу са Конвенцијом Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца,[2] коју је наша држава ратификовала,[3] као и

[1] Више: Обрадовић, др Горан, "*О потпуној накнади штете код незаконитог отказа",* У: Невена Петрушић (ур.), *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*, Тематски зборник радова, Књига трећа, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Нишу, Ниш, 2009., стр. 99-100.

[2] Чл. 10. ове конвенције гласи: "Ако тела из члана 8. ове конвенције оцене да је престанак радног односа неоправдан и ако нису овлашћена или сматрају да је неспроводљиво да, у

европским радним стандардима, сходно пракси Европског комитета за социјална права заснованој на Измењеној Европској социјалној повељи.[4] Наиме, ови стандарди "предвиђају да санкција у случају незаконитог отказа треба да буде довољно компензирајућа са становишта запосленог, и довољно одговарајућа са становишта послодавца".[5] Тиме се, како се то примећује у литератури, накнада штете као супститут за враћање запосленог на рад може третирати као "својеврсна приватна казна".[6]

У наредном излагању критички ћемо анализирати одредбе Закона о раду (у даљем тексту: ЗОР) које се односе на институт накнаде штете као супституције за случај незаконитог отказа.[7]

Накнада штете као супституција за враћање на рад у случају незаконитог отказа

Као што смо већ навели ЗОР познаје две могућности за случај незаконитог отказа:

1) *враћање на рад* - суд ће, након што донесе правноснажну одлуку којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос, одлучити да се запослени врати на рад, *под условом да то запослени захтева* (члан 191. став 1. ЗОР);

2) *накнаду штете као замену (супституцију) за повраћај на рад* – суд ће, под условом да утврди да је запосленом незаконито престао радни однос, а запослени не захтева да се врати на рад, на његов захтев обавезати послодавца да запосленом исплати накнаду штете (члан 191. став 4. ЗОР), с тим да (према ставу 5. истог члана) овакву одлуку може донети и на захтев посло-

складу с националним законодавством и праксом, прогласе престанак радног односа неважећим, односно нареде или предложе враћање радника на посао, она ће бити овлашћена да нареде исплату одговарајуће накнаде или неког другог давања које се може сматрати одговарајућим". О овоме видети и: Ђукић, Лидија, "Незаконит отказ", *Билтен Врховног суда Србије*, бр. 2/2006., стр. 379-380.

[3] "Службени лист СФРЈ" - Међународни уговори, бројеви 4/84, 7/91

[4] Видети: Лубарда, др Бранко, *"Закон о раду и европски радни стандарди",* Билтен Врховног суда Србије, бр. 3/2006., стр. 184.

[5] Ibid.

[6] Ibid. О пеналном карактеру ове накнаде говори се и у одлици некадашњег Окружног суда у Новом Саду, Гж 6530/06 од 24.05.2007. године.

[7] "Службени гласник Републике Србије", бројеви 24/2005, 61/2005, 54/2009.

давца, ако постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе уговорне стране, није могућ.

У првом случају запосленом поред враћања на рад припада право на накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту и уговору о раду, као и право на уплату доприноса за обавезно социјално осигурање (члан 191. став 2. ЗОР), с тим да ће се ова накнада штете умањити за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа (члан 191. став 3. ЗОР).

Накнада штете може да супституише врћање на рад било по захтеву запосленог (члан 191. став 4. ЗОР), било по захтеву послодавца (члан 191. став 5. ЗОР). ЗОР не улази у мотиве зашто запослени не тражи повраћај на рад, већ ту могућност компензује накнадом штете. То је навело неке ауторе да у овој накнади виде "цену за одустанак од реинтеграције".[8] Закон тим поводом само каже да ће суд, ако утврди да је запосленом незаконито престао радни однос, а запослени не захтева да се врати на рад, "*.. на његов захтев обавезати послодавца да запосленом исплати накнаду штете*...". Запосленом је, према томе, дато право да у случају незаконитог отказа изабере једну од поменуте две законом предвиђене могућности.

Уколико, пак, захтев потиче од послодавца, суд ће донети одлуку о накнади штете уместо враћања на рад "*ако постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе уговорне стране, није могућ*". Према томе, законодавац је запосленом коме је дат незаконит отказ формално-правно посматрано дао могућност да бира како ће се намирити, док, с друге стране, послодавчев захтев може бити усвојен само ако наставак радног односа није могућ, што послодавцу ствара обавезу да у поступку докаже такве околности. Ипак, практично посматрано послодавац увек може да дезавуише ову могућност избора запосленог, тако што ће у току поступка поставити предметни захтев, указати на околности према којима наставак радног односа није могућ и у том правцу приложити одговарајуће доказе. *Из овога можемо извући закључак да се спор у случају незаконитог отказа не мора завршити онако како је запослени то замислио*. Наиме, запослени може да тражи повраћај на рад, али да током поступка послодавац постави захтев и укаже на околности по којима наставак радног од-

[8] Ивошевић, Зоран, Ивошевић, Милан, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд, 2007., стр. 391.

носа није могућ, те да суд удовољи послодавчевом захтеву. Наравно, суд је дужан да приликом оцене околности које онемогућавају наставак радног односа води рачуна о свим околностима, као и о интересима обеју страна. Овим је законодавац настојао да спречи евентуалне злоупотребе послодаваца који би желели да се по сваку цену ослободе од запослених којима су претходно незаконито отказали уговоре о раду. У теорији се као разлози због којих је немогућ даљи наставак радног односа наводе следеће околности: знатно поремећени односи између радника и послодавца настали пре (незаконитог) отказа или чак за време суђења, ново запослење запосленог коме је претходни радни однос незаконито престао итд.[9]

Право да поднесу захтев за накнаду штете као супституцију за повраћај на рад запослени и послодавац према ставу 6. члана 191. ЗОР могу остварити до окончања главне расправе пред судом.

У зависности од тога ко је поднео предметни захтев за накнаду штете законодавац је лимитирао максимални износ накнаде. Ако је захтев поднео запослени, висина накнаде може бити "*..у износу од највише 18 зарада које би запослени остварио да ради, и то зависно од времена проведеног у радном односу и година живота запосленог, као и броја издржаваних чланова породице*" (став 4. члана 191. ЗОР). Уколико је, пак, захтев поднео послодавац накнада штете запосленом ће се досудити "*... у двоструком износу од износа који се утврђује у складу са ставом 4. овог члана*" (став 5. члана 191. ЗОР), што значи да максимални износ накнаде штете у овом случају износи 36 зарада које би запослени остварио да ради. У оба случаја конкретан износ накнаде зараде зависи од: 1) времена проведеног у радном односу, 2) година живота запосленог и 3) броја издржаваних чланова породице. Према томе, "критеријуми су исти и основица за обрачун је иста, само је максимални износ различит".[10]

Околност да послодавац плаћа већи, тј. дупли износ накнаде штете уколико захтев за накнаду потиче од њега (чиме он изражава свој став да не жели реинтеграцију) у складу је са европским стандардима, а смисао оваквог решења се огледа у томе да се послодавци у пракси одврате од исплате увећане накнаде, већ да раднику, уколико он то жели, омогуће повратак на рад.[11]

[9] Обрадовић, др Горан, op.cit., стр. 96.
[10] Ђукић, Лидија, op.cit., стр. 382.
[11] Видети: Лубарда, др Бранко, op.cit., стр. 184-185.

Нека спорна питања у вези са накнадом штете као супституцијом за повратак на рад

У теорији и пракси уочено је неколико спорних питања у вези са накнадом штете као заменом за повратак на рад, а на која ћемо се у овом делу рада осврнути.

1. Један од приговора[12] који се упућује овом институту у теорији јесте да је он противан одредби члана 190. Закона о облигационим односима[13] (у даљем тексту: ЗОО), која говори о потпуној накнади штете. Наиме, према члану 190. ЗОО суд ће, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете, досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања. Према том мишљењу одредбе ст. 4. и 5. члана 191. ЗОР омогућавају да накнада штете у случају супституције за повратак на рад буде мања од штете коју је запослени стварно претрпео, пре свега у виду изгубљене зараде и уплате доприноса за обавезно социјално осигурање.

Ипак, судска пракса стоји на супротном становишту, сматрајући "да је накнада штете из члана 191. став 4. Закона о раду потпуно независна од накнаде штете из става 2. овог члана и да је искључиви циљ паушалне накнаде штете да супституише враћање на рад и представља практично накнаду за одустанак запосленог од враћања на рад, а ова накнада штете не утиче на досуђивање накнаде штете због изгубљене зараде - плате" (пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж I 1476/10 од 12.01.2011. године). Из овога произилази да запослени има право на потпуну накнаду штете због изгубљене зараде и других примања која би остварио да није било незаконитог отказа уговора о раду, у смислу члана 191 ст. 1. и 2. ЗОР, као и накнаду на име супституције због одустанка од реинтеграције на основу става 4. истог члана.[14] Исто

[12] Видети: Обрадовић, др Горан, op.cit., стр. 98.

[13] "Службени лист СФРЈ", бројеви 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, "Службени лист СРЈ", бројеви 31/1993, (22/1999, 23/1999, 35/1999, 44/1999).

[14] И други аутори заступају слично мишљење. Тако истиче се да "није спорно питање одлучивања о накнади штете када се она захтева уз реинтеграцију, али би и запослени који није захтевао реинтеграцију имао право да кроз самостални захтев за накнаду штете у новој парници, у оквиру рока за застарелост потраживања из радног односа, оствари право на накнаду штете због изостале зараде за период од престанка радног односа до правноснажности одлуке којом је утврђено да му је радни однос незаконито престао".

тако, сматрају поједини аутори да поред материјалне штете запосленом припада и право на накнаду нематеријалне штете, а у смислу поменутог члана 190. ЗОО и члана 200. истог закона.[15] Према томе, *судска пракса и један део теорије не искључују могућност потпуне накнаде штете*.[16]

2. *Оно што може бити спорно у вези са применом одредбе члана 191. ст. 4. и 5. ЗР јесте то од којег тренутка се сматра да је запосленом престао радни однос*. Наиме, у оба случаја суд утврђује да је отказ био незаконит. Пошто наведене одредбе искључују повратак на рад, предвиђајући као супституцију накнаду штете, нужно је онда да се утврди и дан престанка радног односа, јер запослени не жели (став 4), односно суд сматра да повратак није могућ (став 5). Овај дан је потребно утврдити да би се знало до којег тренутка радник остварује права из радног односа, јер након тога ова права му престају, тако да једино има могућност да оствари право на паушалну накнаду, тј. на накнаду као супституцију за повратак на рад. *Поништајем решења којим се отказује уговор о раду престају последице тог решења, па уговор о раду остаје на снази. То даље доводи до наставка радног односа који запослени неће или који објективно није могуће да се настави. Како надкада штете супституише повратак на рад потребно је да се одреди нови датум престанка радног односа, јер од тог тренутка запосленом престају права и обавезе из радног односа. С обзиром да законом није предвиђено да се у овом случају наведе нови датум престанка радног односа мишљења смо да би суд био дужан да, ценећи све околности случаја и разлоге које смо навели, тај дан у изреци пресуде утврди.* Ово нарочито у ситуацијама када запослени до пресуђења није успео да заснује нови радни однос.

У неким иностраним законима о раду изричито је прописано да суд на захтев запосленог, уколико он не жели да се врати на рад, одређује дан престанка радног односа. Чини нам се да би у том смеру требало изменити и одредбу става 4. члана 191. ЗОР Србије. До тада, а у складу са аргументацијом коју смо навели, сматрамо да би суд у изреци пресуде требао да одреди спорни моменат.

3. ЗОР је у члану 194. став 4. прописао критеријуме за обрачунавање висине накнаде штете као супституције за повратак на рад. Закон има у виду

Тако: Андрејевић, Снежана, *"Незаконит престанак радног односа",* Зоран Ивошевић (ред), *Заштита права из области рада* – Зборник радова, Глосаријум, Београд, 2011., стр. 246.

[15] Ibid., стр. 246-247.

[16] У сличном правцу се размишљало и на заједничком састанку одељења за радне спорове апелационих судова у Београду, Нишу, Новом Саду и Крагујевцу који је одржан дана 17.02.2011. године у Крагујевцу.

само три критеријума за утврђивање накнаде о чему је било речи у претходном тексту. Мимо ова три законска критеријума, други критеријуми не долазе у обзир. То је, сасвим основано, констатовано и у пресуди некадашњег Окружног суда у Новом Саду, Гж. 6530/06 од 24.05.2007. године, на следећи начин: "Овај суд налази да за одмеравање висине ове накнаде штете не може бити других критеријума, сем предвиђених законом".

Поменута одлука је значајна због још неких тумачења која су изнета у њој. Тако, суд је изричито констатовао да се накнада штете утврђује према критеријумима из члана 191. став 4. ЗОР, с тим да "њихова примена (мисли се на критеријуме – оп.аут.) зависи од конкретних околности предметног случаја, а у сваком случају и од општих начела о накнади штете". Друго, суд је био експлицитан да само критеријум број издржаваних чланова породице "аутоматски значи виши износ штете... јер је у питању искључиво социјални критеријум". Остала два критеријума (време проведено у радном односу и године живота запосленог) немају, по тумачењу из исте одлуке, аутоматско дејство у односу на висину накнаде штете, већ се морају тумачити у складу са начелима одштетног права. То нам се чини прихватљивим, јер је могуће (што је у примеру из случаја који наводимо заиста и било) да је запослени, након незаконитог отказа брзо нашао ново запослење, тако да се законски критеријуми морају ценити у складу са начелима облигационог права која се односе на накнаду штете. Уколико би се безусловно прихватило да већи број година и дуже време трајања радног односа аутоматски доводе до веће накнаде штете могло би се доћи до непримерених решења, решења која су неприхватљива са становишта поменутих начела, пре свега начела забране злоупотребе права из члана 13. ЗОО,[17] а што произилази из наведене одлуке.

4. С обзиром да је ЗОР прописао максималан износ накнаде штете, те имајући у виду да овај захтев могу поставити и запослени и послодавац, поставља се питање колико је суд везан за висину конкретно постављеног захтева?[18] Наиме, логично је да запослени тражи што већи износ накнаде, а послодавац што мањи износ. Уколико је захтев поставио запослени суд је, у смислу одредбе члана 3. став 1. Закона о парничном поступку,[19] дужан да одлучује у границама постављеног захтева. То значи да суд такав захтев, када га прихвати, може усвојити у

[17] Чл. 13. ЗОО гласи: "Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато".
[18] О томе: Ђукић, Лидија, op.cit., стр. 382-383.
[19] "Службени гласник Републике Србије", бројеви 125/2004, 111/2009, 36/2011.

целини или делимично. Ако је, пак, захтев поставио послодавац неки аутори сматрају да суд није везан за његову висину, образлажући своје мишљење следећим разлозима: "захтев послодавца за супституцију је специфичан захтев који свој основ има у материјалном пропису, а исти материјални пропис даје овлашћење суду да донесе одлуку којом једно право запосленог супституише другим, и поред чињеница да је отказ незаконит и да се запослени противи супституцији. Такође, материјални пропис одређује максималан износ штете, критеријуме за одмеравање висине у оквиру максимума и основицу за обрачун па нема оправдања за релевантност евентуалног предлога послодавца о висини штете. Осим овога, расправљање суда о основаности захтева послодавца може знатно продужити поступак, па ако суд закључи да има места супституцији било би нерационално и нецелисходно не одредити исту само због ниско (нереално) опредељеног предлога послодавца у погледу висине".[20]

Мишљења смо, управо услед специфичности овог захтева, да би послодавац свој захтев требало да усмери тако што би тражио забрану реституције, а суд би имајући у виду критеријуме прописане у ст. 4. и 5. члана 191. ЗОР одредио конкретну висину (и дан) престанка радног односа. Наиме, не чини нам се логичним да би послодовац могао да предлаже суду висину накнаде на коју ће га суд обавезати, јер је, с једне стране, за очекивати да ће у складу са својим економским интересима предлагати ниске износе накнаде, док, с друге стране, противно структури и начелима парничног поступка деловало би као да је послодавац тужбу управио против себе. Према томе, довољно би било да послодавац свој захтев управи тако што ће се успротивити реституцији, чиме би суд, у складу са ставом 5. члана 191. ЗОР, досудио накнаду штете у прописаним границама, а према законским критеријумима.

Уместо закључка

Институт накнаде штете као законом прописана могућност замене за повратак на рад пружа велике могућности, али и отвара бројна питања и указује на одређена противречја у овој области. Још увек у нашој пракси не постоји референтан број примера који би нам омогућио да се са више страна сагледа пре свега практична проблематика која се везује за овај институт. У раду смо приказали само неке проблеме који се везују за овај специфичан вид накнаде штете, покушавајући да дамо најосновније смернице за њихово разрешење.

[20] Ђукић, Лидија, op.cit., стр. 382-383.

Реферати
Апелационог суда у Нишу

Слађана Стојановић,
судија Апелационог суда у Нишу

ПРАВИЧНА НАКНАДА ЗА РАД И ЗАШТИТА ТОГ ПРАВА У СУДСКОМ ПОСТУПКУ

A iuistitia (quasi a quodam fonte) omnia iura emanent. (Ulpianus – D.1,1,1,1. Из правичности (као неког извора) проистичу сва права.

In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est. (Upianus – D. 50.17.90). У свему, а највише у праву, мора се водити рачуна о правичности.

Iuistia regnorum fundamentum. Правичност је основ владавине.

Prima pars aequitatis – aequalitas. Једнакост је најважнији део правичности[1].

Устав РС у члану 60. став 4. прописује између осталог да свако има право на правичну накнаду за рад као и да се нико тог права не може одрећи. Чланом 36. Устава јемчи се једнака заштита права пред судовима, а чланом 32. право на правично суђење.

Међутим, свако прокламовање одређеног права, па и права на правичну накнаду за рад и немогућност одрицања од тог права, као и права на правично суђење и једнаку заштиту пред судовима истог, само по себи, не значи аутоматски остваривање тог права, на исти начин у судском поступку.

"Да би одлуке које судови доносе биле законите, правилне и правно предвидиве, нужно је и потребно да сви судови на територији РС доприносе усвајању и поступају у складу са усвојеним правним схватањима, утврђеним ставовима, закључцима и сентенцама Врховног касационог суда"[2] а судије у циљу афирмације владавина права и враћање поверења у правосуђе, су "дужне да свим странкама обезбеде једнаку правичну и закониту заштиту. То се једино може остварити на тај начин што ће судови међусобно сарађивати и

[1] Ризница правних изрека ИНТЕРМЕКС Београд 2007. треће издање, страна 117. и 118.
[2] Допис Врховног касационог суда од 11.11.2010. године I су 589/10 упућен Апелационом суду у Нишу

доприносити да се поштује изграђена судска пракса, усвојена правна схватања, утврђени правни ставови, закључци и сентенце Врховног касационог суда, као највишег суда у Републици Србији".

Недоследна и неуједначена судска пракса и доношење различитих одлука у идентичним чињеничним и правним ситуацијама представља повреду права на правично суђење које је зајемчено чланом 32. Устава РС и представља основни разлог због кога Уставни суд Србије усваја уставне жалбе и поништава судске одлуке. Осим тога, поступање на овакав начин доводи и до повреде права на правично суђење које је прокламовано и чланом 6. став 1. Европске конвенције о људским правима. Европски суд за људска права такво понашање санкционише обавезивањем државе на исплату штете на име правичног задовољења (*Ракић* против Србије, *Винчић* против Србије).

Када је у питању правична накнада за рад, за сада у појединим споровима не постоји идентично поступање судова и ставови, па и на нивоу самих апелационих судова, на шта се жели указати у овом реферату у циљу проналажења пута и начина за што већом сарадњом између апелационих судова, и заузимања ставова од стране Врховног Касационог суда о појединим питањима, а све ради уједначавања судске праксе у обезбеђивању једнаке, правичне и законите заштите овог права грађанима у судским поступцима, јер се ради о споровима који се у највећем броју случајева завршавају одлукама апелационих судова. Осим тога, законом није прописан поступак усаглашавања мишљења и поступања апелационих судова у идентичним споровима који се правноснажно окончавају на нивоу ових судова, у којима, по правилу није предвиђена могућност изјављивања ревизије. Стога, врло често, и саме судије које поступају у овим споровима немају сазнања да се у идентичним ситуацијама, на подручју других апелационих судова другачије поступа и одлучује, те да се доношењем појединих одлука из ове области крши члан 6. став 1. ЕК као и члан 32. Устава РС, на шта је већ указано.

Од каквог је значаја остваривање овог права говори сама чињеница да је основни мотив због кога људи раде остваривање новчане накнаде за рад, јер на тај начин обезбеђују материјалну и социјалну сигурност за себе и за своју породицу. И то је сасвим у реду, јер се новац узима као мера свих ствари.

Шта се подразумева под појмом правична накнада за рад?

Зарада представља правичну накнаду за рад[3]. Да ли се може ставити знак једнакости између ова два појма?

Постоји уже и шире тумачење овог појма.

Уже тумачење, под појмом правичне накнаде за рад подразумева зараду која представља правичну накнаду за рад, било да се ради о минималној заради, која је прописана чланом 111. Закона о раду, или одговарајућој заради из чл. 104. и 105. Закона о раду.

Шире тумачење, под појмом правична накнада за рад, осим зараде подразумева и сва друга примања и накнаде по основу рада.

Предмет овог реферата јесте зарада, минимална зарада, увећана зарада и друга примања из радног односа која у смислу правила Закона о раду представљају саставни део зараде.

Заштита повређеног права на правичну накнаду за рад-зараду запосленима се пружа у радном спору пред првостепеним судом - основни суд. На те спорове примењују се правила Закона о парничном поступку ("Сл. гл. РС" бр. 125/2004 и 111 од 29.12.2009. године), а права, обавезе и одговорности на основу рада утврђена су Законом о раду ("Сл. г. РС" бр.24/05 и 61 од 18.07.2005. године), који је матични закон у области рада. Посебна правила су у другим законима, као што је Закон о радним односима у државним органима ("Сл. гл. РС" бр. 48/91 до 31/2002), односно Закон о државним службеницима ("Сл. гл. РС", бр. 79/2005-67/2007), који се примењује од 01.07.2006. године. Када се ради о зарадама односно платама државних службеника и намештеника, односно у државним органима примењује се Закон о платама у државним органима и јавним службама ("Сл. гл. РС", бр. 34/01-61/05). Почев од 01.01.2007. године примењује се Закон о платама државних службеника и намештеника ("Сл. гл. РС", бр. 62/2006-101/2007). На зараде, накнаде зараде и друга примања из радног односа запослених у јавним службама примењују се правила поменутог Закона о платама у државним органима и јавним службама, уредбе Владе донете на основу тог закона, Општи колективни уговор, те посебни колективни уговори за поједине јавне службе, уредбе и посебни колективни уговори који су донети након ступања на снагу Закона о платама државних службеника и намештеника, када су у питању плате, накнаде и

[3] одлука Уставног суда РС бр. Уж. 697/2009 од 17.02.2011. године

друга примања наведене категорије запослених. Према члану 189. Закона о државним службеницима, одредбе Закона о радним односима у државним органима настављају да се сходно примењују на радне односе у органима аутономне покрајине и локалне самоуправе, до доношења посебног закона, почев од 01.07.2006. године. Дакле, одредбе Закона о раду примењују се супсидијарно од 01.07.2006. године на радне односе у државним органима као и у органима аутономне покрајине и локалне самоуправе. Ступањем на снагу Закона о државним службеницима и у јавним службама и установама важи општи режим матичног Закона о раду.

Право на зараду утврђено је у члану 104. Закона о раду који прописује, у ставу првом, да запослени има право на одговарајућу зараду, која се утврђује у складу са законом, општим актом и уговором о раду. Ставом другим, истог члана, прописано је да се запосленима гарантује једнака зарада за исти рад или рад исте вредности које остварује код послодавца. Чланом 105. истог Закона прописано је да се зарада састоји од зараде за обављени рад и време проведено на раду, зараде по основу доприноса запосленог пословном успеху послодавца (награде, бонуси и сл.) и других примања по основу радног односа у складу са општим и уговором о раду. Ставом другим наведене одредбе прописано је да се под зарадом сматра зарада која садржи порезе и доприносе који се плаћају из зараде, а у ставу трећем је прописано да се под зарадом подразумевају сва примања из радног односа, осим накнаде трошкова запосленог у вези са радом из члана 118. став 1. тач. 1 - 4. и других примања из члана 119. и члана 120. тачка 1. Закона, што подразумева да се под зарадом сматрају сва примања из радног односа, и то: накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, теренски додатак, додатак за одвојен живот и давања запосленима у новцу или у роби поводом празника. Одредбе из тач. 5. и 6. члана 118. закона, примењују се почев од 01.01.2006. године (накнада за трошкове исхране у току рада и за регрес за коришћење годишњег одмора). Правилима из члана 106. прописано је да се зарада за обављени рад и време проведено на раду састоји од основне зараде, дела зараде за радни учинак и увећане зараде, а да се уговором о раду може утврдити основна зарада у већем износу од основне зараде утврђене на основу елемената из општег акта. У смислу члана 108. истог закона увећана зарада на коју запослени има право, а чија се висина утврђује општим актом и уговором о раду, представља зараду за рад на дан празника који је нерадан дан-110% од основице, за рад ноћу и рад у сменама, ако такав рад није вредновао при утврђивању основне зараде-нај-

мање 26% од основице, за прековремени рад -најмање 26% од основице и део зараде по основу времена проведеног на раду за сваку пуну годину рада остварену у радном односу-0,4% процената од основице. Истом одредбом прописано је да ако су се истовремено стекли услови по више наведених основа, проценат увећане зараде не може бити нижи од збира процената по сваком од основа увећања. Општим актом и уговором о раду могу да се утврде и други случајеви у којима запослени има право на увећану зараду. Основицу за обрачун увећане зараде чини основна зарада утврђена у складу са законом, општим актом и уговором о раду. Право на минималну зараду утврђена је у члану 111. Закона о раду, којим је прописано да запослени има право на минималну зараду за стандардни учинак и пуно радно време, односно радно време које се изједначава са пуним радним временом. Ако послодавац и запослени уговоре минималну зараду, послодавац је дужан да ту зараду исплати запосленом у висини која се утврђује на начин прописан чланом 112. Закона.

Имајући у виду наведене одредбе Закона о раду произилази да се зарада остварује радом и да без рада нема зараде, што подразумева да се накнаде зараде остварују без рада у случајевима одређеним законом, подзаконским актима, општим актима о раду и колективним уговором, као што су годишњи одмор, плаћено одсуство, привремена спреченост за рад, војна вежба, одазивање на позив државних органа, стручно усавршавање, привремено удаљење запосленог са рада. Друга примања такође не представљају зараду, осим примања у смислу члана 118. Закона о раду, о којима је напред било речи.

Као предмет спора пред судовима, најчешће се појављују потраживања по основу неисплаћене зараде, неисплаћене минималне зараде, разлике између исплаћене и припадајуће минималне зараде, захтеви за исплату разлике између исплаћене и одговарајуће зараде, као и захтеви за исплату увећане зараде, захтеви за исплату накнаде по основу исхране у току рада, на име регреса за коришћење годишњег одмора или разлике између исплаћених износа и износа за које запослени сматрају да им припадају, те за уплату доприноса за обавезно социјално осигурање надлежним фондовима.

Велики број спорова се односи на **исплату пуне зараде или минималне зараде у условима када запослени нису радили без своје кривице због тога што послодавац није могао обезбедити предмет рада или накнаде зарада, а радни однос им није престао.** Међутим, за остваривање

накнаде зараде у наведеним случајевима мора постојати основ. Чини се да о правном основу за признавање права на накнаду зараде када радници нису радили без своје кривице не постоји јасна судска пракса, односно уједначена судска пракса. Према пракси Апелационог суда у Нишу и основних судова на подручју тога суда, може се формирати закључак да се у наведеној врсти спорова усвајају тужбени захтеви како су постављени, без обзира да ли се тражи накнада или зарада, будући да суд није везан за правни основ приликом одлучивања, при чему се судови не упуштају у основ одговорности послодавца. Најчешће се одлуке образлажу разлозима да запослени није могао остварити зараду без своје кривице, због тога што послодавац није обезбедио предмет рада, а њему није престао радни однос. При томе, судови се не упуштају у разлоге због којих није могао да се одвија процес рада код послодавца, објективне или субјективне. За судове је довољна околност о томе да послодавац није предузео све мере које прописује Закон о раду и овлашћења која су прописана другим законским прописима-прописи који се односе на стечај и ликвидацију, те који се односе на приватизацију привредних субјеката, у смислу смањења броја запослених-технолошки вишак, упућивања на плаћено одсуство уз исплату умањене зараде, упућивања на неплаћено одсуство, предузимања мера ради отварања стечајног поступка, односно поступка реструктурирања или приватизације, односно у смислу исплате минималне зараде.

Да ли може бити без значаја правни основ за исплату накнаде зараде у наведеном случају, и то у случајевима када не постоји кривица послодавца за прекид процеса рада? Има ли места у тим случајевима умањењу накнаде зараде запосленима за време за које нису радили, за износ средстава остварених док су били ван процеса рада ако су остваривали приход за то време?

Код решавања спора за исплату минималне зараде и разлике између исплаћене и припадајуће минималне зараде, судови се придржавају постојећег става Врховног касационог суда, односно ранијег Врховног суда да се минимална зарада може исплаћивати само ако је уговорена између послодавца и запосленог, односно под условима који су прописани чланом 111. Закона о раду, односно општим актом о радним односима. Када се захтева исплата минималне зараде у случајевима прекида процеса рада који је наступио без кривице запосленог, односно накнада зараде до висине минималне зараде, чему се послодавци противе јер, минимална зарада није уго-

ворена, судови су досуђивали запосленима накнаду до висине минималне зараде, иако иста није уговарана за период на који се односи тужбени захтев, из чега произилази да су и сами запослени имали у виду околност о томе да је послодавац доспео у стање платежне неспособности, због поремећаја у пословању, исказујући на тај начин разумевање и тежњу да се у извесној мери сачува предузеће, до отклањања поремећаја у пословању, обзиром да нису тражили исплату уговорене зараде која је била већа од минималне. Постоје и спорови у којима код претежног броја послодаваца и запослених није могао да се успостави прави економско-социјални дијалог и представници синдиката радника, као и радници, нису прихватали исплату минималних зарада, без обзира на стање пословања послодавца, због чега су запослени одбијали закључење уговора о раду под измењеним условима у смислу уговарања исплате минималне зараде, тужбама су тражили исплату уговорене зараде која је била већа од минималне зараде, тако да су послодавци, у тим случајевима, обавезивани на исплату пуне зараде.

Бројни су и спорови који се односе на исплату увећане зараде у смислу члана 108. Закона о раду, јер се не врши исплата увећане зараде у обиму који је прописан наведеном одредбом, а предвиђена је исплата колективним уговорима или уговорима о раду, а ако је рад ноћу и у сменама вредновани при утврђивању основне зараде општим актом послодавца или уговором о раду, тада се не исказује јасно који проценат од основне зараде или део коефицијента су уговарачи (репрезентативни синдикати, представници организације послодаваца и Владе) имали у виду приликом закључења колективних уговора. У тим споровима послодавци се позивају да је рад ноћу или у сменама вреднован при утврђивању основне зараде, али из наведеног разлога то не могу доказати. Велики број спорова се појављује и због одсуства разумног економско-социјалног дијалога између организације послодаваца, односно њихових представника и запослених, односно њихових синдикалних представника, због чега не долази до закључења колективних уговора, а послодавци не доносе или доносе одлуке о том виду зараде, као и дела зараде који представља регрес за коришћење годишњег одмора, односно накнаду у вези са исхраном у току рада (топли оброк) или преко својих пословодних органа, без претходно спроведеног поступка који је прописан правилима Закона о раду. У том случају судови примењују раније закључене колективе уговоре, појединачне или посебне, у складу са правилима Закона о раду, који је примењиван до ступања на снагу сада важећег Закона о раду, а у њиховом одсуству упуштају се и у утврђивање обима новчаних

потраживања по наведеним основима. Примењиване су и одредбе Општег колективног уговора из 1997. године у делу који се односи на зараде, накнаде зарада и других примања из радних односа, ако одредбе тог акта нису у супротности са Законом о раду ("Сл. гласник РС", бр. 70/2001 са изменама и допунама).

У правном закључку Грађанског одељења Врховног суда Србије[4] **у погледу права државних службеника и намештеника на накнаду за исхрану у току рада и за регрес за коришћење годишњег одмора** наводи се "да Закон о раду предвиђа право запосленог на накнаду трошкова за исхрану у току рада и за регрес за коришћење годишњег одмора, али утврђивање услова, висине и начина исплате препушта аутономном регулисању путем закључења колективног уговора као општег акта и уговора о раду". У образложењу овог става се наводи да је услов за остварење права државних службеника и намештеника за накнаду трошкова за исхрану у току рада и регреса за коришћење годишњег одмора постојање колективног уговора којим се утврђује право, висина и начин исплате ових накнада. На тај начин очигледно је решена дилема у погледу права на исплату топлог оброка и регреса државних службеника и намештеника. Стога изненађује, када се и поред наведеног закључка Врховног суда, који је објављен 2008. године, појаве одлуке којима се усваја тужбени захтев када се ради о накнадама по наведеним основима[5].

Међутим, **у погледу права осталих запослених на која се примењује Закон о раду, у погледу права на исплату топлог оброка и регреса**, који су саставни део зараде према наведеном члану 105. Закона о раду, не постоји објављен и заузет став од стране Врховног касационог суда, али постоји различита судска пракса, Наиме, према једном ставу, запосленима припада право на исплату топлог оброка и регреса, као дела зараде, само у случају ако је ово право предвиђено Општим актом или Уговором о раду. У тим случајевима судови се позивају на члан 118. став 1. Закона о раду који говори да запослени има право на накнаду између осталог и за накнаду за исхрану у току рада и регреса али у складу са општим актом и уговором о раду. Уколико то право није предвиђено општим актом или уговором о раду, у том случају ради се о тзв. "голом праву", обзиром да

[4] Билтен судске праксе број 1/08

[5] Пресуда Основног суда у Нишу 1 П1. 4898/10 од 02.08.2010. године, која је преиначена пресудом Апелационог суда у Нишу Гж1.бр. 2744/10 од 26.11.2010. године

закон није предвидео критеријуме за утврђивање износа регреса и топлог оброка, па се у тим случајевима овакви тужбени захтеви одбијају, уз образложење да није уговорена исплата топлог оброка и регреса како Општим актом тако и Уговором о раду. На подручјима судова где је и раније била оваква судска пракса врло ретко се појављују данас спорови у којима се тражи исплата регреса и топлог оброка уколико њихова исплата није предвиђена општим актом или уговором о раду. Према другом ставу, од 01.01.2006. године накнада на име регреса за коришћење годишњег одмора и на исплату топлог оброка представља законску обавезу послодавца и ови судови усвајају постављене захтеве и запосленима досуђују топли оброк и регрес, без обзира што исплата није предвиђена општим актом послодавца или уговором о раду. У тим случајевима судови полазе од правне природе и сврхе накнаде трошкова за коришћење годишњег одмора, уз образложење да ово право мора имати минималну економску вредност која би била довољна за покривање дела трошкова у вези коришћења годишњег одмора и запосленима се досуђује накнада за коришћење годишњег одмора у износима просечне зараде у привреди РС по званичним подацима објављеним од стране надлежног органа за статистику. Досуђује се и накнада на име топлог оброка, па и у случајевима када је послодавац организовао исхрану за запослене, и када је запослени користио ову услугу, ако не постоји његова изричита писмена сагласност за овакав вид топлог оброка. Износ топлог оброка утврђује се на месечном нивоу и укључује у зараду, с тим што уколико код послодавца постоји организована исхрана, коју је запослени користио али не постоји његова писмена сагласност за овакав вид исхране, запосленом се умањује ова накнада за вредност топлог оброка који конзумира у ресторану друштвене исхране[6].

Исплата минималне зараде најчешће је присутна и уговара се у ситуацијама када због лоших пословних резултата послодавац није у могућности да обезбеди довољно финансијских средстава да исплати одговарајуће зараде запосленима. Дакле, исплата минималне зараде се уговора, а члан 112. Закона о раду регулише начин утврђивања минималне зараде. Минимална зарада се утврђује по радном часу, за период од најмање шест месеци и утврђује се одлуком социјално – економског савета основаног за територију РС, а у случају да исти не донесе одлуку у року од 10 дана од

[6] Пресуда Основног суда у Нишу П.1.бр. 199/10 од 25.06.2010. године која је потврђена одлуком Апелационог суда у Нишу Гж.1.бр. 2717/10 од 19.11.2010. године.

почетка преговора, тада одлуку о висини минималне зараде доноси Влада Републике Србије. Минимална зарада не може бити нижа од минималне зараде која је на напред наведени начин утврђена за период који претходи периоду за који се утврђује минимална зарада.

Шта се дешава са правом на исплату топлог оброка и регреса уколико је уговорена исплата минималне зараде и уколико су наступили услови за исплату исте.

И овде постоје различита тумачења и поступања судова, што доводи до различитог одлучивања у истој правној ситуацији.

По једнима, минимална зарада је дефинисана у члану 112. Закона о раду. Обзиром да се исплата исте уговора у тзв. ванредним ситуацијама, у којима се нашао послодавац, са циљем да се таква ситуација преброди на најбезболнији начин за послодавца и да би запослени задржали своја радна места, уговарање исплате минималне зараде аутоматски, само по себи, значи губитак права на исплату топлог оброка и регреса, јер ова примања не чине саставни део минималне зараде. По другом становишту, уговарањем исплате минималне зараде не могу се уговорити мања права од оних која су предвиђена колективним уговором или другим појединачним актом код послодавца, па уколико је овим актима предвиђено право на исплату топлог оброка и регреса, то право запосленима припада и у случају када је уговорена исплата минималне зараде. Постоји и треће становиште по коме је право на исплату топлог оброка и регреса од 01.01.2006. године законско право запослених, предвиђено и гарантовано законом, па самим тим представља законску обавезу послодавца, и запосленима стога припада право на исплату ових потраживања, без обзира да ли је исплата топлог оброка и регреса предвиђена појединачним колективном уговором или другим актом код послодавца, и у случају када је уговорена исплата минималне зараде судови усвајају захтев за исплату и топлог оброка и регреса и исте досуђују.

Према члану 105. став 2. Закона о раду, под зарадом подразумева се **зарада која у себи садржи порезе и доприносе** који се исплаћују из зараде. И у том делу постоји различито поступање судова на нивоу појединих апелационих судова.

Према правном схватању Грађанског одељења Врховног суда Србије, које је утврђено на седници 05.11.2001. године "суд у парничном поступку одлучује о захтевима запосленог да послодавац уплати доприносе

за обавезно социјално осигурање одговарајућем фонду и да упише стаж осигурања у радну књижицу". Ово правно схватање измењено је Закључком Врховног Касационог суда који је донет на седници од 23.03.2010. године. Према том закључку одлучивање о самосталном тужбеном захтеву који се односи на обавезивање послодавца на уплату доприноса из обавезно социјалног осигурања не спада у надлежност суда опште надлежности, јер се не ради о спору из чл. 1. Закона о парничном поступку[7].

Након тога, Апелациони суд у Београду усвојио је на седници Грађанског одељења за радне спорове 23.12.2010. године и 26.01.2011. године правни став по коме у предметима у којима је тужба поднета пре 01.01.2010. године (а то важи и за пресуде донете пре овог датума), за одлучивање по захтеву за уплату доприноса (независно да ли се ради о доприносима или додатним доприносима), одлучује се у меритуму, а Закључак усвојен на седници грађанског одељења Врховног касационог суда од 23.03.2010. године примењује се на све случајеве где је тужба поднета после 01.01.2010. године. Супротно од овог става, Апелациони суд у Нишу по овом питању, кроз своје одлуке, не прави овакав пресек са 01.01.2010. године и према судској пракси овог суда, без обзира на то када је тужба поднета – пре 01.01.2010. године или након тога, судови нису надлежни да одлучују о оваквим захтевима[8].

Судови различито поступају и у ситуацијама **када су запослени потписали изјаву о одрицању од права на исплату неисплаћене зараде до дана престанка радног односа, као и код исплате зараде под условима када постоји споразуми између послодавца и запослених о времену и начину исплате, односно условима под којима ће се извршити исплата, протокола.**

По једном ставу, поједини судови, сматрају да само потписивање изјаве од стране запосленог, којом се одриче од права на исплату неисплаћене зараде аутоматски значи немогућност примене члана 186. Закона о раду. Наведено одрицање производи правно дејство и запослени, у тим ситуацијама, нема право на исплату потраживања којих се одрекао уколико оваква његова изјава, због мана воље није поништена у судском поступку.

[7] Билтен Врховног касационог суда бр.1/2010
[8] Решење Апелационог суда у Нишу Гж.1.бр.553/10 од 07.05.2010. године

Поједини судови су заузели становиште да уколико радник поднесе тужбу којом тражи исплату потраживања којих се одрекао у законском року у коме може да тражи поништај изјаве о одрицању, о захтеву за поништај изјаве о одрицању одлучивали су као о претходном питању. По другом становишту, запослени се не може одрећи самог права, али уколико су у оваквим изјавама наведени новчани износи, такво одрицање производи правно дејство и у тим случајевима се ради о тзв. опросту дуга, у смислу члана 344. ЗОО. Постоји и треће становиште које полази од члана 60. став 4. Устава Србије којим је предвиђено, између осталог, да свако има право на правичну накнаду за рад и да се нико тих права не може одрећи. Стога само одрицање од наведених потраживања, било да су наведени новчани износи или не, је апсолутно ништаво и не производи правно дејство, а запослени има право на исплату ових потраживања и иста му треба досудити, без обзира да ли је вођен спор за поништај одлуке којим се запослени одрекао овог потраживања или је утврђен мањи новчани износ одлуком послодавца по овом основу од износа који би запосленом припао, јер се ради о апсолутно ништавим актима која не могу производити правно дејство и нема потребе да се води поступак пред судом ради поништаја таквих аката.

У **погледу начина обрачуна и досуђивања затезне камате на новчана потраживања** из радног односа постоје такође различита поступања.

Наиме, према правном схватању Апелационог суда у Новом Саду, које је усвојено на заједничкој седници Грађанског одељења и Одељења за радне спорове од 12.04.2010. године, "усвајање захтева постављених тако да се потражује накнада материјалне штете у збирном износу, са обрачунатом и номиналном исказаном каматом, од доспелости до дана вештачења, па се сабирају износ главнице и износ обрачунате и номинално исказане камате и на овако добијени збир досуђује камата од дана вештачења до исплате, није противно забрани анатоцизма".

Међутим, постоји и другачије схватање и поступање судова по коме је законска затезна камата споредно потраживање према члану 277. ЗОО, иста се не може приписивати главном дугу и на тако добијени износ потом досуђивати законска затезна камата, те да се у том случају ради и каматном анатоцизму који је забрањен по закону. Овакво становиште изражено је кроз одлуке Апелационог суда у Нишу, и у оваквим ситуацијама одлуке нижестепених судова се укидају и враћају на поновно одлучивање

или преиначавају, поступак у овом случају пред судом дуже траје а повећавају се и трошкови самог поступка.

Постоји и **дилема како да судови поступају и одлучују у случајевима када су запослени закључивали уговоре или споразуме о одлагању исплате зараде и др., потраживања из радног односа и од када треба досуђивати камату на ове износе.** Наиме, у пракси врло често у овим уговорима тј. споразумима није јасно одређен рок када ће послодавац извршити исплату, нити је одредив. Обично се утврђује "исплата ће се извршити кад и другим или осталим радницима", или "када се стекну услови за исплату", а у пракси се обично деси да се уопште не може исплатити зарада, тако да остаје могућност да се та потраживања евентуално намире у стечајном поступку.

По једном схватању, рок који је предвиђен чланом 110. Закона о раду не може се померати на штету радника, јер неповољнији рок не може бити предмет уговора и споразума, што само по себи произилази из наведене законске одредбе која каже: "зарада се исплаћује у роковима утврђеним општим актом и уговором о раду, најмање једанпут месечно, а најкасније до краја текућег месеца за претходни месец." Уколико постоје такви уговори и споразуми исти су апсолутно ништави у том делу, тужбе којима се тражи исплата ових потраживања нису преурањене, захтеве треба усвајати а камату досуђивати на сваки месечни износ неисплаћене зараде од првог у месецу за претходни месец у случају да општим актом или уговором о раду није предвиђен повољнији рок, који у том случају треба применити. Постојање наведених споразума и уговора треба третирати као признање дуга, које постоји и траје, што је од утицаја код оцене застарелости ових потраживања. Осим тога, камата је споредно потраживање и дели судбину главног потраживања, па како се применом члана 60. Устава запослени не може одрећи овог потраживања, то се аутоматски не може одрећи ни камате на ова потраживања. По овом схватању код оваквих спорова без утицаја је да ли је запосленом престао радни однос након закључивања наведених споразума и уговора којима се одлаже исплата.

По другом схватању уколико постоје наведени споразуми и договори исти се морају поштовати ако није затражен поништај истих због мане воље. Међутим, ако раднику престане радни однос након тога, ова потраживања доспевају аутоматски на тај дан применом члана 186. Закона о раду, а камата на ова потраживања по једнима тече од дана престанка рад-

ног односа, по другима по протеку 30 дана од дана престанка радног односа, а постоји и мишљење да камата на неисплаћене зараде запосленог почиње да тече од момента подношења тужбе[9].

Ради правилног расправљања и одлучивања о захтеву за исплату накнаде за исхрану у току рада и регреса за искоришћени годишњи одмор, није сувишно изнети **запажање о постојању различитих ставова и схватања и поступања од стране судова када је у питању накнада штете по основу изгубљене зараде због незаконитог престанка радног односа.**

Према једном схватању, запосленом припада право на исплату изгубљене зараде коју би остварио да је радио и ова накнада не обухвата исплату по основу регреса, топлог оброка и стимулације, јер право на њихову исплату и накнаду се везује искључиво за фактички рад. Истоветно се поступа и када су у питању накнаде по основу неисплаћеног регреса као и по питању накнаде која се исплаћује у случају постојања посебних, специјалних услова. Приликом одлучивања о захтевима за накнаду штете у виду изгубљене зараде због незаконите одлуке суда, ови судови цене и узимају у обзир околност да ли је тужилац тражио запослење и шта је предузео да штета не буде већа него што би иначе била. У тим случајевима, на предлог супротне стране, између осталог прибавља се извештај од Националне службе за запошљавање, па уколико се незапослено лице од дана престанка радног односа па надаље није пријавило код ове службе, ови судови закључују да у тим случајевима наведено лице није тражило запослење, те да стога постоји његов допринос у смислу члана 192. став 1. ЗОО да штета буде већа него што би иначе била. Уколико постоји податак од Националне службе за запошљавање да је у периоду у коме то лице није радило исказана потреба за запошљавањем тог профила радника,а наведено лице се није пријавило код ове службе, захтев за накнаду штете ови судови одбијају. Према другом становишту, и у тим ситуацијама раднику припада право на накнаду штете у виду изгубљене зараде у чији састав улази и топли оброк, регрес, стимулација, изгубљена зарада по основу тзв. специјалних услова рада[10] и по израженом схватању ових судова, сама чињеница да ли се запослени пријавио код Националне службе за запо-

[9] Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда од 10.10.2003. године.

[10] Пресуда Окружног суда у Нишу, Гж.1.бр.863/08 од 27.10.2008. године.

шљавање или не, од дана престанка радног односа до дана враћања на рад, без утицаја је не одлучивање у овој правној ствари. Ови судови приликом досуђивања накнаде штете због изгубљене зараде досуђују и накнаду по основу изгубљеног топлог оброка и регреса, уз образложење да би радник остварио ово право да је радио[11].

У вези са заштитом права запослених на зараду у судским поступцима, потребно је осврнути се и на **трошкове поступка** јер се ради о споровима у којима се врло често на једној страни појављује већи број тужилаца или се у самој тужби постави прво један захтев, који се касније, током спора више пута прецизира поднесцима, обично након давања налаза и мишљења од стране вештака.

Приликом одлучивања о трошковима поступка у тим случајевима, судови различито поступају. Према становишту Апелационог суда у Новом Саду које је заузето на седници Грађанског и Одељења за радне спорове од 16.06.2010. године, "када један пуномоћник заступа више тужилаца – обичних супарничара, код обрачуна се врши увећање од 50% за другу и сваку наредну странку, а највише до троструког износа, али не на основицу коју чини збир досуђених износа, већ на основицу коју чини износ који се добија када се тај збир подели са бројем тужилаца". Према другом становишту, које се може уочити у неким одлукама, код обрачуна трошкова у овим ситуацијама као основица се узима укупан збир свих појединачних захтева, а према трећем становишту као основица се узима првопостављени износ првопостављеног тужбеног захтева или пак износ највећег тужбеног захтева – све зависи од случаја до случаја. У свим овим случајевима ради се о примени тарифног броја 7 важеће АТ, али овај тарифни број судови примењују на различитој основици.

Када се ради о прецизираном тужбеном захтеву поднеском, у току поступка, у појединим поступцима више пута странке поднеском прецизирају тужбени захтев. Приликом одлучивања о трошковима поступка, у тим ситуацијама поједини судови признају трошкове осим на име написа тужбе и за напис сваког поднеска којим је прецизиран тужбени захтев. Други судови пак признају трошкове за напис тужбе и за напис једног поднеска којим је прецизиран тужбени захтев након вештачења, а постоје

[11] Одлука Апелационог суда у Нишу, Гж.1.бр.1070/10

и одлуке у којима судови у идентичним ситуацијама признају само трошкове на име написа тужбе јер по становишту ових судова нема основа за признавање трошкова за напис поднеска којим је прецизиран тужбени захтев, када је већ признат трошак за напис тужбе.

Најзад, ваља подсетити судове да приликом поступања у овим споровима имају у виду Закључак Врховног касационог суда који је усвојен на седници Грађанског одељења 04.10.2010. године да спорове за накнаду штете због повреде на раду или у вези са радом, исплату зараде, накнаде зараде, других примања и потраживања из радног односа, као имовинско-правне спорове суди судија појединац – ако вредност предмета спора не прелази законом прописани лимит, као и на основу споразума странака у смислу члана 37. Закона о парничном поступку, и да је рок за жалбу против првостепене пресуде донет у спору из радног односа који је имовинско-правне природе, 15 дана. С тога, првостепени судови немају потребе за ангажовањем судија поротника приликом поступања у овим споровима. На ово се указује јер и поред објављеног Закључка Врховног касационог суда у Билтену бр. 1/2010 у појединим нижестепеним судовима се и даље наставља са праксом да се ови спорови суде у већу, што повећава трошкове судског поступка.

Осим тога, обзиром на напред наведени закључак Врховног касационог суда од 04.10.2010. године, сматрамо да постоји потреба за изменом и члана 468. Закона о парничном поступку по коме се споровима мале вредности не сматрају спорови из радног односа. Наиме, ако изузмемо одредбе напред наведеног члана, не постоји ни један ваљан разлог због чега се у овим случајевима, у споровима који имају карактер спора из радног односа, а чија вредност не прелази законски лимит прописан чланом 467. Закона о парничном поступку, не би примењивале одредбе које се односе на спорове мале вредности. Овако, имајући у виду да је у већини случајева вредност предмета спора испод 5.000,00 динара, имамо привилегован рок за жалбу од 15 дана. Осим тога, када би се на ове спорове примењивале одредбе које се односе на спорове мале вредности, о жалбама на првостепене пресуде у овим споровима одлучивао би Виши суд, како је то прописано чланом 23. Закона о уређењу судова. На овај начин апелациони судови би се растеретили, а грађани би остваривали ефикаснију правну заштиту.

Уместо закључка

Овај реферат нема за циљ да судовима и свима онима који се баве утврђивањем и заштитом права запослених наметне неки од изнетих ставова или неко од правних схватања, него је превасходно његова сврха да се подстакну сви субјекти који се баве наведеним послом да настоје да се у што краће време изграде истоветни ставови и схватања који би се примењивали у судским поступцима. У овом реферату није било могуће указати на све разлике које постоје, али ће он вероватно пробудити активност других судова и судија да уколико имају сазнања о томе да постоје различите одлуке у идентичним правним ситуацијама, на то укажу и иницирају заузимање правних ставова а све у циљу уједначавања судске праксе и истоветног поступања судова у идентичним ситуацијама, што све води истом циљу, пружању једнаке, правичне и законите заштите свим грађанима.

Истовремено представља позив запосленима и њиховим послодавцима, односно свим учесницима у закључењу општег колективног уговора, посебних колективних уговора и колективних уговора, те уговора о раду, да настоје да се ефикасно успостави социјално - економски дијалог, развије узајамно поверење и да се у најкраћем могућем року што прецизније утврде права, обавезе и одговорности запослених и послодаваца, уважавајући подједнако интересе свих нарочито у условима када нема кривице на страни запослених, а постоје објективни разлози на страни послодаваца због којих се често пута не може одвијати процес рада, односно због којих често долази до прекида тог процеса или до немогућности успостављања процеса рада у дужем временском периоду. Да при томе имају у виду стандарде међународних конвенција, и других прописа међународног права који се односе на потребе радника и њихових породица и на економске факторе у смислу подстицаја даљег економског развоја и подизања запослености на вишем нивоу. У том погледу јесте од значаја вођење статистике о раду послодаваца и сваке друге евиденције у вези са стањем пословања, односно са платежном способношћу и факторима који доводе до смањења обима посла или прекида процеса рада и упознавање запослених са том евиденцијом.

Слађана Ђуричковић,
судија Апелационог суда у Нишу

НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ И МЕРЕ ПОРОДИЧНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ

Насиље у породици представља сваки облик кршења основних људских права члана породице, а право сваког човека подразумева право на живот без насиља у јавној и приватној сфери. Насиље оставља дуготрајне и тешко излечиве последице будући да се њима угрожава физички, психички и друштвени интегритет.

Доношењем Породичног закона од 01.07.2005. године, уз одговарајућу кривичноправну регулативу, заокружен је систем правне заштите од насиља у породици.

Према одредби члана 197. став 1. наведеног закона, насиље у породици, у смислу овог закона, јесте понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице.

Насиље у породици може имати различите форме као што су физичко, психичко, економско и сексуално насиље. Такође је важно поменути пасивно, духовно и интелектуално злостављање. Између ових појавних облика тешко је повући јасну разлику јер се у већини случајева жртве насиља суочавају са вишеструким облицима насиља од стране насилника.

Физичко насиље - подразумева насиље које за последицу има наношење лаких или тешких телесних повреда. Неки од примера да бисмо препознали физичко насиље су: гурање, ударање, шамарање, ударање различитим предметима, чупање за косу, угризи, коришћење оружја, закључавање у просторији и сл.

Психичко насиље - подразумева различите облике застрашивања, коришћење погрдних имена, уцене и манипулације којима се жртва насиља држи у страху и самим тим у краткотрајној или дуготрајној потчињености и зависности. Наиме, жртва осећа да се њено психичко па и опште здравствено стање мења али није у стању да препозна шта јој се дешава, чиме је то насил-

ник злоставља. Често жртве психичког насиља нису никада физички злостављане, али код њих је ипак присутно стално осећање страха и губитка идентитета као последица дуготрајног психичког малтретирања.

Примери психичког насиља могу бити: исмевање у различитим ситуацијама, исмевање или нападање најважнијих вредности, веровања, религије, расе, порекла, стално критиковање, називање погрдним именима, викање, вређање фамилије, пријатеља, одбијање да се излази у друштво заједно са партнером (жртвом насиља) оптуживање партнера за превару за коју је насилник умислио да је партнер учинио или да је чини.

Економско насиље, као и други облици насиља - имају своје облике који се одражавају у претњама или ускраћивању средстава за живот, или забрани рада од стране партнера. Оно се најчешће испољава као контролисање кућног буџета, контролисање жртвине плате, одређивање износа новца само за основне сврхе, присиљавање жртве да моли за новац, захтевање од жртве да прави детаљни опис потрошње новца, сакривање заједничке уштеђевине од жртве, продаја имовине или потрошња новца без жртвиног пристанка, продаја заједничке имовине, трошење новца на пороке (коцка, алкохол, дрога).

Сексуално насиље - подразумева примену физичког облика насиља са циљем понижења или довођења у завистан положај жртве у њеном физичком, психичком и моралном погледу. Примери сексуалног насиља су силовање, разне врсте физичких напада сексуалне природе, принуда на сексуални однос.

Нема дилеме да је жена најчешћи објекат насиља али никако и једини.

Насиље над децом је честа појава. Идилични назори о породичној-уређеној љубави и бризи родитеља према деци често су врло далеко од стварности и начела о посебној друштвеној заштити деце. Данас се све више срећемо са породицама у којима су односи поремећени и нескладни. Деца због своје рањиве доби постају најугроженији субјекат. Због природе родитељског односа надређености и зависности деце од њих, када родитељи затаје, жртве су њихова деца. У пракси се срећемо са ситуацијама да одрасли мушкарци и жене који злостављају одрасле злостављају и своју децу. Девојчице чији очеви злостављају њихове мајке су у већини случајева жртве својих очева. Деца могу бити физички злостављена па чак и убијена. Овакви примери су ретки али ипак постоје.

Један од основних мотива који наводи родитеље на овако стравичан чин је сукоб између родитеља, болести и неке аномалије детета, нежељена деца, било брачна или ванбрачна и психички поремећај једног од родитеља.

Сексуално злостављање деце - може укључити полни однос, миловање, орални или анални секс или излагање деце порнографском материјалу. Сексуално злостављање деце према истраживањима стручњака који се баве овом проблематиком почиње у узрасту деце од четири до осам година. Злостављач не користи увек силу већ наговарање, претње и поткупљивање. Истраживања су показала и то да се овакав облик насиља чешће појављује у породицама са маћехом и очухом и породицама са једним родитељем. То може указивати да се сексуално злостављање деце јавља у оним породицама где постоји неслагање, разводи или небиолошки родитељи. Међутим, не искључује се да се овај облик насиља над дететом јавља и у породицама са оба родитеља и у том случају битну улогу за заштиту детета има мајка.

Као посебан облик насиља над децом сматра се **запостављање, напуштање деце и физичко кажњавање.** Тешке последице остављају вербални конфликти и емоционални неспоразуми које мало дете још не разуме, али је због тих сукоба њему ускраћено оно битно за психички развој а то су родитељска љубав и пажња. Овакви примери су чести код родитеља који су заокупљени својим пословима и проблемима. Наведени примери насиља над децом су још увек најчешћи облици насиља поготову у породицама у којима је присутан алкохолизам и други пороци.

Међутим, и чињеница да дете иако само није изложено насиљу, али присуствује насилничком понашању према другим члановима своје породице за које је емотивно везано и због чега дете трпи трауматске последице, представља насиље у породици.

Значајна карактеристика насиља над женом и дететом је његова дуготрајност. Жртве, као да се мире са својом улогом јер слабо и нерадо комуницирају са спољним светом, полицијом и другим органима друштвене контроле. Без обзира на насиље којим су изложене жене спремне су да и надаље остану у таквој породици и то због безразложног осећања мање вредности, материјалне зависности, из уверења да ће се насилник променити, због економске зависности не само њене већ и заједничке деце од супружника. Жене жртве осећају безнадежност, беспомоћност, остављеност, депресију, тешку изолацију, одговорност, низак осећај самопоштовања, неспособност. Упркос насиљу и немогућној заједници многе

жене сматрају да је детету потребан отац чак иако је насилан. На многе жене се врши притисак конзервативне породице и средине у којој се не прихвата развод ни под којим условима.

Осим жена и деце и **старије и немоћне особе могу бити изложене насиљу у породици.** На подручју Апелационог суда Ниш није занемарљива појава физичког насиља над родитељима, који су стари, болесни и изнемогли а најчешћи облик је физичко насиље праћено повредама.

Старије и немоћне особе имају понешто заједничко, али категорије нису изједначене. **Немоћна особа** - је она која нема могућности одбране у опасности, која нема могућности пуне заштите властитог интегритета, која услед неког хендикепа има потешкоћа при остваривању властите егзистенције, права, дужности и уопште свог социјалног и индивидуалног статуса.

Старије особе могу бити објекти истих облика насиља као и деца односно жене. Међутим, уз то, они су веома често и објекат финансијских манипулација особа које би се о њима требало да брину јер за разлику од осталих категорија често располажу одређеним материјалним средствима.[1]

Насиље над немоћним лицима се манифестује у свим облицима насиља али најчешће као занемаривање (недавањем хране, воде, неодржавање хигијене), јер они који су дужни да се о таквим особама старају осећају те своје обавезе као терет.

Насиље над старијим особама углавном се манифестује у психичком насиљу у виду вербалних претњи и називању погрдним именима. Веома је присутно и економско насиље као што је злоупотреба поверења, крађа имовине, притисак да се имовина којом располаже жртва било којом правном радњом пренесе на насилника, фалсификовање тестамента, занемаривање и запуштање, одузимање примљене пензије наводним потребама отплате рачуна.

Старије особе доживљавају насиље из више разлога. Породица и њих сматра непотребним, теретом који више није у могућности економски да привређује.

Не може се пренебрећи и чињеница да су и **одрасли мушкарци изложени насиљу у породици.** Ређе је то физичко насиље које иначе предузимају одрасли чланови породичне заједнице (чешће синови), а че-

[1] 1 Гж.бр.2.бр. 268/10.

шће психолошко које се манифестује углавном у сталном пребацивању, неспособности жртве да породици омогући боље услове живота, недовољно стицање зараде, притисак да без обзира на његову немогућност побољшања економске ситуације, омогући породици бољи стандард, непрекидни притисак у вези давања новца кога нема довољно или га уопште нема, игнорисање породице због тога пре свега супруге а затим и деце (која су по правилу одрасла) који га безразложно осуђују због тешког начина живота или сиромаштва, са њим не разговарају, непрекидно га нападају што доводи до великих конфликата унутар породице. Такав притисак код одраслог мушкарца - оца породице изазива осећај кривице али и друге психосоматске последице. Осећа се непотребним и због тога осећа потребу да се удаљи из породице те постоји пример да се жртва таквог породичног насиља обрати неком Центру да буде смештена у сигурну кућу. Иначе, у судској пракси, Апелационог суда у Нишу до сада се није појавио ни један овакав случај.

Не може се пренебрећи и чињеница да се жртве насиља ретко обраћају за помоћ било којој државној институцији, јавној служби или невладиној организацији, у томе иц очигледно спречава патријархално васпитање, да све што се дешава у породици мора да остане у оквиру породице, затим, због предрасуда да је то што им се дешава велика срамота.

Деца, жртве насиља - ретко пријављују да су злостављана. Разлог томе је да дете осећа да оно што му се дешава није у реду али то не уме да именује. Мисли да је у свом искуству усамљено и боји се реаговања средине у којој живи. Уплашено је јер не зна ком одраслом да верује. До овог сазнања дошла су стручна лица из области социологије, психологије, криминологије и правне науке.

У судској пракси - најчешће се срећемо са физичким насиљем деце и жена али и немоћних и старих особа и такву врсту насиља је лако препознати и утврдити јер је оно видљиво. Тако се у пракси срећемо и са психичким насиљем, до сада најчешће над женама и децом али и над немоћним и старим особама. Пример: у предмету тужиоца Центра за социјални рад против туженог Н.Н., иницира је поступак да се утврди да је тужени починио насиље у породици над мал. сином, који је након развода додељен оцу на самостално вршење родитељског права на тај начин што је мал. дете, које је, иначе, дете са посебним потребама, ударао песницама у главу и упућивао му изразе који указују на позив на сексуални однос.

Истовремено је тражено и лишење родитељског права. Основни суд је пресудом усвојио захтев тужиоца а Апелациони суд је одбио жалбу туженог и потврдио првостепену пресуду.[2]Пример психичког злостављања детета је тужба поднета од стране оца мал. детета над којим, након развода самостално родитељско право врши мајка, тражећи да се утврди да су тужена, као мајка и њен брат а ујак детета, са којим мал. дете и његова мајка живе у истом домаћинству, починили насиље у породици на тај начин што су мал. детету забрањивали да контактира са својим оцем и онемогућавали мал. детету јављање на телефонске позиве оца. Првостепени суд је усвојио захтев према мајци а одбио према ујаку налазећи да ујак није извршио насиље у породици. Апелациони суд је потврдио део пресуде према мајци а преиначио према ујаку тако што је усвојио захтев и у односу на њега налазећи да је и он насилник.[3]

У предмету по тужби тужиље Д.Ж. којом је тражено да се утврди да је тужени - њен син извршио насиље у породици и угрозио спокојство и телесни интегритет тако што је почев од 1999. године физички и психички малтретирао и злостављао тужиљу, а затим је тукао и чупао јој косу због чега је смештена у сигурну кућу где се и данас налази. Првостепеном пресудом усвојен је захтев и туженом изречена мера заштите од насиља, забраном даљег узнемиравања и приближавања тужиљи на удаљености од 50 метара и исељење из породичне куће родитеља у селу за време од годину дана.

У судској пракси се срећемо и са појавом да је мајка насилник, да злоставља децу тако што их физички малтретира, туче ради дисциплиновања и кажњава на тај начин што им не даје храну, најчешће детету из претходне брачне[4] или ванбрачне заједнице.[5]

С тога сваки вид испољавања насиља представља ваљан правни основ за пружање породично-правне заштите од насиља у породици.

У поступку за заштиту од насиља у породици суд је у обавези да испита и утврди да ли је и како насиље испољено. Без обзира о ком облику насиља се ради суд мора да утврди да ли је конкретно понашање лица за које се тврди да је извршилац насиља, које се састоји у извршењу одре-

[2] Гж2.бр. 225/11
[3] Гж.2. бр. 206/10
[4] Гж.2. бр. 266/10
[5] Гж2.бр. 14/10

ђених радњи или пропуштању (нечињењу), заиста испољено и да, затим, квалификује то понашање. Облици насиља као што су наношење или покушај наношења телесне повреде, изазивања страха претњом убиством или наношењем телесне повреде члану породице или њеном блиском лицу, присиљавање на сексуални однос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14-у годину живота или немоћним лицем, ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима (члан 197. став 2. тач. 1,2,3,4,5) су видљиви и суд нема тежак задатак да их идентификује. Међутим, када су у питању дрско, безобзирно и злонамерно понашање (члан 197. став 2. тачка 6. ПЗ) задатак суда је веома сложен јер треба пре свега да утврди да ли је конкретна радња заиста предузета и да оцени да ли се предузета радња односно испољено понашање може сматрати дрским, безобзирним и злонамерним понашањем, с обзиром на то у чему се радња односно понашање састоји, шта је циљ радње и какве је непосредне последице изазвала у односу на лице које тврди или за које се тврди да је жртва насиља. Затим је суд дужан да, користећи објективна мерила и узимајући у обзир све специфичне објективне и субјективне околности конкретног случаја, утврди да ли је конкретна радња односно понашање такво да се може сматрати дрским, безобзирним и злонамерним понашањем.

Ради правилног утврђења да ли се конкретно понашање може сматрати дрским, безобзирним и злонамерним понашањем суд мора имати у виду чињеницу да свако понашање које одступа од стандарда "нормалног" понашања у опхођењу и комуникацији са члановима породице може се квалификовати као насиље у породици.

Приликом квалификације одређивања понашања као насиља у породици треба имати у виду пре свега да је испољавање насиља према деци један од разлога за лишење родитељског права, као најтежа породична правна санкција, која се изриче родитељима ради заштите детета.

Према члану 81. ПЗ родитељ ће бити лишен родитељског права ако злоупотребљава права или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права, што поред осталог укључује: физичко, сексуално или емоционалног злостављање детета. Одредбама Општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања од 31.8.2005. године, који је усвојила Влада Републике Србије, дефинисани су разноврсни облици злостављања и занемаривања деце (злоупотреба или злостављање детета, физичко злостављање дете-

та, сексуална злоупотреба детета, емоционална злоупотреба детета и др.) сагласно критеријумима Светске здравствене организације.

Покретање поступка за лишење родитељског права због испољеног насиља родитеља према детету не искључује могућност да због истог акта насиља према родитељу буде изречена и одговарајућа мера заштите детета од насиља. То значи да уз захтев за лишење родитељског права над дететом може бити истакнут и захтев за одређивање мере заштите детета од насиља у породици против тог родитеља ако је то потребно ради заштите детета. Уколико су испуњени законски услови, суд ће донети одлуку о лишењу родитељског права и одлуку којом одређује једну или више мера заштите детета од насиља у породици. Ове одлуке суд може донети и по службеној дужности кад се води поступак у појединим брачним парницама и парницама из односа родитеља и деце.

Према одредби члана 197. став 3. ПЗ члановима породице у смислу става 1. овог закона сматрају се супружници или бивши супружници, деца, родитељи и остали крвни сродници те лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица које везује хранитељство, лица која су живела у истом породичном домаћинству, ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живели у истом породичном домаћинству. Дакле, наведена лица су титулари права на породично правну заштиту од насиља у породици. Приликом одређивања круга лица којима припада право на породично правну заштиту од насиља у породици Породичним законом је омогућена заштита и лицима међу којима не постоји било какав породично правни однос, какав је случај са лицима у емотивној вези који не живе нити су живела заједно и лицима која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено. Проширењем појма "члан породице" наведеном одредбом Породичног закона омогућена је заштита не само лицима које повезује "класичан" природни однос већ и особама које су у "квазипородичним" односима које могу бити изложене насилничком понашању.

Одредбом члана 198. став 12. ПЗ прописано је да против члана породице који врши насиље суд може одредити једну или више мера заштите од насиља у породици, којом се привремено забрањује или ограничава одржавање личних односа са другим члановима породице.

Суштина мера породичноправне заштите од насиља у породици састоји се у ограничењу или привременој забрани одржавања личних односа насилника са жртвом насиља. Полази се од тога да је извршено породично насиље, без обзира на интензитет и облик испољавања, довољан разлог за изрицање ових мера и да је привремена забрана контаката једини начин да се предупреди ново насиље.

Судска пракса је показала да породично насиље има узлазну линију у погледу облика испољавања и последица које изазива, те је због тога неопходно изрећи меру заштите онда када насиље још увек није прерасло у тежи облик. Изрицање мера заштите од породичног насиља има места и у периоду тзв. примирја, јер је пракса такође, показала да након фазе примирја у којој се насилник искрено каје и обећава да ће се променити наступа фаза гомилања беса која после извесног времена кулминира и прераста у ерупцију насилничког понашања.

У члану 198. став 2. ПЗ предвиђено је пет посебних мера заштите: издавање налога за исељење из породичног стана или куће без обзира на право својине односно закупа непокретности, издавање налога за усељење у породични стан или кућу без обзира на право својине односно закупа непокретности, забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености, забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице и забрана даљег узнемиравања члана породице.

Сврха заштитних породичноправних мера јесте да се њиховом применом спречи поновно извршење насиља у породици, да се обезбеди нужна заштита физичког и психичког интегритета, здравља и личне безбедности члана породице који је изложен насиљу као и да се отклоне околности које погодују или подстичу понављање насиља односно извршење других видова насиља.

Одредбама Породичног закона није предвиђено ограничење у погледу броја мера које се могу тражити, односно одредити, већ оне могу бити комбиноване и прилагођене околностима конкретног случаја.

У погледу **налога за исељење** - из породичног стана, односно куће и налога за усељење изричито је предвиђено да ове мере могу бити изречене независно од права својине односно закупа на стану односно кући, што подразумева да ове мере могу бити издате и кад је стан односно кућа у искључивој својини насилника. Налог да се извршилац исели из поро-

дичног стана не лишава га права својине на тој непокретности већ само умањује круг његових својинских овлашћења. Овај налог за исељење само онемогућава да извршилац насиља и даље станује у породичном дому јер је својим насилничким понашањем угрозио живот, здравље и спокојство другог члана. У ситуацији када постоји реална опасност да ће се насиље поновити оправдано је да се извршиоцу насиља привремено ускрати право становања у породичном стану јер такво ограничење оправдава интерес заштите жртве насиља.

Налог за усељење - у породични стан, односно кућу, може се издати само против туженог који је извршилац насиља са циљем да се омогући жртви насиља усељење у стан односно кућу.

Мера заштите од насиља у породици може се састојати и **у налогу туженом да се уздржи од приближавања жртви** насиља на одређеној удаљености, као и у налогу да се насилник уздржи од приступања у простор око места становања или места рада жртве насиља која је у спору тужилац. [6]

Приликом изрицања ове мере суд мора утврдити удаљеност испод које се извршилац насиља у породици не сме приближити жртви. Колика ће бити та удаљеност, одређује суд, имајући у виду низ околности: где се налази место пребивалишта или место рада извршиоца насиља и жртве, да ли се ради о градском, предградском или сеоском подручју на коме су извршилац и жртва настањени.

Примера ради истиче се пресуда којом је изречена заштита од насиља у породици забраном даљег узнемиравања и приближавања тужиљи на удаљености од 500 метара од места њеног становања. Међутим, из доказа у списима предмета произилази да је место рада туженог на 50 метара од места становања тужиље. С тога је Апелациони суд преиначио првостепену пресуду изрицањем мере заштите од насиља у породици забраном даљег узнемиравања и приближавања тужиљи на удаљености мањој од 50 метара од места становања тужиље и исељења из родитељске куће.[7]

Забрана даљег узнемиравања члана породице - је најблажа мера заштите која се састоји у налогу туженом да се уздржи од даљег узнемиравања члана породице, што подразумева да се уздржи од сваког понашања које према законској дефиницији представља акт испољавања наси-

[6] Гж2. бр. 21/11
[7] Гж.2. бр. 213/10

ља. Ова заштитна мера може бити одређена и као једина мера заштите, али се она редовно комбинује са другим заштитним мерама као пратећа мера. Ово јер је сврха заштитне мере да се спречи даље испољавање насиља према члану породице. Пошто начини узнемиравања жртве насиља могу бити веома разноврсни то је немогуће унапред одредити које су то све радње односно понашања чије би предузимање представљало акт узнемиравања жртве насиља. Уколико би се у судској одлуци забрана узнемиравања члана породице прецизирала навођењем само извршеног или извршених видова насиља, домети ове заштитне мере били сужени. Због тога у одлуци није потребно посебно наводити видове испољавања насиља на које се мера односи, већ извршиоцу насиља треба забранити свако даље узнемиравање жртве и наложити да се док траје мера забране уздржава од сваког дрског, злонамерног и безобзирног понашања којим угрожава телесни интегритет жртве, душевно здравље или спокојство.

Коју ће меру заштите суд одредити зависи од тога који је вид насиља испољен и како је дошло до угрожавања, телесног, психичког интегритета жртве, какве су животне прилике жртве и извршиоца насиља, који је степен опасности од даљег испољавања насиља. Приликом утврђивања постојања насиља било ког облика потребна је "нулта" толеранција суда да би могао правилно да сагледа и утврди постојање и облике насиља.

Ваља напоменути да је Апелациони суд у Нишу у 2010. години, поступао у 11 предмета ради утврђивања насиља у породици и изрицања мере заштите док је до 31.08.2011. године, поступао у шест предмета. Од тог укупног броја поступао је у девет предмета по тужбама жена које су тражиле утврђивање насиља у породици због физичког и психичког злостављања са предлогом за изрицање мера заштите из члана 198. ПЗ. Иначе у свим предметима у којима су жртве насиља супруге или бивше супруге, ванбрачне партнерке или бивше ванбрачне партнерке, као жртве насиља појављују се и њихова деца. У овим предметима изречена је мера заштите издавања налога за исељење из породичног стана или куће и забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености као и забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице.[8] Апелациони суд је поступао у два предмета по тужби родитеља-мајке због физичког злостављања детета а у једном предмету од стране

[8] Гж.2. бр. 25/10

оца због физичког злостављања детета од стране мајке. У овим предметима изречена је мера заштите исељења насилника из стана и забрана приближавања детету на одређеној удаљености као и забрана приступа у простор око места становања детета и места где похађа школу.[9] Такође је поступано у два предмета по тужби супруга и бившег супруга против супруге и бивше супруге због насиља у породици због вређања, дрског, безобзирног и злонамерног понашања тужене. У конкретном случају изречена је мера забрана приближавања на одређеној удаљености, забрана приступа у простор око места становања и места рада и забрана даљег узнемиравања члана породице.[10] Апелациони суд у Нишу поступао је и у три предмета ради злостављања у породици по тужбама родитеља и то у једном предмету по тужби коју је поднео отац против сина-насилника а у друга два случаја по тужби мајке, такође, против сина. Родитељи су физички и психички били злостављани те је насилницима изречена мера заштите од насиља у породици издавање налога за исељење из породичног стана и забрана приближавању члану породице на одређеној удаљености као и забрана приступа у простор око места становања жртве.[11]

Потребно је истаћи то да је приликом одређивања мера заштите од насиља у породици нужно да суд има у виду њихов заједнички циљ, сврху сваке појединачне мере и околности у којима ће свака појединачна мера бити испуњена.

С тога је ради спречавања даљег испољавања насиља према члану породице мерама породичноправне заштите, неопходно да се кумулативно одреди више мера а често и све законом предвиђене мере а ради потпуног остваривања заштите од породичног насиља.

Литература:

1. Н. Петрушић, С. Константиновић-Вилић: *Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси у Србији*
2. М. Ајдуковић: *Одређивање и облици насиља у породици*
3. С. Константиновић-Вилић: *Предрасуде и стереотипи о насиљу у породици*

[9] Гж.2. бр. 118/10
[10] Гж.2. бр. 229/10
[11] Гж.2. бр. 225/11

4. З. Поњавић: *Породично право*
5. В. Николић Ристановић: *Породично насиље у Србији*
6. М. Лукић: *Криминолошка анализа насиља у породици*
7. М. Млађеновић: *Увод о предрасудама, жене за живот без насиља*
8. З. Мршевић: *Правни аспект структуралних узрока насиља*
9. М. Ајдуковић, Г. Павлековић: *Насиље над женом у обитељи*
10. В. Николић-Ристановић: *Насиље у браку, од жртве до затворенице, правом против насиља у породици*
11. Н. Петрушић: *Људска права за жене*
12. Н. Рот: *Основи социјалне психологије*
13. Т. Игњатовић: *Насиље у партнерском односу и у породици*
14. М. Драшкић: *Породично право и права детета*
15. М. Петрушић: *Процесни положај детета у поступку породичноправне заштите од насиља у породици*
16. И. Стевановић: *Деца као жртве породичног насиља*
17. Н. Жегарац, Ђ. Стакић: *Ударац по души,*
18. Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију: Правна заштита од насиља
19. Аутономни женски центар Београд: Живот без страха
20. Модел превентивне породичноправне заштите од насиља у породици
21. С. Константиновић-Вилић: *Водич кроз систем породичноправне заштите од насиља у породици.*

Реферат
Апелационог суда у Новом Саду

Вера Кнежевић-Мандић,
судија Апелационог суда у Новом Саду

ПРИВИЛЕГОВАНИ РОК ЗАСТАРЕЛОСТИ ПОТРАЖИВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ (ЧЛАН 377. ЗОО)

Застарелост представља губитак права да се захтева испуњење обавезе по протеку законом одређеног времена у коме је поверилац могао захтевати испуњење. У нашем праву институт застарелости регулисан је Законом о облигационим односима (ЗОО), а пре његовог ступања на снагу 1.10.1978. године, Законом о застарелости потраживања. Застарелост почиње тећи првог дана после дана кад је поверилац имао право да захтева испуњење обавезе, ако законом за поједине случајеве није што друго прописано. Ако се обавеза састоји у томе да се нешто не учини, да се пропусти или трпи, застарелост почиње тећи првог дана после дана кад је дужник поступио противно обавези (члан 361. ЗОО). Застарелошћу тражбина не престаје, већ се правна облигација претвара у природну (натуралну), будући да поверилац не може принудним путем приморати дужника да изврши своју обавезу, али је и даље овлашћен да прими испуњење, а дужник који испуни своју застарелу обавезу не може тужбом из неоснованог обогаћења захтевати повраћај исплаћеног, без обзира на то да ли је знао или не да није дужан платити (члан 367. ЗОО).[1]

Сврха овог института је да се дужник заштити од неактивног повериоца и очува сигурност правног промета.

Питање застарелости потраживања накнаде штете увек је актуелно међу практичарима, с обзиром на процентуално велики удео предмета накнаде штете у структури парничних предмета, као и на низ питања која се у примени овог института неминовно отварају. Стога се, без обзира на чињеницу да је ова материја већ била предмет промишљања како практичара тако и теоретичара[2], наметнула потреба за оваквим рефератом, који ће,

[1] Правна енциклопедија, Савремена администрација, Београд, 1979.
[2] Видети, примерице, реферат објављен у Билтену ВСС бр. 3/2003 као и коментаре ЗОО побројане у литератури

надам се, уз подсећање на већ установљену праксу, поред указивања на проблеме са којима се судије срећу у примени и тумачењу прописа везаних за ово питање, дати и могуће одговоре на спорна правна питања.

Једно од размимоилажења на које се наилази у правној теорији и судским одлукама односи се на тумачење одредбе члана 377. ЗОО која регулише питање накнаде штете проузроковане кривичним делом и то првенствено у погледу тога ко се има сматрати одговорним лицем у смислу тог члана и на кога се овај, привилеговани, рок застарелости примењује. Спорна питања су, надаље, шта се дешава ако кривични поступак није вођен или је окончан обуставом, затим од кад тече застарелост и има ли места примени члана 376. ЗОО и након истека привилегованог рока из члана 377. ЗОО, као и када и под којим условима наступа прекид и застој застарелости.

Подсетимо се, за почетак, неких од релевантних одредаба Закона о облигационим односима:

Потраживање накнаде штете

Члан 376.

(1) Потраживање накнаде проузроковане штете застарева за три године од кад је оштећеник дознао за штету и за лице које је штету учинило.

(2) У сваком случају ово потраживање застарева за пет година од кад је штета настала.

(3) Потраживање накнаде штете настале повредом уговорне обавезе застарева за време одређено за застарелост те обавезе.

Потраживање накнаде штете проузроковане кривичним делом

Члан 377.

(1) Кад је штета проузрокована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, захтев за накнаду штете према одговорном лицу застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења.

(2) Прекид застаревања кривичног гоњења повлачи за собом и прекид застаревања захтева за накнаду штете.

(3) Исто важи и за застој застаревања.

Уочава се да законодавац у одредби члана 377. става 1. ЗОО није предвидео дужи рок застарелости према учиниоцу кривичног дела, већ према "одговорном лицу", што доводи до недоумице и првог питања:

1. Ко је "одговорно лице" према члану 377. ЗОО?

Основ одговорности за накнаду штете може проистећи из три основна узрока: одговорности по основу кривице, одговорности за другога и одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности (објективна одговорност).

Код одговорности по основу кривице (члан 158. ЗОО) начелно је јасно да се одредба члана 377. ЗОО несумњиво односи на штетника, кад је штета проузрокована кривичним делом, међутим и ту се отварају питања везана за ситуације у којима кривични поступак није вођен, или је обустављен из неког разлога односно ако је оптужба одбијена или штетник ослобођен кривице, о чему ће бити више речи у даљим разматрањима. Основни проблем код примене члана 377. лежи у недовољној дефинисаности појма "одговорног лица" и дилеме да ли се одговорним лицем сматрају и нпр. родитељи за штету коју проузрокује другом њихово дете до навршене седме године (члан 165. став 1. ЗОО), будући да се овде ради о објективној одговорности за другог, без обзира на кривицу, затим предузеће, односно послодавац за штету коју проузрокује радник на раду или у вези са радом (чл. 170. и 171. ЗОО) као и ималац опасне ствари односно лице које се бави опасном делатношћу (чл. 173. и 174. ЗОО) за штету која потиче од те ствари односно делатности.

Овде ваља приметити да је Закон о застарелости потраживања ("Сл. лист ФНРЈ" бр. 40/53 и), који је престао да важи ступањем на снагу Закона о облигационим односима, у члану 20. прописивао да, кад је штета проузрокована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, захтев за накнаду штете застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења. Прекид застаревања кривичног гоњења повлачи за собом и прекид застаревања захтева за накнаду штете. Исто вреди и за спречавање застаревања. Уочава се да у ставу 1. овог члана законодавац није употребио одредницу "према одговорном лицу", коју садржи члан 377. ЗОО, што је и тада доводило до питања могућности примене дужег рока застарелости и на друга лица осим учиниоца кривичног дела. Тада важећа судска пракса је разрешила ово спорно питање тако што је проширена општа седница бившег Врховног суда Југосла-

вије од 19.10.1970. године[3] усвојила начелно мишљење према коме се дужи рок застарелости примењује и када се накнада захтева од учиниоца кривичног дела, као и кад се захтева од другог лица које одговара за штету мада није учинилац кривичног дела (нпр. по чл. 164, 165. и 167. ЗОО – одговорност за другог – душевно болесне и заостале, одговорност родитеља, одговорност другог лица за малолетника). Судска пракса је углавном пратила ово мишљење, па се тако у пресуди Врховног суда Хрватске Гж. 3546/77[4] износи став да се дужи застарни рок примењује и у односу на државу СФРЈ кад она одговара за штету коју је војно лице кривичним делом проузроковало грађанину. И у том периоду, међутим, било је и супротних одлука, упркос усвојеном начелном мишљењу.

Након доношења Закона о облигационим односима и уношења одреднице "према одговорном лицу" у члану 377. ЗОО, неки правни теоретичари[5] стали су на становиште да је тиме дилема отклоњена и да се под тим појмом подразумева како учинилац кривичног дела, тако и лице које одговара за штету која је кривичним делом учињена, мада сам није учинилац тог дела, док су други[6] заговорници тезе да, с обзиром на чињеницу да у случају одговорности за штету по принципу узрочности или претпостављене одговорности за другог потраживања накнаде штете почињу тећи тек након што оштећеник дозна за особу која је одговорна за тако узроковану штету, а не за фактичког починиоца штете, прописи члана 377. ЗОО. могу се примењивати само према учиниоцу кривичног дела а не и према оном трећем лицу које, иначе, одговара за штету уместо фактичког учиниоца, те се на то треће лице може применити само пропис члана 376. ЗОО.

У коментару ЗОО[7] аутор Драгослав Вељковић износи становиште да, ако је кривично дело проузроковао радник правног лица, за штету коју он проузрокује у раду или у вези са радом одговара правно лице, а под одређеним условима и радник, или само радник, али застарни рок за накнаду штете проузроковане кривичним делом и према правном лицу и према учиниоцу кривичног дела застарева кад застари, односно истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења, које не може бити краће од три године.

---

[3] Коментар ЗОО – редактори проф. др Борислав Благојевић и проф. др Врлета Круљ
[4] Ивица Црнић и Анте Илић: "Осигурање и накнада штете у саобраћају"
[5] Коментар ЗОО – редактори проф. др Борислав Благојевић и проф. др Врлета Круљ
[6] др Борис Визнер: Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима
[7] "Пословни биро", Београд, 2005.

Бавећи се питањем застарелости потраживања накнаде штете због незаконитог лишења слободе, у правном схватању утврђеном на седници од 10.2.2004. године, судије Грађанског одељења Врховног суда Србије су се определиле за, како се наводи, "већ прихваћено доктринарно становиште" (мисли се, очигледно, на становиште др Визнера) да рокови застаревања потраживања накнаде штете из члана 377. ЗОО теку само према учиниоцу кривичног дела којим је штета узрокована, а не и према држави, односно правном лицу које за штету одговара уместо њега, по одредбама члана 172. Закона о облигационим односима, и да због тога потраживање накнаде штете по основу одговорности државе за штету коју проузрокује њен орган застарева у роковима прописаним одредбама члана 376. Закона о облигационим односима.[8]

Овакво становиште изражено је у више одлука Врховног суда Србије, па тако у пресуди Рев. 2897/05 од 18.12.2005. године[9] (штета настала као последица извршења кривичног дела противправног лишења слободе) Врховни суд налази да рокови застарелости потраживања накнаде штете према одредбама члана 377. ЗОО теку само према учиниоцу кривичног дела којим је штета проузрокована, а не и према правном лицу које за штету одговара уместо њега по одредбама члана 172. ЗОО, што значи да потраживање накнаде штете од државе, на основу одговорности државе за штету коју проузрокује њен орган, застарева у роковима прописаним одредбама члана 376. ЗОО.

На исти начин, у пресуди Врховног суда Србије Рев. 127/06 од 5.4.2006. године[10] (накнада нематеријалне штете за претрпљене душевне болове тужилаца због смрти супруга тужиље и оца тужилаца настрадалих у саобраћајном удесу где је против првотуженог, који је био радник друготуженог, вођен кривични поступак у коме је оглашен кривим за учињено кривично дело и изречена му је казна затвора, те су нижестепени судови одговорност друготуженог заснивали на одредбама чл. 170. и 174. ЗОО из разлога што је првотужени штету проузроковао трећем лицу као радник друготуженог и у вези са радом, а постоји и одговорност друготуженог по принципу објективне одговорности, будући да је ималац опасних ствари и сматрали да потраживање према друготуженом није застарело јер захтев за накнадуште-

[8] електронска база судске праксе Инг-Про
[9] електронска база судске праксе Инг-Про
[10] електронска база судске праксе Инг-Про

те према одговорном лицу застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења, што у овом случају износи 20 година а тај рок није протекао, имајући у виду да се незгода догодила 1990. године, а захтев за накнаду штете је поднет 2001. године), изражава се становиште Врховног суда Србије да су побијане пресуде донете уз погрешну примену материјалног права. Наиме, према становишту ВСС, да би постојала одговорност за штету коју радник учини у раду или у вези са радом трећем лицу у смислу члана 170. ЗОО, потребно је да штета не потиче од опасне ствари или опасне делатности, јер ако потиче од такве ствари или делатности одговара се по правилима о одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности из чл. 173-179.ЗОО. Указује се да је неприхватљив став другостепеног суда да потраживање накнаде штете у односу на друготуженог није застарело због тога што су тужиоци за лице које је штету учинило сазнали тек правоснажношћу кривичне пресуде, од када за њих тече субјективни рок да штету захтевају у смислу члана 376. ЗОО и да су захтев за накнаду штете поставили још у кривичном поступку, јер те чињенице могу бити од значаја само за оцену благовремености тужбе у односу на првотуженог који за штету одговара по основу кривице. Надаље, уколико би се одговорност друготуженог у овом случају заснивала по правилима одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности из чл. 173-179. ЗОО, такође се ради о објективној одговорности на који случај се имају применити застарни рокови из члана 376. ЗОО.

Исто становиште износи се у више пресуда Врховног суда Србије како у погледу одговорности послодавца за радника односно правног лица за орган, тако и у погледу одговорности власника опасне ствари.

Тако, нпр. у пресуди Рев.1432/05 од 1.6.2005. године[11] (накнада нематеријалне штете на име претрпљеног страха и претрпљених душевних болова због повреде слободе и права личности проузрокованих тиме што је тужилац 1995. године противправно лишен слободе и присилно мобилисан као избеглица и враћен на ратиште у БиХ) и пресуди Рев. 2865/05[12] (тужба за накнаду материјалне и нематеријалне штете коју је тужилац претрпео кад је принудно мобилисан од стране органа тужене дана 12.8.1995. године и упућен на ратиште у Републику Српску Крајину, где је боравио све до 1.10.1995. године) износи се став да у овом случају нема места примени одредбе члана 377. став 1. ЗОО, јер се та одредба може

[11] електронска база судске праксе Инг-Про
[12] електронска база судске праксе Интермекс

применити само у односу на штетника који одговара по основу кривице, односно само према учиниоцу кривичног дела који је узроковао штету, а не и у односу на државни орган или правно лице које за штету одговара уместо њега. тј. државу.

Такође, у пресуди Рев.2409/07 од 28.11.2007. године[13] (штета услед терористичких аката) усвајање приговора застарелости и одбијање тужбеног захтева образлаже се тако да је тачно да је чланом 180. ЗОО регулисана одговорност државе, чији су органи по важећим прописима били дужни да спрече штету насталу услед терористичких аката, али право лица коме је проузрокована штета услед терористичких аката, као и право регреса државе, могу се реализовати само у оквиру одређених рокова, чијим протеком наступа застарелост тих права, па, пошто за застарелост права на накнаду штете од државе није предвиђен неки посебан рок застарелости, оно застарева у оквиру редовних рокова којима застарева потраживање накнаде штете. Наводи се да ово произилази из околности да држава одговара за другог, који штету може проузроковати и кривичним делом, али се дужи рок застарелости из члана 377. ЗОО не може применити према одговорном лицу, које није извршило кривично дело, него само према учиниоцу таквог дела, па, према томе, привилеговани рокови застарелости потраживања накнаде штете из цитиране законске одредбе теку само према учиниоцу кривичног дела коме је штета проузрокована, а не и према правном лицу које за штету одговора уместо њега. Дакле, рокови одређени чланом 377. ЗОО односе се на штетника који за штету одговара по основу кривице, а у случају одговорности за другог, као у овој парници (тужена би одговарала у смислу одредбе члана 172. ЗОО), рокови застарелости рачунају се према општем пропису из члана 376. ЗОО, посебно што је тужилац повређен на раду и у оквиру обављања својих радних задатака.

У пресуди Рев. 1453/06 од 21.12.2006. године[14] (у предмету где су наоружани припадници ОВК запалили кућу и уништили покретне ствари тужиоца, а он и његова породица морали су да напусте село у којем су до тада живели, па су радници МУП РС - СУП Пећ поднели Окружном јавном тужиоцу кривичну пријаву против непознатог учиниоца кривичног дела тероризма из члана 125. КЗ Југославије, учињеног на штету тужиоца), ВСС изражава становиште да је неосновано указивање подносиоца

[13] електронска база судске праксе Инг-Про
[14] електронска база судске праксе Инг-Про

ревизије да је у овој правној ствари требало применити члан 180. Закона о облигационим односима, као и члан 377. истог закона. Наводи да је тачно да је чланом 180. ЗОО за штету насталу услед терористичких аката регулисана одговорност државе, чији су органи по важећим прописима били дужни да спрече такву штету, међутим, право лица коме је проузрокована штета услед терористичких аката као и право регреса државе могу се реализовати само у оквиру одређених рокова чијим протеком наступа застарелост тих права. С обзиром на то да за застарелост права на накнаду штете од државе није предвиђен неки посебан рок застарелости, оно застарева у оквиру редовних рокова у којима застарева потраживање накнаде штете, што произилази из околности да држава одговара за другог, који штету може проузроковати и кривичним делом, али дужи рок застарелости из члана 377. ЗОО не може се применити према одговорном лицу које није извршило кривично дело него само према учиниоцу таквог дела.

На истој линији размишљања је и закључак ВСС из пресуде Рев. 2244/05 од 15.12.2005. године[15] у коме се наводи да родитељи одговарају за штету коју другом проузрокује њихово дете до навршене седме године у смислу грађанскоправне одговорности за другог, па се у односу на њих не примењује време одређено за застарелост кривичног гоњења. У образложењу се наводи да се на тужиочево потраживање накнаде проузроковане штете не може применити време одређено за застарелост кривичног гоњења из одредбе члана 377. ЗОО јер само захтев за накнаду штете према одговорном лицу застарева у смислу наведене законске одредбе кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења, а како је штета настала услед радњи малолетног детета, старог четири и по године према коме се не могу применити кривичне санкције, то су тужени родитељи овог лица одговорни за учињену штету тужиоцу, али искључиво према одредбама ЗОО и у смислу грађанскоправне одговорности за другог.

У свим горе наведеним примерима видљиво је да се појам "одговорног лица" на које се по одредби члана 377. ЗОО примењују привилеговани рокови застарелости схвата изузетно рестриктивно, тако да се заправо односи само на учиниоца тог кривичног дела као штетника који одговара по основу кривице.

[15] електронска база судске праксе Инг-Про

Са друге стране, у већ добро познатом правном схватању Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђеном на седници од 27.12.1999. године наводи се да је штета проузрокована припадницима бивше ЈНА (погибија, рањавање) у оружаним сукобима са паравојним формацијама бивших република СФРЈ до дана њиховог међународног признања од стране Генералне скупштине ОУН 22. маја 1992. године проузрокована кривичним делом оружане побуне из члана 124. КЗ Југославије, па њено потраживање застарева у року од 15 година прописаном за застарелост кривичног гоњења за то дело (члан 377. став 1. ЗОО).[16]

У образложењима одлука ВСС у којима је овај став примењиван (нпр. Рев. 59/99 од 25.3.1999. године[17]), Врховни суд Србије се позива на одговорност државе према одредбама члана 218. Закона о оружаним снагама СФРЈ и чл. 173. и 174 ЗОО.

Из наведеног произилази да је у свим предметима тзв. ратне штете, где одговорност државе произилази из објективне одговорности по основу опасне делатности, и базира се на чл. 173. и 174. ЗОО, Врховни суд Србије сматрао да се и држава као правно лице које се бавило опасном делатношћу може, у смислу одредбе члана 377. став 1. ЗОО, сматрати одговорним лицем у односу на ког захтев за накнаду штете застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења. Ово ствара одређене дилеме у погледу разликовања ситуације у којој држава одговара за опасну делатност (ратне штете) и ситуације у којој држава одговара као власник опасне ствари (нпр. оружја), или као правно лице за штету коју проузрокује њен орган (по члану 172.) у којим случајевима је Врховни суд Србије заузимао становиште да се држава не може сматрати одговорним лицем у смислу одредбе члана 377. став 1. ЗОО.

Од становишта да се привилеговани рок застарелости односи искључиво на штетника који за штету одговара по основу кривице, одступа се, такође, осим у случајевима ратне штете, и у случајевима где је тужено осигуравајуће друштво за накнаду штете проузроковане кривичним делом његовог осигураника, па тако у пресуди Гж. 4021/07, од 8. новембра 2007. године Окружни суд у Нишу износи становиште да, када је штету проузроковао туженикoв осигураник кривичним делом, рок застарелости ту-

[16] Билтен ВСС бр. 3/1999 стр. 31.
[17] електронска база судске праксе Инг-Про

жбеног захтева за накнаду штете је онај који је прописан за застарелост кривичног гоњења за кривично дело и он важи како за возача возила тако и за осигуравајућу организацију. Овај став образлаже наводећи да рок из члана 377. став 1. ЗОО важи за сва лица одговорна за накнаду штете, а не само за учиниоца кривичног дела, па пошто је штету проузроковао тужеников осигураник кривичним делом, у конкретном случају рок застарелости потраживања није истекао.

Такође, у решењу Рев. 1335/05 и Сгзз. 58/05 од 30.11.2005. године[18] (предмет је накнада штете настале у саобраћајном удесу чији су учесници били путнички аутомобили чији су власници били осигурани код тужених по основу аутоодговорности и тужиоци који су возили бицикле, а умешач на страни тужених је правноснажном кривичном пресудом оглашен кривим за пропусте у наведеном саобраћајном удесу и осуђен на казну затвора) Врховни суд Србије, тумачећи одредбу члана 377. став 1. ЗОО, наводи да се под одговорним лицем не подразумева само учинилац кривичног дела, већ и лице које одговара за штету која је учињена кривичним делом иако само није учинилац тог дела, па, уколико су тужени као осигуравајуће организације према прописима који су важили у моменту саобраћајног удеса били одговорни заједно са учиниоцем кривичног дела за штету коју су претрпели тужиоци, тада се и на њих односе одредбе члана 377. став 1. Закона о облигационим односима.

Исто становиште изнето је и у пресуди ВСС Рев. 4932/02 [19] у којој се у образложењу наводи да су тужиоци, као оштећени, у кривичном поступку вођеном против осигураника тужених истакли имовинско-правни захтев, па је дошло до прекида застаревања које је почело тећи изнова окончањем кривичног поступка. Указује се да према члану 380. став 5. ЗОО, непосредни захтев трећег оштећеног лица према осигуравачу застарева за исто време за које застарева његов захтев према осигуранику одговорном за штету, а како није наступила застарелост потраживања према осигураницима тужених, то нема ни застарелости према туженом.

Из свега напред наведеног произилази да се без детаљније правне аргументације прави разлика у примени члана 377. ЗОО у релативно сличним правним ситуацијама, па тако, иако у предметима ратне штете држа-

[18] електронска база судске праксе Инг-про
[19] Билтен судске праксе ВСС 1/2003

ва одговара по основу објективне одговорности из чл. 173. и 174. ЗОО, сматра се да има места примени члана 377. ЗОО, док у предметима где је нпр. тужен послодавац за штету коју радник причини кривичним делом а где је послодавац уједно и власник опасне ствари, нема места примени ове одредбе уз образложење да је за одговорност за штету коју радник учини у раду или у вези са радом трећем лицу у смислу члана 170. ЗОО, потребно да штета не потиче од опасне ствари или опасне делатности, јер ако потиче од такве ствари или делатности одговара се по правилима о одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности из чл. 173-179. ЗОО у ком случају се ради о објективној одговорности на који случај се имају применити застарни рокови из члана 376. ЗОО.

Исто се односи и на питање одговорности државе за противправно лишење слободе, где се без подробнијег образложења не прихвата примена продуженог рока застарелости, само уз навођење да се "та одредба може применити само у односу на штетника који одговара по основу кривице, односно само према учиниоцу кривичног дела који је узроковао штету, а не и у односу на државни орган или правно лице које за штету одговара уместо њега. тј. државу", од чега се очигледно одступа у другим ситуацијама. Иако је ноторно да орган не може бити учинилац кривичног дела те да продужење рока застарелости према држави не може исходити из кривичног дела органа, јасно је да орган сачињавају физичка лица која могу бити учиниоци кривичних дела а та физичка лица по правилу су запослени у правном лицу, односно његовом органу, те се посредно, преко одговорности послодавца, може извести и одговорност правног лица за рад органа и кривично дело чијим извршењем радник тог правног лица, односно органа причини штету трећем лицу.

Поред тога, како по одредби члана 172. ЗОО није могуће позвати на грађанскоправну одговорност непосредног учиниоца штете (полицајац, судија, инспектор…) већ се поступак може водити само против државе или другог правног лица о чијем се органу ради, уколико би се стало на становиште да се одредба члана 377. ЗОО примењује само на учиниоца кривичног дела а не и на друга лица одговорна на накнаду штете, а према непосредном учиниоцу и не може се истаћи непосредни захтев за накнаду штете, произашло би да у свим ситуацијама где је штета настала кривичним делом запослених у државним органима никада не би могло доћи до примене члана 377, што би довело до неједнаког положаја оштећених, у

зависности од тога да ли је лице које му је кривичним делом проузроковало штету запослено у државном органу или не. Сматрам да је ово додатни аргумент у прилог становишту да има места примени члана 377. и према правном лицу из члана 172. ЗОО уколико је до штете дошло кривичним делом лица из става 2. истог члана.

Чини се да је од осталих облика одговорнисти унеколико другачија ситуација код одговорности државе услед терористичких аката, јавних демонстрација или манифестација, према члану 180. ЗОО, будући да се држава овде појављује као лице одговорно по посебном основу одговорности, за сопствене пропусте у спречавању терора и насиља те је одговорност државе овде субјективна и могућност примене члана 377. ЗОО зависила би од тога да ли је тим радњама пропуштања лица које је било дужно да предузме радње спречавања извршено кривично дело, а не да ли је услед пропуштања дошло до кривичног дела учињеног од неког трећег лица.

Полазећи од саме формулације члана 377. ЗОО и чињенице да је законодавац употребио речи "одговорно лице" а не "учинилац кривичног дела" као и да се одсеци 2-6 Одељка 2. првог дела ЗОО баве различитим видовима одговорности (одговорност по основу кривице, одговорност предузећа и других правних лица према трећем, одговорност за другог, одговорност за штету од опасне ствари или делатности и посебни случајеви одговорности), приклањам се мишљењу да се под "одговорним лицем" из члана 377. ЗОО могу сматрати и друга лица, одговорна по свим набројаним основама, уколико се утврди да је штета последица кривичног дела, што нас доводи до другог важног питања:

2. Шта се дешава ако кривични поступак није вођен или је окончан обуставом или одбијањем оптужбе?

У Коментару ЗОО аутора Драгослава Вељковића наводи се да рок застарелости у смислу одредаба члана 377. може да се примени само ако је учинилац кривичног дела осуђен правноснажном пресудом надлежног суда и ако је тим кривичним делом причињена каква штета другом лицу. Ако је то лице осуђено и на мању казну од прописане ублажавањем казне, или условно, рок застарелости се не везује за овакве осуде, већ за рок застарелости који је предвиђен за учињено кривично дело.

У пракси се могу појавити следеће ситуације и судска пракса је на ово спорно питање одговорила на следећи начин:

1. Ако кривични поступак није вођен:

"Када је тужилац повређен у саобраћајној незгоди, а накнаду штете потражује од осигуравајуће организације код које су била осигурана возила - учесници саобраћајне незгоде, а у једном возилу је био тужилац, а кривични поступак против учесника саобраћајне незгоде није вођен, тада се застарелост потраживања накнаде штете има ценити према одредби члана 376. ст. 1. и 2. ЗОО. Посебна правила о застарелости потраживања накнаде штете из члана 377. ЗОО примењују се само у споровима за накнаду штете који се воде против штетника тј. против учиниоца кривичног дела, а како у конкретном случају кривични поступак није ни вођен, то се рок застарелости у конкретном случају рачуна према одредби члана 376. ст. 1. и 2. ЗОО тако да потраживање накнаде штете застарева за три године од када је оштећени сазнао за штету и за лице које је штету учинило, а у сваком случају застарева за пет година од када је штета настала, (пресуда Општинског суда у Чачку П 971/2000. од 13. марта 2008. године и Пресуда Окружног суда у Чачку Гж /08 од 27. августа 2008. године)."

На исти начин, у пресуди Врховног суда Србије, Рев. 2928/03 од 3.3.2004. године[20] (накнада штете лицима принудно мобилисаним од стране органа РС и спроведеним ван граница РС где су распоређени на линију фронта) образлаже се да се рок застарелости потраживања накнаде штете прописан чланом 377. ЗОО може применити само ако је кривично дело утврђено у кривичном поступку, а у противном има се применити рок застарелости према општим прописима из члана 376. ЗОО. У конкретном случају, постојање кривичног дела није утврђено у кривичном поступку па се рок застарелости примењује према члану 376. ЗОО, који прописује да потраживање накнаде штете застарева за 3 године од дана када је оштећеник сазнао за штету и за лице које је штету учинило (субјективни рок), а у сваком случају ово потраживање застарева за 5 година од дана када је штета настала (објективни рок). Како је штетни догађај настао 13.8.1995. године, а тужба суду је поднета 12.10.2001. године, по оцени Врховног суда протекли су субјективни и објективни рокови застарелости, па је потраживање тужилаца застарело, због чега је ревизијски суд преиначио пресуде нижестепених судова тако што је одбио тужбени захтев тужилаца као неоснован.

[20] електронска база судске праксе Инг-Про

Супротно томе, у решењу Врховног суда Србије, Рев. 59/99 од 25.3.1999. године[21] наводи се да је, ако су постојале процесне сметње због којих је било апсолутно немогуће да се против учиниоца кривичног дела кривични поступак покрене и оконча, било зато што је учинилац штете умро или је недоступан органима гоњења, непознат или има више извршилаца, парнични суд у таквом случају овлашћен да као претходно питање реши о томе да ли је штета проузрокована таквом радњом која у себи садржи елементе кривичног дела, јер кривично дело постоји и кад је кривични поступак изостао. Притом, деловање парничног суда није усмерено на утврђење кривичне одговорности (јер се то може утврдити само у кривичном поступку), већ да сагласно начелу пружања јаче заштите праву оштећеног на накнаду штете проузроковане кривичним делом, примени правила о застарелости захтева за накнаду штете из члана 377. Закона о облигационим односима.

У пресуди Окружног суда у Ваљеву Гж. бр. 1299/04 од 27.9.2004. године[22] где је било спорно да ли се има применити рок застарелости потраживања накнаде штете из члана 376. или из члана 377. ЗОО, с обзиром на то да против туженог вођен кривични поступак због кривичног дела, тешко дело против безбедности јавног саобраћаја и да је надлежни Општински јавни тужилац, највероватније због измене Кривичног закона у погледу квалификаторне околности кривичног дела - висине имовинске штете која је настала угрожавањем јавног саобраћаја, одустао од кривичног гоњења против туженог, тада окривљеног, а тужилац као оштећени није наставио кривично гоњење иако је о одустанку од кривичног гоњења уредно обавештен, износи се став да је парнични суд у таквом случају овлашћен да утврди као претходно питање да ли је штета проузрокована таквом радњом која у себи садржи елементе кривичног дела само у ситуацији где постоје процесне сметње због којих је било апсолутно немогуће да се против учиниоца кривичног дела поступак покрене и оконча било да је учинилац штете умро, или да је недоступан органима гоњења, или је непознат, или пак у случају више извршилаца, а да се овај изузетак не може применити на спорни случај у коме кривични поступак није обустављен због неких од процесних сметњи, већ због тога што је надлежни јавни тужилац одустао од кривичног гоњења, што би онда, по схватању Окружног суда, подразумевало примену одредбе члана 376. Закона о облигационим односима.

[21] електронска база судске праксе Инг-Про
[22] електронска база судске праксе Интермекс

Мишљења су, према томе, подељена – по једном, ако није вођен кривични поступак ни у ком случају нема места примени члана 377. ЗОО, а по другом парнични суд може као претходно питање утврдити да ли је штета проузрокована радњом која у себи садржи елементе кривичног дела.

Посебно је интересантно становиште изражено у коментару ЗОО аутора Драгослава Вељковића, према коме, ако је штета причињена кривичним делом али није покренут кривични поступак из разлога због кога се тај поступак не може окончати (нпр. смрт, душевно обољење учиниоца кривичног дела, помиловање, амнестија и сл.), или из истих разлога није донета правноснажна кривична пресуда, рок застарелости за покретање поступка за накнаду штете одређује суд у смислу члана 105. Закона о парничном поступку, јер иако је у Кривичном закону за поједина кривична дела одређен рок застарелости, не може се сматрати да се он може применити на лица која нису осуђена правноснажном пресудом за неко од тих дела, јер се застарелост потраживања накнаде штете везује за учиниоца према коме је изречена казна по правноснажној судској одлуци. За примену оваквог становишта није нађен пример у судској пракси.

2. Ако је кривични поступак обустављен или оптужба одбијена:

У пресуди Окружног суда у Ваљеву, Гж. бр. 88/06 од 17.03.2003. године[23] износи се став да парнични суд не може уопште да решава као претходно питање да ли постоји кривично дело, па ни ради примене дужег рока застарелости накнаде штете из члана 377. Закона о облигационим односима, у случају када је кривични поступак обустављен због смрти окривљеног. По схватању Окружног суда, парнични суд не може уопште да решава као претходно питање да ли постоји кривично дело - па ни ради примене дужег рока застарелости накнаде штете, у циљу пружања јаче заштите праву оштећеног на накнаду штете проузроковане кривичним делом - у случају када је кривични поступак обустављен због смрти окривљеног. Правни поредак захтева да о постојању кривичног дела и кривичној одговорности окривљеног лица (нема кривичног дела без кривичне одговорности) може да решава само кривични суд, јер према члану 23. став 3. Устава Републике Србије, нико не може бити сматран кривим за кривично дело док то не буде утврђено правноснажном одлуком суда, док према одредби члана 3. став 1. Законика о кривичном поступку, свако ће се сматрати невиним док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком надлежног суда."

[23] електронска база судске праксе Инг-Про

Супротно томе, у решењима ВСС Рев. 2331/96 од 3.7.1996. године[24] и Савезног суда бр. Гзс. 72/98 од 24.12.1998. године[25] износи се становиште да је, ако су постојале процесне сметње због којих је било апсолутно немогуће да се против учиниоца кривичног дела поступак покрене и оконча, било зато што је учинилац штете умро, или је недоступан органима гоњења, или је непознат, или пак у случају више извршилаца, парнични суд у таквом случају овлашћен да утврди као претходно питање да ли је штета проузрокована таквом радњом која у себи садржи елементе кривичног дела, јер кривично дело може да постоји и кад је кривични поступак изостао. При том деловање парничног суда није усмерено на утврђивање кривичне одговорности (јер се то може утврдити само у кривичном поступку), већ да би сагласно начелу пружања јаче заштите праву оштећеног на накнаду штете проузроковане кривичним делом применио посебна правила о застарелости захтев за накнаду штете из члана 377. Закона о облигационим односима.

Овакво становиште прихватио је и Виши трговински суд који у својој пресуди Пж. 6165/03 од 18.9.2003. године[26] прихвата утврђење првостепеног суда који је, у ситуацији где је против штетника вођен кривични поступак због кривичног дела тешко дело против безбедности јавног саобраћаја, али је обустављен због смрти починиоца саобраћајне незгоде приступио извођењу доказа применом одредбе члана 235. у вези члана 250. ЗПП-а, а све ради утврђивања одлучних чињеница да ли је у радњама починиоца било таквог понашања које је могло довести до кривичног дела, када би било места примени посебних правила о застарелости захтева за накнаду регресне штете из члана 377. ЗОО и након оцене доказа правилно утврдио да причињена штета није настала као последица извршења кривичног дела, па је сходно томе одбио тужбени захтев као неоснован, налазећи да је протекло законом одређено време у коме је поверилац могао захтевати испуњење регресног захтева од стране туженог сходно члану 376. став 2. ЗОО

3. Ако је донета ослобађајућа пресуда:

У одлуци Рев. 2895/96 од 3.3.1996. године Врховни суд Србије износи став да лице које је правноснажном пресудом ослобођено кривичне одговорности није изложено посебним одредбама о застаревању захтева за накнаду штете из члана 377. ЗОО, па се застарелост оцењује према општим

[24] Билтен судске праксе ВСС бр. 4/96
[25] електронска база судске праксе Интермекс
[26] електронска база судске праксе Инг-Про

прописима из члана 376. ЗОО тога закона, при чему истицање имовинскоправног захтева у кривичном поступку доводи до прекида застаревања.

Супротно овоме, у већ цитираној пресуди Рев. 4932/02 [27], ВСС образлаже став да има места примени члана 377. ЗОО и према осигуравачу чији је осигураник у кривичном поступку ослобођен одговорности, уз образложење да је ова чињеница без утицаја и да тужени одговара за штету по основу осигурања одговорности сходно чл. 940. и 941. ЗОО.

Очигледно је да постоје супротстављена становишта и судске одлуке које дају различита виђења, што несумњиво не доприноси сигурности правног поретка и угледу правосуђа у целости.

У међувремену, ваља указати и на то да је донет и ступио на снагу Кривични законик ("Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009) који на нови начин дефинише кривично дело, што по мом мишљењу утиче на потребу новог сагледавања домета парничног суда у утврђивању постојања кривичног дела у ситуацији када кривични поступак није окончан пресудом којом је утврђено постојање кривичног дела.

По члану 14. Законика "кривично дело је оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено". Ставом 2. истог члана изричито је прописано да "нема кривичног дела уколико је искључена противправност или кривица, иако постоје сва обележја кривичног дела одређена законом".

Према мишљењу правних теоретичара, из овакве дефиниције произилази да Законик, за разлику од досадашњег законодавства, које је познавало материјални и објективни општи појам кривичног дела, са општим елементима: друштвена опасност, дело човека, противправност и одређеност у закону, прихвата објективно-субјективни појам, уносећи и кривицу као опште обележје кривичног дела. У одређивању општег појма кривичног дела још већи значај има прихватање кривице као његовог општег елемента. По садашњем решењу, кривично дело постоји само ако је скривљено, ако је дакле његов учинилац био урачунљив и ако је у односу на извршено дело поступао са умишљајем или из нехата. Са уношењем ових субјективних компоненти у општи појам кривичног дела, низ института кривичног права добио је сада другачије крвичноправно значење. Укинута је кривична одговорност као посебан кривичноправни појам и са

[27] Билтен судске праксе ВСС 1/2003

трипартиције прешло се на бипартицију - кривично дело и кривичну санкцију. Појам кривице (скривљености) одређен је у члану 22. Законика; крив је онај учинилац који је урачунљив и који је поступао са умишљајем (изузетно из нехата). Дакле, граматичким и логичким тумачењем одредаба из члана 22. Законика произилази да нема кривичног дела ако га је учинило неурачунљиво лице или урачунљиво лице које није поступало са умишљајем или из нехата (виност). [28]

Овакво мишљење добило је подршку и у пракси па се тако у пресуди Врховног суда Србије Кж I 2398/06 од 1.2.2007. године[29] наводи да опис кривичног дела у осуђујућој пресуди, поред законом одређених посебних обележја која карактеришу свако кривично дело, мора садржати и кривицу, па дакле навођење чињенице и околности као и прецизирање у ком облику виности су оптужени поступали у конкретном случају

Ово неумитно **намеће питање одрживости става по коме је парнични суд, у ситуацији када кривични поступак из било ког разлога није вођен, или је завршен одбијајућом пресудом или обуставом због застаре, дакле када није било мериторне одлуке надлежног суда о постојању или непостојању кривичног дела, овлашћен да, за потребе примене члана 377. ЗОО, у парници утврђује постојање кривичног дела, без утврђивања кривичне одговорности. Изгледа да ће овај став морати да буде напуштен, с обзиром на другачије конципиран појам кривичног дела,** који у себи садржи и кривичну одговорност учиниоца, те утврђење постојања дела без истовременог задирања у питање кривичне одговорности (виности и урачунљивости) није могуће, а сходно презумпцији невиности из члана 34. став 5. Устава РС (Свако се сматра невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда) кривица па и постојање кривичног дела се не може утврђивати у парници. **Према томе, примени члана 377. ЗОО има места само у ситуацији где је постојање кривичног дела утврђено у кривичном поступку.**

Следеће питање око ког постоји спорење јесте

3. Од кад тече застарелост и има ли места примени члана 376. ЗОО и након истека привилегованог рока из члана 377. ЗОО?

[28] Љубиша Лазаревић, Правни факултет, Београд
[29] Билтен судске праксе Окружног суда у Новом Саду бр. 11/2007, Интермекс

Чланом 361. ЗОО прописано је да застарелост почиње тећи првог дана после дана кад је поверилац имао право да захтева испуњење обавезе, ако законом за поједине случајеве није што друго прописано. Потраживање накнаде штете застарева за три године од када је оштећеник дознао за штету и лице које је штету учинило. Под сазнањем за штету подразумева се сазнање за све околности штетног догађаја на којима се заснива право оштећеног на накнаду. Према већ усвојеној пракси, рок застарелости потраживања накнаде нематеријалне штете почиње тећи од дана када су поједини видови штете добили облик коначног стања (за болове застарелост почиње тећи од престанка болова, за страх од престанка страха, а за душевне болове због умањења животне активности од завршетка лечења и сазнања за постојање умањења животне активности или погоршања здравственог стања као дана сазнања за нову, тежу последицу.[30] Овде ваља напоменути да рок застарелости, сходно члану 106. став 4. ЗПП, почиње и завршава се према правилима из члана 106. ст. 1-3. ЗПП.

Како рок застарелости потраживања према члану 377. став 1. ЗОО почиње тећи истовремено кад и рок застарелости кривичног гоњења, а то је према члану 104. став 1. КЗ дан када је кривично дело извршено, у пракси се поставља питање да ли, у ситуацији где је штета причињена кривичним делом, уопште у било ком случају има места примени рокова из члана 376. ЗОО или је њихова примена искључена самом чињеницом да је штета проузрокована кривичним делом.

У једној од ранијих одлука ВСС (Рев. 2356/99 од 9.2.2000. године)[31] изражава се став да примени одредбе члана 377. став 1. ЗОО има места у случајевима када је штета причињена кривичним делом за чије гоњење је предвиђен дужи рок застарелости од рока који је прописан у одредби члана 376. ст. 1. и 2. ЗОО, ако је то повољније за оштећено лице. У конкретном случају радило се о ситуацији где је рок застарелости кривичног гоњења био краћи од рока из члана 376. ЗОО, међутим начелно је заузет став да се члан 377. ЗОО примењује само ако је то за оштећено лице повољније. Нема разлога да се овакво резоновање не примени и на друге ситуације, у којима кривично дело несумњиво постоји и проузроковало је штету, али је за оштећено лице повољније да се рокови рачунају по члану 376. ЗОО.

[30] Решења Врховног суда Србије, Рев. 260/05 од 16.2.2005, Рев 1427/05 од 26.5.2005, електронска база судске праксе Инг-про

[31] електронска база судске праксе Интермекс

Изложићу, примерице, један **хипотетички случај:** Тужилац је рањен у оружаном сукобу у Хрватској у фебруару 1992. године. Приликом рањавања заостао му је гелер у глави. Ова повреда санирана је убрзо након рањавања, али гелер, по савету лекара, није вађен јер није проузроковао проблеме и није било медицинских индикација за тако сложену операцију. Током 2006. године гелер се покрене и почне да изазива тегобе које су условиле неопходну операцију главе која је довела до физичких болова, страха па и умањења животне активности јер су услед померања гелера одређене неуронске везе покидане. Стање добија дефинитиван облик исте године. Тужилац подноси тужбу за накнаду штете 2008. године. Тужена истиче приговор застарелости наводећи да је протекло 15 година од рањавања и да је дошло до застарелости кривичног гоњења.

Питање које се неминовно намеће код одлучивања о истакнутом приговору застарелости јесте – да ли има места примени члана 376. ЗОО с обзиром на чињеницу да се обавеза накнаде штете сматра доспелом од тренутка настанка штете (члан 189.) а тренутак настанка штете у конкретном случају је моменат кад су наступиле штетне последице претходног рањавања, где очигледно постоји узрочно-последична веза а од наступања тих последица до подношења тужбе није протекао субјективни рок застарелости из члана 376. ЗОО док је застарелост кривичног гоњења наступила.

У судској пракси за сада има различитих одлука по овом питању, у зависности од становишта у погледу могућности примене члана 376. ЗОО, па се тако у пресуди Апелационог суда у Новом Саду посл.бр. Гж-9772/10 од 16.3.2011. године у сличној правној ситуацији наводи следеће: "Међутим, пошто се рок застарелости из члана 377. став 1. ЗОО за потраживање накнаде штете примењује само ако је дужи од редовног рока застарелости потраживања накнаде штете из члана 376. ЗОО, и зато представља привилегију за оштећеног, рачунање овог рока застарелости из члана 377. став 1. ЗОО за потраживање накнаде штете није обавезно, па се зато застарелост потраживања накнаде штете може рачунати по редовном року застарелости из члана 376. ЗОО, у вези са свим осталим одредбама ЗОО о почетку, току, застоју и прекиду застарелости увек, а поготово ако је то за оштећеног повољније од рока из члана 377. став 1. ЗОО, што ће бити у случају када, због дужине временске дистанце између радње проузроковања штете и настанка штетне последице, штетна последица настане после истека застарелости рачунате по члану 377. став 1. ЗОО, или се рок

застарелости рачунат по члану 376. у вези са чланом 361. ЗОО, због његовог могућег застоја и прекида по одредбама ЗОО, навршава после навршења застарелости рачунате по члану 377. став 1. ЗОО."

У пресуди Рев. 1893/10, међутим, при чињеничном стању да је тужилац био рањен у оружаном сукобу у Хрватској у октобру 1991. године, да се захтевом за обештећење ван спора обратио туженој Републици Србији у марту 2007. године а тужбу поднео у мају 2007. године, Врховни касациони суд наводи да за застарелост потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом није од утицаја моменат сазнања за коначан обим штете, јер је реч о року застарелости чијим протеком оштећени апсолутно губи право на потраживање накнаде штете.

Несумњиво је да се ради о веома актуелном и важном питању, које захтева уједначено тумачење и примену релевантних прописа и заузимање правних схватања судова највишег ранга. За сада, била бих склонија прихватању схватања по коме је рок из члана 377. ЗОО привилегија оштећеног лица којом се оно може али и не мора користити те не може представљати сметњу да то лице, применом општих одредби о почетку и току застарелости, оствари своје право, будући да ЗОО не познаје застарелост самог права код накнаде штете.

4. Када и под којим условима наступа прекид и застој застарелости?

У правном схватању утврђеном на седници од 10.2.2004. године Грађанског одељења Врховног суда Србије наведено је да се накнада штете проузроковане кривичним делом може остварити како истицањем одштетног захтева у кривичном поступку тако и подношењем тужбе за накнаду штете против учиниоца, при чему оба ова правна средства доводе до прекида застаревања. Када је оптужба одбијена и оштећени упућен на парницу ради остварења имовинско-правног захтева, може се узети да је наступио условни прекид застаревања, аналогном применом члана 390. Закона о облигационим односима, под условом да оштећени поднесе тужбу за накнаду штете у року од три месеца.

Према досадашњој пракси, могу се разликовати две ситуације: уколико је кривични поступак окончан доношењем пресуде којом је штетник оглашен кривим за догађај из кога је штета проистекла, застаревање потраживања накнаде штете, које је прекинуто покретањем и вођењем

кривичног поступка, почиње поново да тече од дана правноснажности пресуде, без обзира на то да ли је у кривичном поступку био истакнут имовинско-правни захтев.[32]

Уколико, пак, штетник није оглашен кривим, нема места примени члана 377. ЗОО већ се застарелост оцењује према општим прописима из члана 376. тог закона, при чему истицање имовинско-правног захтева у кривичном поступку доводи до прекида застаревања.[33]

У одлуци Рев. 863/88, као и у одлуци Рев. 68/83[34] Врховни суд Војводине изразио је став да се застарелост потраживања накнаде штете не прекида када оштећени, који је у кривичном поступку поставио имовинско-правни захтев, у року од три месеца од дана правноснажности решења о обустави кривичног поступка не поднесе тужбу ради накнаде штете.

Такође, у пресуди Врховног суда Србије у Београду, Рев. 1623/04 од 3.6.2004.[35] изложено је становиште да се у случају да је оштећени у кривичном поступку истакао имовинско-правни захтев па суд донесе пресуду којом се оптужба одбија или штетник буде ослобођен од оптужбе и оштећени упућен да свој имовинско-правни захтев остварује у парници, застарелост у смислу одредбе члана 390. ЗОО прекида даном истицања имовинско правног захтева у кривичном поступку уз услов да се тужба редовном суду поднесе у року од 3 месеца од правноснажности одлуке кривичног суда. Основ за ово условљавање је у члану 390. ЗОО, који прописује да, ако је тужба против дужника одбачена због ненадлежности суда или ког другог узрока који се не тиче суштине ствари, па поверилац подигне поново тужбу у року од три месеца од дана правноснажности одлуке о одбацивању тужбе, сматра се да је застаревање прекинуто првом тужбом, а према ставу 2. истог члана, исто вреди и за позивање у заштиту, и за истицање пребијања потраживања у спору, као и у случају кад је суд или други орган упутио дужника да своје пријављено потраживање остварује у парничном поступку.

---

[32] Врховни суд Србије, Гзз 263/79, Гордана Станојчић: "Актуелна судска пракса из облигационог права"

[33] Врховни суд Србије, Рев. 2895/96, Гордана Станојчић: "Актуелна судска пракса из облигационог права"

[34] др Александар Радованов: Зборник судке праксе Врховног суда Војводине – грађанско-правна област

[35] електронска база судске праксе Интермекс

Такво становиште постојало је и у судској пракси пре доношења ЗОО, па се тако у пресуди Савезног врховног суда Рев. 076/58 из 1959. године[36] изражава став да предлог за остваривање имовинско-правног захтева у кривичном поступку прекида застарелост и кад је кривични поступак довршен пресудом којом се оптужба одбија и оштећени упућује на парницу да оствари свој имовинско-правни захтев, и узима се да је застарелост прекинута условно, ако се тужба проднесе редовном суду у року од три месеца по правноснажности одлуке кривичног суда.

Треба имати у виду да је чланом 104. Кривичног законика ("Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009) који прописује ток и прекид застарелости кривичног гоњења прописано да:

(1) Застарелост кривичног гоњења почиње од дана кад је кривично дело извршено. Уколико последица кривичног дела наступи касније, застарелост кривичног гоњења почиње од дана када је последица наступила.

(2) Застарелост не тече за време за које се по закону гоњење не може отпочети или наставити.

(3) Застарелост се прекида сваком процесном радњом која се предузима ради откривања кривичног дела или ради откривања и гоњења учиниоца због учињеног кривичног дела.

(4) Застарелост се прекида и кад учинилац у време док тече рок застарелости учини исто тако тешко или теже кривично дело.

(5) Сваким прекидом застарелост почиње поново да тече.

(6) Застарелост кривичног гоњења настаје у сваком случају кад протекне двоструко време које се по закону тражи за застарелост кривичног гоњења.

Према томе, прекид рока застарелости је већ настао покретањем кривичног поступка, па у ситуацији где је кривични поступак окончан тако што је окривљени оглашен кривим, није потребно истицање имовинско-правног захтева или подношење тужбе. Моментом правноснажности ове кривичне пресуде рок из члана 377. ЗОО почиње тећи изнова, с тим да истеком апсолутног рока застарелости кривичног гоњења из става 6. цитираног члана потраживање коначно и дефинитивно застарева. Уколико, пак, није донета пресуда којом је утврђено постојање кривичног дела, да би на-

[36] Коментар Закона о облигационим односима (чл. 390.) – редактори *проф. др Слободан Перовић и проф. др Драгољуб Стојановић*

ступио прекид застарелости, неопходно је да је оштећено лице истакло имовинско-правни захтев у кривичном поступку и у року од три месеца од правноснажности кривичне пресуде поднело тужбу за накнаду штете.

У вези са овим, поставља се још једно, и последње, питање:

5. Да ли се опште одредбе ЗОО о прекиду и застоју застарелости могу применити и кад се рокови застарелости рачунају применом члана 377?

На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 16.2.1998. године[37] у погледу застарелости потраживања накнаде штете у случају рањавања и погибије у оружаним сукобима усвојено је следеће правно схватање:

1. Застаревање не тече (застој) за све време за које оштећеном повериоцу због оружаних сукоба или непосредне опасности таквих сукоба на подручју његовог пребивалишта, односно боравишта није било могуће да судским путем захтева досуду накнаде штете (члан 383. ЗОО).

2. Добровољна (вансудска) исплата накнаде штете оштећеном повериоцу од стране одговорног лица (војне поште, односно државног органа) прекида застаревање потраживања накнаде штете, па од дана исплате законом прописани рок застарелости почиње тећи изнова (члан 387. став 2. у вези са чланом 392. став 1. ЗОО).

3. Претходно (иначе обавезно) обраћање оштећеног повериоца одговорном лицу (војној пошти, односно државном органу) ради исплате накнаде штете прекида застаревање потраживања накнаде штете (члан 388. ЗОО).

Уочава се да примена овог правног становишта није ограничена на застаревање по члану 376. ЗОО, већ је општег типа и примене.

У решењу Рев. 271/99[38] Врховни суд Србије наводи да се код оцене застарелости потраживања накнаде штете проузроковане кривичним делом, као и прекида застаревања тог потраживања услед прекида застаревања кривичног гоњења, иако су регулисани чланом 377. ЗОО, не значи да се на ово потраживање не примењују и опште одредбе о прекиду застаревања из члана 387. ЗОО, које једнако важе за све случајеве проузроковања штете, укључујући и проузроковање штете кривичним делом.

[37] "Нематеријална штета – судска пракса" (Библиотека Правног информатора, Интермекс, септембар 2007.)

[38] Билтен судске праксе Окружног суда у Београду 50/99

Ово мишљење деле и др Борис Визнер који у свом Коментару ЗОО наводи да прекид и застој застаревања кривичног гоњења повлачи за собом и прекид и застој застаревања захтева за накнаду штете (ст. 2. и 3.), уз примедбу да се у случају примене прописа члана 377. ЗОО могу узимати у обзир и они разлози застоја и прекида застаревања које предвиђа ЗОО, а који нису предвиђени у Кривичном закону, као и аутори Коментара ЗОО (редактори Б. Благојевић и В. Круљ) који у коментару уз члан 377. ЗОО наводе да од два рока у питању применити онај који је за оштећеног повољнији. Наиме, почетак застаре гоњења за кривично дело као и прекид и застој застарелости нису идентични са почетком, прекидом и застојем из ЗОО, а очигледно је да примена тих правила у погледу гоњења за кривично дело не може оштећеног довести у неповољнију ситуацију. Стога примена ст. 2. и 3. члана 377. ЗОО долази до изражаја само кад је то за оштећеног повољније.

Новија судска пракса овакав став не дели, тако да се у пресуди Апелационог суда у Новом Саду посл.бр. Гж-9772/10 од 16.3.2011. године наводи следеће: Из формулације члана 377. став 1. ЗОО да потраживање накнаде штете застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења, несумњиво је да је воља законодавца била да се и прекид и застој застарелости захтева за накнаду штете проузроковане кривичним делом, рачунају на исти начин као и прекид и застој застаревања кривичног гоњења за дело којим је учињена штета, прописан чланом 96. КЗЈ, а она је и јасно изражена посебним прописивањем у ставу 2. члана 377. ЗОО, да прекид застаревања кривичног гоњења повлачи за собом и прекид застаревања захтева за накнаду штете, и у ставу 3. истог члана, да исто то важи и за застој застаревања, а што све у вези са чланом 96. став 6. КЗЈ значи да апсолутна застарелост кривичног гоњења за собом повлачи и апсолутну застарелост захтева за накнаду штете проузроковане кривичним делом, рачунату по члану 377. став 1. ЗОО, без обзира на све прекиде и застоје. Применом одредаба ЗОО о застоју и прекиду застаревања из чл. 381-386. и 387-393. ЗОО на рок застарелости из члана 377. став 1. ЗОО могло би доћи до ситуације да се рок застарелости захтева за накнаду штете рачунат по члану 377. ЗОО, а заустављен и прекинут по наведеним одредбама ЗОО, настављен после застоја или поново започет после прекида по одредбама ЗОО, **навршава након протека рока апсолутне застарелости кривичног гоњења, што би било у супротности са изричитом одредбом КЗ, и напред наведеним значењем члана 377. став 1. ЗОО, према коме апсолутна застарелост кривичног гоњења за собом**

повлачи и апсолутну застарелост захтева за накнаду штете проузроковане кривичним делом, рачунату по том пропису, без обзира на све прекиде и застоје. Из наведеног произилази да се одредбе ст. 2. и 3. члана 377. ЗОО не могу тумачити тако да се одредбе о застоју и прекиду застаревања кривичног гоњења, на рок из члана 377. став 1. ЗОО примењују кумулативно са одредбама ЗОО о застоју и прекиду застарелости потраживања, него само обрнуто, да одредбе ст. 2. и 3. члана 377. ЗОО, у вези са ставом 1. истог члана, прописују једине услове за застој и прекид застаревања таквих потраживања, па се ток застарелости не може прекидати ни предузимањем повериочеве радње предузете против дужника пред судом или другим надлежним органом, у циљу утврђивања, обезбеђења или остварења потраживања, у смислу члана 388. ЗОО (конкретно подношењем захтева за обештећење ван спора органу тужене Републике Србије надлежном за поступање по таквим захтевима).

Апелациони суд у Београду у својој пресуди Гж. 1965/10 од 29. априла 2010. године[39] износи становиште да привилеговани рок за истицање захтева за накнаду штете, настале извршењем кривичног дела одговара законском року за застарелост кривичног гоњења, који се може продужавати у случају прекида или застоја кривичног гоњења, али не и по општим правилима облигационог права о прекиду и застоју застаревања. У образложењу се наводи да је, опредељењем за повољнији рок застарелости за накнаду штете, проузроковане кривичним делом (које се гони по службеној дужности), тужилац имао право да потражује накнаду штете у продуженом року, везаном за застарелост кривичног гоњења, које се може прекидати само по правилима кривичног поступка (до истека рока за апсолутну застарелост кривичног гоњења), па је неоснован навод тужиоца да је дошло до застоја застаревања због проглашеног ратног стања које је трајало у периоду од 23.3.1996. до 29.6.1999. године.

Истог мишљења је у истоврсном случају и Врховни касациони суд који у пресуди Рев. 407/10 од 25.2.2010. наводи да се не ради о застарном року прописаном Законом о облигационим односима, већ о застарном року прописаном посебним законом, који регулише кривичну одговорност за учињена кривична дела, те се одредбе о застоју застаревања из ЗОО не могу применити у конкретном случају.

[39] електронска база судске праксе Инг-Про

У ситуацији где законодавац примену општих правила о прекиду и застоју застарелости није искључио иако се застарелост процењује према члану 377. ЗОО, **приклонила бих се првом мишљењу, да се опште одредбе примењују и на случајеве у којима је штета проузрокована кривичним делом, а додатне могућности прекида и застоја по ст. 2. и 3. члана 377. ЗОО не искључују примену општих одредби.** У прилог томе износим **хипотетички случај**: Рок застарелости кривичног гоњења је, нпр. 10 година. Покретањем кривичног поступка прекинут је ток застарелости. У кривичном поступку није стављен имовинско-правни захтев. Штетник буде оглашен кривим и од момента правноснажности кривичне пресуде (рецимо, две године од извршеног дела) почиње тећи нови рок од 10 година. Дан пре истека овог рока учинилац кривичног дела изричито призна дуг. Поставило би се питање да ли оштећено лице има само један дан да поднесе тужбу или је ток застарелости поново прекинут, сада по одредби члана 387. ЗОО?

Сматрам да су погодности из члана 377. ЗОО оштећеном лицу дате с обзиром на тежину радње којом је дошло до штетних последица и да је *ratio* тих одредби управо у повлашћењу његовог положаја. Спорна дилема, на коју је у својој пресуди указао Апелациони суд у Новом Саду, да је могуће да прекидима по одредбама ЗОО буде премашен апсолутни рок застарелости кривичног гоњења по одредбама кривичног законодавства, по мом мишљењу решава се тако да је, без обзира на све прекиде и застоје, коначно застарелост лимитирана протеком апсолутног рока застарелости према члану 104. став 6. КЗ (кад протекне двоструко време које се по закону тражи за застарелост кривичног гоњења).

С обзиром на чињеницу да је кодификација грађанског законодавства у току, сматрам да би било веома корисно да се у будућој разради одредаба о застарелости потраживања на потпуно јасан и недвосмислен начин определи на кога се одредница "одговорно лице" тачно односи (да ли само на учиниоца кривичног дела или сва друга лица која су по одредбама закона одговорна за накнаду штете по било ком основу, или нека од њих) као и да се одговори на остала спорна питања на која је указано у овом реферату.

До тада, предлажем следећи

Закључак

1. Одговорним лицем, у смислу члана 377. став 1. ЗОО, сматра се како учинилац кривичног дела тако и свако друго лице које по било ком

основу одговара за штету насталу као последица кривичног дела (власник опасне ствари, лице које обавља опасну делатност, послодавац за штету коју причини радник, правно лице за штету коју причини његов орган, родитељ за штету коју причини кривично одговорни малолетник…)

2. Ако кривични поступак није вођен или је окончан обуставом, одбијањем оптужбе или ослобађањем од оптужбе, парнични суд није овлашћен да утврђује постојање кривичног дела те нема места примени члана 377. ЗОО у односу на било које лице, одговорно за штету по било ком основу.

3. Застарелост по члану 377. ЗОО тече од дана када је кривично дело (у смислу одредби кривичног законодавства) извршено али, уколико је штета у грађанскоправном смислу (наступањем штетних последица) настала касније, нема сметњи примени одредбе чл. 376. ЗОО у погледу рока застарелости чак и ако је у међувремену истекло време одређено за застарелост кривичног гоњења.

4. Одредбе ст. 2. и 3. члана 377. ЗОО не искључују примену одредаба о прекиду и застоју застарелости из ЗОО и на ситуације у којима се рок застарелости рачуна по члану 377. став 1. ЗОО, с тим да је коначно застарелост лимитирана протеком апсолутног рока застарелости кривичног гоњења према важећем кривичном законодавству.

Литература:

1. *Др Борис Визнер:* Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима (Загреб, 1978.)
2. Коментар Закона о облигационим односима – редактори *проф. др Слободан Перовић и проф. др Драгољуб Стојановић* (Правни факултет у Крагујевцу и Културни центар у Горњем Милановцу, 1980.)
3. Коментар ЗОО – редактори *проф. др Борислав Благојевић и проф. др Врлета Круљ* ("Савремена администрација", 1983.)
4. *Драгослав Вељковић:* "Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима" ("Пословни биро", Београд, 2005.)
5. *Др Здравко Петровић и мр Александар Радованов*: "Деликтна одговорност и накнада штете" ("Право", Нови Сад, 2001.)
6. *Ивица Црнић и Анте Илић*: "Осигурање и накнада штете у саобраћају" ("Информатор", Загреб, 1987.)

7. *Гордана Станојчић*: "Актуелна судска пракса из облигационог права" ("Пословни биро", Београд, 2006.)
8. *Др Александар Радованов:* Зборник судке праксе Врховног суда Војводине – грађанскоправна област
9. Правна енциклопедија, Савремена администрација, Београд, 1979.
10. "Нематеријална штета – судска пракса" (Библиотека Правног информатора, Интермекс, септембар 2007.)
11. *Љубиша Лазаревић*, Правни факултет, Београд: Критички осврт на нека решења у Кривичном законику Србије (рад објављен у Билтену судске праксе Врховног суда Србије, број 3/2006)
12. Билтени судске праксе Врховног суда Србије, Окружног суда у Новом Саду, Окружног суда у Београду
13. Електронска база судске праксе Инг-Про
14. Електронска база судске праксе Интермекс
15. Регистар судске праксе Апелационог суда у Новом Саду.

УПРАВНА СЕКЦИЈА

Реферати Управног суда

Јелена Ивановић,
судија Управног суда

УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У УПРАВНОМ СПОРУ

Један од основних сегмената већине општих процесних закона је утврђивање чињеница. Битан је због тога што учињени пропусти повлаче за собом настанак повреда правила поступања и засигурно неправилну примену материјалног права.

Због тога је неопходно што квалитетнијим процесним законима регулисати део поступка који се односи на утврђивање чињеница, како правилно и добро осмишљеним решењима, тако и правно и језички прецизним нормама. Ово све је у функцији што квалитетније заштите права учесника у поступку, али олакшава и закониту примену прописа суду који води поступак.

Најновији допринос томе је доношење Закона о управним споровима (у даљем тексту: ЗУС)[1] који је ступио на снагу 30.12.2009. године чиме је престао да важи Закон о управним споровима (у даљем тексту: претходни Закон)[2] чије ће се одредбе примењивати на поступке по тужбама поднетим до ступања на снагу ЗУС-а. Основна карактеристика ЗУС-а је да у много већој мери него претходни Закон, штити права странака у управном спору и омогућава пуномоћницима да им ефикасно помогну у остваривању те заштите.

Повод за писање овог реферата је да се направи разлика између института утврђивања чињеница по претходном закону и по ЗУС-у као и да се укаже на неке различитости у вођењу расправе по ЗУС-у и по Закону о парничном поступку (у даљем тексту: ЗПП)[3], ради што квалитетније примене ових закона у пракси.

[1] ("Службени гласник РС" бр. 111/09)
[2] ("Службени лист СРЈ " бр. 46/96)
[3] ("Службени гласник РС" бр. 125/2004 ... 36/11)

Утврђивање чињеница по претходном Закону

По претходном Закону један од основних разлога за подношење тужбе у управном спору је био тај што чињенично стање није правилно утврђено или што је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак. У управном спору суд је решавао у нејавној седници већа, по правилу на основу чињеница које су утврђене у управном поступку. Постављање оваквог правила нужно је одредило овлашћења суда у току управног спора па је оквир за поступање суда, био тај да је, за случај да нађе да се спор не може расправити на основу овако утврђених чињеница због тога што у погледу утврђених чињеница постоји противуречност у списима, што су оне у битним тачкама непотпуно утврђене, што је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања, могао управни акт да поништи пресудом, при чему је надлежни орган био дужан да поступи онако како је у пресуди одређено и да донесе нови управни акт.

Изузетак од оваквог овлашћења значио је могућност да суд на расправи утврди чињенично стање и то само у случајевима: 1) када би поништење оспореног управног акта и поновно вођење поступка пред надлежним органом изазвало за тужиоца штету која би се тешко могла исправити; 2) ако је на основу јавних исправа или других доказа у списима очигледно да је чињенично стање другачије од оног утврђеног у управном поступку; 3) ако је у истом спору већ поништен управни акт, а надлежни орган није у потпуности поступио по пресуди. На овај начин, дата могућност суђења у поступку пуне јурисдикције, ретко је упражњавана од доношења претходног Закона 1996. године, јер је представљала могућност, а не обавезу суда. Ово је утицало на одуговлачење поступка и недовољно ефикасно пружање заштите странкама, па је то један од основних разлога због чега је досадашњи систем управног судовања морао да буде измењен.

Како је општи принцип претходног Закона био да суд решава у нејавној седници, то је логично да је усмена расправа морала да буде одржана без присуства јавности. Постојала је могућност заказивања расправе само због сложености спорне ствари или ако би веће нашло да је то потребно ради бољег разјашњења стања ствари. Одлуку о одржавању усмене расправе доносило је у нејавној седници веће, пошто се претходно од стране судије известиоца његови чланови упознају са чињеничним и правним основом управне ствари у оној мери у којој је потребно да процене да ли постоје разлози за одржавање усмене расправе. Оваква одлука је била

саставни део записника који су потписивали сви чланови већа. Након тога, сва питања везана за одржавање расправе, организовао је и водио председник већа, а о евентуалном одлагању расправе такође је морало да одлучи веће. Одлука о одлагању расправе била је део записника о већању. Након одржане усмене расправе суд је имао обавезу да одмах по завршетку усмено објави пресуду, односно решење са најважнијим разлозима и то је могао да одложи само до 8 дана од закључења расправе. Постојала је могућност да суд, ако по завршеној расправи није могао да донесе пресуду, односно решење због тога што претходно треба да утврди неку чињеницу за чије расправљање није потребна нова усмена расправа, њу донесе без расправе, најкасније у року од 8 дана од дана кад ту чињеницу утврди (чл. 32 - 37. и члан 42. претходног закона).

Треба напоменути да је суд по претходном закону био овлашћен да реши ствар и без списа ако у остављеном року тужени и после другог захтева не достави списе или ако изјави да их не може доставити.

Пракса је показала да је таква тужба увек уважавана, уколико је тужбом било оспорено чињенично стање, јер због недостатка списа суд није могао да провери правилност и потпуност његовог утврђења, при чему је на исти начин одлучивано и за случај да се из садржине оспореног решења несумњиво може закључити да је учињена повреда правила поступања која је имала утицаја на решење ствари. Тужба је одбијана, уколико суд не би утврдио из оспореног решења да постоји повреда правила поступања од утицаја на решење ствари, да тужилац не спори чињенично стање, да је материјално право правилно примењено и да се наводима тужбе не доводи у сумњу правилност оспорене одлуке.

Утврђивање чињеница по ЗУС-у

ЗУС је у погледу утврђивања чињеница, у односу на претходни закон, донео системски другачија решења. Овом институту посвећена је посебна Глава VII и то указује на његов значај. Она садржи седам одељака који се односе на: опште одредбе о утврђивању чињеница, нарочите случајеве одржавања расправе, јавност, заказивање, руковођење расправом и записник, изостанак странака са расправе и ток расправе.

Овакво законско решење представља разраду права на правично суђење које је зајемчено Уставом Републике Србије (у даљем тексту: Устав)[4] који у члану 32. став 1. прописује да свако има право да независтан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. У складу са тим и ЗУС у Основним одредбама гарантује правичност суђења под којим подразумева одлучивање: 1) на основу закона; 2) у разумном року и 3) на подлози чињеница утврђених на расправи. Ово је истовремено и афирмација начела законитости, ефикасности и расправности.

Највећа промена у односу на претходни закон је да суд решава не на основу чињеничног стања утврђеног у управном поступку већ на основу чињеница утврђених на одржаној усменој и јавној расправи. **Расправа више није нејавна, већ усмена и јавна (члан 2. и члан 33. став 1. ЗУС-а).**

Овакво законско решење је и начин да се разреши вишедеценијска дилема присутна у теорији, стручној јавности, а посебно пракси. Због тога што је до ЗУС-а управни спор подразумевао решавање у нејавној седници већа увек се постављало питање шта је ефикасније и за странку повољније. Фигурирала су два супротстављена мишљења: једно да рад суда у нејавној седници убрзава његов рад и скраћује трајање поступка и друго-да баш пресуђење на одржаној расправи скраћује трајање поступка у предметима у којима се због сложености управне ствари без присуства странака она не би могла потпуно разјаснити[5]. Међутим, стварни ефекти на процесна права учесника у спору, моћи ће да се сагледају тек кад примена ЗУС-а заживи у пракси.

Без правилно и потпуно утврђеног чињеничног стања нема законите одлуке управног органа, па ЗУС као и претходни закон, прописује да је један од разлога за покретање управног спора, то што је чињенично стање непотпуно или нетачно утврђено или то што је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања. За разлику од претходног закона, у члану 20. ЗУС-а, који се бави садржином тужбе, прописано је да она може садржавати и позивање на чињенице на којима тужилац заснива свој захтев из тужбе. Суд може и по ЗУС-у да одлучује без

[4] ("Службени гласник РС" 98/2006)
[5] ("Трајање судског поступка"-издање Врховног суда Србије 1975. година)

списа за случај да тужени и после другог захтева не достави списе у року од 8 дана или изјави да их не може доставити, али сада мора да закаже расправу и чињенично стање утврди на њој.

Посебним Одељком Главе VII који носи наслов "Уопште о утврђивању чињеница на расправи" прописане су ситуације које се тичу правила да суд утврђује чињенице на расправи као и изузетак од њега. Та **изузетна** ситуација захтева да су испуњени одређени услови: **1)** да је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања или **2)** ако странке на то изричито пристану. Шта у конкретном случају значи очигледно? То значи да јасно, несумњиво из списа управне ствари произилази да је чињенично стање утврђено у управном поступку, да је разјашњена управна ствар, да се тужбом не спори правилност и потпуност утврђења одлучних чињеница. На пример: у предмету остваривања права за помоћ и негу другог лица у коме из налаза органа вештачења оба степена произилази да подносилац захтева нема ниједну од здравствених сметњи чије постојање представља услов за стицање права, а њихово утврђење одлучно чињенично стање без кога не може да се донесе законита одлука.

Евидентно је да до ЗУС-а, судови нису утврђивали чињенично стање на јавној расправи. Аутор, у пракси Врховног суда Србије, није уочио ниједан такав пример. Ово значи да однос судија према том институту мора да буде промењен и да се расправа не сме заобилазити. Оно што појачава одговорност суда и онемогућава га да је избегне је да је суд обавезан да посебно наведе разлоге због којих није одржао усмену расправу. Квалитет ових разлога моћи ће да буде испитиван од стране Врховног касационог суда за случај да буде уложен захтев за преиспитивање судске одлуке.

Посебан Одељак "Нарочити случајеви одржавања расправе" јасно дефинише две врсте процесних ситуација: 1) оне у којима ће суд увек да одржи расправу и 2) оне у којима је расправа обавезна. На први поглед ове две врсте разлога упућују на исту садржину, али став је аутора да је то привидно, сем у случају кад суд одлучује без списа. У преосталим случајевима, ради се о различитим ситуацијама. Према члану 34. став 1. ЗУС-а прописано је да ће се расправа одржати увек: 1) због сложености предмета спора или 2) ради бољег разјашњења стања ствари као и 3) у случају из члана 30. став 3. овог закона. Одредбом става 2. члана 34. ЗУС-а прописано је да је расправа обавезна: 1) ако је у управном поступку учествовало

две или више странака са супротним интересима као и 2) када суд утврђује чињенично стање ради решавања у пуној јурисдикцији.

Све наведено значи да одредба става 1. члана 34. ЗУС-а подразумева дискрециону оцену суда, али не о томе да ли ће расправу да одржи или не, већ о томе да ли је управна ствар сложена и да ли је управна ствар добро разјашњена. Ако је ствар сложена или је треба боље разјаснити суд мора да одржи расправу. Разлози сложености и бољег разјашњења ствари су преузети из претходног закона, али се више не ради о могућности која означава изузетак, већ о обавези суда. Она садржи општу ситуацију - одређење да ће суд да одржи расправу, без обзира на остале услове, ако је предмет сложен или управна ствар није довољно разјашњена. На овај начин ће да поступи и ако се ради о једностраначкој ствари, али је предмет сложен или оцени да би из неког процесног разлога, било нужно утврђење чињеница од стране суда, а не код органа у поновном поступку. То могу бити разлози економичности, ефикасности и др. Међутим, разлог из члана 30. став 3. ЗУС-а, по квалитету норме, више припада случају из члана 34. став 2. ЗУС-а, јер кад суд одлучује без списа, расправа ће се одржати увек са значењем **обавезног**. У примени ове процесне ситуације нема оцене суда која је присутна у осталим случајевима из члана 34. став 1. ЗУС-а, јер је орган или доставио списе управног предмета или их није доставио (без обзира да ли није могао или није хтео). Због тога, у овој ситуацији, суд мора увек (обавезно) да одржи расправу. Она је обавезна и ако се ради о вишестраначким предметима (без обзира на сложеност) као и у спору пуне јурисдикције**.**

Поставља се питање да ли би, с обзиром на садржину става 2. члана 34. ЗУС-а који одређује да је расправа обавезна и у којим случајевима, било могуће да и у тим ситуацијама и у неким другим случајевима странке својом сагласношћу учине да се расправа не одржи. На пример: у вишестраначком предмету који није сложен или чак у сложеном вишестраначком предмету ако се сви сагласе да се расправа не одржи или чак у ситуацији из члана 34. став 1. ЗУС-а која се односи на члан 30. став 3. ЗУС-а ако орган у законом прописаном року не достави списе, а у одговору на тужбу се изјасни да није у могућности да их достави, да се слаже да се расправа не одржи, уколико је са тим и тужилац сагласан. Да ли суд, у таквим и сличним ситуацијама, има овлашћење да главну расправу не одржи? Аутор сматра да, без обзира што је обавезна расправа као правило, успостављена ради заштите права странака, нема договора између страна-

ка, ни између суда и странака о искључењу расправе у споровима из члана 34. ЗУС-а који се односи на нарочите случајеве одржавања расправе. Другачије поступање значило би да суд чини повреду правила поступка од утицаја на решење ствари која би била разлог за подношење захтева за преиспитивање судске одлуке у законом дозвољеним случајевима.

Одржавање расправе по ЗУС-у

Одредбама чланова 35-39. ЗУС-а прописан је поступак одржавања расправе од припреме до пресуђења. За разлику од расправе по претходном закону, сада је по ЗУС-у расправа јавна. Изузетак је то да се може искључити јавност и то само из законом предвиђених разлога, а то су: 1) заштита интереса националне безбедности, јавног реда и морала, 2) заштита интереса малолетника, 3) заштита приватности учесника у поступку. Јавност се може искључити за целу расправу или за одређени део. О искључењу јавности одлучује веће суда решењем које мора бити образложено и јавно објављено. Овај члан је пут ка практичној примени члана 32. став 3. Устава који се односи на јавност расправе као сегмента права на правично суђење.

Ако је по претходном закону утврђивање чињеница на расправи било изузетак, о коме је одлуку доносило веће, сада је то његова законом прописана обавеза. На председнику већа је заказивање расправе у смислу одређивања дана одржавања, позивања странака и заинтересованих лица, руковођења расправом и сачињавања записника. Веће решава о томе да се расправа одлаже, што се чини из важних разлога. Шта су важни разлози, ствар је оцене суда и претпоставка је да се ради о оним разлозима који су изузетни, које странка није могла да спречи и ако неко од странака није дошао, који заиста оправдавају њихово недолажење.

Претходни закон је прописивао да изостанак странке са усмене расправе не задржава рад суда, а ЗУС сада прописује да изостанак - не странке, него уредно позване странке са усмене расправе, не одлаже њено одржавање. Сигурно је и претходни закон имао у виду уредно позвану странку, али је формулација ЗУС-а прецизнија. У погледу права на добијање речи, одредбе оба закона су исте. Реч прво добија члан већа који је известилац, који излаже стање и суштину спора не дајући своје мишљење, затим председник већа даје реч тужиоцу, али не са назначењем да образложи тужбу као у претходном закону, затим се даје реч заступнику туженог и заинтересованим лицима, али не више да образложи своја гледишта, већ

само водећи рачуна да се њихове изјаве односе само на спорна питања и околности од значаја за решење ствари. Ово упућује на то да се од суда очекује активна улога у погледу усмеравања тока расправе и садржине страначких обраћања суду, али и од странака активно учествовање у расправљању,а не само остајању при тужби, одговору на тужбу и речи. ЗУС-ом је сада додато да суд на расправи одлучује који ће се докази извести ради утврђивања чињеничног стања, што претходним Законом није било прописано. То је логична последица чињенице да се сада чињенично стање утврђује на расправи. Суд може на расправу да позове вештаке као стручна лица, ради разјашњења њихових налаза.

Одржавање расправе по ЗУС-у претпоставља апсолутну припремљеност за суђење свих чланова већа, како у чињеничном тако и у правном погледу, у смислу примене прописа по којима треба решити управну ствар. Нема могућности да се предмет који је изнет на суђење одложи због недовољне припремљености суда. Овакво прописивање тока и садржине расправе, указује на то да је воља законодавца била да се омогући учешће странкама на усменој и јавној расправи, да странке приступе суду и саопште све оно што мисле да ће утицати на исход њиховог поступка. Исто тако подразумева и апсолутну припремљеност учесника у расправи: тужиоца, заступника туженог и заинтересованих лица. Њихов однос ће у свим нивоима контролисати и усмеравати председник већа, постављати питања која се односе на разјашњење чињеничног стања, али оног које је одлучно. Питања морају бити јасна, прецизна и таква да одговори на њих обезбеђују основу за доношење законите пресуде.

Оно што је посебно битно по претходном закону, нове чињенице и нови докази изнети у тужби могли су бити од утицаја на решавање управног спора изузетно и то према ставу судске праксе, само уколико несумњиво указују да је чињенично стање очигледно другачије од оног утврђеног у управном поступку и ако га озбиљно доводе у сумњу. Оно што се може појавити у пракси као спорно је, да ли и након подношења тужбе и до када, странка може да износи нове чињенице и доказе. По мишљењу аутора, нема сметњи да се ово чини све до закључења расправе. Обавезношћу одржавања јавне расправе, суд сада добија могућност да такве нове доказе и чињенице изведе и утврди до окончања управног спора, што у сваком случају утиче на ефикасност читавог поступка и омогућава да странке добију ква-

литетнију правну заштиту. Одржавање процесне дисциплине је такође неопходно и оно представља обавезу председника већа.

Однос расправе по ЗУС-у и ЗПП-у

Без обзира на евидентну различитост предмета и циља ова два системска процесна закона, између њих постоји веза коју одмах треба поменути, а то је да је одредбом члана 74. ЗУС-а прописано да ће се на питања поступка решавања управних спорова која нису уређена овим законом сходно примењивати одредбе закона којим се уређује парнични поступак. Оваква примена, указује на ЗПП као најширу процесну "платформу" за решавање свих процесних ситуација које нису прописане ЗУС-ом и то прати поступање у сваком управном спору. ЗУС садржи посебне одредбе у погледу јавности, заказивања и руковођења расправом, записника, изостанка странака и тока расправе. У свему осталом, примењује се ЗПП.

Због квалитетније примене оба закона у којима је усмена, јавна расправа начин поступања и оквир у коме се остварује њихов циљ, може се поставити питање односа ове две врсте расправа. Он је врло комплексан и овај реферат је само начин да се укаже на озбиљност теме и започне са њеном разрадом. У том смислу треба пре свега имати у виду да се ЗПП-ом уређују правила поступка за пружање судске заштите приликом решавања грађанско-правних спорова, а да је расправа по ЗУС-у, део поступка у коме суд одлучује о законитости коначних управних аката и чији је циљ судска контрола аката извршне власти који се доносе у управном поступку у коме се такође утврђује чињенично стање. Ово значи да је код расправе по ЗУС-у претпоставка да је чињенично стање већ правилно и потпуно утврђено у управном поступку, ако не сво,онда већим делом и да је она начин да се, када је то потребно, ово чињенично стање допуни или за случај потпуне погрешке органа, правилно утврди и странкама до окончања спора омогући изјашњење и расправљање о предмету спора које може да утиче на његов исход.

Без обзира што је сада расправа правило, а не изузетак, уз то да је њено увођење начин да се у управном спору странкама омогући да пред судом саопште све оно што о предмету спора поседују као процесну грађу, сигурно је да ова расправа не сме да прерасте у парничну. У прилог томе је и разлика у погледу изостанка странака са расправе. У управном спору се не може узети да су странке одустале од својих захтева, да ће се

њихови поднесци прочитати, ако не дођу ни тужилац ни тужени, а расправа се не одложи, већ ће суд да расправи спор и без присуства странака. У парници ако са рочишта за главну расправу неоправдано изостану и тужилац и тужени, тужба се сматра повученом. Расправа у управном спору мора да буде кратка са концентрисаним доказима и изјашњењем и ако је могуће да не буде заказивана на више од једног рочишта. Она је сличнија другостепеној кривичној седници него расправи пред другостепеним парничним судом. Начин на који је прописан ток расправе пред судом у управном спору (да се у записник уносе само битне чињенице и околности, да ће се расправа одржати и спор расправити без присуства странака, инсистирање да се изјаве странака односе на спорна питања и околности од значаја за решење ствари) указује на то да је расправа у управном спору знатно ужа од парничне расправе. Ово, наравно, не искључује сходну примену ЗПП-а у свим оним питањима која нису регулисана Законом о општем управном поступку (у даљем тексту: ЗУП)[6], али ова расправа претпоставља сажетост, ефикасност, концентрацију само на она питања која нису довољно разјашњена и на утврђење чињеничног стања у оној мери у којој то није учињено у управном поступку.

У погледу јавности ЗУС и ЗПП имају два иста разлога за искључење јавности, а то је заштита јавног реда и морала, док се остали разлози разликују и у формулацији и делимично суштински. ЗУС прописује да се јавност може искључити из разлога заштите интереса националне безбедности и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку, а ЗПП, ако то захтевају интереси чувања службене, пословне или личне тајне и кад се мерама за одржавање реда предвиђеним у закону не би могло обезбедити несметано одржавање расправе. Разлика у наведеном је произишла из тога што је ЗУС усаглашен у овом делу са Уставом, а ЗПП је донет пре њега. Што се тиче заказивања расправе у парничном поступку њу заказује и њоме руководи суд, а то је у зависности од састава у коме суди, појединац или председник већа, док је у управном спору то увек председник већа.

Такође, треба напоменути да суд на расправи у управном спору мора да одлучује решењем о управљању поступком, о томе да се расправа закључује, као и о томе који ће се докази извести ради утврђивања чиње-

[6] ("Службени лист СРЈ", бр. 33/97 и 31/01 и "Службени гласник РС", бр. 30/10)

ничног стања. По ЗУС-у је жалба као редовно правно средство искључена, јер Законом о уређењу судова"[7] није предвиђен суд који би по њој одлучивао, па није било нужно прописивати да против решења о управљању поступком није дозвољена посебна жалба.

Закључак

Прописивањем правила да у управном спору суд одлучује на основу закона и у разумном року, на подлози чињеница утврђених на усменој, јавној расправи, обезбеђено је остваривање Уставом зајемченог права на правично суђење као једног од основних права заштићеног и актима међународног права.

Његовом афирмацијом подиже се квалитет правне заштите грађана на ниво одређеном европским станардима, омогућава демократизација целокупног друштва и остваривање осталих људских права.

[7] ("Службени гласник РС" бр.116/08 ... 31/11)

Стево Ђурановић,
судија Управног суда

ОДЛАГАЊЕ ИЗВРШЕЊА УПРАВНОГ АКТА ОД СТРАНЕ СУДА

Доношењем новог Закона о управним споровима ("Сл. гласник РС" број 111/09) и формирањем Управног суда, може се рећи да је започело ново поглавље у ефикасној управно – судској заштити појединачних права и правних интереса учесника у поступку, како физичких, тако правних и других лица.

Стављење акцента на ефикасну судску заштиту права и правних интереса учесника у поступку, довело је до тога да нови Закон о управним споровима уноси низ новина, почев од утврђивања општих начела на квалитативно новој основи, давања нових дефиниција предмета управног спора, одређивања појма управног акта и управне ствари, низа нових процесних решења као што су поступања са електронским документима, дефинисање претходног поступка, начина утврђивања чињеница као основа за одлучивање и у том смислу увођење јавне расправе, могућност одлучивања у спору ограничене и пуне јурисдикције, као и низ других, не мање важних новина.

Општа разматрања

Једна од посебности које овај закон доноси је и могућност одлагања извршења управног акта од стране суда.

Овај институт налази своје место у Закону у склопу дефинисања одложног дејства тужбе, јер како је то прописано у ставу 1. члана 23. Закона о упоравним споровима, тужба, по правилу, не одлаже извршење управног акта против кога је поднета. Ставом другим истог члана прописано је 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

а став трећи 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.

Ранији Закон о управним споровима, такође је у члану 16. прописивао да тужба, по правилу, не спречава извршење управног акта против кога је поднесена, али је одлучивање о захтеву за одлагање остављао искључиво у ингеренцијама и надлежности управног органа, па је прописивао у ставу другом овог члана, да ће по захтеву тужиоца, орган чији се акт извршава, односно орган надлежан за извршење, ако је у питању акт организације која није овлашћена за извршење, одложити извршење до правноснажности судске одлуке, ако би извршење нанело тужиоцу штету која би се тешко могла поправити, а одлагање није противно јавном интересу, нити би се одлагањем нанела већа ненакнадива штета противној странци. Уз захтев за одлагање морао се приложити доказ о поднесеној тужби а по сваком захтеву надлежни орган је морао донети решење најдоцније у року од три дана од пријема захтева, при чему је било прописано да орган из става 2. овог члана може и из других разлога одложити извршење оспореног акта до правноснажности судске одлуке, ако то није у супротности са јавним интересом.

Компарацијом ова два решења уочава се да решење новог Закона о управним споровима ставља суд у позицију потпуне контроле акта који се тужбом оспорава, дакле и спречевања правних последица оспореног решења, али и интервенције суда и његове активне улоге током трајања управног поступка у ситуацији када нема коначног управног акта, односно, када поступак по жалби није окончан, али су правне последице одлуке управног органа у супротности са правним интересом странке у поступку да се управни акт не изврши.

Ранији Закон о управним споровима суду није давао ову улогу, тако да су судови поступајући по захтевима за одлагање иршења или пак предлогу за одређивање привремене мере у управном спору, овакве предлоге и захтеве одбацивали јер нису били у духу тадашњег Закона о управним споровима и свели се евентуално на одлучивање по тужбама које би

уследиле након решења којим је захтев странке за одлагање извршења одбијен у управном поступку.

Треба навести да поједина законодавства у окружењу (Црна Гора, Словенија до промене Закона 01.01.2008. године), имају, или су имали систем у коме се тужилац морао најпре обратити управном органу надлежном за извршење са захтевом за одлагање извршења оспораваног акта, па тек уколико надлежни управни орган не одложи извршење, тужилац је могао суду да поднесе захтев за одређивање привремене мере, или пак суд нађе да је то неопходно ради спречавања штетних последица по тужиоца. 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. Без намера да се нешто дубље анализирају прихваћени концепти, може се бранити теза да је привремена мера шире постављена те да у себи садржи и одлагање извршења, али и пружа могућност да се на други начин привремено уреди стање посебно имајући у виду сложеност управног спора. Но, ова тема може бити од значаја само у склопу пружања довољне и што ефикасније заштите учесника у управном спору и налажења најоптималнијег решења на том путу.

Следом изнетог, прихватајући ново решење, да суд у поступању обезбеди потпуну судску заштиту тужиоца или пак трећих лица у управном спору, потврђени су и одговарајући међународно – правни стандарди из Препоруке Комитета Савета Европе о привременој судској заштити у управном поступку и Конвенције о заштити људских права и основних слобода.

Одлагања извршења управног акта
Члан 23. став 2. Закона о управним споровима

Институт одлагања извршења управног акта и поступање суда поводом захтева за одлагање, прописани су одредбом члана 23. став 2, 3, и 4. Закона о управним споровима.

Ради заштите своји интереса тужилац или странка из управног поступка могу поднети захтев за одлагање извршења управног акта, а о овом захтеву суд одлучује решењем најкасније у року од пет дана од дана пријема захтева.

Став други члана 23. Закона о управним споровима прописује 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.

Прва одредница за поступање суда у примени става 2. члана 23. Закона о управним споровима је свакако постојање тужбе у управном спору.

Наиме, Закон не прави разлику да ли је захтев за одлагање, као иницијални акт, поднет истовремено са тужбом, или је пак поднет накнадно, тако да се захтев може поднети све до решавања главне ствари. Свакако да захтев за одлагање и захтев тужбе морају бити у конекцији и логичном правном следу, и произилазити из истоврсног управно – правног односа. У поступању суда, ово првенствено значи да тужба мора бити уредна, благовремена и допуштена и да се по њој може поступати а тек након оцене општих процесних претпоставки за вођење управног спора, се може ценити захтев за одлагање у смислу његове уредности и основаности. Стога се и не може поступати по захтеву за одлагање ако је тужба неуредна, већ се мора дати налог за уређење тужбе, а тек по њеном уређењу, одлучивати о захтеву за одлагање. У процесном смислу то значи да ће суд тужбу одбацити уколико нису испуњене претпоставке за вођење управног спора, без упуштања у било какво одлучивање о захтеву за одлагање.

Слична је ситуација и са самим захтевом, који мора бити уредан са процесног становишта и садржавати јасно означење и доносиоца акта чије се одлагање захтева. Ово са разлога што се као спорност појавила примена дефиниције управног акта који може бити подобан за одлагање - коначан управни акт којим је мериторно одлучено у управној ствари. Наиме, у највећем броју случајева нема једнакости између оспореног акта који се тужбом оспорава и акта чије се одлагање захтева. Ово је за последицу, у поступању суда, имало велики број налога за уређење захтева за одлагање, или пак одбачаја захтева, јер је у захтеву означен акт којим није мериторно одлучено у управној ствари.

У материјално – правном смислу, разлози односно услови за одлагање – штета која би се тешко могла надокнадити, да одлагање није противно јавном интересу, као и да одлагање не би нанело већу или ненадокнадиву штету противној странци, односно заинтересованом лицу (у ситуа-

цијама двостраначке управне ствари и учешћа заинтересованог лица у поступку, односно спору), морају бити кумулативно испуњени.

Ово значи да подносилац захтева, односно тужилац, сваки од наведених разлога мора јасно одредити и образложити.

Појмови тешко накнадива штета, већа штета и ненадокнадива штета се морају из апстракције претворити у конкретизацију, те није довољно у захтеву само навести могућност настанка штете. Наиме, у судској пракси се уопштено искристалисао став да се под појмом тешко накнадиве штете, веће штете и ненадокнадиве штете, ради о штети и околностима које упућују на то да се не би могла, или пак, тешко могла извршити реституција, односно повраћај, у случају спровођења извршења.

Такође и постојање околности које указују да одлагање није противно јавном интересу се мора образложити и у сваком конкретном случају утврдити. Примера ради, свакако да постоји јавни интерес да се сруше бесправно подигнути објекти али овоме је супростављен јавни интерес да се овакви објекти легализују. На ово упућују и одлуке Управног суда, којима је усвојен захтев за одлагање а који се управо односи на захтев за одлагање аката управног органа којима је наложено уклањање објеката, због поднетих захтева за легализацију објекта чије се уклањање налаже спорним управним актом.

На овом месту се треба осврнути и на однос тужбе и захтева за одлагање. Наиме, треба одговорити и на питање да ли суд кроз одлуку о одлагању прејудицира одлуку о главној ствари. Налазим да не, иако се најчешће у ситуацијама када је захтев за одлагање усвајан и тужба се уважавала али се у пракси дешавало да се захтев за одлагање одбије или одбаци а тужба уважи. Са друге стране ту су и кратки рокови за одлучивање о захтеву за одлагање (пет дана од дана пријема захтева), те суд није у могућности да прибави одговор на тужбу и списе управних органа и тиме сагледа све аспекте спорног управно-правног односа. Стога сматрам да се о захтеву за одлагање мора одлучивати искључиво на темељу испуњености услова прописаних одредбом члана 23. Закона о управним споровима.

Одлагања извршења управног акта
Члан 23. став 3. Закона о управним споровима

Чланом 23. став 3. Закона о управним споровима прописано је 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.

Основна карактеристика у примени овог става јесте управо могућност интервенције суда током трајања управног поступка у ситуацији када нема коначног управног акта, односно, када поступак по жалби није окончан, али су правне последице одлуке управног органа у супротности са правним интересом странке у поступку да се управни акт не изврши.

Процесни услови који морају бити испуњени да би суд могао да поступа по захтеву односе на обавезу странка да уз захтев за одлагање достави првостепено решење, жалбу и доказа о да је жалба поднета. У супротном, суд може захтев одбацити.

Иако Закон дефинише услове под којима странка из управног поступка може од суда тражити одлагање извршења пре подношења тужбе, ови услови се не могу одвојити од услова за одлагање који су прописани одредбом члана 23. став 2. Закона. Хитност као разлог одлагања, постојање жалбе и доказ да поступак по жалби није окончан, нису сами за себе довољни као разлози због којих би суд у оваквој правној ситуацији усвојио захтев за одлагање.

Да се уочити да законодавац у овој ситуацији није одредио трајање одлагања. У поступању суда у ситуацијама када се овакав захтев усвајао одлагано је извршење спорног акта до одлуке по жалби. Могућа је и опција да се извршење одложи до правоснажности управног решења чије је одлагање захтевано обзиром на временско простирање дејства правоснажности. Следом изнетог, истеком рока за тужбу, наступила би правоснажност како другостепеног, тако и првостепеног управног решења, а у случају поднете тужбе предметно решење суда деловало би до доношења пресуде у управном спору.

Одлагања извршења управног акта
Члан 23. став 4. Закона о управним споровима

Најзад, ставом четвртим члана 23. Закона о управним споровима, дефинисано је поступање суда у овим правним ситуацијама, 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.

Закључна разматрања

Треба навести да Закон о управним споровима није прописао правни лек нити друго правно средство против решења којим се одлучује о захтеву за одлагање.

Сагледавајући сложеност управне материје и спорност односа произашлих из решавања у управним стварима, може се поставити питање да ли би пре одлучивања о одлагању било упутно доставити тужбу са захтевом или захтев за одлагање из члана 23. став 3. Закона, осталим учесницима у поступку, са налогом за изјашњење у хитним роковима. Налазим да би се тиме олакшало одлучивање и пре свега омогућило свим странкама учешће у поступку. При овоме се не би угозило начело ефикасности. Но, анализа поступања суда у примени овог института ће свакако донети и неке нове предлоге и начине поступања.

Како је то речено, Закон о управним споровима, прави разлику у том смислу да се захтев може поднети уз тужбу, односно поводом тужбе применом става 2. члана 23., или пре подношења тужбе, применом става 3. истог члана што је као практичну последицу произвело формирање посебног уписника "УО" у коме се заводе предмети по захтеву странке из управног поступка за одлагање извршења управног акта пре подношења тужбе, с тим што се предмети – тужбе које садрже захтев за одлагање означавају као хитни у смислу одредаба Судског пословника и не исказују у посебном уписнику.

Према подацима судске статистике Управног суда захтеви у смислу члана 23. став 2. Закона о управним споровима су поднети у 2010. години у 438 предмета, а у 2011. години до 25.08.2011. године у 326 предмета, од чега је суд усвојио у 2010. години 19 захтева, а у 2011. години 9 захтева.

У примени одредбе члана 23. став 3. Закона о управним споровима поднето је у 2010. години 102 захтева, а у 2011. години до 25.08.2011. године 101. захтев. Од тога је захтев усвојен у 2010. години у седам предмета, а у 2011. години у три предмета.

Управо презентирани статистички подаци говоре о томе да је институт одлагања извршења управног акта од стране суда, иако се рестриктивно примењује, заузео одговарајуће место у систему заштите странака и других учесника у управном спору, а да је Управни суд, одлучујући о захтевима за одлагање, нашао праве одговоре на спорна питања која су се у примени овог новог института појавили.

Др Јадранка Ињац,
судија Управног суда

ВРАЋАЊЕ ИМОВИНЕ ЦРКВАМА И ВЕРСКИМ ЗАЈЕДНИЦАМА

Увод

Законом о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама[1] уређени су услови, начин и поступак враћање имовине која је на територији Републике Србије одузета од цркава и верских заједница као и од њихових задужбина и друштава применом прописа о аграрној реформи, национализацији, секвестрацији и других прописа који су донесени и примењивани у периоду од 1945. године, као и свим другим актима којима је вршено одузимање те имовине без тржишне накнаде.

Устав Републике Србије донет 1990. године, по природи ствари, непосредно није регулисао материју која се односила на враћање имовине али њиме су, створене основне правне претпоставке и уставно-правни амбијент који је омогућио доношење и овог закона. Историјски посматрано Закон о враћању имовине црквама и верским заједницама није први пропис, који се бави питањем повраћаја имовине одузете власницима, без накнаде, применом више прописа и аката донетих у периоду од 1945. године до 1958. године. Први је Закон о начину и условима враћања имовине стечене радом и пословањем задруга и задругара после 01. јула 1953. године[2], а затим је донет и Закон о начину и условима признавања права и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа. [3] Битне карактеристике Устава у горе наведеном смислу јесу да се њиме укидају поједина дотадашња ограничења, односно да се афирмишу поједини принципи који непосредно или инплицитно омогућавају доношење прописа о враћању имови-

[1] Закон је објављен у "Службеном гласнику РС", бр. 42/2006 од 02. јуна 2006. године, а примењују се од 01. октобра 2006. године

[2] ("Службени гласник СРС", бр. 46/90)

[3] ("Службени гласник РС" бр. 18/91, 20/92)

не, који се не схватају само као исправка државне неправде, већ као далекосежни процес натуралне реституције или економског обештећења ранијих власника који њега не доводи у неповољнији економски положај од оног у коме је био пре прибављања непокретности у корист друштвене заједнице. На линији оваквих опредељења су и Уставне поставке изражене у више његових одредаба о потпуно истоветном третману свих облика својине. Овакав концепт чини радикални разлаз са ранијим системом који је у потпуности преферирао друштвену својину, као владајући својински облик док су други облици својине пре свега приватна, били економски споредни и правно инфериорни, регулисани готово искључиво кроз ограничења, а не као вид основних права. Третман својине, па и приватне као једно од основних права човека у том Уставу је демократска тековина и значајни елемент правног амбијента који је условио доношење и овог закона. Због тога се може сматрати да је уставно-правни основ за доношење закона о враћању имовине црквама и верским заједницама био садржан у одредби члана 72. став 1. тачка 4. Устава Републике Србије, из 1990. године, према коме Република поред осталог, уређује и обезбеђује својинске односе и заштиту свих облика својине.

Применом прописа о аграрној реформи и национализацији у највећој мери одузета је имовина црквама и верским заједницама као и њиховим задужбинама и друштвима. Тако су применом Закона о аграрној реформи и колонизацији [4] одузети велики комплекси земљишних поседа, цркава, манастира, верских установа и свих врста задужбина, световних и верских. Наиме, овај закон је потписивао да ће се од постојећих поседа цркава, манастира, верских установа одузети вишак преко 10ха њихове укупне површине њива, башта, винограда, воћњака, утрина и шума, а предвидео је и могућност да им се може, уколико су веће историјске вредности и већег значаја, оставити до 30ха обрадиве земљи и до 30ха шуме уз претходно прибављено мишљење министра просвете, а на основу решења Министарства пољопривреде.

Каснији пропис, Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта[5] када је у питању имовина цркава и других верских заједница није се непосредно примењивао на зграде и просторије који су служиле верским заједницама за вршење њихове верске делатности, као

[4] ("Службени лист ДФЈ", бр. 64/45 и "Службени лист ФНРЈ", бр. 16/46)
[5] ("Службени лист ФНРЈ", бр. 52/58)

што су здања цркве, храмови, капеле, богомоље, манастири, самостани, семеништа, верске школе, нити на зграде које су служиле као жупски, парохијски, бискупски, патријаршијски и други слични дворови, али се односио и примењивао на сву другу непокретну имовину која је била до тада у њиховој својини. Законска решења о враћању имовине црквама и верским заједницама заснована су на начелима једнаког правног третмана цркава и верских заједница и њихове аутономије воље у погледу покретања поступка, заштите правне сигурности садашњих савесних власника и трећих лица као и начелима хитног поступања.

Основна законска решења

У погледу законског остваривања права на враћање имовине то право, према Закону, припада искључиво и само црквама и верским заједницама, односно њиховим правним следбеницима у складу са важећим актима цркава и верских заједница.

Када је у питању предмет враћања закон изричито прописује да су то непокретности које су, у моменту одузимања, биле у власништву цркава и верских заједница и то таксативно наводећи да је реч о: пољопривредном земљишту, шумама и шумском земљишту; грађевинском земљишту, стамбеним и пословним зградама односно идеалним деловима тих зграда, становима и пословним просторијама као и покретним стварима од културног, историјског или уметничког значаја.

У погледу враћања одузете имовине закон промовише приоритет натуралне реституције што значи да се имовина враћа, по правилу, у натуралном облику или се накнађује у виду друге одговарајуће имовине, а тржишна новчана накнада исплаћује се само ако враћање у натуралном облику или у виду друге одговарајуће имовине није могуће. Изузетак од враћања у натуралном облику постоји само за непокретности које су изван правног промета односно ако се на таквој непокретности не може стећи право својине, односно право коришћења као и ако би услед враћања такве непокретности дошло до битнијег ометања рада и функционисања државних органа, јавних, здравствених културних или образовних институција или других јавних служби и ако би, у том случају, наступила несразмерна штета. Такође, закон изричито прописује да се непокретност не враћа ни у случају ако би њеним враћањем била битно нарушена економска односно технолошка одрживост и функционалност привредног субјек-

та у чијој се својини налази и ако би се знатно отежало пословање тог субјекта (енормним губицима, отпуштањем већег броја запослених, немогућношћу обављања делатности и сл.).

Обвезници враћања непокретности, односно исплате новчане накнаде су Република Србија, привредно друштво или друго правно лице које је у моменту ступања на снагу овог закона власник одузете имовине. Обвезник враћања дужан је да цркви односно верској заједници врати право својине и државине непокретности која је била одузета ако је она у приближно истом облику и стању у коме је била у време одузимања, а ако се имовина не може вратити у целини, постоји могућност и делимичног враћања с тим што се за разлику у вредности плаћа тржишна накнада.

Закон посебно штити и пружа заштиту савесним стицаоцима и стечених права тако да физичка лица која су законитим (теретним или бестеретним) правним послом стекла права својине на имовини која је била одузета црквама и верским заједницама, нису обвезници њеног враћања или исплате новчане накнаде. У ситуацији да је имовина која је предмет враћања прешла из државне, односно друштвене у приватну својину на основу незаконитих односно фиктивних правних аката и послова, обвезник враћања или исплате тржишне новчане накнаде је правно, односно физичко лице које је на дан ступања на снагу овог закона неосновано обогаћено од те имовине, а ако такво лице не постоји, у сваком случају, обвезник плаћања новчане накнаде је Република Србија.

Ако је предмет враћања имовина на којој постоји право закупа закупац има право да под условима предвиђеним уговором користи непокретност за своју делатност за период који је неопходан за прилагођавање његовог пословања измењеним условима али не дуже од 2 године од дана правноснажности решења о враћању имовине с тим што се црква, односно верска заједница и закупац могу и другачије договорити, односно споразумети.

Непокретности које су предмет враћања враћају се ослобођене хипотекарних терета који су настали од момента њиховог одузимања до дана ступања на снагу закона, а за потраживања која су била обезбеђења овим теретима гарант је Република Србија уз право регреса према хипотекарном дужнику, ма ко то био. Висина накнаде за новчано обештећење за одузету имовину утврђује се према стању те имовиме у моменту одузимања а према њеној вредности у време доношења првостепеног решења о враћању те имовине. Црква односно верска заједница увек има право на

новчану накнаду за непокретност која је предмет враћања, а која не може бити враћена у натуралном облику, у државним обвезницама када је обвезник враћања Република Србија, односно у новцу ако је обвезник исплате накнаде физичко или правно лице.

Поступак враћања имовине

Поступак за остваривање права на враћање имовине црквама и верским заједницама остварује се, по правилу, у складу са Законом о општем управном поступку. Законом је образована Дирекција за реституцију као посебна организација која води поступак и одлучује о захтевима за враћање имовине, односно за исплату новчане накнаде или обештећења, пружа стручну помоћ подносиоцима захтева и обвезницима враћања, води прописане евиденције, извештава Владу тромесечно о обављеним пословима из своје надлежности и обавља друге послове прописане законом. Оснивањем Дирекције је реализована у пуној мери законска надлежност овог органа са циљем да води поступак и одлучује о враћању имовине црквама и верским заједницама као претходним стицаоцима ове својине, ако су за то испуњени законски услови. Сам поступак за враћање имовине односно исплату накнаде покреће се захтевом који се подносио Дирекцији, најкасније до 30. септембра 2008. године. Имајући у виду да се Закон о враћању имовине црквама и верским заједницама примењује од 01. октобра 2006. године, црквама односно верским заједницама или њиховим правним следбеницима је био остављен рок од 2 године да покрену поступак за повраћај имовине.

Странке у поступку за враћање имовине су црква, односно верска заједница или њен правни следбеник, обвезник и друго правно или физичко лице које ради заштите својих права или правних интереса има право да учествује у постуку.

Захтев за враћање имовине, односно исплату накнаде треба да садржи податке који се односе на врсту, величину, и локацију имовине за коју се захтев подноси као и податке о акту одузимања, начину и времену одузимања. Закон изричито истиче да уколико подносилац захтева не поседује тражене податке или су му недоступне поједине исправе Дирекција за реституцију ће, по службеној дужности, од обвезника враћања и трећег лица да захтева доказе о вероватности постојања права. Обвезници враћања и трећа лица дужни су да Дирекцији поднесу све доказе и дозволе, увид у исправе и податке који су потребни за комплетирање документације о захте-

ву. У току поступка, до доношење решења, странке у поступку могу предложити споразумно решавање о имовинским питањима с тим да таква врста постигнутог споразума или поравнања има снагу извршне исправе.

У току поступка одлучивања о поднетом захтеву Дирекција утврђује све чињенице и околности од значаја за одлучивање о захтеву, доноси решење којим се одлучује о одузетој имовини, о субјекту права реституције, облику, обиму и вредности имовине, обвезницама за предају имовине, о условима враћања као и начину и роковима за извршење решења. У решењу о враћању имовине означава се имовина која се враћа или се даје накнада, односно обештећење, а може бити издат и налог надлежном органу за извршење решења као и за брисање евентуалних терета а може бити донета и одлука о трошковима поступка. Решењем се, такође, налаже субјекту обавезе да у року не дужем од 3 месеца изврши своју обавезу под претњом принудног извршења. Измена стања у земљишним и другим јавним књигама на основу извршног решења Дирекције спроводи се по службеној дужности. Извршно решење има снагу извршне исправе и на основу њега може се спровести судско или административно извршење, а ово решење извршавају судови ако се враћа непокретност односно успоставља право својине на другој непокретности или ако се враћају покретне ствари културног историјског или уметничког значаја и Министарство финансија ако се даје накнада у обвезницама или исплаћује новчана накнада.

Против решења Дирекције не може се изјавити жалба али се може покренути управни спор. Дакле заштиту права и правних интереса странке обезбеђују у управном спору пред Управним судом.

Одлучивање по захтевима за враћање

Полазећи од основног законског решења у члану 9. Закона о враћању имовине црквама и верским заједницама, да су предмет враћања непокретности које су у моменту одузимања била у власништву цркава и верских заједница, Дирекција за реституцију као надлежни орган за одлучивање, је нпр. Јеврејској општини Ниш која је била легитимни подносилац захтева, дакле верској заједници вратила право својине на одређеним кат. парцелама у КО Ниш које се сада воде као остало градско грађевинско земљиште а биле су ex lege национализоване Законом о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта 1958. године. У спроведеном управном поступку је неспорно утврђено да су предметне непокретности

у моменту одузимања биле власништво подносиоца захтева. Дакле испуњени су били сви законски услови за примену Закона о враћању и реституцији имовине црквама и верским заједницама па је оваква одлука Дирекције код Управног суда била оцењена као законита.[6]

У случајевима када је према Закону о државном премеру и катастру и уписима права на непокретности, непокретност-земљиште била уписана као државна својина, власништво Републике Србије која се појављује као обвезник враћања имовине, Дирекција је, утврђујући, у смислу чл.10 Закона о реституцији, да је предметно земљиште приближно у истом облику и стању као и у моменту одузимања, уз испуњеност и свих осталих законских услова доносила је одлуку о њеном враћању што је са своје стране и Управни суд[7] прихватио као законито одлучивање и поступање Дирекције за реституцију.

Већи број одлука у овом суду[8] односио се на захтев Јеврејске општине Београд за враћањем станова одузетих решењем Градске експропријационе комисије Београд из 1948. године које су раније биле власништво задужбине појединих физичких лица. У овим случајевима је Дирекција на основу приложене документације и поднетог захтева за враћање имовине доносила закључак о одбацивању оваквих захтева закључујући да се предметна имовина у смислу чл.1., 6. и 9. Закона о реституцији не може сматрати имовином цркве, верске заједнице и њихове задужбине или друштва односно имовином која може бити предмет реститиуције по овом Закону, нити се наведена задужбина може сматрати задужбином цркве или верске заједнице у смислу одредаба овог закона. Управни суд је потврдио овакве одлуке прихватајући као правилне разлоге Дирекције, да имовина која је предмет враћања у моменту одузимања није била власништво Јеврејске општине Београд већ задужбина физичког лица основана тестаментом физичког лица тако да та имовина у смислу Закона о враћању имовине црквама и верским заједницама не потпада под режим овог закона. Потврда оваквог одлучивања лежи и у чињеници да се, у контексту примене Закона о реституцији мора поћи од тога да, ни овим законом нити неким другим прописом, није прописано да циљ, сврха и начин управљања једном задужбином опредељују порекло и квалификацију њене имовине, односно саму задужбину као световну или црквену. Сврха, циљ оснивања, начин управљања и распола-

[6] Одлука Управног суда 1 У.7106/10
[7] Одлука Управног суда 1 У.11447/10
[8] Одлука Управног суда 1 У.7071/10

гања имовином предметне задужбине су неспорни, али не могу променити чињеницу да је предметна задужбина основана од стране физичког лица, да је имовина намењена оснивању и циљевима те задужбине припадала том истом физичком лицу, а не цркви или верској заједници па је стога циљ, сврха, оснивање и начин управљања овом врстом задужбине само доказ да Јеврејска општина била је само један од бефицијара прихода овог фонда, али не и њихов оснивач и власник.

Дирекцији за реституцију, у појединим случајевима, применом члана 6. Закона о враћању имовине црквама и верским заједницама, којим је прописано да право на враћање имовине припада црквама и верским заједницама, односно њиховим правном следбеницима, у складу са важећим актима цркава и верских заједница, својом одлуком-закључком одбацивала је поједине захтеве за повраћај одузете имовине по овом основу налазећи да не постоји правно следбеништво у погледу активне легитимације подносиоца захтева. Тако је нпр. [9] одбачен захтев Немачког сениората словачке евангеличке цркве а.в. у Србији, по захтеву за повраћај одређених парцела, због непостојања услова за покретање поступка, а са разлога што је утврђено да Немачки сениорат који је основан тек 2008. године у оквиру Словачке евангеличке цркве а.в. у Србији, без својства правног лица, не може сматрати правним следбеником Немачке евангеличко хришћанске цркве а.в. у Краљевини Југославији, те самим тим, а у смислу члана 6. и члана 24. Закона о враћању имовине црквама и верским заједницама није ни могао бити активно легитимисан за подношење захтева за реституцију предметне имовине, коју одлуку Дирекције је потврдио Управни суд.

Са захтевом за враћање имовине по основу овог закона Дирекцији су се обраћала и физичка лица, грађани, наводећи да Дирекција није ограничена на вођење поступка за повраћај само црквене имовине, позивајући се при том на одредбе Устава РС и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и Протокола уз исту сматрајући да је непоступање Дирекције по њиховим захтевима својеврсни чин дискриминације. Управни суд [10] је, својим одлукама, потврдио став Дирекције да се надлежност, односно да се примена Закона о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама управо односи само на питање реституције које се уређује само за цркве и верске заједнице, а не може се

[9] Одлука Управног суда 1 У.11603/10
[10] Одлука Управног суда 1 У.29645/10

односити и не може се одлучивати по захтевима за повраћај имовине одузете по другим правним основама. Дирекција за реституцију је као посебна организација са јавним овлашћењима-државни орган, образована у складу са Законом о државној управи, и то управо Законом о враћању имовине црквама и верским заједницама који одредбама члана 1., 6. и 9. прописује да је предмет уређивања - поступак враћање имовине која је на територији Републике Србије одузета од цркава и верских заједница, као и њихових задужбина и друштва да право на враћање имовине припада искључиво црквама и верским заједницама, односно њиховим правним следбеницима, као и да су предмет враћања непокретности које су у моменту одузимања биле у власништву цркава и верских заједница и да се на овај начин кроз реституцију као специфичан поступак који има не само правну већ и моралну и правичну димензију омогућава да се ранији власници поново доведу у позицију својинског титулара ове имовине.

На основу изложеног произлази да Република може законом да образује Дирекцију за реституцију, као посебну управну организацију, и да јој у надлежност стави, између осталог, и доношење решења о повраћају имовине, односно обештећењу, које је коначно, а против кога се може покренути управни спор. Оваква законска регулатива није у несагласности са одредбом става 2. члана 12. Закона о општем управном поступку, којом је прописано да се само законом може прописати да у појединим управним стварима жалба није допуштена ако је на други начин обезбеђена заштита права и правних интереса странке, а у конкретном случају та заштита се обезбеђује у управном спору.

Против правноснажне одлуке Управног суда странка и надлежни јавни тужилац могу да поднесу Врховном касационом суду захтев за преиспитивање судске одлуке.[11] Овакав захтев може бити поднет због повреде закона, другог прописа или општег акта или повреде правила поступка која је могла бити од утицаја на решење ствари.

Према сазнању Управног суда један број одлука овог суда који се односе на враћање имовине црквама и верским заједницама обзиром да је реч о управној ствари у којој је у управном поступку била искључена жалба, налази се, по захтевима, код Врховног касационог суда, на преиспитивању.

[11] Члан 49. Закона о управним споровима ("Сл. гласник РС" бр.111/09)

Душанка Марјановић,
судија Управног суда

АКТИВНА ЛЕГИТИМАЦИЈА ПОДНОСИОЦА ЗАХТЕВА ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА У ПОСТУПКУ ЈАВНИХ НАБАВКИ

Значај јавних набавки и разлози доношења новог Закона о јавним набавкама

Закон о јавним набавкама[1] објављен је 22.12.2008. године и ступио на снагу 06.01.2009. године. Ступањем на снагу овог закона престаје да важи Закон о јавним набавкама[2] из 2002. године изузев одредаба чл. 123, 124. и 125. које ће се примењивати до дана доношења подзаконског акта којим министар надлежан за послове финансија уређује поступак јавне набавке мале вредности.

Уставни основ за доношење новог Закона о јавним набавкама садржан је у члану 97. ст. 1, 6, 11. и 16. Устава Републике Србије према коме Република Србија уређује и обезбеђује јединствено тржиште, правни положај привредних субјеката, контролу законитости и располагање средствима правних лица, финансијску ревизију јавних средстава, прикупљање статистичких и других података од општег интереса и организацију, надлежност и рад републичких органа. Закон је донет по хитном поступку по предлогу предлагача, како би се антикорупцијским органима омогућио ефикасан рад у обављању послова контроле трошења јавних средстава и обезбеђивања финансијске дисциплине државних органа, организација и других правних лица која су у обавези да примењују прописане процедуре и како би се убрзао процес придруживања Европској унији. Доношење новог Закона о јавним набавкама било је потребно ради отклањања недостатака који су уочени у примени Закона из 2002. године, ради уградње нових решења и европске регулативе у циљу бржег спровођења поступака

[1] "Службени гласник РС", бр. 116/08
[2] "Службени гласник РС", бр.39/02...101/05

јавних набавки, ефикасније заштите права и инплементације Закона, као и отклањања колизије између појединих одредаба у претходном закону.

I - Основни правни институти Закона о јавним набавкама

1. Основне одредбе

Основне одредбе Закона о јавним набавкама у чл. 1-19, дефинишу предмет законског уређивања, значење најчешће коришћених израза, утврђују предмет уговора о јавној набавци, јавне набавке на које се Закон не односи, начела јавне набавке, уређују заштиту података, документације и евидентирање поступака, прописују правило у употреби језика и валуте који се примењују у поступку јавне набавке и уређују начин супродстављања корупцији (антикорупцијско правило).

2. Услови и начин спровођења поступака јавне набавке

Услови и начин спровођења поступака јавне набавке прописани су у одредбама члана 20-82. Закона и обухватају: врсте поступака (отворени поступак, рестриктиван поступак, преговарачки поступак, конкурс за нацрте и поступак јавне набавке мале вредности), почетак поступка, садржину конкурсне документације, приступ конкурсној документацији, одређивање вредности јавне набавке, општа правила о одређивању техничких елемената јавне набавке, услове за учешће у поступку јавне набавке, критеријуме за избор најповољније понуде, рокове у поступку јавне набавке, отварање понуда и пријаву и избор најповољније понуде.

3. Јавне набавке и области водопривреде, енергетике, рударства, телекомуникације и саобраћаја

У овом поглављу уређена је набавка добара, радова и услуга у области водопривреде, енергетике, телекомуникације и саобраћаја. По одредбама из овог поглавља поступају наручиоци из члана 3. Закона и субјекти који су носиоци посебних или искључивих права. На услове, начин и поступак јавне набавке који у овом поглављу нису изричито уређени сходно се примењују остале одредбе Закона.

4. Евиденција о јавним набавкама

Вођење евиденције и података о поступцима јавних набавки и закљученим уговорима о јавним набавкама прописани су одредбама чл. 94 -96. За-

кона. Овим одредбама је прописана обавеза наручиоца да тромесечно доставља извештај о закљученим уговорима о јавним набавкама Управи за јавне набавке, а Управа је у обавези да припреми збирни, годишњи извештај за претходну годину и достави га Влади најкасније до 31.марта текуће године.

5. Послови јавних набавки

У овом делу Закона уређена су питања која се односе на послове јавних набавки, односно одређено је да је наручилац јавне набавке дужан да својим актом о систематизацији радних места предвиди и одреди место у оквиру кога ће се обављати и послови из области јавних набавки.

6. Управа за јавне набавке

У овом делу Закона уређен је облик организовања и послови Управе за јавне набавке – чл. 99. и 100. Образује се Управа за јавне набавке као посебна организација за обављање стручних послова у области јавних набавки, а на рад и организацију Управе примењују се прописи о државној управи.

7. Заштита права понуђача и јавног интереса

Одредбама чл. 101-119. Закона уређена је област заштите права понуђача и јавног интереса, тако што је понуђачу у свим фазама поступка обезбеђена правна заштита од стране Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки која је образована као самосталан и независни орган Републике Србије.

8. Надзор

Одредбом члана 120. Закона уређено је да надзор над спровођењем Закона о јавним набавкама врши министарство надлежно за послове финансија.

9. Ништавост уговора

Овај део Закона прописује разлоге за ништавост уговора о јавној набавци у члану 120. Ту су разлози који се односе на поступање наручиоца у поступку јавне набавке супротно одредбама Закона.

10. Казнене одредбе

Одредбама чл. 121. и 122. Закона прописана је прекршајна одговорност наручиоца јавне набавке и понуђача и новчано кажњавање за учињени прекршај.

11. Прелазне и завршне одредбе

Прелазним и завршним одредбама у чл. 123-128. Закона уређено је да се на поступке јавних набавки и на поступке заштите права који су започети до дана ступања на снагу новог Закона примењују прописи по којима су ови поступци започети.

II - Заштита права понуђача и јавног интереса

Заштита права понуђача и јавног интереса остварује се у управном поступку и у управном спору. Важећим Законом о јавним набавкама чланом 118. ст. 5. и 6. прописано је да се против одлуке Републичке комисије не може изјавити жалба, али се може покренути управни спор, за разлику од ранијег закона, којим је била искључена могућност вођења управног спора.

Заштита права понуђача и јавног интереса у управном поступку

- Подношење захтева за заштиту права -

Заштита права понуђача и јавног интереса остварује се подношењем захтева за заштиту права наручиоцу јавне набавке, непосредно или поштом препоручено са повратницом. Копију захтева подносилац истовремено доставља републичкој комисији, а о поднетом захтеву за заштиту права наручилац обавештава све учеснике у поступку јавне набавке, најкасније у року од три дана од дана пријема захтева.

Захтев за заштиту права може се поднети у току целог поступка јавне набавке против сваке радње наручиоца, осим ако самим законом није другачије одређено. Рокови су прописани Законом али нису предмет разматрања овог реферата.

Захтев за заштиту права може да поднесе свако лице које има интерес да закључи уговор о конкретној јавној набавци (члан 106. Закона). У случају повреде јавног интереса захтев за заштиту права може да поднесе Управа за јавне набавке, јавни правобранилац и државни орган или организација која је овлашћена да врши надзор над пословањем наручиоца.

Захтев за заштиту права задржава даље активности наручиоца све до доношења одлуке о поднетом захтеву, изузев ако Републичка комисија, на предлог наручиоца, не одреди другачије. То ће бити случај када би задржава-

њем активности значајно био угрожен интерес Републике Србије. О усвајању овог предлога, наручилац је дужан да обавести све учеснике у поступку.

- Одлучивање наручиоца о захтеву за заштиту права и наставак поступка по доношењу одлуке наручиоцу-

Поступак одлучивања о захтеву за заштиту права је детаљно уређен Законом о јавним набавкама, а сагласно члану 105. став 5. Закона, на питања поступка која нису уређена овим законом сходно се примењују одредбе закона којим се уређује управни поступак.

Заштиту права понуђач остварује у првом степену пред наручиоцем јавне набавке, који о захтеву одлучује **закључком** и **решењем.**

У поступку претходног испитивања поднетог захтева, наручилац проверава да ли је захтев уредан, поднет у законском року и од стране овлашћеног лица. Када утврди да подносилац захтева није уредио захтев и доставио допуну захтева, да је захтев поднет неблаговремено или да је поднет од лица које нема активну легитимацију, **наручилац ће такав захтев одбацити закључком**. Против овог закључка подносилац захтева може поднети жалбу Републичкој комисији у року од 3 дана од дана пријема закључка, а примерак жалбе доставља наручиоцу.

Наручилац **закључком обуставља поступак** заштите права када подносилац повуче захтев.

Уколико захтев не одбаци, наручилац **решењем мериторно одлучује** о основаности захтева за заштиту права. Када нађе да је захтев основан наручилац ће захтев усвојити и у целини или делимично поништити поступак јавне набавке, а када нађе да захтев није основан, наручилац ће такав захтев одбити.

Подносилац захтева за заштиту права може наставити поступак пред Републичком комисијом у два случаја. То је случај када наручилац у законском року не донесе и не достави решење подносиоцу захтева. Тада подносилац захтева може наставити поступак пред Републичком комисијом писменим изјашњењем о чему истовремено обавештава наручиоца. Уколико подносилац захтева не достави писмено изјашњење о наставку поступка у законском року, сматраће се да поступак заштите није ни започет.

У другом случају, подносилац захтева чији је захтев за заштиту права одбијен као неоснован, може наставити поступак пред Републичком ко-

мисијом достављањем писменог изјашњења о наставку поступка наручиоцу у законском року и копије истог изјашњења Републичкој комисији. Наручилац ће закључком одбацити писмено изјашњење о наставку поступка, ако је достављено наручиоцу после истека законског рока, а против овог закључка подносилац може изјавити жалбу Републичкој комисији с тим што је дужан да копију жалбе истовремено достави и наручиоцу.

-Одлучивање Републичке комисије за заштиту права-

Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки је самосталан и независан орган Републике Србије, који обезбеђује заштиту права понуђача и јавног интереса у поступцима јавних набавки. Комисија има својство правног лица и за свој рад одговара Народној скупштини.

Надлежност Републичке комисије прописана је чланом 101. Закона. Према одредби тог члана, Републичка комисија одлучује: 1) о захтевима за заштиту права понуђача и јавног интереса; 2) о жалбама изјављеним против закључака наручиоца; 3) о предлогу наручиоца да поднети захтев за заштиту права не задржава активности у поступку јавне набавке; 4) одлучује о трошковима поступка заштите права; 5) прати спровођење одлука које доноси; 6) сарађује са страним институцијама из стручним области јавних набавки и 7) обавља и друге послове у складу са Законом.

Републичка комисија за заштиту права одлучује о захтеву за заштиту права на основу писменог изјашњења о наставку поступка због тога што наручилац у законском року није одлучио о захтеву за заштиту права и одлуку доставио подносиоцу захтева (члан 111. став 4. Закона) или због тога што је подносилац захтева незадовољан донетом одлуком (члан 112. ст. 2. и 3. Закона).

У поступку одлучивања Републичка комисија доноси **закључке** и **решења.**

Републичка комисија **закључком**: 1) **одбацује захтев** за заштиту права односно изјашњење о наставку поступка у случају када је захтев за заштиту права односно изјашњење поднет неблаговремено, ако га је поднело лице које нема активну легитимацију или ако подносилац захтева није у остављеном року допунио захтев, односно није га допунио у складу са позивом за допуну захтева и члана 108. Закона; 2) **обуставља поступак** на основу пријема писменог обавештења о одустајању од захтева

за заштиту права пре доношења одлуке и 3) **одбацује жалбу** као недопуштену, неблаговремену или изјављену од стране неовлашћеног лица.

Републичка комисија **решењем:** 1) **усваја захтев** за заштиту права и у целини или делимично поништава поступак јавне набавке, уколико је захтев за заштиту права основан; 2) **одбија захтев** за заштиту права као неоснован и 3) **потврђује закључак** наручиоца **или поништава закључак** наручиоца **и налаже даље поступање** наручиоца у вези са садржином захтева за заштиту права из члана 109. став 1. Закона или у вези са претходном променом захтева за заштиту права из члана 110. Закона или у вези са наставком поступка по доношењу одлуке наручиоца из члана 112. истог закона.

Републичка комисија има законску обавезу да своју одлуку образложи и наручиоцу наложи предузимање одређених радњи ради правилног и законитог окончања поступка јавне набавке и да образложену одлуку у законском року достави наручиоцу, подносиоцу захтева, и изабраном понуђачу, ако је захтев за заштиту права поднет после доношења одлуке о избору најповољније понуде, као и Управи за јавне набавке ради објављивања на Порталу јавних набавки.

- Заштита права понуђача и јавног интереса у управном спору-

У реферату је већ наведено да је важећим Законом о јавним набавкама прописано да се против одлуке Републичке комисије може покренути управни спор, док је ранији закон искључивао могућност вођења управног спора. Управни спор се покреће и води пред Управним судом сагласно одредбама Закона о управним споровима који је био на снази у моменту подношења тужбе.

Законом је такође прописано да се управни спор може покренути и када Републичка комисија није донела и доставила одлуку у роковима предвиђеним Законом.

У судској пракси се јавило као спорно питање активне легитимације наручиоца јавне набавке за подношење тужбе у управном спору. Управни суд је у једном предмету одбацио тужбу наручиоца јавне набавке налазећи да наручилац јавне набавке нема активну легитимацију за подношење тужбе[3]. Имајући у виду значај овог питања Управни суд ће

[3] Пресуда Управног суда III-2 У.13360/10 (2009) од 02.07.2010. године

заузети правно схватање по овом питању, без обзира на одлуку донету у једном предмету. Због тога се овај реферат неће бавити одговором на ово спорно правно питање, а поред тога у реферату судије Управног суда Руже Урошевић "Заштита права понуђача и јавног интереса у поступцима јавних набавки"[4]. анализиран је правни положај наручиоца јавне набавке и дат је одговор на ово питање.

III - Активна легитимација подносиоца захтева у управном поступку

Као што је већ у реферату наведено, заштита права понуђача и јавног интереса остварује се подношењем захтева за заштиту права наручиоцу јавне набавке, односно достављањем писменог изјашњења о наставку поступка Републичкој комисији. Наручилац јавне набавке у поступку претходног испитивања поднетог захтева, између осталог, проверава да ли је захтев за заштиту права изјављен од овлашћеног лица, а Републичка комисија да ли је захтев, односно изјашњење о наставку поступка пред Републичком комисијом поднето од стране овлашћеног лица. Ако се утврди да је захтев поднело лице које нема активну легитимацију, такав захтев се одбацује закључком.

Питање активне легитимације подносиоца захтева за заштиту права изискује посебну пажњу, јер се појављује као спорно у поступању пред Републичком комисијом.

Према члану 106. став 1. Закона о јавним набавкама захтев за заштиту права може да поднесе свако лице које има интерес да закључи уговор о конкретној јавној набавци (подносилац захтева). Када је у питању повреда јавног интереса такав захтев може да поднесе Управа за јавне набавке, јавни правобранилац и државни орган или организација која је овлашћена да врши надзор над пословањем наручиоца (члан 106. став 2. Закона). Овако широко постављена законска одредба у односу на подносиоца захтева из члана 106. став 1. Закона, захтева одговор на питање који су то критеријуми на основу којих се одређује да ли подносилац захтева има интерес за закључење уговора о јавној набавци, па самим тим и активну легитимацију за подношење захтева за заштиту права.

[4] Реферат објављен у "Билтену судске праксе" Управног суда број 2 из 2011. године

Сматрам да ради одговора на ово питање треба поћи од врсте поступака јавних набавки и обавезних услова за учешће у поступку јавних набавки. Према члану 20. Закона о јавним набавкама поступци јавних набавки могу бити: отворени поступак, рестриктивни поступак, преговарачки поступак са објављивањем јавног позива, преговарачки поступак без објављивања јавног позива, конкурс за нацрте и поступак јавне набавке мале вредности.

Отворени поступак је поступак у коме сва заинтересована лица могу поднети понуде у складу са условима утврђеним конкурсном документацијом односно Законом.

Рестриктивни поступак је поступак који се спроводи у две фазе. У првој фази наручилац јавне набавке признаје квалификацију подносиоцима пријава на основу претходно одређених услова, а у другој фази позива кандидате – лица којима је признао квалификацију да поднесу понуду. Квалификација се признаје подносиоцу пријаве за кога се утврди да испуњава услове из члана 44. Закона на основу доказа достављених уз пријаву.

Преговарачки поступак је поступак у којем наручилац непосредно преговара са једним или више понуђача о елементима уговора о јавној набавци и он представља изузетак од правила да се набавка врши у отвореном поступку. Он се може спроводити са претходним **објављивањем јавног позива** у случајевима прописаним Законом **и без објављивања јавног позива** такође у законом прописаним случајевима. Када се спроводи без објављивања јавног позива наручилац позива понуђаче да поднесу понуде и са свим понуђачима који су поднели исправне и одговарајуће понуде преговара о елементима уговора о јавној набавци и у обавези је да у року од 3 дана од дана доношења одлуке о избору најповољније понуде достави обавештење о избору најповољније понуде ради објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије" и на Порталу јавних набавки, изузев када је у питању спровођење овог поступка по члану 24. став 1. тач. 1. и 6. Закона о јавним набавкама.

Конкурс за нацрте је поступак јавне набавке у коме се путем конкурса врши јавна набавка услуга у области урбанистичког планирања, архитектуре, грађевинарства, инжењерства, дизајна и информатике, а нацрт, план или дизајн бира независни жири (члан 24. Закона).

Поступак јавне набавке мале вредности јесте набавка истоврсних добара, услуга или радова чија је процењена вредност на годишњем

нивоу, нижа од вредности одређене у закону којим се уређује годишњи буџет Републике Србије. Поступак се спроводи без оглашавања, на начин одређен подзаконским актом који доноси министар финансија.

Наручилац јавне набавке је у обавези да у јавном позиву и у конкурсној документацији објави услове које понуђач мора да испуни да би могао да учествује у поступку јавне набавке. Закон о јавним набавкама је прописао обавезне услове за учешће понуђача у поступку, без обзира да ли је понуђач физичко или правно лице, с тим што је оставио могућност наручиоцу, да поред обавезних услова, одреди и друге додатне услове за учешће у поступку јавне набавке, посебно уколико се односи на социјална и еколошка питања, али је и ограничио наручиоца у одређивању додатних услова поштовањем начела обезбеђивања конкуренције међу понуђачима. Испуњеност обавезних услова за учешће у поступку из члана 44. став 2. овог закона понуђач доказује достављањем одређених доказа уз понуду који су прописани чланом 45. Закона.

Активна легитимација увек произлази из материјалног прописа и оцењује се са становишта да ли неко лице које се појављује у поступку може бити учесник у одређеном материјално-правном односу који проистиче из самог закона, што значи да се у конкретном случају активна легитимација подносиоца захтева за заштиту права мора оценити са аспекта одредби Закона о јавним набавкама.

Полазећи од наведених законских одредби, сматрам да **активну легитимацију за подношење захтева за заштиту права има свако лице које је поднело понуду**, а које сматра да је наручилац неком радњом у поступку повредио пропис којим се уређује поступак јавне набавке, јер подношењем понуде, понуђач исказује свој интерес за закључење уговора о конкретној јавној набавци (нпр. захтевом се може оспоравати садржина јавног позива, конкурсне документације, одлука о неблаговремености и исправности понуде...).

Активну легитимацију има и подносилац пријаве за учествовање у првој фази рестриктивног поступка, који је одлуком наручиоца искључен са листе кандидата, односно чија је пријава одбачена (члан 22. ст. 5. и 7. Закона). Из наведеног произлази закључак да је активна легитимација подносиоца захтева за заштиту права у највећем броју случајева условљена учешћем подносиоца у поступку јавне набавке подношењем понуде у циљу закључења конкретног уговора о јавној набавци или под-

ношењем пријаве за учествовање у првој фази рестриктивног поступка ради признања квалификације на основу претходно одређених услова из члана 44. Закона о јавним набавкама.

Питање активне легитимације је нарочито од значаја када наручилац јавне набавке спроводи преговарачки поступак без претходног објављивања јавног позива. У тој врсти поступка наручилац позива више понуђача да поднесу понуде и са свим понуђачима који су поднели исправне понуде преговара о елементима уговора о јавној набавци, а обавештење о избору најповољније понуде објављује у "Службеном гласнику Републике Србије" и на Порталу јавних набавки. У овом поступку наручилац може позвати и само једног понуђача.

Сматрам да није спорно да **у преговарачком поступку који је спроведен без објављивања јавног позива са више понуђача, сваки понуђач има активну легитимацију за подношење захтева за заштиту права.** Међутим, **овакав захтев може да поднесе и лице које није учествовало у поступку, већ је накнадно сазнало да је преговарачки поступак спроведен** (нпр. захтевом може оспоравати постојање законског основа за спровођење преговарачког поступка без објављивања јавног позива...). У том случају потребно је оценити питање активне легитимације подносиоца захтева са аспекта члана 106. Закона о јавним набавкама и оценити услове који квалификују овог подносиоца захтева као могућу уговорну страну у уговору о јавној набавци. Сматрам да **у овом случају подносилац захтева за заштиту права, треба да испуњава услове за учешће у конкретном поступку јавне набавке из чега произлази његова активна легитимација за подношење захтева за заштиту права, односно интерес за закључење уговора о конкретној јавној набавци.**

У досадашњој судској пракси, Управни суд је одлучивао у два предмета и на исти начин је изразио своје правно становиште у оцени активне легитимације подносиоца захтева за заштиту права који је поднет у преговарачком поступку без објављеној јавног позива, док је Републичка комисија за заштиту права поступила различито.

У предмету овог суда 10 У.11945/10 (2009), суд је одбио тужбу поднету против закључка тужене Комисије за заштиту права, којим је одбачен тужиочев захтев за заштиту права поднет у преговарачком поступку без објављеног јавног позива за јавну набавку услуга -сервисирања апарата за анестезију наручиоца "НН", јер је тужена оценила, да тужилац у

смислу члана 106. став 1. Закона о јавним набавкама, није активно легитимисан за заштиту права, пошто није доставио доказе да је овлашћен од стране произвођача за сервисирање апарата побројаних у одлуци наручиоца. У том предмету суд је изразио следећи став:

"Полазећи од одредбе наведеног члана Закона о јавним набавкама и чињеница утврђених у поступку доношења оспореног закључка и суд налази да тужилац није активно легитимисан за подношење захтева за заштиту права. Ово због тога што је, по схватању суда, смисао члана 106. став 1. Закона да захтев за заштиту права може поднети свако лице које испуњава услове конкретне јавне набавке а тиме има и интерес да закључи уговор о јавној набавци. Како тужилац није пружио доказе да је од стране произвођача овлашћен за сервисирање апарата побројаних у поменутој одлуци наручиоца очигледно је да не испуњава услове конкретне јавне набавке да не може очекивати да са њим буде закључен уговор о јавној набавци, односно није активно легитимисан за подношење захтева за заштиту права. Како је тужени орган овако коначно одлучио оспореним закључком није повредио закон на тужиочеву штету."

У другом предмету Управног суда 7 У.13237/10 (2009), Управни суд је уважио тужбу и поништио решење Управе за јавне набавке Републике Србије, Комисије за заштиту права. Овим решењем усвојен је захтев за заштиту права подносиоца захтева "М" и у целини је поништен преговарачки поступак без објављивања јавног позива за јавну набавку добара-набавка материјала за дијализу за период од 6 месеци, наручиоца Републичког завода за здравствено осигурање из Београда, јер је оценио да за спровођење овог поступка нису били испуњени законски услови из члана 24. став 1. тачка 3. Закона о јавним набавкама, па је наручилац спроводећи преговарачки поступак без јавног објављивања и јавног позива поступио противно одредби члана 9. став 1. наведеног закона. У пресуди суд је изнео следеће схватање:

"Како из напред цитираних одредби Закона произлази да је тужени орган био дужан да пре одлучивања о поднетом захтеву – изјашњењу о наставку поступка оцени активну легитимацију подносиоца захтева у случају када то није учинио наручилац, који је такође био дужан да оцени активну легитимацију подносиоца захтева у смислу одредбе члана 110. напред наведеног закона, то је оспорено реше-

ње донето уз повреду Закона на штету тужиоца. Активна легитимација увек произлази из материјалног прописа, па је због тога нужно оценити да ли неко лице може бити учесник у одређеном материјално-правном односу који проистиче из самог закона, у конкретном случају Закона о јавним набавкама. Стога је тужени орган претходно требало да оцени да ли је "М...." у време подношења захтева за заштиту права испуњавао услове за учешће у поступку јавне набавке без обзира на чињеницу што има интерес за закључење уговора."

Будући да је оцена активне легитимације законска обавеза наручиоца и Републичке комисије, сматрам да је потребно да се у решењу којим се мериторно одлучује о захтеву за заштиту права, дају разлози о прихватању активне легитимације подносиоца захтева.

На основу овог реферата произлазе следеће

Закључак

1) Активну легитимацију за подношење захтева за заштиту права има свако лице које је поднело понуду за закључење уговора о јавној набавци добара, пружању услуга или извођењу радова.

2) Активну легитимацију за подношење захтева за заштиту права има и подносилац пријаве за учествовање у првој фази рестриктивног поступка који је одлуком наручиоца искључен са листе кандидата или је његова пријава одбијена.

3) Активну легитимацију за подношење захтева за заштиту права због спроведеног преговарачког поступка без објављивања јавног позива, има лице које испуњава услове за учешће у конкретном поступку јавне набавке, а није било позвано од стране понуђача да поднесе понуду.

4) Наручилац јавне набавке би требало да у образложењу решења којим одлучује о основаности захтева за заштиту права подносиоца захтева, наведе разлоге о прихватању активне легитимације.

На исти начин би требало да поступи и Републичка комисија за заштиту права.

Ружа Урошевић,
судија Управног суда

ПОСТУПАК НАКНАДНЕ КОНТРОЛЕ ПРИХВАЋЕНЕ ЦАРИНСКЕ ДЕКЛАРАЦИЈЕ

Оцена законитости управних аката донетих у поступку контроле прихваћене царинске декларације нема дугу традицију у српском правосуђу због тога што је ова материја била уређена савезним прописима, а судска заштита је била обезбеђена пред Савезним судом. Са оснивањем Управе царина при Министарству финансија Републике Србије и са доношењем републичког Царинског закона[1] законитост аката донетих у поступку контроле прихваћене царинске декларације се испитује у управном спору пред надлежним судом Републике Србије.

До 2010. године је за решавање управних спорова био надлежан Врховни суд Србије – Управно одељење тог суда, а од 01.01.2010. године решавање управних спорова, па и спорова насталих ради оцене законитости аката донетих у царинском поступку, прелази у надлежност новоформираног Управног суда.

Но, без обзира на то који је закон био у примени и који је суд био надлежан да одлучује у случају спора, спорови су настајали готово увек поводом решења донетих у поступку накнадне контроле прихваћене царинске декларације.

Савезни Царински закон[2]

Савезни Царински закон је одредбама члана 136. до 140., под насловом "Накнадно обрачунавање, наплаћивање и повраћај царине и других увозних дажбина", регулисао поступак накнадне контроле прихваћене царинске декларације. При том је различито прописао само рокове за покре-

[1] ("Службени гласник РС", број 73/2003)
[2] ("Службени лист СРЈ", број 45/92... 7/2003)

тање поступка накнадне контроле у зависности од тога да ли су царина и друге царинске дажбине погрешно обрачунате без кривице или кривицом подносиоца декларације.

Одредбама члана 136. наведеног закона прописан је поступак накнадног утврђивања висине царине и других увозних дажбина у ситуацији када је дошло до "грешке" приликом првог обрачуна, односно када се, било по службеној дужности или на захтев подносиоца декларације, утврди да су **царина и друге царинске дажбине плаћене у већем или мањем износу, односно да су плаћане више пута због тога што обрачун царине и других увозних дажбина, извршен на основу података из декларације од којих зависи обрачун царине и из исправа које су поднесене уз декларацију, не одговара стварном стању робе**.

Рок за доношење решења царинарнице у поступку покренутом по службеној дужности је **годину дана од дана подношење декларације**. Уколико се поступак покреће по захтеву подносиоца декларације, **рок за подношење захтева** за накнадни обрачун царине и других увозних дажбина и доношење решења о наплати, односно повраћају царине и увозних дажбина царинарници код које је плаћена царина и друге увозне дажбине, је **годину дана од дана подношења декларације**.

Међутим, **у случају када су царина и друге увозне дажбине плаћене у мањем или већем износу због тога што подносилац декларације није у декларацији навео тачно податке од којих зависи обрачун царине и других увозних дажбина, царинарница је могла**, сагласно одредби члана 139. Царинског закона, **у року од две године од дана подношења декларације да донесе решење о наплати, односно повраћају царине и других увозних дажбина**. Овај поступак је заправо поступак накнадне контроле прихваћене царине декларације који се покреће по службеној дужности, будући да је разлог за покретање поступка навођење нетачних података у декларацији од стране подносиоца декларације. Стога је и рок за доношење решења о наплати, односно повраћају царине и других увозних дажбина дупло дужи него у претходном случају у коме се савесно поступање подносиоца декларације претпоставља.

Имајући у виду чињеницу да је поступак накнадне контроле прихваћене царинске декларације заправо управна контрола управе, односно самоконтрола првостепеног органа – Царинарнице, законодавац је у члану

140. Царинског закона прописао да одредбе закона о накнадном обрачунавању, наплаћивању и повраћају царине и других увозних дажбина не искључују примењивање ванредних правних средстава, прописаних прописом о општем управном поступку, која су на располагању царинском органу који решава у другостепеном поступку, односно врши службени надзор над радом првостепеног царинског органа, али и странци из поступка – подносиоцу царинске декларације.

Републички Царински закон[3]

Републички Царински закон је одредбама члана 89. до 105., прописао стављање робе у царински поступак. За разлику од претходног, овај закон је прописао да ће **царински орган одмах прихватити декларацију која је поднета у складу са одредбом члана 89. тог закона,** под условом да је роба обухваћена декларацијом и допремљена царинарници. А одредбом члана 89. је прописано да се декларација у писаној форми подноси на прописаном обрасцу, да мора да буде потписана од њеног подносиоца, да мора да садржи све податке неопходне за примену прописа којим је уређен царински поступак за који се роба пријављује, те да се уз декларацију прилажу све исправе потребне ради примене прописа царинског поступка за који се роба пријављује. Сагласно одредби члана 88а тог закона, која је ступила на снагу 26.07.2005. године са изменама и допунама закона, **подносилац декларације је одговоран за правилност предузетих радњи, односно за невршење радњи које је требало извршити, као и за тачност података унесених у декларацију, односно исправа које се прилажу уз декларацију**. Ово је потпуно разумљиво ако се има у виду обавеза царинског органа да одмах прихвати царинску декларацију.

Међутим, истом одредбом Царинског закона, у ст. 2. и 3. је **прописано шта се сматра грешком, односно пропустом у декларацији, за шта подносилац декларације не би био одговоран.** Према овој одредби "пропусти и грешке у декларацији, односно исправама од којих не зависи правилна примена прописа од стране царинског органа или исте не изискују додатно прибављање других исправа за окончање поступка, ако је

[3] ("Службени гласник РС", број 73/03... 62/06)

грешка учињена у прихваћеној декларацији, односно приложеним исправама су:

1) грешке у писању;

2) грешке у рачунању у декларацији и пратећим документима;

3) ненамерни пропусти у односу на царинску вредност;

4) грешке у прерачунавању страних средстава плаћања;

5) нетачан обрачун одбитка или пропуста.

Ако су природа и друге карактеристике робе правилно дефинисани, нетачно означавање тарифног става такође ће се сматрати пропустом, односно грешком из става 2. овог члана.".

У том и таквом редовном поступку царињења, који је у многоме ефикаснији од ранијег, одредбом члана 94. Царинског закона је прописано да се примењују прописи који важе на дан прихватања декларације, ако није друкчије прописано, што је потпуно у складу са правилима о временском важењу закона.

Већ у следећем члану закона (члан 95), законодавац даје могућност царинском органу да ради контроле прихваћене декларације:

1) изврши преглед исправа које су приложене уз декларацију;

2) захтева да му декларант достави и друге исправе како би утврдио тачност података наведених у декларацији и

3) изврши преглед робе или узме узорке ради анализе и испитивања робе.

Резулатати контроле, као и друге утврђене чињенице су, сагласно одредби члана 98. став 1. истог закона, основ за примену прописа који уређује царински поступак, а у који је роба стављена. И већ тада може доћи до ситуације да је од дана прихватања декларације до завршетка поступка контроле дошло до измене прописа којима је уређен поступак.

Међутим, **чешћи је у пракси случај да до измене процесних прописа дође у периоду од прихватања царинске декларације до накнадне контроле прихваћене царинске декларације, која се може спроводити до истека рока од пет година од дана прихватања декларације**.

Наиме, сагласно одредби члана 105. овог закона, царински орган може, по службеној дужности или на захтев декларанта, проверавати исправност декларације и после пуштања робе. Царински орган може после пуштања робе, ради провере тачности података наведених у декларацији, да изврши контролу комерцијалних докумената и података у вези са увозом или извозом те робе или у вези са накнадним комерцијалним пословима са том робом, као и да изврши и преглед робе, ако је роба још увек доступна. Ако се накнадном провером декларације утврди да су прописи коју уређују царински поступак примењени на основу неистинитих и непотпуних података, царински орган ће, у складу са прописима, предузети потребне мера за правилно спровођење поступка, у складу са новим околностима.

Имајући у виду наведено, **поставља се питање које ће прописе применити царински орган у поступку накнадне контроле прихваћене царинске декларације, ако је од дана прихватања царинске декларације до накнадне контроле прихваћене царинске декларације дошло до измене прописа.**

Када је у питању примена материјалног права, мислим да нема дилеме, будући да је одредбом члана 19. Царинског закона прописано 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 на дан прихватања декларације – за робу која се увози**.

Међутим, **када је у питању примена прописа којима су утврђена правила поступања у поступку контроле прихваћене царинске декларације, било да је реч о редовној контроли, применом члана 95. или о накнадној контроли применом члана 105. Царинског закона, мишљења сам да се у поступку примењују прописи, односно правила поступка која важе на дан вршења контроле.**

Важење права

Важење правне норме се може посматрати према лицима на која се односе (пресонално важење), у односу према територији на којој важе (територијално важење) и у односу на време у којем важе (временско важе-

ње). У погледу важења норме у времену значајна су два временска тренутка:

- тренутак када правна норма ступа на снагу (почетак важења правне норме) и

- тренутак када правна норма престаје да важи.

Почетак важења правне норме се не поклапа са даном доношења, будући да се увек оставља одређено време (vacatio legis) од доношења до ступања на снагу, у циљу упознавања са донетом нормом. Ово време се може одредити на два начина:

- одређивањем општег рока за ступање на снагу свих општих аката Уставом и

- одређивањем рока за ступање на снагу конкретног општег акта, у самом акту.

Уставом Републике Србије[4] је прописано, у одредби члана 196., да се закони и сви други општи акти објављују пре ступања на снагу. Устав, закони и подзаконски општи акти Републике Србије се објављују у републичком службеном гласилу и ступају на снагу најраније осам дана од дана објављивања. Закони и други општи акти могу да ступе на снагу и раније, само ако за то постоје нарочито оправдани разлози, утврђени приликом њиховог доношења. Са ступањем на снагу закона и других општих акта, по правилу почиње њихова примена, осим у случају када је самим актом предвиђено од када почињу да се примењују. Међутим, одредбом члана 197. Устава Републике Србије је прописано да закони и други општи акти не могу имати повратно дејство. Изузетно, само поједине одредбе закона могу имати повратно дејство, ако то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона.

Одредбама Закона о државној управи[5] прописано је да се правилником разрађују поједине одредбе закона или прописа Владе (члан 15. став 2.), да министарства и посебне организације могу доносити прописе само кад су на то изричито овлашћени законом или прописом Владе, те да министарства и посебне организације не могу прописом одређивати своје

[4] ("Службени гласник РС", број 83/06 и 98/06).
[5] ("Службени гласник РС", број 79/05 и 101/07)

или туђе надлежности, нити физичким и правним лицима установљавати права и обавезе које нису већ установљене законом (члан 16. ст. 1. и 2).

Сагласно изнетом, на основу овлашћења из члана 105. став 7. Царинског закона, министар је прописао начин спровођења радњи и мера потребних за правилно спровођење царинског поступка, у складу са новим околностима насталим након накнадне провере царинске декларације, Правилником о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације[6]. Правилник је донет 14.05.2004. године и ступио на снагу наредног дана од дана објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије". Правилник о изменама и допунама Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације[7] је донет 2007. године, а ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања у "Службеном гласнику Републике Србије", односно 27.10.2007. године. Измена је на први поглед веома скромна, будући да је додат само члан 3а, међутим веома значајна, како за подносиоца декларације, тако и за царинске органе који нису показали нарочиту спремност да је у пракси и примене.

Како је време ступања на снагу Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације и Правилника о изменама и допунама Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације одређено у самом акту, а почетак примене ова два акта није одложен, царински органи су били дужни да примењују одредбе оба правилника у свим поступцима контроле прихваћене декларације започетим после ступања на снагу Правилника о изменама и допунама Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације, односно после 27.10.2007. године.

Шта то даље значи?

То значи да царински органи нису могли, нити ће моћи да захтевају плаћање накнадно обрачунатог царинског дуга од лица које је увезло робу на основу царинске декларације за коју је утврђено да је сачињена на основу непотпуних и неистинитих података, уколико се у поступку на-

[6] ("Службени гласник РС", бр. 53/2004)
[7] ("Службени гласник РС", бр. 95/2007)

кнадне контроле декларације утврди да је лице поступало у складу са прописима, одлукама или мерама у вези са царином, објављеним у "Службеном гласнику" и другим средствима информисања (укључујући и електронска средства) и у складу са мерама царинског надзора, конкретним мерама и налозима царинског органа.

А да ли је уношење одредбе члана 3а у Правилник о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације било нужно и оправдано?

Чини се да није.

Већ је речено да се Правилником о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације, као прописом органа државне управе, разрађују поједине одредбе закона или прописа Владе, односно разрађују и конкретизују постојеће одредбе закона у погледу услова и начина остваривања одређеног законом признатог права. Дакле, њиме се не могу установљавати права и обавезе које нису већ установљене законом, па самим тим ни право увозника да буде ослобођен обавезе плаћања накнадно утврђеног царинског дуга.

Немогућност обавезивања увозника да плати царину утврђену у поступку накнадне контроле прихваћене царинске декларације, са разлога наведених у спорној одредби члана 3а. Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације, произлази из текста самог Царинског закона.

Наиме, најпре треба рећи да је одредбом члана 21. Царинског закона законодавац искључио примену одредаба Царинског закона на плаћање увозних дажбина за робу која се увози, као и на спровођење царинског поступка, ако је то друкчије уређено међународним уговором. Будући да се ови уговори објављују на начин прописан законом, **поступање увозника на начин прописан међународним уговором би само по себи представљало разлог за ослобађање од обавезе плаћања накнадно обрачунатог царинског дуга, на основу одредаба Царинског закона**, будући да је примена одредаба тог закона искључена цитираном одредбом члана 21. истог закона.

Надаље, одредбом члана 28. Царинског закона је прописано да на основу писаног захтева подносиоца Управа царина издаје:

1) обавезујуће обавештење о сврставању робе по царинској тарифи и

2) обавезујуће обавештење о пореклу робе.

Ова обавезујућа обавештења имају дејство одлуке донете у управном поступку, што значи да подједнако обавезују подносиоца захтева и Управу царина. Наведено произлази и из става 3. истог члана Царинског закона, према коме обавезујуће обавештење у сврставању робе по царинској тарифи и обавезујуће обавештење о пореклу робе обавезује царински орган према лицу коме је дато у погледу сврставања робе по царинској тарифи за робу за коју се царински поступак спроводи после датума издавања тог обавезујућег обавештења. Обавезујуће обавештење о пореклу робе обавезује царински орган према лицу коме је дато за ону робу за коју је поступак утврђивања порекла робе, у складу са овим законом, спроведен после датума издавања тог обавезујућег обавештења.

Истом законском одредбом је прописано временско важење датих обавезујућих обавештења, односно престанак важења и рокови за коришћење обавештења која су престала да важе.

Сагласно изнетом, у случају када је увозник поступао приликом увоза робе у складу са важећим обавезујућим обавештењем о сврставању робе по царинској тарифи или о пореклу робе, односно у складу са обавештењем које је престало да важи, али се у одређеном временском периоду могло да користи, царински орган не би био овлашћен да накнадно утврди увознику обавезу плаћања царине, па самим тим ни да захтева плаћање накнадно обрачунатог царинског дуга.

Овакво тумачење примене Царинског закона и одредбе члана 3а. Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације не води нужно ослобађању увозника од обавезе плаћања накнадно обрачунатог царинског дуга у сваком случају. Напротив, уколико увозник у поступку контроле прихваћене декларације не докаже да је поступао у складу са прописима, одлукама или мерама у вези са царином, објављеним у "Службеном гласнику" и другим средствима информисања (укључујући и електронска средства), односно у складу са мерама царинског надзора, конкретним радњама или налозима царинског органа, од њега ће се захтевати плаћање накнадно обрачунатог царинског дуга, односно донети одговарајућа одлука у складу са царинским и другим про-

писима, на начин прописан одредбом члана 3. алинеја један Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације.

Судска пракса

Највећи број спорова пред Управним судом ради оцене законитости решења Управе царина, настао је управо због различитог тумачења временског важења одредбе члана 3а. Правилника о изменама и допунама Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације.

Одредбом члана 3. алинеја један Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације прописано је:

"Ако накнадном провером декларације извршене у складу са одредбама члана 105. Царинског закона, утврди да су прописи који уређују царински поступак примењени на основу неистинитих или непотпуних података, царински орган предузима, у складу са новим околностима потребне мере за правилно спровођење тог поступка, и то:

- доноси одговарајуће одлуке у складу са царинским и другим прописима ради правилног утврђивања обавезе, односно обрачуна царинског дуга, ради остваривања мера царинског надзора и ради правилне примене мера комерцијалне политике".

Према одредби члана 3а истог правилника царински орган је дужан да, приликом доношења одлуке из члана 3. алинеја један овог правилника, цени да ли је лице, коме се утврђује обавеза плаћања накнадно обрачунатог царинског дуга, поступало у складу са прописима, одлукама и мерама у вези са царином, објављеним на неки од начина предвиђених чланом 4. Царинског закона, односно да ли је поступало у складу са мерама царинског надзора или конкретним радњама и налозима царинског органа и од тог лица неће захтевати плаћање накнадно обрачунатог царинског дуга који је настао до момента када је дошло до сазнања, односно од када је било дужно да зна да су подаци унети у царинску декларацију нетачни.

У тужбама којима се покреће управни спор тужиоци истичу да су приликом декларисања робе поступали у складу са међународним угово-

рима, општим обавештењима о примени царинских прописа, обавезујућим обавештењима Управе царина, одлукама и ставовима Европског суда правде, Комитета за хармонизовани систем Светске царинске организације, Комисије Европске уније и слично, те да нису у обавези да плате накнадно обрачунати царински дуг који је настао до момента када су дошли до сазнања, односно били дужни да знају да су нетачни подаци који су унети у царинску декларацију. При том се позивају на одредбу члана 3а. Правилника, сматрајући да се она примењује у свим поступцима контроле прихваћене царинске декларације који су започети после ступања на снагу Правилника о изменама и допунама Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације.

Управа царина, оцењујући наводе тужиоца којима се оспорава обрачун царинског дуга с позивањем на одредбе члана 3а. Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације, налази да овакви наводи тужиоца нису од утицаја на другачије решење управне ствари, јер је декларација за предметну робу, у конкретном случају, прихваћена 16.11.2006. године, а према одредби члана 19. став 1. тачка 1. Царинског закона, износ увозних дажбина за робу за коју је настала обавеза плаћања тих дажбина се утврђује према стању робе и у складу са прописима који важе на дан прихватања декларације, што је у том случају 16.11.2006. године. Како је Правилником о изменама и допунама Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације који је ступио на снагу 27.10.2007. године, прописано да се у Правилнику о спровођењу радњи и мера у поступку контроле прихваћене деклартације ("Службени гласник РС", број 53/04) после члана 3. додаје члан 3а., а на дан прихватања предметне декларације (16.11.2006. године) наведене измене и допуне Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације нису ступиле на снагу, по налажењу туженог органа, у конкретном случају се одредбе члана 3а. не би могле применити.

Управи суд, оцењујући законитост наведеног решења, доноси пресуду којом тужбу уважава и поништава тужбом оспорено решење са следећим образложењем:

"По налажењу Управног суда, оспореним решењем је повређен закон на штету тужиоца. Одредбом члана 1. Правилника о изменама и допунама Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле

прихваћене декларације ("Службени гласник РС" бр. 95/07) је прописано да у Правилнику о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације ("Службени гласник РС" бр. 53/04) после члана 3. се додаје члан 3а, који гласи: Царински орган је дужан да, приликом доношења одлуке из члана 3. алинеја прва овог Правилника цени да ли је лице коме се утврђује обавеза плаћања накнадно обрачунатог царинског дуга поступало у складу са прописима, одлукама и мерама у вези са царином, објављеним на неки од начина предвиђених одредбом члана 4. Царинског закона, односно, да ли је поступало у складу са мерама царинског надзора или конкретним радњама и налазима царинског органа и од тог лица неће захтевати плаћање накнадно обрачунатог царинског дуга који је настао до момента када је дошло до сазнања, односно од када је било дужно да зна да су подаци унети у царинску декларацију нетачни. Правилник о изменама и допунама Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације ("Службени гласник РС" бр. 95/07) је објављен дана 19.10.2007.године, а ступио је на снагу дана 27.10.2007.године, дакле, пре доношења од стране првостепеног органа решења у смислу члана 105. став 5. Царинског закона. Код таквог стања ствари, неосновано се, по налажењу суда, тужени орган позива на одредбу члана 19. став 1. тачка 1. Царинског закона ("Службени гласник РС" бр. 73/03...62/06), јер се цитирана законска одредба односи на обрачун увозних дажбина за робу за коју је настала обавеза плаћања тих дажбина, на који обрачун се примењују прописи који су важили на дан прихватања декларације. Како се одредбе члана 3а Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације односе на начин спровођења радњи и мера у поступку контроле, дакле, процесне су природе, ступањем на снагу наведене одредбе Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације царински органи су дужни да је примењују, без обзира на временско важење закона у погледу обрачуна увозних дажбина за робу.

У поновном поступку тужени орган је дужан да утврди одлучне чињенице за доношење одлуке у поступку из члана 105. став 5. Царинског закона, а затим, размотривши све услове из одредбе члана 3а Правилника о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене де-

кларације за ослобађање плаћања накнадно обрачунатог царинског дуга, правилном применом прописа, да донесе на закону засновано решење".[8]

* * *

На основу изложеног може се закључити следеће:

1) У поступку контроле прихваћене декларације, према стању робе и у складу са прописима који важе на дан прихватања декларације, утврђује се само износ увозних дажбина.

2) У поступку накнадне контроле прихваћене декларације примењује се Правилник о начину спровођења радњи и мера у поступку контроле прихваћене декларације који је на снази у време спровођења контроле.

3) Неће се захтевати плаћање накнадно обрачунатог царинског дуга од лица које је увезло робу на основу царинске декларације за коју је утврђено да је сачињена на основу непотпуних и неистинитих података, уколико се у поступку накнадне контроле утврди да је лице поступало у складу са прописима, одлукама и мерама у вези са царином објављеним у "Службеном гласнику" и другим средствима информисања (укључујући и електронска средства) и у складу са мерама царинског надзора, конкретним радњама или налозима царинског органа.

[8] Пресуда Управног суда 10 У. 3312/10 (2009) од 28.10.2010. године.

Маријана Тафра Мирков,
саветник Управног суда

ЦАРИНСКО – УПРАВНИ ПОСТУПАК
ТАРИФИРАЊЕ РОБЕ
(увоз, рубрика ''33'' царинске декларације)

Чињенично, или правно питање

Анализа царинско-управних спорова (у предметима Управног суда) према предмету спора, намеће закључак да су спорови у којима је предмет спора тарифирање робе, то јест, и претарифирање, већ, увезене робе претежни, у односу на раније спорове (пред Врховним судом Србије и Савезним судом) када су овакви спорови били изузетак.

Пошто је податак о тарифном броју робе одлучан за царински орган јер опредељује износ царине, а тиме и правилност проведеног царинско-управног поступка, као и за увозника јер одређује висину царинског дуга, јављају се дилеме у вези обима овлашћења царинског органа при утврђивању, тј. контроли рубрике "33" и права – обавеза увозника, а у вези ових да ли је тарифирање робе чињенично или правно питање, односно питање утврђивања чињеничног стања о роби, или примена номенклатуре робе Царинске тарифе.

Будући да је у посматраним предметима (због временског важења закона) царинско-управни однос био регулисан различитим царинским законима, и то: Царинским законом ("Службени лист СРЈ", бр.45/92, 16/93, 50/93, 29/97, 59/98, 23/2001, 36/2002 и 7/2003) који је био у примени до 01.01.2004. године; Царинским законом ("Службени гласник РС", бр.73/03, 61/05, 85/05 и 62/06) који је важио до 03.04.2010. године, када је ступио на снагу Царински закон ("Службени гласник РС", бр. 18/2010) који се примењује почев од 03.05.2010. године, даје се приказ одредаба закона које регулишу пријављивање робе када се подноси царински документ – декларација (па и са уписаним подацима у рубрици "33" – прва подела) и накнадне контроле проведеног царинско-управног

поступка, када може доћи до измене царинске декларације (па и рубрике "33" – претарифирање робе).

Роба која се увози у царинско подручје подлеже (осим ако је ослобођена, или је законом другачије прописано) плаћању царине по стопама утврђеним Законом о царинској тарифи. Закон о Царинској тарифи уређује Царинску тарифу и обухвата, између осталог, правила о обрачунавању царине, систем назива робе, систем нумеричке ознаке робе и стопе царине.

Према одредбама Царинског закона ("Службени лист СРЈ", бр. 45/92... 7/2003) царињење робе састоји се од: пријема увозне царинске декларације, прегледа робе и сврставања робе по Царинској тарифи и другим тарифама; утврђивања царинске основице, износа царине и других увозних дажбина које терете робу, као и наплаћивања утврђених износа царине и других увозних дажбина (чл. 119. ст. 1.). Сва роба која се уноси у царинско подручје мора се пријавити, а исправе које се подносе приликом пријављивања царинске робе морају бити правилно и тачно попуњене (чл.15). На основу примљене декларације царинарница врши преглед робе и декларације (чл.125.) и после прегледа робе обрачунава и наплаћује царину и друге увозне дажбине (чл. 113.). Подносилац декларације не може подићи робу испод царинског надзора пре него што царинарници којој је поднео декларацију уплати царину и друге увозне дажбине (чл.133. став 4.). Након прегледа робе и царинског документа, царинско-управни поступак је окончан, а издата царинска исправа има карактер управног акта.

Евентуална неслагања обрачунатих и наплаћених увозних дажбина, то јест одлучних података садржаних у царинској исправи са стварним стањем увезене робе царински орган (по службеној дужности или по захтеву подносиоца декларације) може (има) отклонити у поступцима прописаним одредбом члана 136. - отклањањем грешака у обрачуну – рачуну (на основу прегледа царинског документа и исправа поднетих уз овај документ); одредбом чл. 141. - 139. отклањањем погрешно утврђених чињеница у проведеном поступку (на основу прегледа робе и документације), под условом да је неправилност настала због тога што подносилац декларације није навео тачке податке. (Ове одредбе закона, а ни друге, не искључују овлашћење царинских органа да неправилности отклањају и применом правних средстава прописаних одредбама ЗУП-а.). У пракси, најчешће у случају истека рока од две године од увоза, царински органи су

применом одредаба члана 239. ЗУП-а понављали окончани поступак и у овоме отклањали несагласности чињеничног стања у царинском документу са стварним стањем робе.

Исту регулативу имао је и Царински закон ("Службени лист СФРЈ", бр.10/76, 36/79, 52/79, 12/82, 61/82, 7/84, 25/85, 38/86, 28/88, 40/89, 70/89, 21/90 и 17/92 – чл. 249. став 1., 16, 257. и 259, 267. став 3., чл. 270, 272).

Са становишта домашаја овлашћења царинског органа у поступку накнадне контроле, царински орган је ограничен роком (од једне године за контролу по члану 136. и од две године, за контролу по члану 139.) и условом (за контролу по члану 139.) да је неправилност последица пропуста учињених од стране подносиоца декларације. Дакле, ако је неправилност пропуст провођења царинско-управног поступка од стране царинског органа, тај пропуст се не би могао отклонити провођењем поступка прописаног чланом 141. (те би, исто ограничење важило и за накнадно утврђене пропусте а окончани поступак је проведен применом одредаба члана 132. став 6. то јест ако је роба узоркована).

Како се провођењем поступка накнадне контроле може утврдити другачије чињенично стање од оног утврђеног у редовном поступку увоза, подразумева се да увозник то јест подносилац декларације и у поступку накнадне контроле има процесни положај странке која у овоме активно учествује, ради заштите својих права и правних интереса.

Обзиром на изнето, како се царина обрачунава након проведеног царинско-управног поступка после прегледа робе (а у овоме се утврђују чињенице о роби, дакле и врста робе, односно сврставање по Царинској тарифи); сврставање робе је, пре свега, питање утврђивања чињеничног стања о роби. С тога је законом и прописано (чл. 141.) да се проверавање података утврђених у проведеном поступку врши у поступку накнадне контроле докумената и увезене робе.

Може се закључити, обзиром на изнету законску регулативу, да је терет доказивања: да је оцарињено оно што је увезено, на царинском органу.

За разлику од изнетог, Царински закон ("Службени гласник РС" бр.73/03, 61/05, 85/05 и 62/06) у одредбама које регулишту стављање робе

у царински поступак (за коју, такође, мора бити поднета декларација) не прописује (више) као обавезу за царински орган да мора да изврши преглед робе. Царински орган има овлашћење да изврши преглед робе (чл.95. став 3.), као и обавезу да предузме мере потребне за идентификацију робе, ако је ова неопходна за спровођење царинског поступка (чл.99. став 1.), али царински орган више није обавезан да изврши преглед робе пре њеног царињења и пуштања робе испод царинског надзора. Према одредбама члана 98. став 1. ако је декларација контролисана, резултати контроле, као и друге утврђене чињенице су основ за примену прописа који уређује царински поступак у који је роба стављена. Према одредбама члана 97. став 1. у случају кад је прегледан део робе која је обухваћена декларацијом, резултат делимичног прегледа примењује се на сву робу обухваћену том декларацијом. Према члану 98. став 2. ако декларација није контролисана, подаци које је декларант навео у декларацији су основ за примену прописа који уређују царински поступак у који је роба стављена. Из изнетог, следи закључак да се царињење робе врши на основу података (прихваћених, или контолисаних) те је тако и прописано, између осталог, у члану 100. став 1. да ће царински орган пустити робу кад податке у декларацији провери и прихвати, или их прихвати без контроле.

Тарифирање робе, са изнетог, није више чињеница која се утврђује прегледом робе, него податак који царински орган може у редовном поступку да проверава, али не мора. Овако поједностављен поступак увоза робе резултат је принципа на којима је заснован царински поступак, што је и прописано у одредби члана 2., према којима се царински поступци прописани тим законом спроводе у складу са принципима слободне трговине, уз обезбеђење ефикасне царинске контроле и уважавање принципа процене ризика и његовим управљањем.

Могућност проверавања података унетих у царински документ, после пуштања робе у слободан промет прописана је одредбом члана 105. и то тако да царински орган може проверавати исправност декларације (став 1.), тачност података наведених у декларацији, да изврши контролу комерцијалних докумената и података у вези са увозом или у вези са накнадним комерцијалним пословима са робом (став 2.), а може, поред радњи из ст.1. до 3. да изврши и преглед робе, ако је роба још увек доступна. Према одредбама става 5. ако се накнадном провером декларације утврди да су прописи који уређују царински поступак примењени на основу неи-

стинитих или непотпуних података, царински орган ће, у складу са прописима, предузети потребне мере за правилно спровођење поступка, у складу са новим околностима.

Овакав пропис члана 105. намеће закључак да су овлашћења царинских органа широка и да ограничења (осим рока из става 6. - пет година од дана прихватања декларације) нема. Овакаву регулативу има и члан 78. став 3. Царинског закона Европске заједнице према којем "У случају да је ревизијом декларације или накнадном контролом утврђено да су прописи који се односе на одређени царински поступак примењени на основу нетачних или непотпуних података, царински органи ће, у складу са свим прописима, предузети неопходне мере да се настала ситуација реши, узимајући у обзир нове информације које им стоје на располагању".

У вези са овлашћењем царинског органа да проверава исправност декларације поставља се питање да ли се ово овлашћење царинског органа протеже на све декларације, или само на оне које није проверавала, то јест чије је податке прихватила без контроле. Такође, и питање да ли се исправност декларације може проверавати због коришћења података – доказа које је сачинио царински орган, али они нису изведени у проведеном поступку увоза.

Ова питања са разлога јер ако се накнадна контрола односи и на контролисане декларације (са сачињеним записником о извршеној контроли декларације при њеном пријему) произлазио би закључак, да то не би била контрола декларације него контрола извршене провере, односно када би се у контроли изводили неизведени докази, таква контрола би била контрола проведеног царинско-управног поступка, а не декларације што није контрола из члана 105.

Обзиром на пропис члана 105. то јест да овај прописује да се проверава тачност података, а не чињеничног стања, води закључку да је рубрика "33" податак о роби. На овом месту се, сада, поставља питање да ли се овај податак може проверити и несумњиво утврдити без прегледа робе, само на основу документације о роби.

Ово питање, не само због нужности да овај податак, од кога зависи стопа увозне царине а тиме и правилност провођења царинског поступка буде несумњиво утврђена, већ из због правне сигурности увозника, јер

увозник увози и царини оно што је купио од продавца, а продавац продао и извезао.

Осим тога јавља се питање и да ли се може контролисати (применом члана 105.) декларација када је за робу издато обавезујуће обавештење о сврставању из члана 28. став 1. тачка 1., као и питање контролисања декларације када је за робу уз увозну декларацију поднета и извозна декларација са уредно попуњеном рубриком о тарифирању робе. Ова питања намећу се са разлога јер подаци наведени у поменутим актима – обавештење и извозна декларација, нису само подаци о роби, него и подаци садржани у одлукама царинских органа.

Члан 28. став 1. тачка 1. Царинског закона регулише издавање обавезујућег обавештења о стврставању робе по Царинској тарифи, а ставом 2. истог члана прописано је да ово обавештење (као и о пореклу робе) има дејство одлуке у управном поступку.

Може се закључити да је искључена могућност измене податка о тарифирању робе, контролом декларације (чл.105.) када је за декларисану робу издато обавезујуће обавештење (док ово важи). Исти би одговор могао бити и за податке о тарифирању робе унете у извозни царински документ поднет при увозу робе, јер овај има снагу одлуке ино-царинског органа.

На основу, до сада изложеног о тарифирању робе може се закључити да је тарифирање робе чињенично и правно питање, тј. да је тарифирање робе фаза царинско-правног поступка која може бити и самостални поступак (у важећем Царинском закону је регулисано посебном главом закона). Чињеница да Царински закон, у односу на раније важеће царинске законе више не прописује обавезни преглед царинске робе пре њеног тарифирања, већ се овај може утврдити да основу расположивих података, и да накнадну контролу извршеног увоза, па и тарифног броја робе, регулише као контролу податка а не чињеничног стања о роби, не утиче на изнети закључак јер је услед системских измена Царинског закона у провођењу царинско-управног поступка, измењена и фаза тог поступка.

На основу изнетог, може се закључити да је терет доказивања у царинско-управном поступку, тј. да је декларисано (оцарињено) оно што је увезено на декларанту.

Међутим, посматран, сам, начин опредељења тарифног броја увезене робе; при пријему увозне декларације овај је опредељен овером декларације (од стране царинског службеника), а при накнадном опредељењу тарифног броја, овај се утврђује од стране стручног царинског органа (комисије), а тај налаз, са становишта провођења царинско-управног поступка има значај доказа који, као и сваки други доказ, мора испуњавати услове из члана 149. ЗУП-а да би се прихватио као правно ваљан.

(За очекивати је да ће понављање царинско-управног поступка применом члана 239. ЗУП-а, због одсуства услова и продуженог рока за вршење контроле по члану 105. бити реткост).

Зорана Брајовић,
саветник Управног суда

СПОРНА ПРАВНА ПИТАЊА У ВЕЗИ ПРИМЕНЕ ЗАКОНА О УПРАВНИМ СПОРОВИМА ("Сл. гласник РС", бр. 111/09)

ДОСАДАШЊА ПРАКСА УПРАВНОГ СУДА

1) Одложно дејство тужбе - Члан 23. ЗУС-а

Закон о управним споровима ("Сл. гласник РС" бр.111/09) који је ступио на снагу 30.12.2009. године, у члану 23. став 1. прописује да тужба, по правилу, не одлаже извршење управног акта против кога је поднета. Несуспензивно дејство тужбе било је прописано и чланом 16. раније важећег Закона о управним споровима ("Сл. лист СРЈ" бр. 46/96). Према члану 16. став 2. наведеног закона је између осталог, било прописано да по захтеву тужиоца, орган чији се акт извршава, одложиће извршење до правоснажности судске одлуке, ако би извршење нанело тужиоцу штету која би се тешко могла поправити, а одлагање није противно јавном интересу нити би се одлагањем нанела већа ненакнадива штета противној странци. Уз захтев за одлагање морао се приложити доказ о поднесеној тужби а по сваком захтеву надлежни орган је морао донети решење најдоцније у року од три дана од пријема захтева. Међутим, сада важећи ЗУС (за разлику од раније важећег Закона о управним споровима) прописује у члану 23. став 2. услове за могуће **судско одлагање** извршења коначног управног акта којим је мериторно одлучено о управној ствари по захтеву тужиоца. Ти услови су кумулативно постављени: 1) ако би извршење коначног мериторног управног акта нанело тужиоцу штету која би се тешко могла надокнадити; 2) да одлагање извршења није противно јавном интересу и 3) да се одлагањем извршења не наноси већа или ненадокнадива штета противној странци, односно заинтересованом лицу. Тужилац у свом захтеву за одлагање извршења мора да пружи одговарајуће доказе, или пак да учини вероватним да су наведени кумулативни услови испуњени, а суд својим решењем може, али не мора да одложи тражено

извршење, што зависи од околности сваког конкретног случја. У судској пракси се као спорно правно питање појавила ситуација када суд решењем одбија а када одбацује тужиочев захтев за одлагање извршења управног акта. На петој седници свих судија од 07.10.2010. године верификован је правни став да се о сваком захтеву за одлагање извршења решења, поднетом после ступања на снагу Закона о управним споровима ("Службени гласник РС", бр. 111/09), одлучује решењем, тако што се захтев одбија или уважава када се цени његова основаност, а у осталим случајевима захтев се одбацује. То значи да ће суд решењем ценити основаност захтева за одлагање како коначних управних аката којим је мериторно одлучено у управној ствари, тако и првостепених, ожалбених управних аката којим је мериторно одлучено у управној ствари а која су претходила доношењу оспореног решења и представљају предмет покренутог управног спора. Мериторно одлучивање у управној ствари конкретно представља доношење управних аката којим се тужиоцу налаже извршење неке обавезе а углавном се ради о налагању неке од инспекцијских мера (обустава бесправно изведених радова, налагање рушења бесправно подигнутих објеката), у пореским стварима (утврђивање пореске обавезе, одузимање ПИБ-а, повраћај буџетских средстава која су ненаменски коришћена и сл...). Из наведеног следи да уколико тужилац тражи да се одложи извршење другостепеног управног акта којим није мериторно одлучено у управној ствари (тужиочева жалба одбијена или одбачена) захтев ће бити одбачен као недозвољен. Уколико и ожалбеним првостепеним управним актом није мериторно одлучивано нпр: актом којим се дозвољава извршење извршног решења, или се установљава принудна наплата пореза, или је утврђена привремена мера обезбеђења пореског дуга и сл...) захтев за одлагање тог првостепеног акта ће бити одбачен као недозвољен. Суд ће захтев за одлагање извршења првостепеног управног акта увек одбацити уколико исти није претходио доношењу оспореног решења, већ је донет у другом управном поступку који није предмет покренутог управног спора. Као спорно правно питање појавила се ситуација када је тужилац покренуо управни спор у време важења старог ЗУС-а, а захтев за одлагање изршења управног акта је поднео у време важења новог ЗУС-а, тражећи одлагање на основу члана 23. сада важећег закона. Суд је о овом спорном правном питању на седници свих судија од 07.10.2010. год верификовао правни став који гласи: "О захтевима за одлагање извршења решења у предметима које је Управни суд преузео 01.01.2010. године, не одлучује

се посебним решењем". На истој седници свих судија верификован је и правни став који гласи: "Нису испуњени услови из члана 23. Закон о управним споровима ("Сл. Гласник РС"бр.111/09) за доношење решења о одлагању, по захтеву тужилаца за одлагање првостепеног решења којим се мења радно-правни статус државних службеника односно утврђује се да су нераспоређени или да им престаје радни однос".

Чланом 23. став 3. Закона о управним споровима је прописано да изузетно странка из управног поступка може тражити од суда одлагање извршења управног акта и пре подношења тужбе:

1) у случају хитности;

2) када је изјављена жалба која по закону нема одложно дејство, а поступак по жалби није окончан.

Управни суд наведени захтев странке за одлагање заводи у уписник "Уо" сагласно одредби члана 272. Судског пословника ("Сл. гласник РС" бр. 110/09).

Странка уз захтев за одлагање мора доставити:

а) првостепено решење у којем је наведено да жалба изјављена против тог решења нема одложно дејство (то су углавном пореска решења донета на основу Закона о пореском поступку и пореској администрацији, решења грађевинске инспекције донета на основу Закона о планирању и изградњи и др...)

б) доказ да је против наведеног првостепеног решења странка изјавила жалбу непосредно или путем поште надлежном органу.

Уколико странка уз захтев за одлагање не достави наведене доказе суд ће решењем наложити да их достави под претњом последица пропуштања-одбачаја захтева. Код примене члана 23. став 3. ЗУС-а у судској пракси се нису до сада појавила спорна правна питања. Уколико суд уважи захтев странке за одлагање, одлагање извршења првостепеног решења траје док се не оконча поступак по поднетој жалби и та формулација се уноси у диспозитив решења о одлагању.

Чланом 23. став 4. ЗУС-а је прописано да по захтеву за одлагање извршења суд одлучује решењем најкасније у року од пет дана од дана пријема захтева из става 2 и 3. овог члана. Поступци по поднетим захтевима

су хитни поступци о којима је суд одлучивао најкасније у року од 5 дана (само уколико је захтев уредан), а у противном суд је решењем налагао уређење неуредног захтева у року од три дана од дана пријема решења под претњом одбачаја захтева као неуредног. Суд је о захтеву увек одлучивао доношењем решења којим се захтев тужиоца или странке одбија, уважава или одбацује. Из законске формулације члана 23. ЗУС-а произлази закључак да се против решења којим је одлучено о захтеву за одлагање, не може поднети приговор, јер се решење о одлагању извршења доноси у већу од троје судија. Сматрам да се против решења о одлагању не могу подносити ни ванредна правна средства-захтев за преиспитивање судске одлуке прописан чланом 49. Закона о управним споровима, нити тужба за понављање судског поступка прописана чланом 56. истог закона.

2) Заинтересовано лице - Члан 13. ЗУС-а

Чланом 10. Закона о управним споровима је прописано да у управном спору положај странке имају тужилац, тужени и заинтересовано лице, а чланом 13. истог закона је прописано да заинтересовано лице јесте лице коме би поништај оспореног управног акта непосредно био на штету. Тужилац и тужени су увек обавезни учесници управног спора док се у појединим управним стварима поред тужиоца и туженог може појавити заинтересовано лице или индиректна странка. Заинтересовано лице је лице које има правни интерес да оспорено решење опстане у правном поретку, тако да се ово лице по природи ствари увек ставља на страну доносиоца оспореног решења - туженог органа. Да би се заинтересовано лице појавило као странка у управном спору, неопходно је да је као странка учествовала у управном поступку и да је оспореним управним актом решавано о праву, обавези или правном интересу заинтересованог лица. Из наведеног произлази да лице које се у управном спору меша на страни тужиоца нема процесни положај заинтересованог лица из члана 13. ЗУС-а. Најчешћи случајеви када се у управном поступку појављује заинтересовано лице су двостраначки односно вишестраначки поступци као што је експропријација, утврђивање општег интереса за експропријацију, издавање одобрења за изградњу, исељење из стана бесправно усељеног лица, издавање водопривредне сагласности и сл... Како заинтересовано лице у управном спору има положај странке, односно има равноправан положај са тужиоцем и туженим, обавеза суда је да га укључи у управни спор тако

што ће му тужбу доставити на одговор (у противном заинтересовано лице може тражити понављање судског поступка - управног спора у смислу члана 56. став 1. тачка 6) ЗУС-а); мора бити позвано на усмену јавну расправу, уколико је суд закаже (члан 36. ЗУС-а), мора се одлучити о његовом захтеву за надокнаду трошкова управног спора и мора му бити достављена судска одлука. Из наведеног произлази да заинтересовано лице може поднети ванредна правна средства против правоснажне одлуке Управног суда која је донета на његову штету и то захтев за преиспитивање судске одлуке у смислу члана 49. ЗУС-а, као и тужбу за понављање поступка у смислу члана 56. истог закона. У пракси се као спорно појавило питање да ли захтев за заштиту права у смислу члана 106. став 1. Закона о јавним набавкама може поднети свако лице које испуњава услове те јавне набавке, тако да је у погледу наведене дилеме састављен текст сентенце која гласи: "Интерес за закључење уговора у поступку јавне набавке има лице које је остварило право на учешће у поступку јавне набавке испуњењем прописаних услова за учешће у том поступку". На предметну сентенцу није поднет приговор тако да наведено лице има положај странке у управном спору (може бити тужилац или заинтересовано лице у зависности да ли је оспорено решење донето у његову корист или на његову штету). Сматрам да у поступку јавне набавке наручилац посла не може имати процесни положај странке у управном спору.

3) Утврђивање чињеница на расправи - Члан 33. и члан 34. ЗУС-а

Чланом 33. Закона о управним споровима је прописано да у управном спору суд решава на основу утврђених чињеница на одржаној усменој расправи (у даљем тексту: "расправа"). Суд решава без одржавања усмене расправе, само ако је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања, или ако странке на то изричито пристану. Суд је обавезан да посебно наведе разлоге због којих није одржао усмену расправу.

За разлику од раније важећег Закона о управним споровима ("Сл. лист СРЈ" бр. 46/96) који је био у примени до 29.12.2009. године, и којим је као правило било прописано да суд решава спор на основу чињеница које су утврђене у управном поступку а само изузетно на јавној расправи,

сада важећим ЗУС-ом је као правило прописана обавеза суда да чињенице утврђује на усменој расправи а само изузетно да спор решава на основу чињеница које су утврђене у управном поступку. Наведено законско решење је уследило као последица прихватања европског стандарда формулисаног као "право на правично суђење" и прокламованог у члану 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, и члану 32. став 1. Устава Републике Србије, којим је предвиђено да свако има право да независан, непристрасан, и законом већ установљен суд правично, и у разумном року јавно расправи о његовим правима и обавезама.

Суд није одржавао усмену расправу увек када се нису стекле процесне претпоставке за мериторно решавање управног спора. То су ситуације кад суд одбацује тужбу због њене неуредности (члан 25. ЗУС-а), или тужбу одбацује из других законских разлога прописаних чланом 26. истог закона, или када обуставља поступак на основу одредбе члана 29. став 3. и члана 32. став 2. ЗУС-а. Када о приговору против решења судије појединца одлучује посебно веће суда, то веће неће одржати усмену јавну расправу осим ако подносилац приговора захтева њено одржавање (члан 27. став 2. ЗУС-а.). Такође суд не одржава усмену расправу ни када доноси решење о захтеву за одлагање извршења решења на основу члана 23. став 4. ЗУС-а. Када суд мериторно одлучује о тужби у пресуди обавезно наводи разлоге неодржавања усмене расправе на шта га обавезује изричита одредба члана 33. став 3. ЗУС-а. У досадашњој пракси суд није одржавао усмену расправу када нађе да је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања. То је ситуација када је на основу стања у списима суд утврдио да је оспорено решење правилно и на закону засновано односно да је у управном поступку чињенично стање правилно и потпуно утврђено а материјално право правилно примењено. Усмену расправу суд није одржавао када су оспореним решењем учињене повреде правила поступка које ће брже и ефикасније отклонити управни орган у поновном поступку или када нађе да је оспорено решење донето на основу правилно и потпуно утврђеног чињеничног стања, али с погрешним позивом на материјални пропис.

Чланом 34. став 1. Закона о управним споровима је прописано да ће веће суда увек одржати усмену расправу због сложености предмета спора, или ради бољег разјашњења ствари, као и у случају из члана 30. став 3. овог закона.

Чланом 30. став 3. Закона о управним споровима је прописано да је тужени дужан да у остављеном року достави суду све списе који се односе на предмет управног спора и изјасни се о наводима тужбе. Ако тужени и после другог захтева не достави списе предмета у року од осам дана, или ако изјави да их не може доставити, суд може решити спор и без списа, при чему ће сам утврдити чињенично стање на расправи.

У пракси суда се појавила као спорна ситуација да ли суд треба да одржи усмену расправу у смислу члана 30. став 3. ЗУС-а када тужилац поднесе суду уредну тужбу због ћутања управе а тужени орган ни после другог захтева суда (које је уредно примио) се не изјашњава о наводима тужбе нити доставља суду списе предмета. У смислу наведеног сачињена је сентенца која гласи "У случају када тужени орган не достави списе предмета по тужби поднетој због недоношења захтеваног акта, Управни суд одлучује без одржавања усмене раасправе када из навода тужбе и приложених доказа утврди да су за подношење тужбе испуњени законом прописани услови". На ову сентенцу стављен је условно речено "приговор" који се односи на неслагање са формулацијом предложене сентенце тако да приговор на сентенцу гласи: "Тужба због ћутања управе се сматра основаном, уколико тужени орган ни по другом захтеву суда није доставио списе, нити одговор на тужбу". Након подношења приговора на наведену сентенцу предложен је нов интегрални текст сентенце која представља обједињену формулацију сентенце и приговора на исту а која гласи "Тужба поднета због недоношења решења се сматра основаном и суд по тужби одлучује без одржавања усмене јавне расправе, уколико је тужилац пре подношења тужбе поступио на законом прописан начин, а тужени орган ни по другом захтеву суда није доставио одговор на тужбу ни списе предмета." Како на интегрални текст сентенце није поднет приговор, тужбе због ћутања управе су уважаване са наведених разлога без одржавања усмене расправе.

Чланом 34. став 2. Закона о управним споровима је прописано да је расправа обавезна и ако је у управном поступку учествовало две или више странака са супротним интересима као и када суд утврђује чињенично стање ради решавања у пуној јурисдикцији.

У вишестаначким управним стварима Управни суд је доносио мериторне пресуде након одржане усмене јавне расправе и то у грађевинским предметима и предметима експропријације. У вези примене члана 34. став

2. ЗУС-а сачињена је сентенца која гласи: " У вишестаначкој правној ствари суд неће одржати усмену јавну расправу ако је оспореним решењем због повреда правила поступка поништено решење првостепеног органа и предмет враћен том органу на поновни поступак". На ову сентенцу је поднет приговор са образложењем да је предложена сентенца директно супротна законском пропису, јер закон не прави разлику када прописује обавезност усмене јавне расправе у вишестраначкој ствари, да ли је решењем које се тужбом побија поништено решење првостепеног органа или је жалба одбијена. Текст сентенце биће стављен на гласање на седници свих судија. У вези примене члана 34. став 2. ЗУС-а такође је састављена сентенца која гласи: "У вишестраначкој правној ствари, суд неће одржати усмену јавну расправу ако је оспореним решењем одбијена жалба тужиоца против првостепеног решења које је већ извршено у корист заинтересованог лица, а тужилац наводима тужбе изричито предлаже да се спор расправи без одржавања усмене расправе." На ову сентенцу такође је поднет приговор са образложењем да се у конкретном случају ради о вишестраначкој управној ствари за коју је по члану 34. став 2. ЗУС-а расправа обавезна тако да не постоји могућност њеног искључења, а заузимањем става у појединачном предмету да расправа која је по закону обавезна, може да се не одржи, отворио би пут повреди права на правично суђење.... прописаног чланом 32. став 1. Устава РС и стварању неуједначене праксе која би довела до повреде права на једнаку заштиту права, прописаног по члану 36. став 1. Устава. Наведена сентенца биће стављена на гласање на седници свих судија.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

БИЛТЕН Врховног касационог суда / главни и одговорни уредник Снежана Андрејевић. - 2011, бр. 1-... . - Београд (Булевар војводе Мишића 37/II) : Intermex, 2011- (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