

Врховни суд Србије

БИЛТЕН

СУДСКЕ ПРАКСЕ

бр. 3/2006



intermex
Software & Communication

Београд

БИЛТЕН СУДСКЕ ПРАКСЕ ВРХОВНОГ СУДА СРБИЈЕ

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

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

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

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

РЕДАКЦИЈСКЕ ГРУПЕ

За Кривично право: Новица Пековић, Слободан Газивода, Јанко Лазаревић, Драгомир Милојевић, Драгиша Ђорђевић и Никола Латиновић, судије Врховног суда Србије

За Грађанско право: Стојан Јокић, Предраг Трифуновић, Владимир Тамаш, Љубица Милутиновић, Слободан Дражић и Јасминка Станојевић, судије Врховног суда Србије

За Управно право: Милена Саватић, Љубодраг Пљакић, Снежана Живковић, мр Јадранка Ињац и Олга Ђуричић, судије Врховног суда Србије

РЕДАКЦИЈА: Драгиша Слијепчевић, Војимир Цвијовић, Новица Пековић, Стојан Јокић и Милена Саватић, судије Врховног суда Србије

ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ

И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА: Војимир Цвијовић, судија Врховног суда Србије

СЕКРЕТАР

РЕДАКЦИЈЕ: Даница Илић, саветник Врховног суда Србије

РЕДАКЦИЈСКА

ПРИПРЕМА: Јелена Чакаревић, Тања Тодоровић, Андријана Недовић и Љиљана Иконић, редакцијски сарадници

ПРЕЛОМ, КОРЕКТУРА

И ДИЗАЈН: **Intermex**, Београд

ШТАМПАРИЈА: "Радуних", 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

I - ДОКУМЕНТА

Вида Петровић-Шкоро, председник Врховног суда Србије Уводно излагање на годишњем саветовању судија "Судијски дани" 2006. године.....	11
--	----

II - ГРАЂАНСКО ОДЕЉЕЊЕ

<i>ПРАВНА СХВАТАЊА</i>	23
- Поступак по Закону о рехабилитацији	23
- Правни ставови усвојени у поступку решавања спорног питања по члану 176. ЗПП примена одредбе члана 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији у извршном поступку	25

СУДСКА ПРАКСА

<i>СЕНТЕНЦЕ</i>	33
ПРОЦЕСНО ПРАВО - ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК.....	33
- Право на правично суђење и упозорење на последице изостанка са рочишта	33
- Расправно начело и преиначење тужбе	34
- Расправно начело и оспоравање налаза вештака у жалбеном поступку	35
- Признање страначке способности конзорцијуму физичких лица	36
- Доказна снага фотокопије оригиналног текста уговора.....	38
- Правна дејства решења о промени термина рочишта за главну расправу	39
- Јединствени супарничари	40
- Дозвољеност ревизије.....	41
- Дозвољеност ревизије у стечајном поступку	43
ПРОЦЕСНО ПРАВО - ИЗВРШНИ ПОСТУПАК	45
- Извршење на основу веродостојне исправе и поступак као по приговору против платног налога	45
- Недопустивост извршења на основу земљишно-књижног решења о упису хипотеке.....	47

.....	СТВАРНО ПРАВО	
49		
- Својинско-правна заштита власника од узнемиравања и застарелост потраживања накнаде штете		49
- Престанак личне службености права становања		51
ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО		53
- Прекорачење граница овлашћења		53
- Закључење уговора од стране неовлашћеног лица		54
- Закључење уговора о отпуштању дуга путем конклюдентне радње		56
- Позивање на ништавост уговора трећих лица од стране фиктивног купца		57
- Допуштена делатност државних органа у ратном стању и право на накнаду штете		58
- Солидарна одговорност за вишеструко узроковану штету и одговорност општине за штету због незаконитог и неправилног рада органа локалне самоуправе		60
- Одговорност за штету од опасне ствари		65
- Одговорност за проузроковање саобраћајне незгоде		66
- Накнада штете за душевне болове због повреде угледа и части		67
- Паулијанска тужба		68
- Почетак рока застарелости накнаде нематеријалне штете		70
- Допуштеност конверзије девизног потраживања и курс валуте испуњења		73
- Ослобађање комисионара од обавезе накнаде штете комитенту		74
РАДНО ПРАВО		76
- Отказ уговора о раду због непоштовања радне дисциплине		76
- Одрицање од права на отпремнину		77
- Неостваривање предвиђених резултата рада		77
- Начин обрачуна висине отпремнине и јубиларне награде		79
СТАМБЕНО ПРАВО		80
- Остваривање права на стан код стечајног дужника		80

ПОРОДИЧНО ПРАВО	82
- Ретроактивност одредаба Породичног закона у погледу рокова за подизање тужби у породичним споровима.....	82
МЕДИЈСКО ПРАВО	84
- Медијска слобода и повреда права личности	84
ТРГОВИНСКО ПРАВО	86
- Одрицање члана друштва од права на повраћај процењеног удела у друштву	86
- Раскид уговора о купопродаји друштвеног капитала због делимичног неизвршења.....	87
- Поништај уписа који је извршен на основу исправе донете у законито спроведеном поступку.....	89
- Одговорност холдинга за обавезе оснивача.....	91
УПРАВНО ОДЕЉЕЊЕ	
<i>СЕНТЕНЦЕ</i>	95
- Право на успостављање ранијег режима.....	95
- Одлука тендерске комисије	98
- Оснивач радње који је осигураник по основу обављања самосталне делатности је обезник плаћања доприноса за пензијско и инвалидско осигурање без обзира што се делатност радње води преко пословође	99
- Карактер акта о издавању водопривредних услова.....	100
- Карактер акта урбанистичког инспектора и налагање оглашавања ништавим урбанистичке дозволе	101
- Дозвољеност захтева за ванредно преиспитивање решења о прекршају	102
- Испуњеност услова за подношење захтева за ванредно преиспитивање правноснажног решења о прекршају.....	104
- Право на покретање управног спора због "ћутања администрације"	105
- Остваривање права на дечији додатак у смислу одредбе члана 6. Закона о финансијској подршци породици са децом	106

- Разлог ништавости предвиђен изричитом законском одредбом.....107
- Заступник и посредник у осигурању108
- Право на остваривање дечијег додатка родитеља за дете које се школује у школи ван места пребивалишта.....109
- Примена члана 28. Закона о порезима на имовину.....110
- Примена члана 74. став 5. у вези члана 3. Закона о здравственој заштити111
- Примена члана 80. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената.....113
- Намера као биће прекршаја114
- Примена члана 62. став 4. Закона о основама система образовања и васпитавања.....116

III - СЕНТЕНЦЕ ИЗ ОДЛУКА ВИШЕГ ТРГОВИНСКОГ СУДА..117

- Претходно питање као разлог за обавезан застој у поступку по тужби због повреде жига.....119
- Пресуда због пропуштања у парници по основу веродостојне исправе.....120
- Савесност градитеља као услов за стицање својине по основу градње на туђем земљишту122
- Дозвољеност правног лека на решење стечајног већа донетог по приговору на закључак стечајног судије којим је оспорено потраживање повериоца.....123
- Престанак дужности в.д. директора одређеног планом реорганизације124

IV - ОГЛЕДИ

- Сима Аврамовић,
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду
**АНТИЧКО ПОРЕКЛО САВРЕМЕНИХ ПРИНЦИПА
У ПРАВОСУЂУ**127
- Љубиша Лазаревић, Правни факултет, Београд
**КРИТИЧКИ ОСВРТ НА НЕКА РЕШЕЊА
У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ**133

Љубица Кнежевић-Томашев, Судија за малолетнике Окружног суда у Београду ПРИМЕНА ЗАКОНА О МАЛОЛЕТНИМ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА И КРИВИЧНОПРАВНОЈ ЗАШТИТИ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА	156
Др Бранко Лубарда, редовни професор Правног факултета у Београду ЗАКОН О РАДУ И ЕВРОПСКИ РАДНИ СТАНДАРДИ	168
Проф. др Зоран Р. Томић ДИСКРЕЦИОНА ОЦЕНА У УПРАВНОМ ПРАВУ	187
Мирјана Мирков, директор Сектора за спровођење пензијског и инвалидског осигурања у Дирекцији фонда запослених ПРИМЕНА ПОЈЕДИНИХ ОДРЕДАБА ЗАКОНА О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О ПЕНЗИЈСКОМ И ИНВАЛИДСКОМ ОСИГУРАЊУ КОЈЕ СЕ ОДНОСЕ НА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ИЗ ПЕНЗИЈСКОГ И ИНВАЛИДСКОГ ОСИГУРАЊА	206
Жељко Симић, начелник Одељења за матичну евиденцију у Дирекцији фонда за пензијско и инвалидско осигурање запослених УГОВОРЕНИ ПОСЛОВИ (УГОВОРЕНЕ НАКНАДЕ) У ОБАВЕЗНОМ ПЕНЗИЈСКОМ И ИНВАЛИДСКОМ ОСИГУРАЊУ	225

I
ДОКУМЕНТА

*Вида Петровић-Шкоро,
председник Врховног суда Србије*

УВОДНО ИЗЛАГАЊЕ НА ГОДИШЊЕМ САВЕТОВАЊУ СУДИЈА "СУДИЈСКИ ДАНИ" 2006. ГОДИНЕ

Поштоване колегинице и колеге, драги и уважени гости

Велико ми је задовољство и част да поздравим учеснике традиционалног Саветовања судија Србије, чији је организатор Врховни суд Србије. Највиши суд наше земље, у овој години, обележава 160 година свог постојања, што представља јубилеј целокупног судског система, наше државности, у коме 160 година судске одлуке у свим инстанцама искључиво доносе судије у судовима. Пре 160 година, оснивањем највишег суда стекли су се услови за развијање независне судске власти, која се гради и одржава ауторитетом судије и суда. На овај начин стекли су се и услови да држава обезбеђује владавину права.

У години јубилеја Врховног суда Србије, а тиме и целог правосуђа, Србија је добила и предлог Устава у коме је Врховни суд Србије и даље уставна категорија, што је постао и високи савет судства. Судије су стекле коначно право на коришћење жалбе Уставном суду против одлука Високог савета. У њему и даље постоји предвиђена једна од основних гаранција судске независности, сталност судијске функције. Судска власт која се огледа у судијском ауторитету разликује се управо од друге две гране власти сталношћу своје функције.

Нови Устав захтева доношење новог уставног закона. Многи сматрају да је ово нужан тренутак за општи реизбор судија. Неки у овоме виде могућност лустрације судија, која до сада није извршена. Други као разлог наводе да и судска власт, као и друге две гране власти, мора претрпети промену због квалитативне провере и ове власти.

Судство се не боји реизбора. Поновићу, судство своју власт црпи из свог ауторитета. Ауторитет се не може градити уколико немамо тачно утврђен систем реизбора који ће обезбедити постојање основних стандарда који гарантују стварање квалитетног, независног судства. То је могуће ако се обезбеди независно стручно тело које ће вршити реизбор. Правда и право се понекад не подударају. Право и лаичка жеља не иду истим кораком. Рад и квалитет судије зато могу да оцењују само правни ауторитети, не и ланци који не могу да цене професионалност и стручност.

Критеријуми сваког избора, па и општег реизбора морају бити тачно утврђени, транспарентни, упоредиви, да би се обезбедило да се избор врши само на основу стручности, савесности и достојности. Реизбор свих судија, чији је број велики, захтева потребно време, да би се спречила произвољност и обезбедила објективна примена мерила која се морају разрадити, да би реизбор обезбедио ефикасне судије које су од интегритета и знања.

Сложићу се са оценама оних који кажу да реизбор због побољшања стања у судству може бити могућ само ако се изврши квалитетно обезбеђење тела који ће га вршити, мора се утврдити процедура и критеријуми. У супротном имаћемо кризу ове гране власти.

У каквом стању је судство у овоме тренутку? Већ две године обележене су великом законодавном делатношћу. Судије су добиле нове законе који регулишу грађанску, кривичну и извршну процедуру. Донет је посебан Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела, Закон о високо-технолошком криминалу, низ нових закона који регулишу привредне односе, Закон који регулише породичне односе, Закон о државним службеницима, Закони који регулишу рад агенција. Оволики број нових законских решења отежава рад судова који морају да прихвате многе новине, примене их.

Нажалост, показало се оправданим прошлгодишње постављено питање на саветовању, да ли ће се стећи услови за реализацију почетка рада новог Управног суда, апелационих судова и функционисање постојећих општинских и окружних судова са новом надлежности 1.1.2007. године. За испуњење рока био је потребан веома координисан рад све три гране власти, у тачно одређеним и усклађеним роковима, и обезбеђеним одговарајућим буџетом. Бојазан судства да то неће да се испуни, сада је реалност. У законској процедури је предлог за измену закона и утврђење но-

вог рока са предлогом да се одложи за 1. септембар 2008. године. Мора се поново поставити питање да ли је ово добро одређен рок да се стекну услови за његову реализацију.

Судство, због очигледне некоординисаности у раду три гране власти преживљава тешке тренутке. Управни суд као специјализован није конституисан. Управно одељење Врховног суда Србије добило је надлежност да одлучује у свим споровима који се покрећу након доношења коначних управних аката у многим агенцијама које су формиране, посебно агенцијама везаних за привредне односе који су хитни у решавању. Ово Одељење одлучује о предметима везаним за одлуке министарства по Закону о извршењу кривичних санкција. Нови Закон о државним службеницима од 1.7.2006. године увео је надлежност Управног одељења Врховног суда за одлучивање о радним односима државних службеника запослених у целокупној државној управи, царинама, судовима, МУП-а. Ови спорови су по закону хитни. Исто Одељење је надлежно и да одлучује о споровима проистеклим из примене Закона о радиодифузији, Закона о ПДВ. Од раније постојећег Суда Србије и Црне Горе преузето је 4.322 предмета, за које суд нема обезбеђене просторије. Врховни суд и даље нема суднице.

Нови закони из кривичне области, посебно Закон о малолетним учињоцима кривичних дела, Закон о високо-технолошком криминалу, увођење војних одељења у окружне судове и постојање Посебних одељења у Београду за организовани криминал и Већа за ратне злочине, повећали су број предмета у кривичним одељењима окружних судова. Посебно је отежан рад Врховног суда Србије као жалбеног за све одлуке окружних судова. Кривично одељење овога суда сада је и трећестепено, јер је Закон о кривичном поступку увео нове правне лекове. Организација посла у овоме одељењу, која би омогућила поштовање законских рокова, постаје веома тешка.

Измене Закона о парничном поступку довеле су до убрзања поступака што је довело до повећања броја предмета у окружним судовима. Врховни суд је добио додатне надлежности у вези нових правних лекова. Апелациони судови нису оформљени да би се извршила равномерна расподела предмета.

Нови Закон о рехабилитацији није прописао процедуру. Врховни суд Србије је заузео одређене правне ставове да би се превазишли настали

проблеми у могућој мери. Хитно је тражио од свих надлежних да се закон допуни због његове нормалне примене. С обзиром на потребу формирања мешовитих већа од судија из кривичних, парничних и управних одељења у окружним судовима, потом у Врховном суду, те обезбеђења потребних услова, судница, довољног броја дактилографа и службеника у писарницама, очигледно је да нису створени услови да се ефикасно поступа.

Сви донети закони предвидели су надлежности као да су нове врсте судова већ конституисане те да је успостављена нова надлежност већ постојећих судова.

Скуштина још увек није усвојила предложену хитну промену Закона о судовима којим би се омогућило да у оваквим условима, у ороченом периоду Високи савет правосуђа може да упути судију нижег степена у виши суд под условом да испуњава законске услове за рад у том суду и тако делимично реши настале проблеме.

Нису обезбеђене потребне судске зграде до 1. јануара 2007. године. Нажалост и потребна средства у буџета су и за 2006. годину била предвиђена у мањем износу него у претходној години у којој са предвиђеним буџетом судство није могло нормално да функционише. Дуговања судова за материјалне трошкове за обавезне одбране адвоката, трошкове вештачења у кривичним поступцима, привођење окривљених из притвора и затвора, те трошкове за струју, воду, пошту, телефоне износио је 633.339.260,00 динара тј. 7.279.761 евра, а 1. августа порастао на 658.718.456,00 динара тј. 7.940.000 евра. Судство се суочило са штрајком адвокатури, због чега је дошло до одлагања кривичних поступака у којима су одређене службене одбране. Судска власт, која већ има проблеме неажурности, квалитета, на овај начин додатно губи ауторитет.

Судије целе године нису имале повећање плата. Радни људи који су стекли статус државних службеника и намештеника имају веома ниска примања и неизвесност колика ће бити од следеће године.

Ради упознавања са проблемима у раду судова и потребе да се успостави рационална мрежа судова, одржан је састанак са председницима скупштине и Владе, председником државе и министром правде. Нужно је створити услове да судство може да обезбеди квалитетну и правовремену заштиту права грађана и на тај начин функционисање правне државе. О

нерешеним проблемима представници друге две гране власти редовно се обавештавају.

Морамо се суочити са чињеницом да и поред релативно малог броја предмета у општинским судовима, ажурност још увек није довољна. У појединим окрузима квалитет рада, исказан кроз број укинутих одлука указује на потребу нашег великог залагања да отклонимо највећи проблем српског правосуђа, неефикасност и често квалитет.

Проблеми у правосуђу огледају се веома очигледно кроз број притужби. Служба Врховног суда која проверава наводе притужби и на њих одговара, од прошле године постигла је потпуну ажурност. У законом прописаном року до 15 дана не одговара грађанима само у ситуацији када нижестепени судови у року не доставе потребна обавештења. Нужна је сарадња свих судова у Србији у доброј комуникацији и ефикасном поступању у отклањању неправилности у раду, да би омогућили смањење притужби којих је за последњу годину било 1.374, и решено 1.245. У раду је тренутно 129 предмета. Председник Врховног суда примила је, извршила потребне провере, одговорила и по потреби предузела одређене мере у 274 притужбе.

Да би се остварила потпуна транспарентност у раду суда, а што представља један од основних реформских циљева предвиђених у усвојеној стратегији, Врховни суд на своме сајту објављује све податке везане за његов рад и рад целокупног правосуђа. Редовно издаје информатор и одговора преко овлашћених повереника грађанима по захтевима за слободан приступ информацијама од јавног значаја. Од октобра прошле године до данас по овоме основу дато је укупно 59 одговора.

Преко портпарола објављено је око 70 саопштења за јавност, редовно их објављује и на сајту суда. Организоване су две конференције за новинаре. Омогућени су свакодневни контакти са новинарима и уредницима поводом дневних актуелних информација о раду Врховног суда Србије и судства у целини.

Осврнућу се на рад правосуђа у периоду од октобра прошле године и првих шест месеци 2006. године. Код судова опште надлежности било у раду 1.478.517 предмета. У првом полугодишту ове године у односу на исти период претходне године у Србији је већи прилив предмета за 202.768, и то највише у оркужним судовима. Решено је више него у истом

периоду прошле године 160.446 предмета, али због већег броја предмета, прилив није савладан за 18.970 предмета. Укупна ажурност је незнатно побољшана са 5,7 на 5,1 месечног прилива. Гледано по материјама веома је битно да је ажурност побољшана у кривичној материји, истрагама и првостепеном кривичном поступку, другостепеном кривичном поступку, првостепеном грађанском поступку и извршењу. До погоршања ажурности дошло је у другостепеном грађанском поступку и управним споровима, као очигледна последица нове законске регулативе и непостојања адекватних судова.

Погоршање ажурности у раду управних одељења представља нужну последицу промене законодавне делатности. За првих шест месеци, без предмета примљених од Суда Србије и Црне Горе, Врховни суд је примио 3.399 предмета а сви окружни судови у Србији 2.526 предмета. У првој половини године остало је нерешено 10.799 управних предмета од тога у Врховном суду 9.338. Ово је узроковало погоршање ажурности, и показало нужност конституисања Управног суда. И међународна заједница уочила је ове проблеме. У извештају господина Прибеја са састанка унапређења сталног дијалога Србије и Европске Уније одржаног у Београду 26. јула 2006. године указано је на озбиљну забринутост због поновног одлагања успостављања административних и апелационих судова. Инсистирано је на томе да се нађу неопходна средства за овај важан приоритет.

Врховни суд је преко свог саветника за европске интеграције активно укључен у рад и унапређење сталног дијалога Европске Уније и Србије.

Кривично одељење Врховног суда Србије у односу на исти период претходне године имало је повећан прилив за 16,52%, а побољшало је ажурност. Грађанско одељење је задржало ажурност на истом нивоу као претходне године.

У привредном судству Србије дошло је до побољшања ажурности, судство је растерећно једног броја предмета који су прешли у надлежност агенција. У већини судова и квалитет рада је задовољавајући.

На основу изнетих података, може се закључити да су у првом полугодишту 2006. године задовољавајући резултати. Због неуједначеног прилива предмета, оптерећење судова и судија је веома неравномерно.

Судство је извршило свој део обавеза везаних за законски рок почетка рада нових судова. Високи савет правосуђа је у складу са законом, у прописаним роковима, утврдио Оквирна мерила за одређивање броја судија у судовима опште надлежности и посебним судовима. На основу њих донео је предлог одлуке о броју судија и судија поротника у судовима. Користио се само објективним показатељима, не улазећи у правно-политичке разлоге за постојање седишта одређених судова. Они ће представљати критеријум за утврђење седишта судова које ће се одредити законом о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва. Утврђење постојања оваквих разлога није у надлежности Високог савета, већ предлагача овога закона, Министарства правде. При усвајању овога закона само један од критеријума за утврђење седишта судова биће и потребан број судија.

Од прошлогодишњег саветовања судија Србије одржано је 20 седница Високог савета правосуђа у ужем саставу за судије и шест седница у проширеном саставу. Народној скупштини у овоме периоду предложено је за избор 36 председника судова и 106 судија. Од предложених кандидата за избор судија, за сада, нису изабрана само два предложена кандидата.

Нажалост, Скупштина и протекле године није успела да прати динамику рада Високог савета. Још увек није одлучила о предлозима одлука које је Високи савет правосуђа утврдио на седницама од 22. маја, 2, 9, 27. и 14. јула 2006. године. Скупштински одбор за правосуђе, због недостатка кворума не заседа од новембра месеца 2005. године, што за последицу има немогућност престанка судијске функције судијама који су испунили услове за истицање радног века. На места десетина судија, које више не могу да обављају своје судијске функције не могу бити биране друге судије. То представља и буџетски проблем који не може решити судска власт.

За протеклих годину дана редовно су одржани састанци председника окружних судова. Ради бољег сагледавања проблема који су специфични за сваки округ установљен је и нов начин рада, састанци председника окружног и подручних судова. Извршене су детаљне анализе рада округа Београд, Ваљево, Јагодина, Краљева, Пожаревца, Смедерева, Ужица, Шапца и Сомбора.

Одржан је заједнички састанак председника свих трговинских судова у Србији на коме је извршена анализа рада овога дела правосуђа за шест месеци.

Већа из Кривичног, Грађанског и Управног одељења Врховног суда Србије, свако за своју материју, редовно обилазе подручне судове према годишњем распореду. Суд и даље прати примену нових одредаба Закона о парничном поступку у судовима Србије.

Велики број нових закона ствара сталну потребу за усавршавањем судија. Ово представља њихово право. Користимо га и даље у највећој мери преко Правосудног центра, а и посебно организованих специјализација које омогућавају размену искуства са колегама из других земаља уз помоћ међународних организација. Остварена је сарадња судија Врховног суда и судија из Холандије. Судство Србије и Врховни суд и даље остварују интензивну сарадњу са међународним организацијама UNDP, USAID, CCA-SA, GTZ, Фонд за отворено друштво ABA CEELI, OSCE, Савет Европе, као и већим бројем амбасада.

Настављена је сарадња са Правним факултетом у Београду и Нишу са којим је закључен протокол о сарадњи, и са Правним факултетом у Крагујевцу.

Одржавају се заједнички састанци са председницима адвокатских комора у Србији од којих је један био у Новом Саду.

Проблем статуса наших колега са Космета и даље је нерешен. Један број судија премештен је трајно у друге судове. Председник Врховног суда донео је и 33 решења о упућивању судија на рад у друге судове до годину дана. Од тога 27 решења о упућивању, односи се на судије са територије Косова и Метохије.

Председник Врховног суда за протеклих годину дана донео је за четири судије решења о суспензији због покретања кривичних поступака, а где није одређен притвор. Донета су још три решења о обавезној суспензији у случајевима када је против судија одређен притвор. Овај број указује да смо спремни да се суочимо са појединачним одговорностима, и да функционишемо као судски систем непристрасно у односу на своје колеге. Број покренутих кривичних поступака потврђује да постоје појединачни проблеми, судије могу а и морају да очувају углед и поверење грађана.

Сви заједно морамо својим квалитетом и професионалним радом допринети да се оствари очување угледа и поверења у судство, одржи судски ауторитет, у коме се огледа судска власт.

У овој години стигла је и прва одлука суда из Стразбура. Утврђено је кршење права на правично суђење подносиоца представка и то презумпције невиности, судском одлуком. Не би се сложила да после више од две и по године чланства у Савету Европе прва, и за сада једина, одлука може да представља слику неквалитетног судства. Ово је једна одлука, биће их још као што је и у другим земљама, али свакако представља упозорење и подстрек на даљи рад судија на свом усавршавању и залагању на отклањању могућих грешака. Судство треба да омогући да се у националном судском систему изврши заштита људских права. Сигурна сам да ћемо ово постићи. Врховни суд сарађује са нашим агентом, да би пратио, на време уочио проблеме у раду судова, ради његових отклањања.

Судство ове земље већ више од два века обезбеђује заштиту права, Врховни суд Србије 160 година обезбеђује и јача владавину права, и поновићу, овај ће суд надживети све нас. Када му буде 200, 300 година живота нека буде још бољи, успешнији, ми ћемо бити и тада његов део, као историја. Нека и тада, буде врхунски судски гарант владавине права у Србији.

Желим вам свима успешан рад на овоме саветовању, размену правних схватања, чиме ћемо допринети јачање судијског ауторитета. Желим вам дружење.

II

ГРАЂАНСКО ОДЕЉЕЊЕ

ПРАВНА СХВАТАЊА

НАЧЕЛНИ ПРАВНИ СТАВ

ПОСТУПАК РЕХАБИЛИЗАЦИЈЕ

О захтевима за рехабилитацију по Закону о рехабилитацији који је ступио на снагу 25. априла 2006. године окружни суд одлучује сходно правилима ванпарничног поступка.

(Начелни правни став усвојен на Општој седници Врховног суда Србије од 17. маја 2006. године)

ПРАВНА СХВАТАЊА

ПОСТУПАК ПО ЗАКОНУ О РЕХАБИЛИТАЦИЈИ

Поступак по Закону о рехабилитацији је једностраначки.

Изузетно првостепени суд може признати својство учесника у поступку физичком и правном лицу који имају правни интерес да учествују у поступку.

Образложење

У примени Закона о рехабилитацији (фаза покретања поступка) спорна су два питања: **а)** да ли је поступак једностраначки или двостраначки; и **б)** да ли је у поступку допуштено учешће других физичких или правних лица који имају правни интерес да у поступку учествују било да подрже предлог заинтересованог лица било да се њему противе?

аа) Присталице једностраначког карактера поступка сматрају да такав закључак произилази из језичког и циљног тумачења законских решења и то из члана 3. по коме се захтев за рехабилитацију подноси окружном суду према пребивалишту, односно седишту подносиоца захтева... Закон прописује шта садржи захтев (личне податке лица чија се рехабилитација захтева и доказ о оправданости) при чему се о постојању друге стране (противника предлагача) не каже ништа; из члана 4. који говори о јавном поступку, а не и контрадикторном поступку. Јавност се не може

поистовећивати са контрадикторношћу и означава начело по коме је на расправи дозвољено присуство електронских и писаних медија, најшире публике и евентуално других заинтересованих лица који немају право учешћа; из члана 4. став 2. који садржи правило о официјалном карактеру поступка по коме суд прибавља потребна документа и податке од надлежних државних органа ...; и из члана 6. по коме је дозвољена жалба Врховном суду Србије само против решења о одбијању захтева за рехабилитацију. Да је закон мислио и на постојање противника предлагача јасно би формулација члана 6. била друкчија, примера ради "против решења о рехабилитацији дозвољена је жалба...".

Ванпарнични поступци у принципу могу бити двостраначки (најчешћи случај), вишестраначки (расправљање заоставштине са више учесника) и једностраначки (примера ради проглашење несталог лица за умрло, амортизација исправа, састављање и овера исправа итд.). Зато је, сматрају присталице овог схватања неприхватљиво становиште да ванпарнични поступак по правилу мора имати другу страну, а ако је једностраначки закон се о томе изричито изјаснити.

И циљно тумачење упућује на закључак да је поступак једностраначки. Наиме, у упоредном праву поступак рехабилитације не спроводе увек судови већ и државне комисије по правилима управног поступка. У том поступку постоји однос орган – странка о чијем се праву одлучује и поступци су углавном једностраначки. Законодавац се у овој материји одлучио да судови поступају по угледу на комисије (троје судија професионалаца у првом степену и петоро у другом), поверавајући поступак суду као независном и непристрасном државном органу, чија одлука у начелу има већи ауторитет. Са друге стране између предлагача, заинтересованог лица – учесника и државе нема конфликта и сукоба интереса јер држава жели да рехабилитује грађане који су били жртве политичких и идеолошких закона. Било је тешко и одредити ко би био противник предлагача у ситуацији када се рехабилитују жртве не само казних закона (рехабилитација је превасходно кривично-правни појам) већ и жртве других закона.

Присталице другог схватања сматрају да поступак мора бити двостраначки имајући у виду његов значај и чињеницу да ће примена закона у будућности произвести значајне имовинске ефекте чији је обим у овом тренутку тешко прогнозировать. Аргументација за овај став је и начелни

став заузет на општој седници Врховног суда од 17.5.2006. године који гласи: "На правне празнине и Законе о рехабилитацији сходно ће се примењивати општа правила Закона о ванпарничном поступку". Зато су мишљења да у поступку мора учествовати противник предлагача.

бб) Присталице једностраначког карактера поступка сматрају да у поступку не може бити других учесника било са потребом подржавања и оправдања предлога заинтересованог лица, било са положајем противника предлагача имајући у виду језичко и циљно тумачење.

Са друге стране противници овог става сматрају да је оправдано дозволити учешће другим заинтересованим правним и физичким лицима, организацијама и удружењима, без њиховог права на жалбу јер могу допринети утврђивању истине. Упориште за ово становиште представља садржина члана 3. Закона о ванпарничном поступку по коме суд може својство учесника признати и други право заинтересованим лицима.

На седници Грађанског одељења већином гласова прихваћено је схватање да је поступак једностраначки из свих истакнутих разлога, а такође и већином гласова је прихваћено становиште да изузетно првостепени суд може дозволити другим заинтересованим лицима учешће у својству учесника ради утврђивања истине.

(Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђено на седници од 13. јуна 2006. године)

ПРАВНИ СТАВОВИ УСВОЈЕНИ У ПОСТУПКУ РЕШАВАЊА СПОРНОГ ПРАВНОГ ПИТАЊА ПО ЧЛАНУ 176. ЗПП ПРИМЕНА ОДРЕДБЕ ЧЛАНА 31. ЗАКОНА О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О ПРИВАТИЗАЦИЈИ У ИЗВРШНОМ ПОСТУПКУ

Нова одлука Агенције за приватизацију Републике Србије о реструктурирању истог субјекта приватизације – извршног дужника има правна дејства раније донете одлуке о његовом реструктурирању и спречава наставак прекинутог поступка и спровођења новог извршења.

Образложење:

Општински суд у Новом Саду упутио је Врховном суду Србије захтев за решавање спорног правног питања, у коме је наведено да је током 2004. године тај суд донео више решења о извршењу против дужника - предузећа, по предлозима поверилаца - запослених радника, ради наплате потраживања неисплаћених зарада, пленидбом новчаних средстава на рачуну дужника и преносом заплених износа на рачун поверилаца (извршни наслови су правноснажне пресуде), с тим што су донета решења о прекиду поступка спровођења извршења, на основу чл. 20. став 4. Закона о приватизацији ("Сл. гласник РС" бр. 38/01), с обзиром да је 28.10.2003. године Агенција за приватизацију РС донела одлуку о реструктурирању предузећа - дужника. Дана 9.6.2006. године повериоци су поднели предлоге за наставак поступка спровођења извршења позивајући се на одредбе чл. 31. став 1. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији ("Сл. гласник РС", бр. 45/05), пошто је протекао рок од годину дана од дана ступања на снагу овог Закона, у коме се против субјекта приватизације, односно над његовом имовином није могло одредити или спровести принудно извршење нити било која мера поступка извршења ради намирења потраживања. Међутим, 8.6.2006. године Агенција за приватизацију РС донела је на основу чл. 9. став 1. тач. 7. Закона о Агенцији за приватизацију ("Сл. гласник РС" бр. 38/01 и 135/04), а у вези чл. 20. став 2. Уредбе о поступку и начину реструктурирања субјекта приватизације ("Сл. гласник РС" бр. 52/05) одлуку о покретању новог реструктурирања субјекта приватизације - дужника. У допису Агенције за приватизацију упућеном суду потврђено је да је доношењем означене одлуке започет нови поступак реструктурирања предузећа.

Разлог због кога се Општински суд обратио Врховном суду за решења спорног правног питања је тај што подносилац захтева сматра да из одредаба Закона о приватизацији недвосмислено не произилази да одлука о покретању новог реструктурирања, донета на основу чл. 20. став 2. Уредбе о поступку и начину реструктурирања субјекта приватизације има правно дејство одлуке о реструктурирању из чл. 7. Уредбе, односно да се, у конкретном случају, поступци спровођења извршења, који су прекинути на основу чл. 20. став 4. Закона о приватизацији, јер је донета одлука о реструктурирању дужника, могу наставити с позивом на одредбу чл. 31. став 1. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, а

након што је, пре истека рока од годину дана од дана његовог ступања на снагу, донета одлука о покретању новог реструктурирања (чл. 20. тач. 2. Уредбе), тј. да се по протеклу рока од годину дана од ступања Закона на снагу, може против извршног дужника - субјекта приватизације, дозволити извршење или се има применити чл. 31. став 2. Закона.

У списима се налазе одлуке Агенције за приватизацију РС о реструктурирању предузећа - дужника од 28.10.2003. године и о покретању новог реструктурирања од 8.6.2006. године.

Одредбом чл. 20. став 4. Закона о приватизацији одређено је да у току спровођења реструктурирања повериоци не могу да предузимају радње ради принудне наплате својих доспелих потраживања.

Према чл. 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, против субјекта приватизације, односно над његовом имовином, за који је до дана ступања на снагу овог Закона донета одлука о реструктурирању, не може се одредити или спровести принудно извршење нити било која мера поступка извршења, ради намирања потраживања у року од годину дана од дана његовог ступања на снагу, а ако одлука о реструктурирању субјекта приватизације није донета до дана ступања на снагу овог Закона, против субјекта приватизације, односно над његовом имовином, принудно извршење не може се одредити или спровести у року од две године од дана доношења одлуке о реструктурирању, док се поступак принудног извршења који је у току, прекида.

Чланом 9. став 1. тач. 7. Закона о Агенцији за приватизацију регулисано је да у обављању послова спровођења приватизације, Агенција спроводи реструктурирање у поступку приватизације или упућује захтев надлежном органу да спроведе реструктурирање у поступку приватизације.

Уредба о поступку и начину реструктурирања субјекта приватизације у члану 20. тач. 2. предвиђа да ако у обављању послова контроле спровођења реструктурирања наступе околности из којих произилази да спровођење програма реструктурирања није могуће, делимично или у целини, Агенција за приватизацију може да покрене ново реструктурирање. Члан 7. ове Уредбе гласи: "Агенција покрене реструктурирање субјекта приватизације доношењем одлуке о реструктурирању. Одлука из става 1. овог члана доноси се, нарочито, у случајевима: 1. немогућности спровођења поступка приватизације субјекта приватизације у постојећем статусу

сном, односно организационом облику или у постојећој правној форми; 2. немогућности спровођења поступка приватизације субјекта приватизације са постојећом структуром капитала; 3. када обавезе субјекта приватизације превазилазе укупну вредност активе умањену за износ губитка текуће и ранијих година".

На седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 30.06.2003. године усвојено је правно мишљење у вези примене одредбе члана 20. став 4. Закона о приватизацији у извршном поступку, објављено у Билтену судске праксе бр. 3, децембра месеца 2005. године (суд ће позивом на одредбу чл. 20. став 4. Закона о приватизацији прекинути само поступак спровођења а не и поступак извршења принудне наплате новчаног потраживања, одређеног решењем о извршењу, донетим пре датума покретања поступка реструктурирања извршног дужника. Суд ће дозволити предложено извршење ради намирења новчаног потраживања и у случају када је такав предлог поднет након покретања поступка реструктурирања, али ће истовремено са решењем о дозволи извршења донети решење о прекиду поступка његовог спровођења).

Дакле, Закон о изменама и допунама Закона о приватизацији ступио је на снагу 8.6.2005. године, одлука о реструктурирању предузећа - дужника донета је 28.10.2003. године, а одлука о покретању новог реструктурирања 08.06.2006. године.

Из образложења одлуке Агенције за приватизацију Републике Србије од 08.06.2006. године о покретању новог реструктурирања дужника произилази да је донета зато што је у обављању поступка контроле спровођења реструктурирања Агенција за приватизацију утврдила да су наступиле околности услед којих спровођење програма реструктурирања није могуће и да је покренуто ново реструктурирање ради омогућавања предузимања мера којима би се омогућило спровођење реструктурирања. С обзиром да је чланом 32. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији предвиђено да се одредбе овог Закона примењују на субјекте приватизације који се реструктурира у поступку приватизације за који до дана ступања на снагу овог Закона, Агенција није донела одлуку о прихватању програма реструктурирања, извесно је да у овом случају има места примене чл. 31. став 2. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији, пошто је очигледно да је одлука о покретању новог реструктурирања ду-

жника уследила управо из разлога што Агенција није донела одлуку о прихватању програма реструктурирања у вези првобитне одлуке о реструктурирању предузећа од 28.10.2003. године. Ово је у складу са циљем и начелима приватизације, уређеном поступку и начину реструктурирања субјеката приватизације и постојањем могућности да се, у тачно одређеним случајевима, покрене ново реструктурирање предузећа.

При том, рокови из чл. 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији предвиђени су ради убрзања поступка приватизације од доношења одлука о приватизацији, а прекид извршног поступка одређен да би се реструктурирање спровело и привредни субјект довео у стање економске стабилности.

Када Агенција за приватизацију има овлашћење да покрене ново реструктурирање због непредвиђених потешкоћа у том процесу и о томе донесе одлуку, очигледно је да за то постоји оправдани циљ и да је то једна од мера да би се омогућило спровођење реструктурирања, а избегао стечај, који је најнеповољнији по права запослених. Доношење, пак, новог решења о реструктурирању, значи, поштовање рокова за прекид поступка из чл. 31. Закона о изменама и допунама Закона о приватизацији.

(Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђено на седници од 7. новембра 2006. године)

СУДСКА ПРАКСА
СЕНТЕНЦЕ

СЕНТЕНЦЕ

ПРОЦЕСНО ПРАВО - ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК

ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ И УПОЗОРЕЊЕ НА ПОСЛЕДИЦЕ ИЗОСТАНКА СА РОЧИШТА

Расправно начело је елеменат права на правично суђење, па презумпција о повлачењу тужбе због тужиочевог неоправданог изостанка са рочишта за главну расправу не наступа кад странка није упозорена на законске последице изостанка са рочишта.

Из образложења:

Тужиоца је у овој парници по пуномоћју од 3.3.2004. године заступала адвокат В.М. којој је на рочишту за главну расправу одржаном 28.4.2005. године саопштен дан и час одржавања наредног рочишта - 4.10.2005. године у 12 часова. На ово рочиште у својству парничне странке позван је и законски заступник тужиоца.

Поднеском од 17.6.2005. године пуномоћник тужиоца адвокат В.М. је обавестила суд да је тужиоцу отказала пуномоћје и предложила да суд упути тужиоцу налог са претходног рочишта, због претњи које јој директор тужиоца упућује и због прекида њихове комуникације.

Како првостепени суд после отказа пуномоћја није упутио тужиоцу позив за главну расправу за 4.10.2005. године са упозорењем, из члана 108. став 3. у вези члана 296. став 2. Закона о парничном поступку - ЗПП ("Службени гласник РС", 125/04), на законске последице изостанка са рочишта, обзиром да се у случају неоправданог изостанка тужиоца и туженог са рочишта за главну расправу - тужба сматра повученом, у поступку пред првостепеним судом учињена је битна повреда из члана 361. став 2. тачка 7. ЗПП, па за доношење побијаног решења, у смислу члана 296. став

2. ЗПП, којим је утврђено да је тужба повучена, нису били испуњени законски услови.

Осим тога, уручење позива за саслушање странака законском заступнику са упозорењем да ће се на рочишту изводити доказ саслушањем странака и да странка која дође на рочиште може бити саслушана у одсуству друге странке (члан 266. став 2. ЗПП) не представља истовремено и упозорење из члана 108. став 3. у вези члана 296. став 2. ЗПП (на законску презумпцију о повлачењу тужбе), јер су законске последице пропуштања различите, па је по оцени Врховног суда, странка која на ове законске последице изостанка са рочишта није упозорена, онемогућена да расправља пред судом, иако је расправно начело једно од елемената правичног суђења у смислу члана 5. Закона о парничном поступку и члана 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

*(Из решења Врховног суда Србије у Београду,
Гж 8/2006 од 2. фебруара 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

РАСПРАВНО НАЧЕЛО И ПРЕИНАЧЕЊЕ ТУЖБЕ

Расправно начело обавезује суд да туженом остави довољно времена за припремање ради расправљања о преиначеној тужби.

Из образложења:

Основано се жалбом туженог указује да је у првостепеном поступку учињена битна повреда из члана 361. став 2. тачка 7. Закона о парничном поступку - ЗПП ("Службени гласник РС", 125/04), обзиром да поступањем противно члану 193. став 4. у вези члана 194. став 1. и 2. ЗПП првостепени суд није омогућио туженом да расправља пред судом.

Тужени је страни држављанин са пребивалиштем и ефективним боравком ван територије Србије, па је првостепени суд, иако се повећању тужбеног захтева и постојању нових захтева уз постојеће који проистичу из истог чињеничног основа тужени не може противити, био дужан да одлучи о оваквом преиначењу тужбе и потом кад дозволи преиначење (само под условом да је за све захтеве и стварно надлежан) остави туженом вре-

ме да се може припремити за расправљање по преиначеној тужби уколико за то није имао довољно времена.

Поднесак којим је тужба преиначена уручен је пуномоћнику туженог 3.10.2005. године, захтев пуномоћника туженог од 7.10.2005. године за остављање примереног рока за изјашњење суд није прихватио, о преиначењу тужбе није одлучио, а главну расправу је одржао и закључио је 7.10.2005. године. Зато се жалбом туженог основано указује да је оваква повреда поступка из члана 361. став 2. тачка 7. ЗПП утицала на законитост и правилност побијане пресуде јер туженом није омогућено да расправља пред судом.

*(Из решења Врховног суда Србије у Београду,
Гж 40/2006 од 8. јуна 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

РАСПРАВНО НАЧЕЛО И ОСПОРАВАЊЕ НАЛАЗА ВЕШТАКА У ЖАЛБЕНОМ ПОСТУПКУ

Странка која пропусти да се изјасни о писменом налазу и мишљењу вештака који јој је уручен и неоправдано пропусти рочиште за главну расправу, заказано ради извођења овог доказа, на коме је вештак свој налаз и мишљење образложио и усмено, не може жалбом побијати пресуду због повреде права на расправљање и оспоравати чињенични налаз вештака.

Из образложења:

Према члану 300. Закона о парничном поступку - ЗПП ("Службени гласник РС", 125/04), свака странка треба у својим излагањима да изнесе чињенице потребне за образложење својих предлога, да понуди доказе потребне за утврђење својих навода, као и да се изјасни о наводима и понуђеним доказима противне странке. Странке могу у току целе главне расправе да износе чињенице и да предлажу нове доказе а могу и у току главне расправе благовремено да упућују поднеске, у којима ће навести чињенице које намеравају да изнесу на рочишту, као и доказе чије извођење намеравају да предложе. Кад председник већа заврши саслушање поједи-

ног сведока, вештака или странке, чланови већа, странка и њен заступник или пуномоћник могу им непосредно постављати питања (члан 303. став 1). У жалби се у смислу члана 359. став 1. ЗПП могу износити нове чињенице и предлагати нови докази само ако жалилац учини вероватним да их без своје кривице није могао изнети, односно предложити до закључења главне расправе.

Првостепени суд је 15.6.2005. године уручио туженој писмени налаз и мишљење вештака од 18.5.2005. године, на коме је засновао закључак о висини штете, али се тужена о овом налазу није изјашњавала, нити је приступила на рочиште за главну расправу 12.7.2005. године (иако је била уредно позвана), на коме је после саслушања вештака непосредно могла постављати питање вештаку, већ је примедбе на налаз вештака о вредности радова и материјала изнела тек у жалби противно одредбама члана 257. став 2, члана 300. и члана 303. став 1. у вези члана 359. став 1. ЗПП. Зато наводи ревизије о онемогућавању тужене да расправља пред судом о овом доказу нису основани.

*(Из пресуде Врховног суда Србије у Београду,
Рее 628/2006 од 18. маја 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

ПРИЗНАЊЕ СТРАНАЧКЕ СПОСОБНОСТИ КОНЗОРЦИЈУМУ ФИЗИЧКИХ ЛИЦА

Закон о приватизацији допушта удруживање страних и домаћих физичких лица ради куповине друштвеног капитала или имовине субјекта приватизације због чега се у том циљу основаном Конзорцијуму физичких лица мора признати и страначка способност у парници покренутој по тужби за раскид уговора у коме исти има својство купца друштвеног капитала.

Из образложења:

Побијана пресуда није захваћена битном повредом из члана 354. став 2. тачка 10. ЗПП. Тачно је да тужени Конзорцијум нема статус правног лица и самим тим ни страначку способност. Међутим, суд је овла-

шћен да изузетно призна својство странке и оним удружењима која немају страначку способност. Таква одлука се може донети са правним дејством у одређеној парници нарочито ако удружење располаже имовином на којој се може спровести извршење. То је изричито прописано одредбом члана 77. став 3. ЗПП. По том основу правно ваљано је призната страначка способност и туженом Конзорцијуму у овом спору. Осим тога, одредбом члана 12. став 2. Закона о приватизацији прописано је и да се домаћа или страна правна и физичка лица могу удружити ради куповине капитала или имовине субјекта приватизације и да овласте једно лице за заступање. У том случају Конзорцијум стиче статус уговорне стране. Стога се Конзорцијуму мора признати и својство странке у парници покренутој поводом спора о раскиду таквог уговора. И чланови Конзорцијума имају правног интереса за његов успех у тој парници. Из тог разлога се и сваки од њих може придружити туженом Конзорцијуму у својству умешача. Чланови конзорцијума то право могу остварити све до правноснажности одлуке о тужбеном захтеву, као и у току поступка настављеног подношењем ванредног правног лека. Они су тако и поступили, будући да су и својим појединачним парничним радњама активно учествовали у овом спору. Истина, они то својство нису потврдили и изричитом изјавом да у том својству ступају у парницу и да је прихватају у затеченом стању у тренутку мешања. Међутим, својство умешача се може стећи и фактички предузетим - конклюдентним радњама. То се може учинити активним предузимањем парничне радње, што су чланови Конзорцијума и чинили. Таквом учешћу чланова Конзорцијума у парници није се противила ни тужилачка страна. Стога се њихово учешће у овој парници не може довести у питање ни произвољним ревизијским тврдњама да је тужена странка у овом спору могла бити само Конзорцијум (по једној варијанти), односно да су то могла бити само физичка лица чланови Конзорцијума (по другој варијанти). С тим у вези, а код чињенице да је и у тужби за туженог означен само Конзорцијум уз навођење његовог састава, то и погрешно означавање од стране суда чланова Конзорцијума као тужених лица у овом спору није од значаја за правилност оспорених нижестепених одлука."

*(Из пресуде Врховног суда Србије,
Прев. 410/05 од 1. марта 2006. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

**ДОКАЗНА СНАГА ФОТОКОПИЈЕ ОРИГИНАЛНОГ
ТЕКСТА УГОВОРА**

Оригиналност потписа и статуса потписника уговора не може се основано спорити без ваљаног доказа да је приложена фотокопија оригиналног уговора фалсификована, односно доказа да потписник уговора није имао овлашћење за његово закључење.

Из образложења:

"Стоји ревизијска тврдња да су дати разлози у другостепеној пресуди у супротности са утврђеним чињеничним стањем у пресуди првостепеног суда. У првостепеној пресуди се констатује да је тужилац на рочишту одржаном 3.12.1996. године презентирао суду оригиналан уговор сачињен на енглеском језику који садржи нечитак потпис уговорних страна и датум закључења уговора 22.5.1995. године на страни фирме С., односно 5.6.1995. године на страни тужиоца као примаоца дозволе. Међутим, упркос овој констатацији, другостепени суд налази да тужилац до закључења главне расправе није пружио доказ да је спорни уговор закључен, односно потписан, нити је пружио доказ о датуму када је уговор закључен.

Осим тога, првостепени и другостепени суд констатују да тужилац током поступка није доставио доказ да је наведени уговор потписан од стране овлашћеног лица фирме из Лондона. нити да се ради о аутентичном потпису лица овлашћеног за заступање ино-фирме из Лондона. И ове констатације немају упориште у изведеним доказима. Напротив, оне су у директној супротности са садржином фотокопије оригиналног уговора приложеног у спису. Тај текст је снабдевен меморандумом ино-фирме С. и потписом њеног представника. У таквој чињеничној ситуацији оригиналност потписа и статус овлашћеног лица потписника уговора за рачун фирме С. не може се доводити у питање без ваљаног доказа да се ради о фалсификату, односно лицу које нема овлашћење за закључење таквог уговора. Међутим, сходно одредби члана 219 ЗПП терет доказивања те чињенице не лежи на тужиоцу, већ на туженом. Стога, супротна констатација другостепеног и првостепеног суда нема ни чињенично ни правно утемељење. Напротив, изнето становиште нижестепених судова је у директној супротности са садржином приложене фотоко-

пије оригиналног уговора чија веродостојност није оспорена ни једним валидним доказом.

*(Из решења Врховног суда Србије,
Прев. 459/05 од 20. априла 2005. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

ПРАВНА ДЕЈСТВА РЕШЕЊА О ПРОМЕНИ ТЕРМИНА РОЧИШТА ЗА ГЛАВНУ РАСПРАВУ

Решење којим се мења термин претходно заказаног рочишта за главну расправу нема правно дејство решења из члана 108. став 1. ЗПП-а, због чега у том случају не постоји ни обавеза суда да уз то решење понавља претходно дато упозорење странкама о законским последицама изостанка са рочишта.

Из образложења:

Нису основани ревизијски наводи тужиоца да су нижестепени судови учинили битну повреду одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. тачка 7. и битну повреду одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. тачка 12. Закона о парничном поступку. Тужиоца су у овој правној ствари заступали адвокати В.Ј., Ј.Ј. и К.Р., на основу пуномоћја. Првостепени суд је писменим решењем од 17.3.2005. године одредио рочиште за главну расправу за дан 26.4.2005. године. Ово решење садржи поуку о правним последицама пропуштања с позивом на члан 296. став 2. Закона о парничном поступку. Решење је уручено адвокату Ј.В. дана 23.3.2005. године, што значи да је пуномоћник тужиоца уредно позван на рочиште заказано за 26.4.2005. године. Након тога, првостепени суд је решењем од 12.4.2005. године отказао рочиште првобитно заказано за 26.4.2005. године и ново заказао за 12.5.2005. године. На овај начин првостепени суд је само заменио датум одржавања рочишта који је одређен претходним решењем од 17.3.2005. године а којим решењем су парничне странке већ поучене на правне последице пропуштања рочишта у смислу члана 108. став 3. Закона о парничном поступку. Решење од 12.4.2005. године којим је померен термин заказаног рочишта од 26.4.2005. године за 12.5.2005. године уручено је пуномоћнику тужиоца адвокату К.Р. дана 19.4.2005. године, што значи да је првостепени суд у смислу члана 108.

став 2. Закона о парничном поступку на ово рочиште благовремено позвао тужилачку страну. Из наведеног следи да нижестепени судови нису учинили битну повреду одредаба парничног поступка из члана 361. став 2. тачка 7. и тачка 12. Закона о парничном поступку. Околност што првостепени суд у решењу од 12.4.2005. године којим је померио датум претходно заказаног рочишта за главну расправу није поновио упозорење дато у претходном позиву не може водити правном закључку да је таквим поступањем првостепени суд онемогућио тужиоца да расправља пред судом. Решење суда којим се мења термин претходно заказаног рочишта за главну расправу не представља решење о одређивању рочишта у смислу члана 108. став 1. Закона о парничном поступку. Стога не стоји обавеза суда да и у решењу у коме се помера термин претходно заказаног рочишта за главну расправу стави упозорење на законске последице изостанка са рочишта. Узупозорење на законске последице изостанка са првобитно заказаног рочишта за главну расправу протеже се и на свако друго накнадно донето решење којим се помера термин већ претходног заказаног рочишта.

*(Из решења Врховног суда Србије,
Прев. 71/06 од 8. јуна 2006. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

ЈЕДИНСТВЕНИ СУПАРНИЧАРИ

У спору ради раскида уговора морају учествовати сви сауговорачи, обзиром на правно дејство раскида уговора, а кад је један од сауговорача преминуо у парници уместо њега учествују његови наследници.

Из образложења:

Према члану 201. раније важећег Закона о парничном поступку - ЗПП ако се по закону или због природе правног односа спор може решити само на једнак начин према свим супарничарима (јединствени супарничари), сматрају се они као једна парнична странка, тако да се у случају ако поједини супарничари пропусте коју парничну радњу дејство парничних радњи које су извршили други супарничари протеже и на оне који те радње нису предузели.

У спору ради раскида уговора морају учествовати сви сауговорачи обзиром на правно дејство раскида уговора по одредбама члана 132. Зако-

на о облигационим односима (ЗОО). Кад је један од саговорача преминуо његова заоставштина (права и обавезе) прелазе по сили закона на наследнике у смислу члана 206. у вези члана 212. Закона о наслеђивању ("Службени гласник РС", бр. 46/95) који одговарају за оставиоачеве дугове до висине наслеђене имовине (члан 222. овог закона).

Како је у овој парници тужилац определио захтев за раскид уговора и враћање датог, а у парници не учествују сви наследници сада покојног Д.Н., саговорача тужиоца и првотужене, већ само једна од наследница (друготужена - супруга оставиоца), иако су за његове наследнице оглашене на равне делове: друготужена Д. Н. - његова супруга и ћерка оставиоца

- малолетна Т. Н., Врховни суд је због непостојања потпуне процесне заједнице тужене странке укинуо обе нижестепене пресуде.

*(Из решења Врховног суда Србије у Београду,
Рев 972/2006 од 8. јуна 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

ДОЗВОЉЕНОСТ РЕВИЗИЈЕ (Члан 412. став 3. ЗПП)

Није дозвољена ревизија против преиначујућег другостепеног решења којим је утврђено да је дозвољена ревизија која је првостепеним решењем одбачена као недозвољена.

Из образложења:

Процесне норме су јасне и морају да се примењују на начин како их је законодавац и прописао. Процесним законима није прописано право на изјављивање ревизије, против преиначујућег другостепеног решења, које првостепеним решењем одбачену ревизију ревидента, сматра дозвољеном. Право на ревизију против тако преиначујућег решења другостепеног суда није било дозвољено ни по члану 400. став 3. раније важећег Савезног закона о парничном поступку. Поменутом процесном одредбом је било прописано: "ревизија је увек дозвољена против решења другостепеног суда којим се изјављена жалба одбацује, односно којом се потврђује решење првостепеног суда о одбацивању ревизије".

Цитирану процесну одредбу, као законодавну норму прихвата у целости и законодавац у сада важећем Републичком закону о парничном поступку и прописује је у потпуно идентичном законском тексту у члану 412. став 3. процесног закона.

Тако јасна законска норма не отвара никакве дилеме у њеној примени. Ревизијом стечајног управника побија се решење другостепеног суда којим се ревизија дужника стечајног дужника сматра дозвољеном. Другостепено решење од 30.6.2005. године није решење из члана 400. став 3. и 412. став 3. процесних закона. Ревизија је процесно дозвољена само против другостепеног решења, којим је потврђено првостепено решење о одбацивању ревизије. Стога се другостепено решење не може побијати ревизијом, а ако се она као ванредни правни лек изјави, процесно је недозвољена. Процесно недозвољена ревизија се одбацује. Стечајни управник је изјавио ревизију против другостепеног решења које се ревизијом не може побијати у смислу поменутих процесних норми, па ју је ревизијски суд на основу процесног овлашћења из члана 404. а у вези са чланом 401. став 2. тачка 5. важећег процесног закона, као такву и одбацио одлучивањем на начин из става 1. изреке ревизијског решења.

Право на изјављивање ревизије против другостепеног решења којим је потврђено првостепено решење о одбацивању ревизије, прописано је само само за ревидента коме је ревизија одбачена, странку чије је право на изјављивање ревизије таквим одлучивањем онемогућено. То подразумева да трећа лица, уколико нису и умешачи на страни ревидента, немају право на изјављивање те ревизије. Немају процесну активну легитимацију за изјављивање ревизије. Процесну легитимацију немају ни на изјављивање ревизије против другостепеног решења којим се жалба одбацује као недозвољена, јер је то процесно право прописано само у корист жалиоца као ревидента против тог другостепеног решења. Изнето подразумева да је ревизија стечајног управника недозвољена и у смислу члана 401. став 2. тачка 1. важећег процесног закона, јер је ревизију изјавило лице које није овлашћено на подношење ревизије. Стечајни управник је управо то лице - лице које није овлашћено на изјављивање ревизије.

*(Решење Врховног суда Србије,
Прев. 381/06 од 15.3.2006. године)*

Аутор сентенце: Стојан Јокић, судија Врховног суда Србије

ДОЗВОЉЕНОСТ РЕВИЗИЈЕ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ
(Члан 12. Закона о стечајном поступку у вези члана 412. став 3. ЗПП)

Дозвољена је ревизија којом се побија другостепено решење којим је потврђено првостепено решење о одбијању жалбе као неблагоприятне донето у стечајном поступку.

Из образложења:

Није спорно шта је предмет расправљања у спору и по којим законским нормама треба расправити материјално-правни однос странака. У стечајном предмету првостепеног суда одлучује се о имовини стечајног дужника која није расподељена до закључења стечајног поступка над стечајним дужником. Та имовина према стању у стечајном спису представља потраживање стечајног дужника као повериоца према његовом дужнику у стечајном предмету, ревиденту. Потраживање досуђено извршном исправом стечајном дужнику, пренето је првостепеним решењем од 12.10.2004. године оснивачу стечајног дужника, са обавезом дужника - ревидента да досуђено потраживање уплати у судски депозит првостепеног суда. Против тог првостепеног решења, ревидент је изјавио жалбу, коју другостепени суд одбацује као неблагоприятну решењем од 31.1.2005. године. То другостепено решење се побија ревизијом ревидента. Тако изјављену ревизију ревизијски суд сматра процесно дозвољеном у смислу већ поменутих процесних одредби из члана 400. став 3. и 412. став 3. процесних закона. Није спорно да у стечајном поступку ревизија није дозвољена у односу на материјално-правни однос странака, у смислу норме из члана 8. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Њом је у ставу 3. изричито прописано да се у стечајном поступку не може тражити повраћај у пређашње стање, нити подносити предлог за понављање поступка, нити изјавити ревизија. Без обзира на њену изричитост, поменута норма се не може применити на изјављену ревизију ревидента. Ревизијом се не оспорава право прописано Стечајним законом. Та права странака нису предмет расправљања пред ревизијским судом. Ревизијски суд конкретно одлучује само о дозвољености и основаности ревизије изјављене против решења другостепеног суда којим је одбачена жалба ревидента, као жалба жалиоца, не и о правима и обавезама произашлим из облигационих односа пре отварања поступка стечаја над стечајним дужником јер се о тим правима одлучује у стечајном поступку и по закључењу стечајног поступ-

ка. За то одлучивање је надлежан другостепени суд у поступку мериторног одлучивања по жалби овог ревидента изјављеног против првостепеног решења од 12.10.2004. године.

У поступку стечаја у смислу члана 12. поменутог Стечајног закона сходно се примењују одредбе Закона о парничном поступку. Сходна примена процесног закона подразумева и примену процесних норми у стечајном поступку, које прописују право на изјављивање ревизије против другостепеног решења, којим је као неблаговремена одбачена жалба изјављена против првостепеног решења донетог у стечајном поступку. Њену примену у конкретној процесној ситуацији, не искључује већ поменута норма из члана 8. Стечајног закона. При том се мора поћи и од циља процесне норме која прописује право на изјављивање ревизије против другостепеног решења којим је жалба одбачена. Циљ процесне норме је јасан. Њом се прописује право на санкционисање у ревизијском поступку неправилности резултираних доношењем другостепеног решења о одбацивању жалбе. Бројни су примери тих неправилности у судској пракси. Најчешће су то груби превиди, резултирани одбацивањем жалбе као неблаговремене. Право на санкционисање тих превида и свих других неправилности резултираних одбацивањем жалбе у другостепеном поступку, је управо прописано кроз процесно право жалиоца на изјављивање ревизије. Ревизије засноване на битним повредама процесног закона и погрешној примени материјалног права, резултираној незаконитим одлучивањем у другостепеном поступку. Стога је циљ процесне норме, могућност да се у ревизијском поступку, санкционишу неправилности у другостепеном поступку укидањем поменутог другостепеног решења. Ревидент у изјављеној ревизији управо то и тражи. Зато је његова изјављена ревизија дозвољена. Дозвољена је у процесном и материјално-правном смислу. С тим у вези су у меритуму у потпуности неосновани ревизијски разлози стечајног управника, који ревизију ревидента, сматра недозвољеном.

*(Решење Врховног суда Србије,
Прев. 381/06 од 15. марта 2005. године)*

Аутор сентенце: Стојан Јокић, судија Врховног суда Србије

ПРОЦЕСНО ПРАВО - ИЗВРШНИ ПОСТУПАК**ИЗВРШЕЊЕ НА ОСНОВУ ВЕРОДОСТОЈНЕ ИСПРАВЕ
И ПОСТУПАК КАО ПО ПРИГОВОРУ ПРОТИВ
ПЛАТНОГ НАЛОГА**

Кад део решења о извршењу на основу веродостојне исправе о обавези дужника на исплату главног потраживања и затезне камате - није укинут од стране извршног суда, о овом делу решења треба одлучити у парници као о платном налогу (да се у целини или делимично одржава на снази или се укида), јер је постојање ове судске одлуке којом је утврђено потраживање и дужник обавезан на исплату потраживања повериоцу, сметња да се о исплати овог потраживања поново одлучује као о захтеву тужбе.

Из образложења:

Тужилац у овом спору 33 Н. из К. је 18.7.2001. године поднела Општинском суду у К. предлог за извршење на основу веродостојне исправе ради принудне наплате потраживања у износу од 142.086,00 динара за неиспоручених 16.716 килограма пшенице по уговору о инвестиционом кредиту од 20.10.1989. године и 2.11.1989. године. Решењем о извршењу од 6.8.2001. године: 1) обавезан је тужени као дужник да тужиоцу као повериоцу исплати 142.086,00 динара на име главног дуга са законском каматом од 21.4.2001. године до исплате; 2) одређено је извршење ако дужник не намири потраживање повериоца у износу од 142.086,00 динара са законском каматом од 21.4.2001. године до исплате; 3) одређени су трошкови извршења у износу од 2.480,00 динара. Дужник - тужени у овој парници, је изјавио приговор против наведеног решења о извршењу на основу веродостојне исправе, па је решењем Ипв.(Ив) бр... од 9.11.2001. године стављено ван снаге ово решење у делу којим је одређено извршење, укинуте су спроведене радње и одлучено да се поступак настави као по приговору против платног налога по одредбама члана 54. Закона о извршном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 28/2000).

Посебна правила поступка из главе XXXII Закона о парничном поступку - ЗПП ("Службени гласник РС", 125/04) о издавању платног налога (чл. 453. - 464) прописују да ако тужени приговори да нису постојали законски основи за издавање платног налога (чл. 453. и 454.) или да постоје сметње за даљи ток поступка, суд одлучује прво о том приговору и ако нађе да је основан укинуће решењем платни налог и по правоснажности решења отпочеће расправљање о главној ствари, кад таквом расправљању има места (члан 459. став 1). Ако платни налог није укинут у одлуци о главној ствари суд ће одлучити да ли се платни налог у целини или делимично одржава на снази или се укида (члан 458. став 4).

У поступку пред нижестепеним судовима укинут је само део решења о извршењу на основу веродостојне исправе који се односи на извршење (дозволу извршења). Део решења о извршењу на основу веродостојне исправе (став 1) о обавези дужника на исплату главног потраживања и затезне камате - није укинут, па је о овом делу решења као о платном налогу, требало одлучити на основу одредаба члана 458. став 4. ЗПП (да се у целини или делимично одржава на снази или се укида), јер је постојање ове судске одлуке којом је утврђено потраживање и дужник обавезан на исплату потраживања повериоцу, сметња да се о исплати овог потраживања поново одлучује као о захтеву тужбе, кад о решењу о обавези на исплату потраживања (платном налогу, извршењу на основу веродостојне исправе), није претходно правоснажно одлучено да се укида, по одредбама члана 459. став 1. ЗПП.

Како су нижестепени судови одлучили о захтеву тужиоца као да се ради о поступку који се спроводи по општим а не по посебним правилима парничног поступка и пропустили да одлуче да ли решење о извршењу на основу веродостојне исправе остаје на снази или не у погледу обавезе на исплату главног потраживања са споредним тражењима, која су тим решењем утврђена, ревизијом туженог се основано указује да је у поступку пред нижестепеним судовима учињена битна повреда из члана 361. став 2. тачка 12. ЗПП јер су разлози о битним чињеницама нижестепених судова нејасни и противречни, а материјално-правне одредбе чла-

на 54. наведеног Закона о извршном поступку погрешно примењене, због чега се побијане одлуке не могу испитати.

*(Из решења Врховног суда Србије у Београду,
Реве. 700/2006 од 8. јуна 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

НЕДОПУСТИВОСТ ИЗВРШЕЊА НА ОСНОВУ ЗЕМЉИШНО-КЊИЖНОГ РЕШЕЊА О УПИСУ ХИПОТЕКЕ

Земљишно-књижно решење о упису заложног права на непокретности не представља извршну исправу на основу које се може тражити и одредити извршење ради наплате дуга који је обезбеђен конституисаном хипотеком тим решењем.

Из образложења:

Према стању у списима, решењем о извршењу И. бр. 1094/04 од 28.5.2004. године на предлог повериоца дозвољено је извршење против дужника ради наплате дуга у износу од 3.961.032,46 динара са каматом по каматној стопи у складу са пословном политиком банке, од доспелости до исплате, као и трошкова извршења по решењу суда, принудном јавном продајом непокретности на којој дужник има право располагања (власништва) - кат. парцеле 207/8 на којој је изграђен магацин кромпира, по поседовном листу бр. 264 у КО Т. Решење о извршењу је донето на основу решења истог суда Дел. бр. 106/97-ИНО. 101/97 од 7.11.1997. године, које има карактер решења о упису заложног права на непокретности дужника у интабулациону књигу, донетог на основу заложне изјаве дужника и захтева повериоца. Основано се у захтеву за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца истиче да наведено решење не представља ваљану извршну исправу за одређивање извршења у смислу чл. 16, 18. и 20. Закона о извршном поступку. Суд одређује извршење на основу извршне исправе, а извршна исправа је, између осталог, и извршна судска одлука (чл. 16. ст. 1. и ст. 2. тач. 1). Судска одлука је извршна ако је постала правноснажна и ако је протекло рок за добровољно испуњење дужникове обавезе (чл. 18. ст. 1). Извршна исправа је подобна за извршење ако су у њој назначени поверилац и дужник, као и предмет, врста, обим и време испуње-

ња обавеза (чл. 20. ст. 1. ЗИП). Означено решење о упису заложног права на непокретности дужника има за циљ обезбеђење повериоцевог потраживања, а не његову наплату, односно извршење. Наведено решење не садржи обавезу дужника да повериоцу плати одређени новчани износ са одређеном каматом и у одређеном року. Решење није осуђујуће (кондемнаторно), већ само конститутивног карактера, јер се њиме конституише заложно право на непокретности дужника. Зато је потребно да поверилац претходно у парници путем хипотекарне тужбе издејствује пресуду којом га суд овлашћује да ради намирења свог потраживања захтева продају заложене непокретности, у ком случају би донета пресуда била подобна исправа за одређивање извршења.

*(Из решења Врховног суда Србије,
Гзз. 12/05 од 16. фебруара 2006. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

СТВАРНО ПРАВО

СВОЈИНСКО-ПРАВНА ЗАШТИТА ВЛАСНИКА ОД УЗНЕМИРАВАЊА И ЗАСТАРЕЛОСТ ПОТРАЖИВАЊА НАКНАДЕ ШТЕТЕ

Потраживање накнаде штете, због обрушавања земљишта које још траје, проузроковане узнемиравањем власника и злоупотребом вршења права својине, је посебан вид својинско-правне заштите, а право на подношење тужбе за престанак узнемиравања и накнаду штете не застарева.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, тужила је власник к.п. бр. 324/14 а тужени власник суседне к.п. 324/1, обе у КО Ј. На парцели туженог у већем обиму вршен је непрописан машински ископ земљишта на израженој стрмини у целој дужини уз међу катастарске парцеле тужиле. Због тога је дошло до урушавања земљишта, уништења ограде и оштећења септичке јаме на земљишту тужиле. Да би се земљиште тужиле довело у пређашње стање потребно је извршити ископ, насипање и набијање слојева земље, а цена ових радова је 34.879,50 динара. За набавку материјала и израду ограде од металних (кутијастих) стубова на бетонским темељима и жичаног плетива потребно је 40.320,00 динара, за зазиђивање оштећеног зида септичке јаме од постојећег материјала 840,00 динара, а за набавку материјала и израду потпорног зида од армираног бетона у уплати - износ од 280.840,00 динара, укупно 356.870,50 динара. Тужени је правни следбеник сада покојног Ж.М. (деде), који је преминуо 28.10.1989. године и сада покојног М.М. (оца) који је преминуо 18.12.1997. године и по основу наслеђивања је титулар права својине на спорној катастарској парцели 324/1 у КО Ј. Тужбу у овој парници тужила је поднела 18.6.1996. године против сада покојног М.М., а наведени радови на спорној парцели изведени су 1980. године, од стране лица (Љ.Н.), са којим је деда туженог преговарао о купопродаји ове парцеле — за коју по усменом споразуму ово лице није платило уговорену цену. Правни претходници туженог су обећавали санацију земљишта али те радове нису извели. Процес обруша-

вања земљишта био је интензиван не само у време извођења радова 1980. године него и осам до десет година после, с тим што процес обрушавања земљишта на међној линији траје и даље, али у мањем обиму у односу на интензивно обрушавање када је створена велика висинска разлика (просечне висине 3,80м).

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, правилно су ниже степени судови применили материјално право када су закључили да је тужени као власник спорне катастарске парцеле на којој је вршен ископ земљишта, био у обавези да успостави раније стање оштећеног земљишта тужиље и да је уместо ове обавезе дужан да тужиљи накнади штету у досуђеним износима, обзиром да потраживање накнаде ове штете, као посебног вида својинско-правне заштите, није застарело.

Према члану 3. и 6. став 2. Закона о основама својинско-правних односа власник има право да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама одређеним законом. Свако је дужан да се уздржава од повреде права својине другог лица. Забрањено је и вршење права противно циљу због кога су права законом установљена или призната. Ако треће лице неосновано узнемирава власника или претпостављеног власника на други начин а не одузимањем ствари, власник, односно претпостављени власник може тужбом захтевати да то узнемиравање престане. Када је оваквим узнемиравањем проузрокована штета власник има право да захтева накнаду штете по општим правилима о накнади штете, а право на подношење тужбе за престанак узнемиравања не застарева (члан 42).

Закон о облигационим односима у одредбама члана 185. регулисао је питање накнаде штете успостављањем ранијег стања и одређивањем накнаде у новцу. Зато је по становишту Врховног суда, ако законом за поједине случајеве није друкчије одређено, приликом одлучивања о захтеву за накнаду штете за оштећено земљиште за које постоји право својине суд овлашћен, кад је то у складу са општим интересом, да одреди успоставу ранијег стања и кад трошкови успостављања ранијег стања премашују тржишну цену земљишта. Само ако успостављање ранијег стања није могуће, или то према околностима конкретног случаја не захтева друштвени интерес, оштећеном ће се досудити накнада у новцу којом може прибавити друго одговарајуће земљиште.

Оштећење земљишта тужиље узроковано је радовима изведеним на земљишту туженог противно члану 3. став 2. и члану 6. став 2. Закона о основама својинско-правних односа, зато тужиља има право на својинску заштиту под условима из члана 42. овог закона и накнаду штете за оштећено земљиште, уништену ограду и оштећење септичке јаме како су то правилно закључили нижестепени судови. Потраживање накнаде ове штете као посебног вида својинско-правне заштите због узнемиравања и злоупотребе вршења права својине ни по оцени Врховног суда није застарело, обзиром да обрушавање земљишта тужиље још увек траје и да се ради о својинској заштити за коју закон одређује да право на подношење тужбе не застарева. Нижестепени судови су побијаним одлукама утврдили начин на који је узнемиравање, односно злоупотреба права извршена, а накнада штете за коју се одговара по овом основу, као конексна облигација извире из одредаба Закона о основама својинско-правних односа а не из Закона о облигационим односима. Стога наводи ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

*(Из пресуде Врховног суда Србије у Београду,
Рев. 1121/2005 од 2. марта 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

ПРЕСТАНАК ЛИЧНЕ СЛУЖБЕНОСТИ ПРАВА СТАНОВАЊА

Власник стана на којем је установљена лична службеност права становања може тражити престанак службености ако титулар дуже времена не врши своју службеност и тиме доказује да му више није потребна.

Из образложења:

Имајући у виду да је право становања — хабитација, везано за личност у чију корист је конституисано то право, нижестепени судови су оценили да сходно правним правилима имовинског права, не постоји могућност престанка наведеног права због некоришћења стана у одређеном периоду, с обзиром да је суштина овог права везана за личност, уз чињеницу да у конкретном случају није наступила смрт титулара овог права, нити је дошло до одрицања од права.

Изражено правно становиште судова у погледу примене релевантних прописа за оцену тужбеног захтева није правилно. Тачно је да се ради о стварно-правном институту у домену права и правила имовинског права и да у конкретном случају нема места примени прописа који се односе на стамбено-правну проблематику. Право становања је лична службеност која постоји после ступања на снагу Закона о стамбеним односима и Закона о основним својинско-правним односима. Задржаћемо се на престанку службености невршењем. То је нарочити начин престанка службености. Разлог тог начина престанка службености је у томе што је службеност ограничење својине, па се настоји да то ограничење буде све мање. То произилази из природе приватне својине. Ако титулар службености дуже времена не врши своју службеност, доказује да му она више није потребна. Према параграфу 938. ГЗ и параграфу 1488. АГЗ, власник послужног добра или, при личној службености, власник ствари на којима је конституисана лична службеност може тражити престанак службености ако титулар не врши службеност у року од три године (тзв. либераторна усупапија).

Код утврђене чињенице да је тужена закључењем два брака престала да буде члан породичног домаћинства коме је установљено право бесплатног становања и да је имала пребивалиште на другим адресама и то у периоду од око 20 година, несумњиво је да је у односу на тужену наведено добро (спорни стан) било слободно од службености. Супротно би било противно важећем праву.

Погрешно је становиште нижестепених судова да право становања као лична службеност може престати само смрћу титулара тог права или одрицањем. Без обзира на основ конституисања тог права, власник ствари може да тражи престанак такве службености у случајевима који упућују на закључак да су престали разлози који су оправдали установљење права службености, а један од разлога је и дугогодишње невршење тог права."

*(Пресуда Врховног суда Србије,
Рев. 977/04 од 7. јула 2005. године)*

Аутор сентенце: Слободан Дражић, судија Врховног суда Србије

ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО

ПРЕКОРАЧЕЊЕ ГРАНИЦА ОВЛАШЋЕЊА

Када заступани прихвати понуду за закључење уговора, који је закључило лице прекорачењем својих овлашћења, тиме одобрава закључени уговор, у смислу члана 87. став 1. ЗОО, а одобрење има повратно дејство, у складу са ставом 3. истог члана.

Из образложења:

Првостепени суд је обавезао туженог да плати тужиоцу накнаду за ауторско дело са припадајућом каматом, налазећи да уговор закључен 15.6.1997. године производи правно дејство.

Код утврђене чињенице да је тужилац уговор закључио у просторијама туженог, те да је уговор у име друге уговорне стране потписао З.Л., који се тужиоцу представио као директор и презентовао му и своју визит-карту, а који је са туженим 15.4.1997. године и 26.6.1997. године закључио уговор о привременом вршењу послова и то са важношћу од 21.3. до 21.6.1997. године и од 23.6. до 23.9.1997. године, за послове организације и устројства Сектора за туризам у оквиру туженог, економско-комерцијални програм и реализацију пословања, непосредне послове везане за реализацију угоститељских и превозних капацитета за сезону лето 1997. године у земљи и иностранству, да је (З.Л) примао плату која је према акта тужене одређена за директора, а на радном месту био познат као директор сектора, да је уговор од 15.6.1997. године оверен печатом туженог и заведен у деловодни протокол туженог, не могу се прихватити наводи туженог да је уговор потписало неовлашћено лице и да због тога уговор не производи правно дејство, већ се може радити само о прекорачењу граница овлашћења.

Међутим, с обзиром да је тужилац извршио своју обавезу из спорног уговора, односно израдио сценарио и урадио интерпретацију радио реклама и тонског дела видео рекламе, да је започето искоришћавање овог ауторског дела приказивањем на РТВ "Пинк", да је рекламна кампања финансирана за потребе туженог, као и да је тадашњи генерални ди-

ректор туженог имао сазнања о нарученом послу и није се противио извршењу уговора, нити је тужиоца благовремено обавестио да не одобрава уговор, то је по налажењу Врховног суда, првостепени суд правилно закључио да је тужени прихватио понуду за закључење уговора у смислу члана 39. став 2. Закона о облигационим односима и тиме одобрио закључени уговор у смислу члана 87. став 1. Закона о облигационим односима, по коме када заступник прекорачи границе овлашћења, заступани је у обавези само ако накнадно одобри прекорачење, и у складу са ставом 3. истог члана, одобрење у том случају има повратно дејство.

Имајући у виду да је на овај начин (прихватањем рекламе, односно тужиоцеве обавезе из уговора), тужени одобрио оспорени уговор, због чега он производи правно дејство у смислу члана 148. став 1. Закона о облигационим односима, односно ствара права и обавезе за уговорне стране. Тужиоцу, који је у целости извршио своју уговорну обавезу, ауторска накнада преузета уговором није исплаћена, због чега он основано од туженог, као друге стране, захтева извршење уговорне обавезе (исплату ове накнаде) и то са законском затезном каматом у складу са одредбом члана 277. Закона о облигационим односима.

*(Из пресуде Врховног суда Србије,
Гж. 58/06 од 3. октобра 2006. године)*

Аутор сентенце: Зорица Терзић, саветник Врховног суда Србије

ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА ОД СТРАНЕ НЕОВЛАШЋЕНОГ ЛИЦА

Неовлашћено заступаног не веже уговор који је у његово име закључило лице које није његов заступник, односно пуномоћник, када се то лице лажно представило као заступник, или када је друга страна била у заблуди.

Из образложења:

У конкретном случају је утврђено да Савезна влада никада није донела одлуку да се прода спорна непокретност, нити постоји одлука да се да пуномоћје првотуженом да закључи спорни уговор о отуђењу непокретности са друготуженом.

Супротно наводима ревизије, нижестепени судови су правилно закључили да је спорни уговор непостојећи правни посао, у недостатку сагласности воље власника што уговор чини неважећим правним послом, а он не производи правна дејства од самог почетка. Овакви правни послови се не могу ни ковалидирати сходно члану 107. Закона о облигационим односима по коме ништав уговор не постаје пуноважан када забрана или који други узрок ништавости накнадно нестане. Истицање у ревизији да је у конкретном случају требало имати у виду члан 107. став 2. Закона о облигационим односима који прописује да, ако је забрана била мањег значаја, а уговор је извршен, ништавост се не може истицати, је неосновано. Овде се ради о апсолутно ништавом уговору јер је закључен противно принудним прописима, па такав уговор не може постати ваљан када забрана или какав други узрок ништавости накнадно нестане.

Позивање ревидента на члан 87. став 5. Закона о облигационим односима који прописује да, ако заступани одбије одобрење, заступник и заступани су солидарно одговорни за штету коју је друга страна претрпела, ако она није знала нити је морала знати за прекорачење овлашћења, није прихватљиво. У конкретном случају се не ради о прекорачењу овлашћења у границама овлашћења, већ непостојању овлашћења првотуженог као законског заступника, а које би било засновано на закону, статуту или другом акту надлежног органа или на изјави воље заступаног (пуномоћја).

Тужиоца не веже уговор који је у његово име закључила особа која није његов заступник, односно пуномоћник, па и када се та особа лажно представила као заступник, или када је друга страна била у заблуди.

Са изнетих разлога, Врховни суд је на основу члана 393. ЗПП, одлучио као у изреци.

*(Пресуда Врховног суда Србије,
Рев. 2642/05 од 13. априла 2006. године)*

Аутор сентенце: Слободан Дражић, судија Врховног суда Србије

**ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА О ОТПУШТАЊУ ДУГА
ПУТЕМ КОНКЛУДЕНТНЕ РАДЊЕ**

Под конклюдентном радњом којом се манифестује воља за прихватање усменог споразума о смањењу - отпуштању дуга може се сматрати повериочево понашање манифестовано фактурисањем цене услуга у смањеном износу у односу на претходно одређену цену уговором закљученим у писменој форми.

Из образложења:

Врховни суд указује да се несумњиво мора утврдити да ли су парничне странке накнадним усменим споразумом измениле писменим уговором установљену обавезу туженог о висини накнаде за пружене му услуге од стране тужиоца. Такав споразум може производити правно дејство по два основа. Најпре, то је случај када се усменим споразумом смањује или олакшава писменим уговором установљена обавеза једне уговорне стране. У том случају, а на темељу одредбе члана 67. став 4. ЗОО пуноважне су и доцније усменим споразумом учињене измене уговора. Усмени споразум може представљати основ за ослобађање дужника од писменим уговором установљене обавезе и у случају прописаним одредбом чл. 344. ЗОО. То је случај престанка обавезе отпуштањем дуга. Сагласно тој одредби обавеза престаје и када поверилац изјави дужнику да неће тражити њено испуњење и дужник се са тиме сагласи. Изјава о отпуштању дуга може се дати изричито или посредно предузимањем одређених конклюдентних радњи. На исти начин се може дати и изјава дужника о сагласности са учињеним отпустом дуга. Под конклюдентном радњом може се сматрати и одређено понашање које несумњиво указује да поверилац жели да свом дужнику у целости или делимично опрости дуг, односно понашање дужника којим он манифестује вољу да тако учињени отпуст дуга прихвати. Такво понашање може представљати и безусловно фактурисање цене услуга у смањеном износу у односу на писменим уговором установљену обавезу, односно дужниково прихватање да тако истављене фактуре у целости плати. Стога се у циљу правилног пресуђења овог спора мора утврдити да ли је тужилац и у ком периоду фактурисао туженом умањену цену услуга у односу на износ који му је по уговору припадао. То подразумева обавезу суда да на темељу таквог понашања тужиоца утврди да ли је тиме посредно изражена и његова воља да туженом дели-

мично опрости дуг. Постојање те чињенице цениће се на основу датума од када тужилац захтева исплату пуне цене и садржине истављених фактура, те дужине временског периода у коме су туженом фактурисане умањене цене услуга, као и тужиочевог понашања у другим судским поступцима покренутим у циљу намирења доспеле затезне камате због туженикове доцње у исплати фактурисане му накнаде. На исти начин, оцениће се и понашање туженог поводом измирења фактурисаних услуга, с тим што се у том контексту мора ценити и да ли се и од када тужени противио накнадном тужиочевом захтеву за исплату неизмирене разлике између фактурисане и уговорене цене услуга.

*(Из решења Врховног суда Србије,
Прев. 296/05 од 15. марта 2006. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

ПОЗИВАЊЕ НА НИШТАВОСТ УГОВОРА ТРЕЋИХ ЛИЦА ОД СТРАНЕ ФИКТИВНОГ КУПЦА

Купац из фиктивног уговора нема активну легитимацију да захтева утврђење ништавости уговора који је поводом истог предмета продаје стварно закључен између продавца и трећег лица.

Из образложења:

Према члану 51. ст. 1. и 2. Закона о облигационим односима, свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ. Основ је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Према члану 52. истог закона, ако основ не постоји или је недопуштен, уговор је ништав. Основ уговорне обавезе или кауза је циљ коме странке теже приликом преузимања уговорних обавеза. Код двострано обавезних уговора обавеза једне странке има за своју каузу обавезу друге странке, обавеза једне, основ је обавезе друге стране. У уговору о купопродаји купац се обавезује да плати одређену цену зато што ће му продавац продати и предати одређену ствар и обрнуто. Према томе, кауза је један од битних услова за настанак одређеног правног посла, односно уговора. Међутим, кауза може бити и привидна, односно фиктивна. Она се јавља као резултат воље уговорних страна које, инспирисане одређеним мотивима, лажно

представљају трећим лицима као да су закључиле један уговор са одређеном каузом а у ствари га уопште нису закључиле. Таква фиктивна кауза доводи до настанка фиктивног уговора, а такав уговор не производи правно дејство, односно ништав је. У конкретном случају, из утврђеног чињеничног стања произилази да су тужилац и друготужени као законски заступник ПП "А" закључењем уговора Ов. бр. 23715/96 од 3.10.1996. године лажно представиле трећим лицима као да су закључиле уговор о купопродаји, а у ствари га уопште нису закључиле. Зато се тужилац не може сматрати заинтересованим лицем из члана 109. став 1. Закона о облигационим односима, које је овлашћено да тражи утврђење ништавости уговора закљученог између првотуженог и друготуженог. Следи да тужилац није активно легитимисан за вођење овакве парнице, а такође нема ни ваљан правни основ да од првотуженог тражи предају предметног стана у државину.

*(Из пресуде Врховног суда Србије,
Рев. 309/05 од 2. фебруара 2006. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

ДОПУШТЕНА ДЕЛАТНОСТ ДРЖАВНИХ ОРГАНА У РАТНОМ СТАЊУ И ПРАВО НА НАКНАДУ ШТЕТЕ

Држава није одговорна за штету правним и физичким лицима у условима ратног стања и ванредних околности ако је проузрокована допуштеном делатношћу њених органа.

Из образложења:

Пресудом Општинског суда П. 1812/03 од 8.7.2005. године, одбијен је као неоснован тужбени захтев тужилаца којим су тражили да им тужена на име накнаде материјалне и нематеријалне штете исплати суме ближе означене у изреци.

Против ове пресуде тужиоци су изјавили жалбу са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање (директну ревизију) због погрешне примене материјалног права.

Тужена је сагласна да о овом правном леку одлучује Врховни суд Србије.

Због заузимања става о спорном правном питању и потребе уједначавања судске праксе, Врховни суд је сматрао да је овај правни лек допуштен, па је на основу члана 392. ЗПП ("Службени гласник РС", бр. 125/04) испитао побијану пресуду у границама разлога због којих се побија, па је нашао да је директна ревизија неоснована.

Према утврђеном чињеничном стању 7.5.1999. године услед НАТО бомбардовања срушена је кућа тужилаца у М. Том приликом погинуо је Д.А., супруг и отац тужилаца.

Код таквог чињеничног стања првостепени суд сматра да тужена није одговорна за штету по основу објективне одговорности у смислу члана 173. и 174. ЗОО, зато што се штетне последице које претрпе физичка лица у условима ратног стања уподобљавају вишој сили која се није могла предвидети и спречити или отклонити, због чега се држава ослобађа одговорности. Осим тога, првостепени суд сматра да држава не одговара по члану 180. став 1. ЗОО (акти тероризма) зато што се та одредба односи на мирнодопске прилике, а не и на период непосредне ратне опасности или рата.

Врховни суд прихвата становиште првостепеног суда о непостојању услова за одговорност државе по правилима о објективној одговорности.

Наиме, без одлуке Савета безбедности 24.3.1999. године започело је бомбардовање Југославије од стране 17 земаља НАТО пакта. Тог дана је Савезна Влада прогласила ратно стање.

Да би држава била одговорна за последице ратног стања та одговорност мора бити изричито прописана у закону. У овом случају у позитивном праву не постоји посебна законска или подзаконска одредба по којој би држава била дужна да накнади штету појединцима и правним лицима када је проузрокована условима ратног стања (осим војним лицима). Одбрана земље није противправна делатност, ма колико била опасна, па се не може сматрати узроком штете. Држава није одговорна за штету насталу допуштеном делатношћу органа у ванредним околностима, као што су велике природне несреће, еколошке катастрофе, масовне саобраћајне несреће, оружане побуне, грађански или међудржавни ратови, тероризам и

насиље без постојања посебне одредбе. С обзиром да се не ради о правно признатој штети, то држава не подлеже имовинској одговорности јер је штета настала допуштеном делатношћу њених органа. Правичност и солидарност са жртвама захтевају доношење посебних прописа по којима ће држава у таквим ситуацијама одговорати без обзира на грешку (који у часу пресуђења нису донети).

Непосредни узрок, а и адекватни узрок штете је НАТО бомбардовање, па је материјална а и нематеријална штета последица тог акта. Зато су неосновани наводи у директној ревизији у којима се истиче да је тужена такође одговорна за штету јер је артиљеријске јединице разместила у цивилно подручје.

Пошто се ради о рату и одбрани земље суд није овлашћен да процењује целисходност поступања војних органа у тим условима као ни целисходност доношења акта о проглашењу ратног стања (надлежност шефа државе и Владе по Уставу).

Из напред изнетих разлога, а на основу члана 393. ЗПП одлучено је као у изреци."

(Из Пресуде Врховног суда Србије, Рев. 1/06 од 23. марта 2006. године)

Аутор сентенце: Предраг Трифуновић, судија Врховног суда Србије

**СОЛИДАРНА ОДГОВОРНОСТ ЗА ВИШЕСТРУКО УЗРОКОВАНУ
ШТЕТУ И ОДГОВОРНОСТ ОПШТИНЕ ЗА ШТЕТУ
ЗБОГ НЕЗАКОНИТОГ И НЕПРАВИЛНОГ РАДА ОРГАНА
ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ**

У случају захтева за солидарно обавезивање на накнаду штете узроковане радњама више лица или органа, које су међусобно повезане, о основу њихове одговорности се не може одлучивати делимично и утврдити међупресудом основ одговорности само за једног од солидарних дужника, а застати са поступком у погледу одлучивања о одговорности осталих.

Незаконитим радом службеног лица или органа сматра се поступање супротно закону, другом пропису или општем акту, као и

пропуштање да се закон, други пропис или општи акт примени. Неправилан рад службеног лица или органа је чињење или нечињење противно уобичајеном и прописаном начину обављања делатности која штети праву или интересима трећег лица.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, Извршни одбор СО П. је закључком од 16.4.2002. године одредио између осталих и к.п. бр. 5091 и к.п. бр. 5092 у КО П. за одлагање грађевинског шута. Међутим, грађевински шут је одлаган и на другим местима која за то нису била предвиђена, па и на к.п. 4884 КО П., у сувласништву тужиља, све до самог асфалта пута, П. - В. Г. због чега власници нису могли да дођу до својих парцела. Секретар општине је за то дао налог в.д. директору друготуженог ЈП за чишћење шута и осталих отпадних материја са простора који нису предвиђени за депонију. За ове послове друготужено ЈП је ангажовало СР М... из Л. Поступајући по овом налогу извршено је равнање терена од стране радника СР М... и том приликом порушени су кућа, ограда, бунар и оштећени засади воћа на парцели тужиља.

Полазећи од овако утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су закључили да је тужена општина одговорна за штету коју су претрпеле тужиље извршењем уговора о делу као наручилац посла, да ова штета проистиче из радње лица која су тај посао обавила - који је у функционалној вези са послом који је тим лицима поверен. Поред наручиоца посла, по оцени нижестепених судова, солидарно су одговорни и посленик и лица која су уместо посленика тај посао обавила, у смислу члана 600, 610. и 749. став 1. Закона о облигационим односима (ЗОО). Зато су међупресудом у смислу члана 330. ЗПП одлучили о основу одговорности тужене општине за накнаду ове штете тужиљама.

Ревизијом тужене општине се основано указује да је у поступку пред првостепеним судом учињена битна повреда из члана 354. став 1. у вези члана 330. ЗПП коју другостепени суд није санкционисао иако је на њу указано жалбом и да је због погрешне примене материјалног права чињенично стање непотпуно утврђено.

Према члану 330. ЗПП ако је тужени оспорио и основ и износ тужбеног захтева а у погледу основа је ствар сазрела за доношење одлуке, суд може из разлога целиходности да донесе прво пресуду само о основу

тужбеног захтева (међупресуда). До правоснажности међупресуде суд ће застати са расправљањем о износу тужбеног захтева.

Тужиле у овој парници захтевају накнаду штете од тужених као солидарних обвезника наводећи да су им тужени заједно проузроковали штету и да је солидарна одговорност тужених заснована на одговорности наручиоца и извођача радова за штету насталу у вези са извођењем радова (члан 207. ЗОО), а нижестепени судови су међупресудом одлучили само о основу одговорности тужене општине - као да се ради о самосталној, а не о солидарној одговорности за штету коју тужиле захтевају од тужених.

По оцени Врховног суда, у случају захтева за солидарно обавезивање на накнаду штете узроковане радњама више лица, које су међусобно повезане, о основу њихове одговорности се не може одлучивати делимично и утврдити међупресудом основ одговорности само за једног од солидарних дужника, а застати са поступком у погледу одлучивања о одговорности осталих саизвршилаца.

Осим тога, нижестепени судови су због погрешне примене материјалног права пропустили да утврде све битне чињенице у погледу основа одговорности тужене општине (и осталих тужених) за накнаду ове штете тужиљама.

Право на имовину као једно од зајамчених конституционалних права одређено је по својој садржини правом власника да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама одређеним законом. Зато је свако дужан да се уздржава од повреде права својине другог лица у смислу члана 3. став 2. Закона о основама својинско-правних односа. Право својине власник остварује у складу са наменом и природом ствари, а на ствари на којој постоји - право својине се, у смислу члана 8. овог закона, може одузети или ограничити у складу са уставом и законом. Заштита права својине остварује се тужбама за повраћај индивидуално одређене ствари, за престанак узнемиравања, реституцију враћањем у пређашње стање и за накнаду штете - по општим прописима о накнади штете.

Према члану 25. Устава Републике Србије свако има право на накнаду материјалне и нематеријалне штете коју му незаконитим или неправилним радом нанесе службено лице или државни орган или организација која врши јавна овлашћења у складу са законом. Поступање органа за чији рад одговарају по одредбама члана 172. ЗОО, законитост и правилност

њиховог рада оцењује се према прописаним правилима поступка за рад органа и околностима случаја.

Уколико је штета вишеструко узрокована радњама више лице или органа за њих одговарају правна или физичка лица која су штету узроковала, а уколико нема прекида узрочности за целокупну штету одговара и штетник који је штету почетно узроковао. Зато је обавеза на накнаду овакве штете солидарна, а недозвољена радња која је преовлађујући узрок штете не сме бити узрокована спољним чињеницама, радњом трећег лица или самог оштећеног.

Незаконитим радом службеног лица или органа по становишту Врховног суда, сматра се поступање супротно закону, другом пропису или општем акту, као и пропуштање да се закон, други пропис или општи акт примени. Неправилан рад службеног лица или органа је чињење или нечињење противно уобичајеном и прописаном начину обављања делатности која штети праву или интересима трећег лица.

Према члану 184. ЗОО предузеће и друга правна лица која врше комуналну или другу сличну делатност од општег интереса одговарају за штету ако без оправданог разлога обуставе или нередовно врше своју услугу.

Изворни делокруг општине као јединице локалне самоуправе односи се у смислу члана 18. став 1. тачка 4. Закона о локалној самоуправи ("Службени гласник РС", бр. 9/2002, 33/2004, 135/2004), на обавезу општине која је одговорна да преко својих органа између осталог, уреди и обезбеди обављање и развој комуналних делатности (међу којима је и одржавање чистоће у градовима и насељима и одржавање депонија), као и организационе, материјалне и друге услове за њихово обављање.

Ради извршења ових послова скупштина општине у смислу члана 30. став 1. тачка 7. наведеног Закона о локалној самоуправи оснива службе, комунална јавна предузећа, установе и организације утврђене Статутом општине и врши надзор над њиховим радом.

Општина, у смислу члана 2. у вези члана 3. став 3, 4. став 1. тачка 5. и 8. и члана 5. став 1. тачка 5. и 8. Закона о комуналним делатностима ("Службени гласник РС", бр. 16/97, 42/98), уређује и обезбеђује услове обављања комуналних делатности и њиховог развоја, а комуналну делат-

ности обавља јавно комунално односно друго предузеће зависно од природе комуналне делатности и конкретних услова и потреба у општини у складу са законом и прописима донетим на основу закона.

Комуналне делатности, у смислу овог закона, су делатности производње и испоруке комуналних производа и пружање комуналних услуга који су незаменљив услов живота и рада грађана и других субјеката на одређеном подручју, као што је између осталог, одржавање чистоће у градовима и насељима у општини и одржавање депонија. Одржавање чистоће - је сакупљање смећа и других природних и вештачких отпадака из стамбених, пословних и других објеката, осим индустријског отпада и опасних материја, њихово одвожење и одлагање, уклањање отпада из посуда за отпатке на јавним местима, као и смећа и другог отпада са улица и јавних површина, чишћење и прање улица, тргова, паркиралишта и других јавних површина. Одржавање депонија је опремање депонија за безбедно одлагање, обраду, неутралисање и уништавање комуналног отпада и отпада опасних материја у градовима и насељима као и селекција и прерада секундарних сировина из отпада на депонијама.

Општина обезбеђује организовано и трајно обављање и развој комуналних делатности, остварује надзор и контролу у обављању комуналне делатности и за обављање комуналне делатности оснива јавна комунална предузећа или њихово обављање поверава другом предузећу односно предузетнику (члан 8. став 1. Закона о комуналним делатностима). Поједине послове из оквира своје делатности јавно комунално предузеће може поверити другом предузећу или предузетнику под условима из члана 10. овог закона.

Ради обезбеђења услова за редовно одржавање и коришћење комуналних објеката, комунално предузеће има право да предузима потребне мере и одговара за штету која настане извођењем радова у смислу члана 20. истог закона, а надзор над законитошћу рада јавних комуналних предузећа и других предузећа која обављају комуналне делатности врши општинска управа. Послове инспекцијског надзора врши општински комунални инспектор (члан 25).

Уколико, поступак надзора није спроведен на законит и прописан начин, а последица пропуштања је штета коју због тога трпи треће лице,

за штету је по оцени Врховног суда, одговоран и орган који је пропустио да по праву надзора спречи њено настајање.

Како су нижестепени судови основ одговорности тужене општине засновали на одредбама члана 207. ЗОО као да је општина наручилац посла иако је одговорност општине утврђена ради обезбеђења и организовања трајног обављања и развоја комуналних делатности и остваривања надзора и контроле у обављању комуналних делатности и пропустили да основ одговорности првотужене, као оснивача друготуженог јавног комуналног предузећа коме су поверени послови из изворног делокруга првотужене општине, оцене и према наведеним прописима, а о основу одговорности тужених за накнаду ове штете решили доношењем међупресуде - којом су одлучили о основу одговорности само за једног од солидарних дужника, Врховни суд је на основу члана 394. став 1. и 395. став 2. ЗПП укинуо нижестепену пресуду.

*(Из решења Врховног суда Србије у Београду,
Рев. 1616/2005 од 6. априла 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ ОД ОПАСНЕ СТВАРИ

Власник опасне ствари одговара за штету коју његов радник проузрокује употребом те ствари, иако му она није била поверена нити је управљање њоме спадало у његов део послова односно дужности које је преузео од власника.

Из образложења:

Правно схватање судова да је сведок Г. противправно одузео и употребио трактор туженог нема упориште у до сада утврђеном чињеничном стању. Наиме, у време штетног догађаја и настале штете сведок Г. је код туженог био запослен у вулканизерској радњи и у конкретном случају поверено му је чување објеката и ствари домаћинства туженог. Па и уколико није био овлашћен да се трактором служи, већ само да га чува као и осталу имовину не би се радило о противправном држаоцу (детендору), односно о противправном одузимању опасне ствари од имаоца (члан 175. ЗОО).

Наиме, не ради се о намери противправног присвајања наведене ствари, већ само да се њоме послужи као код њега запослена особа па уколико и није била овлашћена да се том ствари служи. Истина ради се о повреди дужности чувања домаћинства туженог али се не ради о противправности одузимања опасне ствари од њеног власника која би искључила његову одговорност. У таквој ситуацији власник би објективно одговарао за проузроковану штету оштећеном иако конкретно трактор штетнику није био поверен, нити је управљање њиме спадало у његов део послова односно дужности које је преузео од власника.

Имајући речено у виду, Врховни суд је, у смислу члана 395. став 2. ЗПП, укинуо обе нижестепене пресуде и предмет вратио на поновно суђење.

*(Решење Врховног суда Србије,
Реве. 3031/05 од 13. априла 2006. године)*

Аутор сентенце: Слободан Дражић, судија Врховног суда Србије

ОДГОВОРНОСТ ЗА ПРОУЗРОКОВАЊЕ САОБРАЋАЈНЕ НЕЗГОДЕ

Већа брзина од прописане којом се кретало путничко возило тужиоца не искључује одговорност туженог чија је кривица релевантна у смислу проузроковања саобраћајне незгоде.

Из образложења:

Указивање у ревизији да је до саобраћајне незгоде дошло искључивом кривицом возача путничког возила који је возио прекомерном брзином није основано. Оно занемарује и замагљује основни смисао и суштинску повреду члана 50. став 4. Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима, која представља изричну норму, којом је прописано да је возач дужан да пропусти сва возила која се крећу путем на који улази, као пут са првенством пролаза.

Већа брзина од прописане којом се кретало путничко возило тужиоца не искључује одговорност туженог чија је кривица релевантна у смислу проузроковања саобраћајне незгоде. Пропусти возача путничког возила у смислу прекорачења брзине кретања могу се сматрати само његовим учешћем у властитој штети (било његовим доприносом да штета уопште

настане, било да буде већа него што би иначе била) чиме се само смањује истовремено дужност штетникове накнаде потпуно интегралне штете чија је кривица релевантна у смислу проузроковања саобраћајне незгоде.

У погледу реченог, ваљало је преиначити обе пресуде нижестепених судова у погледу висине досуђене накнаде штете, сразмерно доприносу оштећеног у односу на укупан обим штете утврђене на дан вештачења.

*(Пресуда Врховног суда Србије,
Рев. 2129/04 од 26. јануара 2006. године)*

Аутор сентенце: Слободан Дражић, судија Врховног суда Србије

НАКНАДА ШТЕТЕ ЗА ДУШЕВНЕ БОЛОВЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ УГЛЕДА И ЧАСТИ

Право на накнаду штете за душевне болове због повреде части и угледа припада само лицу чији су част и углед повређени а не и његовим сродницима.

Из образложења:

Тужбени захтев је накнада нематеријалне штете за претрпљене душевне болове због повреде части и угледа.

Првостепени суд је погрешно применио материјално право када је ожалбеном пресудом досудио накнаду штете за претрпљене душевне болове због повреде части и угледа и супругу тужиље П., и ћерки тужиље П. Част је скуп човекових врлина и представља субјективну категорију која подразумева мишљење које појединац има о себи. Појам угледа дефинише се као мишљење које има ужа или шира средина о једној личности и представља објективну категорију. Ова добра су лична добра, везана су и односе се само и искључиво на једно лице. Закон о облигационим односима не познаје и не признаје накнаду штете сродницима оштећеног лица које је претрпело душевне болове због повреде части и угледа, а такође за овај вид штете.

Због тога је овај суд преиначио првостепену пресуду у делу који се односи на тужбени захтев тужилаца брачног друга и ћерке тужиље П. тако што је одбио као неосноване њихове тужбене захтеве да се тужени оба-

вежу да им солидарно накнаде штету за повреду части и угледа, јер објављивањем спорне фотографије није повређено лично добро тужилаца брачног друга и ћерке тужиље П., већ само тужиље П.

Са изложенога је одлучено као у изреци ове пресуде применом члана 375. и члана 380. ЗПП.

*(Пресуда Врховног суда Србије, Београд,
Гж. 74/06 од 6. јула 2006. године).*

Аутор сентенце: Власта Јовановић, судија Врховног суда Србије

ПАУЛИЈАНСКА ТУЖБА (Чл. 280-285. ЗОО)

Паулијанском тужбом је дозвољено побијати процесно правну радњу која је довела до извршне судске пресуде, ако је та радња могла довести до осујећења намирења извршне тражбине повериоца према дужнику.

Из образложења:

Првостепени суд тужбу одбацује са разлога што првостепена пресуда П. бр. 1857/04 од 15.3.2004. године у смислу члана 334. став 2. Закона о парничном поступку производи правно дејство само према странкама у том спору. Како тужиља није странка у том спору и пресуда у односу на њу стога не производи правно дејство па отуда нема ни правни интерес за утужење. При том истиче да тужиља тужбом заправо покушава да промени редослед намирења из сувласничког дела непокретности првотуженог као дужника противно члану 11. Закона о извршном поступку. Обзиром да се тужбом тражи поступање првостепеног суда у извршном предмету И. бр. 22/04 који није странка у предмету извршења тужба је и са тог разлога по оцени првостепеног суда недозвољена.

Другостепени суд одбија жалбу тужиље и потврђује поменуто првостепено решење прихватајући разлоге за одбацивање дате у образложењу првостепеног решења и указивањем да се у смислу члана 280. Закона о облигационим односима тужбом може тражити побијање правних радњи

туженика, али не и првостепене пресуде која се не може сматрати и правном радњом дужника.

Ревидент у ревизијским разлозима основано оспорава разлоге нижестепених судова на којима је одлучено одбацивањем тужбе као недозвољеним. Супротно разлозима нижестепених судова, ревизијски суд сматра да је изражено правно резоновање нижестепених судова погрешно. Без упоришта у материјално-правним и процесним нормама. Није спорно да поменута пресуда производи правно дејство између странака у спору, а то су у овом спору сва три тужена. Међутим, она посредно може производити правно дејство и према тужиљи. Производи га уколико се поменутом пресудом као извршном исправом угрожава намирење тужиље на потраживању из сувласничког дела непокретности првотуженог, из које непокретности се намирују и друго и трећетужени као повериоци сада заједничког дужника тужиље и друго и трећетуженог у овом спору. На основу пресуде као извршне исправе по самом закону *ex lege* се помера редослед намирења. Друго и трећетужени се по редоследу намирења у смислу члана 163. став 1. тачка 3. раније важећег савезног Закона о извршном поступку и у смислу члана 140. став 1. тачка 2. сада важећег Закона о извршном поступку намирују као повериоци са редоследом намирења пре тужиљиног намирења. Услед тога, тужиља има право на тужбу са тако опредељеним тужбеним захтевом. Право на такво опредељење тужбеног захтева извире из материјално-правних норми. Из њеног права на побијање дужникових правних радњи прописаног чл. 280-285. Закона о облигационим односима. То подразумева да је тужба дозвољена јер се у суштини побијају правне радње дужника које су довеле или би могле довести до доношења пресуде на штету тужиље као повериоца. Судска пресуда као извршна исправа може бити резултирана и недозвољеним располагањима странака, које у суштини имају и неки други сакривени циљ, попут честог циља у парницама усмереним на онемогућавање или осујећење извршења на стварима дужника на којима трећа лица полажу својинска права. То подразумева да је тужба процесно дозвољена а да се о њеној основаности мора одлучивати применом терета доказивања и по проведеном поступку по тужби. Нижестепени судови су на основу погрешно израженог правног става одлучили одбацивањем тужбе, пропуштајући због тога да утврде у меритуму битне чињенице за одлучивање о тужбеном захтеву.

Побијање правних радњи дужника у смислу поменутих одредби из Закона о облигационим односима, подразумева пре свега утврђење да ли намирењем потраживања из извршне исправе поменуте пресуде угрожава намирење тужиљине извршне тражбине и сувласничког дела непокретности дужника. То је прва претпоставка за даље одлучивање о тужбеном захтеву у смислу члана 280. ст. 1. и 2. Закона о облигационим односима. Терет доказивања је на тужиљи. Уколико се утврди да се из предметне непокретности по намирењу приоритетних поверилаца и Закона о извршном поступку, а то су у овом спору друго и трећетужени, тужиља не може да се намири делимично или у целости, треба затим утврђивати чињенице везане за доношење извршне исправе која је угрозила тужиљино намирење. Те чињенице би заправо представљале побијање правних радњи тужиљина дужника у спору првотуженог предузетих на штету тужиље као повериоца. У том циљу треба прибавити спис П. бр. 1857/04, извршити увид у исти и на основу њега а по потреби и других доказа утврдити да ли је тужиљин дужник у предмету предузимао процесне и фактичке радње (ако је на пример споразумни развод брака) које су могле довести до доношења поменуте пресуде као извршне исправе на штету тужиље као повериоца. При том ће се посебно ценити како и на који начин је тужени у том спору као отац деце пристао и обавезао се да им плати десетогодишње издржавање уназад те припада ли то издржавање деци, или пак неком другом. У том смислу треба посматрати услове побијања и ценити их у вези са чланом 281. став 1. и 2. Закона о облигационим односима. Пасивну легитимацију тужених првостепени суд ће утврђивати у смислу члана 283. став 2. ЗОО.

*(Решење Врховног суда Србије,
Рев. 1421/06 од 28. јуна 2006. године)*

Аутор сентенце: Стојан Јокић, судија Врховног суда Србије

ПОЧЕТАК РОКА ЗАСТАРЕЛОСТИ НАКНАДЕ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

Када је услед професионалне болести дошло до оштећења здравља и умањења животне активности почетак рока застарелости не везује се за моменат констатације штете већ завршетак лечења.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању тужилац је био у радном односу код туженог у периоду од 1979. до 1999. године на радном месту секача - мотористе. Радни однос му је престао по сили закона због губитка радне способности и испуњења услова за инвалидску пензију (решење И. 18839 од 5.9.2001. године). Инвалидност је наступила као последица професионалног обољења. Услед последица професионалног обољења код тужиоца постоји умањење општеживотне активности од 25%. Започето лечење од 1987. године није завршено и болест је трајна.

Код таквог чињеничног стања првостепени суд је сматрао да је приговор застарелости потраживања из члана 376. ЗОО неоснован јер лечење тужиоца није завршено и штета постоји континуирано па и у време пресуђења.

Другостепени суд сматра да је потраживање тужиоца застарело па зато тужбени захтев одбија као неоснован. Наиме, он сматра да се сазнање за штету која је везана за лечење, не везује за окончање лечења већ за време када је оштећеном саопштено да је обољење изазвано повредом остало трајно. С обзиром да професионално обољење потиче из 1987. године када је први пут утврђено, а имајући у виду да је тужба поднета 7.11.2003. године, то због протекла субјективног рока од три године, односно објективног рока од пет година из члана 376. став 1. ЗОО, тужбени захтев није основан због застарелости.

Основано се у ревизији указује да је на правилно утврђено чињенично стање погрешно примењено материјално право када је тужбени захтев одбијен као неоснован.

Наиме, рок застарелости почиње тећи првог дана после дана када је поверилац имао право да захтева испуњење обавезе (сутрадан) ако законом за поједине случајеве није што друго прописано (члан 361. ЗОО). Штета се сматра доспелом од тренутка настанка штете (члан 186. ЗОО). Потраживање накнаде деликтне штете по члану 376. ЗОО застарева за три године од дана када је оштећеник сазнао за штету и за лице које је штету учинило (субјективни рок), а у сваком случају потраживање застарева за пет година од дана када је штета настала (објективни рок).

Из цитираног правила произлази да је за почетак тока застаревања деликтне штете релевантно сазнање оштећеника за штету и за лице (штетника) које је штету проузроковало. Под штетом се подразумева и обим штете. У случају када је настала штета али се њен обим још не зна (процент и манифестације умањења животне активности које се погоршавају временом) обим штете се не може утврдити и уподобити, почетном моменту настанка штете, већ завршетку лечења јер се тек тада може утврдити степен телесног оштећења и манифестације умањења животне активности.

Имајући у виду да лечење код тужиоца није завршено и да је степен умањења животне активности растао негативно од момента повређивања па за убудуће, то је неприхватљив закључак другостепеног суда да се момент сазнања обима штете везује за време када је оштећеном саопштено да је обољење изазвано повредом постало трајно. Осим тога, основано се у ревизији указује да се момент сазнања за обим штете не може везати за прво саопштење, већ за чињеницу када је донето решење о инвалидности после кога су тужиоцу призната права из социјалног осигурања (право на инвалидску пензију). Дакле, имајући у виду да лечење тужиоца није окончано и да се умањење животне активности због последица професионалног обољења погоршава, као и имајући у виду чињеницу да између утврђења инвалидности и момента подношења тужбе није протекао рок од три године то се приговор застарелости потраживања показује неоснованим.

Професионална болест на раду изједначава се по последицама повреди или штети на раду. Зато је послодавац дужан да накнади штету тужиоцу по општим правилима по основу члана 106. Закона о раду ("Службени гласник РС", бр. 70/01). Исту одредбу садржао је и ранији Закон о радним односима.

Оштећени тужилац трпи душевне болове због умањења животне активности, па му припада правична накнада за овај вид нематеријалне штете по основу члана 200. ЗОО.

*(Из Пресуде Врховног суда Србије,
Рев. II 257/06 од 6. априла 2006. године)*

Аутор сентенце: Предраг Трифуновић, судија Врховног суда Србије

**ДОПУШТЕНОСТ КОНВЕРЗИЈЕ ДЕВИЗНОГ ПОТРАЖИВАЊА
И КУРС ВАЛУТЕ ИСПУЊЕЊА**

Поверилац девизног потраживања има право да од дужника захтева испуњење те обавезе у динарској противвредности према курсу који важи у време исплате, тако да једнострану конверзију девизног дуга може извршити само по курсу који важи на дан извршења те обавезе.

Из образложења:

Према утврђеном чињеничном стању, странке су закључиле уговор о зајму девизних средстава у одређеном износу. Поднеском од 29.8.2003. године тужилац је извршио конверзију девизних средстава које му по овом уговору дугује тужени, опредељујући тако тужбени захтев на износ од 6.448.000,00 динара, на који износ је поставио и захтев за исплату законске затезне камате почев од дана извршене конверзије, па до исплате.

Полазећи од напред утврђеног чињеничног стања, нижестепени судови су примењујући одредбе члана 562. став 1. и 2. и члана 557. ЗОО, као и одредбе члана 394, 395, 277. и члана 278. истог закона, усвојили овако опредељен тужбени захтев тужиоца.

Основано се ревизијом и захтевом за заштиту законитости указује да је побијана пресуда којом је усвојен овакав захтев тужиоца донета у погрешну примену материјалног права.

С обзиром да је и после доношења новог Закона о девизном пословању ("Службени лист СРЈ", број 23/02 ... 101/05) забрањено плаћање у инострану валуту у случајевима који су изван круга Законом допуштених изузетака, тужилац као поверилац девизног потраживања има право да од туженог, као дужника, захтева измирење те обавезе у динарској противвредности према курсу који важи у време исплате (члан 395. Закона о облигационим односима), са домицилном каматом почев од дана доспелости па до исплате, такође у динарској противвредности. Тужилац је тако првобитно и поставио тужбени захтев, да би у току парнице конвертовао своје девизно у динарско потраживање према курсу у време конверзије.

Основано се у захтеву за заштиту законитости истиче да је тако једнострано извршена конверзија доспелог девизног дуга у супротности са одредбом члана 395. ЗОО, која допушта могућност извршења новчане

обавезе у страној валути, исплатом њене динарске противвредности према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе. Дакле, конверзија девизног дуга се може захтевати само по важећем курсу на дан испуњења, а то је датум када се стварно врши ефективно плаћање девизног дуга. Зато је само тада, а не и пре извршења исплате допуштена конверзија девизног у динарско потраживање, под условом да уговором странака није другачије одређено (чл. 12. и 262. ЗОО).

*(Из Пресуде Врховног суда Србије,
Рев. 2345/04 и Гзз. 95/04)*

Аутор сентенце: Јасминка Станојевић, судија Врховног суда Србије

ОСЛОБАЂАЊЕ КОМИСИОНАРА ОД ОБАВЕЗЕ НАКНАДЕ ШТЕТЕ КОМИТЕНТУ

Комисионар се може ослободити обавезе накнаде штете комитенту само у случају када је у циљу заштите његовог интереса благовремено предузео све неопходне радње, укључујући и утужење инокупца коме је комитентову робу продао.

Из образложења:

Нижестепени судови су становишта да је тужени објективним разлозима (увођењем међународних санкција) спречен да исплати дуг за тужиочеву робу извезену у Ирак. Осим тога, судови налазе и да је тужени предузео све потребне радње да као добар привредник заштити интересе свог налогодавца - овде тужиоца. Такав закључак се изводи на основу дописа Амбасаде СРЈ од 21.9.1999. године, тужениковог дописа "Ј" АД Б. од 2.7.2001. године, дописа "Ј" АД Б. од 6.7.2001. године и информације Удружења за индустрију од 13.9.2001. године. Сагласно тим исправама, нижестепени судови утврђују да је тужени предузео све радње да заштити и обезбеди намирне тужиоцевог потраживања за продату робу инокупцу у Ираку. Због тога је одбијен тужиочев захтев да му тужени исплати преостали неизмирени део купопродајне цене у утуженом износу.

Врховни суд налази да је, за сада, оваква одлука нижестепених суда заснована на погрешној примени материјалног права. Наведено ста-

новиште се темељи на чињеници да изведени докази у првостепеном поступку не упућују на основаност закључка нижестепених судова да је тужени предузео све радње да као добар привредник заштити интересе тужиоца као свог налогодавца. Тужени је као тужиочев комисионар морао предузети све радње да у потпуности обезбеди тужиочево потраживање према ино-купцу у Ираку. У том циљу он је, између осталог, морао предузети и неопходне парничне радње ради утужења спорног потраживања. Осим тога, он је сагласно одредби члана 780. став 3. ЗОО морао да по извршеном послу пренесе тужиоцу сва потраживања и остала права која је стекао према трећем лицу са којим је обавио посао у своје име а за његов рачун. Изведени докази не упућују да је тужени поступио на описани начин. Шта више, тужени током првостепеног поступка није пружио ни један доказ да је после 13.9.2001. године предузео било какву активност на плану заштите и реализације тужиочевог потраживања. Код таквог стања ствари изостало је и утврђење одлучних чињеница за правилну примену одредбе члана 262. став 1. Закона о облигационим односима."

*(Из решења Врховног суда Србије,
Прев. 275/05 од 8. марта 2006. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

РАДНО ПРАВО

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ НЕПОШТОВАЊА РАДНЕ ДИСЦИПЛИНЕ

Непоштовање радне дисциплине је општа клаузула по којој сваки акт недисциплине може довести до отказа уговора о раду, под условом да је нарушавање радне дисциплине такво да запослени, обзиром на процес рада и све околности случаја, не може да настави рад код послодавца.

Из образложења:

Нижестепени судови су правилно применили материјално право када су одбили захтев тужиље за поништај одлуке тужене од 12.11.2002. године којом јој је отказан уговор о раду због непоштовања радне дисциплине на основу члана 101. став 1. тачка 4. Закона о раду ("Службени гласник РС", бр. 70/2001, 73/2001), обзиром да тужилца није поштовала радну дисциплину, да је не поштујући писану наредбу директора туженог учестало каснила на посао и после писаног упозорења о наступању разлога за отказ уговора о раду по овом основу, да је неоправдано изостала са посла два радна дана (28.10.2002. године и 8.11.2002. године) и да због таквог понашања не може да настави рад код туженог као послодавца.

Непоштовање радне дисциплине и по оцени Врховног суда, као разлог за отказ уговора о раду, није условљено унапред прописаном повредом радне обавезе кривицом запосленог, јер се ради о општој клаузули по којој сваки акт недисциплине може довести до отказа под условом да је нарушавање радне дисциплине такво да запослени, обзиром на процес рада и све околности случаја, не може да настави рад код послодавца. Стога наводи ревизије о погрешној примени материјалног права нису основани.

Из изнетих разлога, Врховни суд је на основу члана 405. став 1. ЗПП одбио ревизију тужиље као неосновану и одлучио да не образлаже детаљно ову пресуду обзиром да се у ревизији понављају жалбени разлози и да се образлагањем пресуде не би постигло ново тумачење права нити допринело уједначеном тумачењу права (члана 405. став 2. ЗПП).

*(Из пресуде Врховног суда Србије у Београду,
Рев. 2. 406/2006 од 13. јула 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

ОДРИЦАЊЕ ОД ПРАВА НА ОТПРЕМНИНУ

Писмена изјава запосленог о одрицању од права на исплату отпремнине по основу технолошког вишка, условљена уплатом обавеза из социјалног осигурања, не производи правно дејство ако послодавац не изврши своју обавезу нити докаже да услов није наступио.

Из образложења:

Наводи ревизије да се тужила одрекла права на исплату отпремнине, и да је пристала да јој радни однос престане по основу технолошког вишка, не доводи у сумњу правилност и законитост побијане пресуде којом је усвојен тужбени захтев тужиле за исплату отпремнине и уплату доприноса. Тужила јесте потписала писмену изјаву 3. децембра 2002. године у којој је навела да јој радни однос престаје дана 9. децембра 2002. године по решењу туженог од 3. децембра 2002. године и да се одрекла права на исплату отпремнине али је изричито навела да се не одриче права на уплату доприноса за обавезно социјално, пензијско и инвалидско осигурање као и осигурање за случај незапослености до дана престанка радног односа. Из изјаве тужиле саслушане у својству странке несумњиво произилази да је она одрицање од права на отпремнину условила уплатом доприноса за пензијско-инвалидско, и друго осигурање, а у погледу којих права тужени није испунио ни једну обавезу. Дакле, радило би се о условљеној обавези, која у конкретном случају зависи од наступања услова а то је уплата доприноса за пензијско-инвалидско и социјално осигурање, које тужени није испунио, нити је доказао да услов није наступио.

*(Пресуда Врховног суда Србије,
Рев. II 1066/05 од 2. фебруара 2006. године)*

Аутор сентенце: Слободан Дражић, судија Врховног суда Србије

НЕОСТВАРИВАЊЕ ПРЕДВИЂЕНИХ РЕЗУЛТАТА РАДА

Послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду због неостваривања предвиђених резултата рада запосленом да инструкције и писмено упозорење о тој околности са остављањем одређеног рока за побољшање радног учинка.

Из образложења:

По становишту Врховног суда, нижестепени судови правилно закључују да је оспорено решење туженог од 20.4.2004. године, којим је тужиоцу отказан уговор о раду, незаконито, због чега је побијаном пресудом захтев усвојен и то решење поништено уз обавезу туженог да тужиоца врати на послове и радне задатке у складу са његовом стручном спремом. Исправно је становиште нижестепених суда да тужилац није својом кривицом учинио повреду радних обавеза које су му стављене на терет због чега није ни било законских услова за давањем отказа уговора о раду. Заправо, у конкретном случају, тужени је тужиоцу отказао уговор о раду на основу извештаја комисије од 6.4.2004. године, чији је задатак био само да утврђује учинак радника, што је иста и извршила, увидом у обрачунске листе, а та комисија није непосредно и опажала понашање радника на послу. Зато достављени налаз комисије у делу који се односи на описано понашање тужиоца на послу (недисциплинован, несавестан, неодговоран, често напушта радно место, одлази код других радника, нерационално користи своје радно време) није објективно. Стоји чињеница да тужилац у посматраном периоду није остварио 100% учинак, али то не својом кривицом, већ из објективних разлога: јер је у последњој фази тапетарства недостајао репроматеријал, тужилац је од 23.1. до 13.2.2004. године био и на боловању (део посматраног периода), чему треба додати и околност да и остали радници - почетници у првих 6-7 месеци (што је био и тужилац у посматраном периоду) не остварују норму рада од 100%.

Према члану 16. Уставне повеље ДЗ СЦГ ратификовани међународни уговори и опште прихваћена правила међународног права имају примат над правом Србије и Црне Горе и правом држава чланица. Одредбама ратификоване Конвенције међународне организације рада бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, са препоруком броја 166, је прописано да раднику неће престати радни однос због незадовољавајућег вршења посла, изузев ако му је послодавац претходно дао инструкције и писмено упозорење, а ако радник, који и после истека одговарајућег рока предвиђеног за побољшање, настави и даље да обавља дужности на незадовољавајући начин, радни однос му може престати.

У конкретном случају тужени послодавац није испоштовао одредбе међународног права које имају примат над домаћим правом, да тужиоца који не остварује пуне предвиђене резултате рада, а пре давања отказа са

овог разлога, га писмено упозори на то, са остављањем одговарајућег рока за побољшање радних резултата. Непоштовање поменутих обавеза послодавца повлачи за собом ништавост таквог отказа са овог разлога.

*(Пресуда Врховног суда Србије, Београд,
Рев. II 17/06 од 29. марта 2006. године)*

Аутор сентенце: Власта Јовановић, судија Врховног суда Србије

НАЧИН ОБРАЧУНА ВИСИНЕ ОТПРЕМНИНЕ И ЈУБИЛАРНЕ НАГРАДЕ

Код израчунавања висине отпремнине и јубиларне награде запосленом као обрачунска компонента узима се нето зарада радника.

Из образложења:

Врховни суд налази да се основано у захтеву за заштиту законитости указује да је закључак нижестепених судова у супротности са прописима материјалног права којима је регулисана обавеза плаћања пореза и доприноса на примања запосленог. Из садржине одредаба члана 8, 170. ст. 1. и 3., члана 175. став 1. и члана 184. став 1. Закона о пензијском и инвалидском осигурању ("Службени гласник РС" бр. 34/03 и 64/04) произилази да се за обрачун отпремнине и јубиларне награде узима нето зарада по одбитку пореза и доприноса социјалног осигурања (здравствено, пензијско и осигурање за случај незапослености) који падају на терет запосленог као обвезника плаћања како код зараде, а тако и код отпремнине и јубиларне награде.

Пошто се нижестепени судови због погрешне примене материјалног права нису упустили у утврђивање тачности обустављених износа који падају на терет радника, то је Врховни суд усвојио захтев за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца Србије и укинуо обе нижестепене пресуде применом члана 394. у вези члана 408. став 2. ЗПП да би првостепени суд у поновном поступку сагласно изложеном поново одлучио о основаности тужбеног захтева тужиле.

*(Решење Врховног суда Србије, Београд,
Гзз. 45/05 од 15. септембра 2005. године)*

Аутор сентенце: Власта Јовановић, судија Врховног суда Србије

СТАМБЕНО ПРАВО

ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА СТАН КОД СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Право радника стечајног дужника на стан, остварује се у стечајном поступку, уколико то право није остварено код стечајног дужника пре отварања стечаја.

Из образложења:

Тужба за утврђење права на доделу предметног стана са обавезом првотуженог да стан додели тужиоцу као првом на ранг листи, а уколико то не учини да пресуда замењује одлуку о додели стана, одбачена је. Првостепени суд тужбу одбацује са разлога што налази да тужилац нема правни интерес за ову тужбу, обзиром да то своје право може да оствари код првотуженог предузећа. Другостепени суд потврђује првостепену пресуду у овом делу налазећи да је циљ стечајног поступка формирање стечајне масе од имовине стечајног дужника зарад намирења утврђених и признатих потраживања поверилаца стечајног дужника. Тужбени захтев у овом делу се сматра недозвољеним у смислу члана 3. став 3. ЗПП.

Основано ревидент у ревизијским разлозима оспорава правне ставове нижестепених судова на којима је заснована одлука о одбацивању тужбе. Супротно тако израженим правним ставовима, ревизијски суд сматра да је тужба дозвољена. О тужби се мора мериторно одлучити. Тужилац има законско право да тражи да се утврди његово право на доделу стана. Обзиром да му правни претходник првотуженог који је сада у стечају то право није признао, поднео је тужбу за утврђење тог права. Тужба је поднета пре отварања поступка стечаја над првотуженим. Тако поднета тужба је била процесно дозвољена што подразумева да се о опредељеном тужбеном захтеву морало мериторно одлучити утврђењем да постоји или не постоји право тј. усвајањем или одбијањем тужбеног захтева. Након отварања поступка стечаја над првотуженим наступила је атракција стварне надлежности што подразумева обавезу првостепеног суда да о тужбеном захтеву мериторно одлучи. По доношењу решења о прекиду поступка од 23.2.2004. године, тужилац поднеском од 12.3.2004. године тражи од

првостепеног суда да прибави службеним путем поменути спис и одлучи о тужбеном захтеву. Стечајни управник по уручењу тужбе и упознавању са списима чини неспорним право тужиоца на доделу стана. Тужилац се сматра по отварању поступка стечаја над првотуженим, стечајним повериоцем који има право да тражи да се утврди његово право на доделу стана. Погрешан је изражени правни став другостепеног суда да се право на доделу стана не може остварити у стечајном поступку. Право на доделу стана остварује се у стечајном поступку уколико то право није остварено до дана отварања поступка стечаја.

Погрешно изражени правни ставови резултирани су погрешно и непотпуно утврђеним чињеничним стањем а то подразумева да првостепени суд није утврдио у меритуму да ли је тужиочево право основано, тј. да ли је основано његово право на утврђење доделе предметног стана на начин како то тужбом тражи. То подразумева обавезу првостепеног суда да у поновљеном поступку утврди све битне чињенице значајне за одлучивање о захтеву тужиоца за утврђење права на доделу стана, а затим на основу утврђених чињеница обавезу да мериторно одлучи о тужбеном захтеву.

У поновљеном поступку првостепени суд ће утврдити да ли друготужени обзиром на процесну природу спора по тужби за утврђење у стечајном поступку може бити странка у стечајном спору у смислу члана 127. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији."

*(Решење Врховног суда Србије,
Прев. 7/06 од 22. фебруара 2006. године)*

Аутор сентенце: Стојан Јокић, судија Врховног суда Србије

ПОРОДИЧНО ПРАВО

РЕТРОАКТИВНОСТ ОДРЕДАБА ПОРОДИЧНОГ ЗАКОНА У ПОГЛЕДУ РОКОВА ЗА ПОДИЗАЊЕ ТУЖБИ У ПОРОДИЧНИМ СПОРОВИМА

Рокови за подизање тужби у породичним споровима прописани Породичним законом примењују се на све случајеве у којима рокови нису истекли по одредбама овог закона, без обзира када је донета првостепена пресуда.

Из образложења:

Побијаном другостепеном одлуком одбачена је тужба тужиоца за утврђење и оспоравање очинства туженог малолетног Ф.С. рођеног 1.2.1999. године обзиром да је тужба, за оспоравање очинства туженог Г.С, који је 14.2.2002. године уписан као отац малолетног Ф. С, поднета 29.9.2003. године, по истеку рока прописаног члана 105. став 2. Закона о браку и породичним односима.

Ревизијом тужиоца се основано указује да је побијана одлука захваћена битним повредама из члана 354. став 2. тачка 4. ЗПП и да се због ових недостатака не може испитати. Осим тога, другостепени суд је оцењујући благовременост ове тужбе погрешно применио и материјално право јер благовременост тужбе није оценио према одредбама члана 252. став 4. у вези члана 361. Породичног закона ("Службени гласник РС", бр. 18/05), чија примена је почела пре доношења одлуке о жалби.

Наиме, члан 357. Породичног закона прописано је да се одредбе овог закона примењују на породичне односе који су настали до дана почетка примене овог закона (1.7.2005. године), осим ако овим законом није друкчије одређено, а судски односно управни поступак који је покренут по одредбама Закона о браку и породичним односима наставља према одредбама овог закона, осим ако је до дана почетка примене овог закона донета првостепена одлука. А ако је до дана почетка примене овог закона донета првостепена одлука у таквом поступку, поступак ће се наставити према одредбама Закона о браку и породичним односима ("Службени гласник СРС", бр. 22/80, 11/88, "Службени гласник РС", бр. 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 и 29/01).

То значи да се у оваквом случају раније важећи закон примењује и у жалбеном поступку, осим у погледу рокова за подизање тужби, будући да

је чланом 361. Породичног закона прописано да се рокови за подизање тужбе прописани овим законом примењују на све случајеве у којима рокови нису истекли по одредбама овог закона.

Према одредбама члана 105. Закона о браку и породичним односима који се примењивао до 1.7.2005. године било је прописано: 1) да лице које сматра оцем детета рођеног ван брака може оспорити очинство другом лицу које је то дете признао за своје под условом да истом тужбом тражи да се утврди његово очинство; 2) да се тужба може поднети у року од једне године од уписа оспораваног очинства у матичну књигу рођених.

Према члану 252. став 4. Породичног закона мушкарац који тврди да је отац детета може поднети тужбу ради оспоравања очинства мушкарцу који се по овом Закону сматра оцем детета у року од годину дана од сазнања да је он отац детета а најкасније у року од 10 година од рођења детета.

Оцем детета које је рођено ван брака сматра се у смислу члана 45. став 4. Породичног закона мушкарац чије је очинство утврђено признањем, односно чије је очинство утврђено правоснажном судском пресудом.

Тужилац је тужбу за утврђивање очинства малолетног Ф. уписаног у матичну књигу рођених као Ф. А. рођеног 1.2.1999. године од мајке Т. А. поднео 26.3.2001. године. Трећетужени Г. С. је 14.2.2003. године уписан у матичну књигу рођених као отац малолетног Ф., а као презиме малолетног детета уместо А... уписано је С... Тужбу за утврђивање очинства тужилац је преиначио 29.9.2003. године опредељујући и захтев за оспоравање очинства трећетуженом Г. С. који је малолетно дете накнадно признао.

Како се по одредбама Породичног закона тужба за оспоравање очинства из члана 252. став 4. Породичног закона може поднети у објективном року од 10 година од рођења детета, а тужилац је рођен 1999. године, објективни рок за подношење овакве тужбе није истекао до почетка примене Породичног закона 1.7.2005. године, због чега се на оцену благовремености тужбе за оспоравање очинства у овој парници не примењују одредбе члана 105. став 2. раније важећег Закона о браку и породичним односима већ одредбе члана 252. став 4. у вези члав 361. Породичног закона.

Са изнетих разлога, Врховни суд је на основу члана 394. став 1. и члана 395. став 2. ЗПП укинуо само другостепену одлуку".

*(Из решења Врховног суда Србије у Београду,
Рев. 185/2006 од 2. фебруара 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Андрејевић, судија Врховног суда Србије

МЕДИЈСКО ПРАВО

МЕДИЈСКА СЛОБОДА И ПОВРЕДА ПРАВА ЛИЧНОСТИ

Чињенични искази су подложни проверљивости и у презентирању чињеница новинар нема потпуну слободу, већ мора поступати са новинарском пажњом која подразумева појачан напор да се утврди њихова истинитост.

Из образложења:

У медијском праву, а у сукобу између слободе изражавања и основних права личности (част и углед) у начелу важи правило да су вредносни судови слободни али да чињенични нису. Чињенични искази су подложни проверљивости и у презентирању чињеница новинар нема потпуну слободу, већ мора поступати са новинарском пажњом која подразумева напор да се утврди истинитост чињеница. У конкретном случају напред цитирани чињенични исказ се могао проверити (да тужилац није у ТВ емисији изрекао ту чињеничну тврдњу) што новинар није учинио. Вредносни суд у новинском тексту је, између осталог, образован и том импутацијом, очигледно ради појачавања утиска који треба да производе и због тога је тужиоцу повређена част (свест коју свако има о себи). Са друге стране негативан вредносни суд није упућен само јавности, већ му је био циљ повреда и омаловажавања личности јер има елементе подстицања насиља (стрељање без суда) што одсликава говор мржње који је недопуштен без обзира на учињено (злочине у демократском друштву санкционише суд). Такво третирање тужиоца указује и да је вредносни суд увредљив преко разумне мере и да он у комбинацији са неистинитим чињеничним исказом узрокује повреду части и угледа тужиоца због чега су аутор текста, главни уредних и издавач новина одговорни за нематеријалну штету по члану 200. ЗОО.

Међутим одређивање висине накнаде нематеријалне штете од стране другостепеног суда није правилно јер нису довољно цењене све околности случаја (Врховни суд сматра да је накнада превисоко одређена). Наиме, чланак у недељнику (колумна) представља комбинацију чињеничних и вредносних судова који се међусобно преплићу и критика је саопштена

не само јавности већ и новинару (новинарима) као припаднику јавне и друштвене делатности који због природе посла мора бити изложен критици и јавном процењивању; колумна претпоставља актуелност и општост питања и одређени умерени ступањ претеривања и провокације, слободан израз и критичност. Статус тужиоца и изложене карактеристике чланка другостепени суд није ценио у довољној мери. Са друге стране правична накнада нематеријалне штете представља сатисфакцију (морално задовољење) која се изражава у новцу којим ће се ублажити, а не у потпуности репарирати душевни бол; она не представља новчану казну, а ни средство за поправљање породичног буџета. Осим тога, приликом одмеравања висине мора се имати у виду време првостепеног пресуђења и тадашње друштвено економске прилике као и међусобни однос других видова - нематеријалне штете у погледу одмеравања висине накнаде. (2003, година).

*(Из Пресуде Врховног суда Србије,
Рев. 1477/05 од 27. децембра 2005. године)*

Аутор сентенце: Предраг Трифуновић, судија Врховног суда Србије

ТРГОВИНСКО ПРАВО

ОДРИЦАЊЕ ЧЛАНА ДРУШТВА ОД ПРАВА НА ПОВРАЋАЈ ПРОЦЕЊЕНОГ УДЕЛА У ДРУШТВУ

Члан друштва са ограниченом одговорношћу може слободно располагати са свим правима која му према друштву припадају, укључујући и право на повраћај процењеног удела у друштву, тако што ће се уговором о иступању истих делимично или у целости одређи у корист преосталих чланова друштва.

Из образложења:

Врховни суд Србије не прихвата становиште нижестепених судова, налазећи да су нижестепене одлуке донете на основу погрешне примене материјалног права. Тачно је да је одредбама члана 389. став 1. Закона о предузећима предвиђено да члан друштва са ограниченом одговорношћу који иступи из друштва има право на накнаду процењене вредности свог удела. Међутим на конкретни правни однос ове одредбе се не могу применити, имајући у виду одредбе члана 2. Уговора о промени оснивача и сувласника (иступању) заједничког приватног предузећа за трговину на велико и мало са п.о. "Ф" у А. Према наведеним одредбама уговора тужилац добровољно иступа из заједничког предузећа без накнаде, неопозиво и у целини, са свим правима, обавезама и одговорностима и укупним оснивачким улогом од 10.000,00 динара у новцу. Из наведених одредби Уговора јасно произилази да тужилац из предузећа иступа без било какве накнаде, неопозиво и у целини са свим правима и обавезама и одговорностима, као и укупним оснивачким улогом од 10.000,00 динара. Стога нижестепени судови погрешно закључују, да се наведене одредбе Уговора односе само на оснивачки удео у новцу. Напротив, из наведених одредби Уговора произилази да се у конкретном случају ради о отпусту дуга у смислу одредби члана 344. Закона о облигационим односима. Ово код чињенице да је чланом 2. наведеног Уговора, тужилац, приликом иступања из предузећа, заправо дала изјаву, у смислу наведених одредби Закона о облигационим односима, да као поверилац од туженог као дужника неће захтевати испуњење обавезе, са чиме се дужник сагласио. Наведене одредбе Уговора указују на општи отпуст, обзиром на њихову садржину, па

не би могле производити правно дејство само у односу на оснивачки улог у износу од 10.000,00 динара. Коначно, тужилац је дајући овакву изјаву, слободно располагала својим правом, што значи да га се могла и одрећи путем института отпуста дуга. Стога се у оваквој правној ситуацији не могу применити одредбе члана 389. став 1. Закона о предузећима.

*(Из пресуде Врховног суда Србије,
Прев. 254/05 од 22. децембра 2005. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

РАСКИД УГОВОРА О КУПОПРОДАЈИ ДРУШТВЕНОГ КАПИТАЛА ЗБОГ ДЕЛИМИЧНОГ НЕИЗВРШЕЊА

Циљ приватизације се може остварити само потпуном реализацијом свих обавеза установљених уговором о продаји друштвеног капитала, због чега се такав уговор може пуноважно раскинути и у случају неизвршења само једне (било које) од преузетих обавеза.

Из образложења:

Неосноване су и ревизијске тврдње да је одлука о тужбеном захтеву заснована на погрешној примени материјалног права. У току првостепеног поступка је утврђено да тужени није у потпуности извршио све преузете обавезе из уговора о куповини друштвеног капитала закљученог у поступку приватизације ДП "В" из А. То се, пре свега, односи на обавезу да се стечајне зараде запослених у месецу који је претходио закључењу уговора морају задржати у тој висини и у наредних 12 месеци повећати за 5% увећано за рад цена на мало. Тужени ту обавезу није извршио, јер је зараде запослених обрачунао применом вредности бода од 6,00 динара, уместо исплаћене вредности бода од 22,56 динара у месецу који је претходио закључењу уговора. На тај начин запосленима су исплаћене знатно мање зараде у односу на уговором преузету обавезу. Тужени се огрешио о ову обавезу упркос писменој опомени пред раскид уговора и упозорењу тужиоца да у наредном року од 30 дана запосленима исплати неизмирени део разлике у заради и уплати заостале доприносе почев од јануара 2004. године. Тим обавезама тужени није удовољио ни по пријему последње опомене пред раскид уговора од 20.7.2004. године. Код таквог чињеничног стања тужилац је стекао право да на темељу одредбе члана 125. став

3. Закона о облигационим односима изјави да спорни уговор раскида. Правна дејства ове изјаве не могу се довести у питање ни ревизијском тврдњом да неизвршење наведене обавезе представља незнатно неиспуњене уговора, због чега се сагласно одредби члана 131. ЗОО уговор не може раскинути. Тачно је да преузета обавеза исплате уговором утврђене висине зарада запосленима представља само једну од више уговором установљених обавеза на страни туженог. Међутим, упркос томе неизвршење ове обавезе не може се сматрати и незнатним неиспуњењем уговора. Ово из разлога што су све уговором о продаји друштвеног капитала установљене обавезе подједнако важне за остварење његовог циља. У том смислу је обавеза која се тиче реализације социјалног програма подједнако правно релевантна као и обавеза исплате уговорене купопродајне цене или инвестиционог улагања у субјекту приватизације. Ово из разлога што се циљ приватизације може остварити само потпуном реализацијом свих уговорних обавеза. У противном, неизвршењем било које од тих обавеза осујећују се основна начела, односно сам циљ приватизације. На то упућује одредба члана 2. став 1. тачка 1. Закона о приватизацији ("Службени гласник РС", бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005). Њоме је прописано да се приватизација заснива на стварању услова за развој привреде и социјалну стабилност. Развој привреде се реализује кроз исплату уговорене цене продаје друштвеног капитала, очување континуитета у пословању и извршење инвестиционих улагања у субјекту приватизације, а социјална сигурност кроз забрану отпуштања и редовну исплату уговорених зарада и других примања запосленима у складу са колективним уговорима. Тиме се Законом о приватизацији успоставља подједнака правна важност свих уговорних обавеза за остварење основних начела којима се исказује и циљ приватизације. Уговор о продаји друштвеног капитала представља правни посао којим се реализује законом одређени циљ приватизације. Зато се садржином његових одредби морају реализовати и законом прописана начела приватизације. У том смислу се сходно одредби члана 27. став 2. Закона о облигационим односима прописаним начелима Закона о приватизацији употпуњују и одредбе уговора о продаји друштвеног капитала. То има за правну последицу да се и циљ приватизације може остварити само потпуном реализацијом свих обавеза установљених уговором о продаји друштвеног капитала. У томе се огледају и *sui generis* обележја овог правног посла. Зато се уговор о продаји друштвеног капитала може правно ваљано раскинути и због неизвршења само једне од уговором преузетих обавеза.

Изведени докази у првостепеном поступку несумњиво упућују да тужени није извршио преузету обавезу која се тиче уговором прописане исплате зарада и других примања запосленима код субјекта приватизације. То је уједно и правно ваљан разлог чијим постојањем се конституише право друге уговорне стране да под условима прописаним одредбом члана 125. став 2. и 3. Закона о облигационим односима изјави да уговор раскида. Тужилац је те услове у целости испунио. Стога је и његова изјава о раскиду спорног уговора апсолутно правно ваљана, без обзира да ли је и у којој мери тужени извршио уговором установљену обавезу инвестиционог улагања код субјекта приватизације. У том смислу су и сви ревизијски разлози који се тичу тврдње о уредном извршењу преузете обавезе инвестиционог улагања туженог правно ирелевантни за оцену законитости побијане другостепене пресуде.

*(Из Решења Врховног суда Србије,
Прев. 410/05 од 1. марта 2006. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

ПОНИШТАЈ УПИСА КОЈИ ЈЕ ИЗВРШЕН НА ОСНОВУ ИСПРАВЕ ДОНЕТЕ У ЗАКОНИТО СПРОВЕДЕНОМ ПОСТУПКУ

Испуњени су законом прописани услови за поништај уписа у судски регистар и када је упис извршен на основу издате исправе у законито спроведеном поступку уколико су унети подаци у тој исправи неистините садржине.

Из образложења:

Изворна одлука садржи само динарску вредност повећања основног капитала у износу од 286.578.000,00 динара, а не и њену доларску противвредност која према изводу износи 4.767.839,88 УСД по средњем курсу НБС на дан 31.3.2003. године. Осим тога, изворни текст цитиране одлуке не садржи ни констатацију из извода да се условно повећање капитала врши по основу уговора о конверзији закљученог са "Ј" из Р. којим се део потраживања тог предузећа конвертује у улог којим "Ј" делимично испуњава своју обавезу инвестирања у субјект приватизације по уговору о купопродаји. У изворном делу одлуке скупштине од 20.5.2003. године нема ни речи о појединачном конвертовању потраживања било ког повериоца, па ни "Ј". Чланом 1. те одлуке се само констатује да Предузеће "Ј" АД из

3. издаје акције у циљу повећања основног капитала предузећа и остваривања права поверилаца за конверзију потраживања у улог - акције, а на основу уговора са повериоцима о усаглашеним обавезама које се конвертују у улог - акције. Према томе, изнети наводи о садржини изворне одлуке скупштине тужене од 20.5.2003. године недвосмислено указују да она не садржи и цитиране податке који су означени у њеном изводу од 17.6.2003. године. То очито указује да се и супротан закључак нижестепених судова директно коси и са садржином изворног текста одлуке скупштине тужене од 20.5.2003. године. На постојање ове противуречности се указује и у ревизији тужилаца. Из тог разлога Врховни суд налази да су побијане нижестепене пресуде донете уз битну повреду поступка из члана 354. став 2. тачка 14. ЗПП. Зато је на темељу одредбе члана 394. став 1. ЗПП ("Службени лист СФРЈ", бр. 4/77...35/91, "Службени лист СРЈ" бр. 27/92...3/2002) у вези одредбе члана 491. став 4. ЗПП ("Службени гласник РС", бр. 125/04) одлучено као у изреци.

У поновљеном поступку отклониће се пропусти на које је указано овим решењем. У том циљу поново ће се оценити садржина изворне одлуке скупштине тужене од 20.5.2003. године и писмених исправа на основу којих су извршени спорни уписи и тако утврдити истинитост података који су њима наведени. Сагласно том утврђењу расправиће се и да ли је сходно одредби члана 62. Закона о поступку за упис у судски регистар испуњен услов на коме се заснива тужбени захтев за утврђење ништавости спорних уписа. С тим у вези, Врховни суд указује и да се за утврђење ништавости извршеног уписа у судски регистар не тражи кумулативно испуњење свих услова прописаних одредбом члана 62. став 1. цитираног закона. За доношење такве одлуке довољно је утврдити постојање само једног списка било ког од прописаних разлога том законском одредбом. При томе, чињеница да је одређена исправа донета од стране овлашћеног органа у законито спороведеном поступку не значи да се тиме апсолутно потврђује и тачност њене садржине. То практично значи да и издата исправа на законито спроведеном поступку може садржати неистините податке. Отуда се може поништити и упис који је извршен на основу законито издате исправе ако се утврди да су у њој садржани неистинити подаци.

*(Из Решења Врховног суда Србије,
Прев. 401/05 од 8. марта 2006. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

ОДГОВОРНОСТ ХОЛДИНГА ЗА ОБАВЕЗЕ ОСНИВАЧА

Формално успостављеном самосталношћу правног субјективности између холдинга и његових оснивача не искључује се одговорност холдинга за обавезе оснивача проистекле из њихове имовинске заједнице над којом је у корист новооснованог холдинга конституисано неограничено право управљања и располагања.

Из образложења:

Битном повредом је захваћена и првостепена пресуда. То је последица противуречности датих разлога о одлучним чињеницама са садржаним писменим доказа приложених у спису и прочитаних у доказном поступку. На то упућује садржина уговора о повезивању предузећа оснивача у холдинг компанију. То је уговор од 11.7.1997. године, којим је прописано да ће се све стратегијске одлуке за систем повезаних предузећа доносити на органима холдинга. То су скупштина и управни одбор. Скупштину чине представници запослених свих чланица холдинга. Скупштина холдинга је овлашћена и да именује све чланове управних одбора повезаних предузећа. Оваква овлашћења скупштине холдинга изричито су прописана одредбом чл. 15. и 16. цитираног уговора. Међутим, ове чињенице су у директној супротности са заузетим становиштем у првостепеној пресуди по коме уговор о повезивању предузећа не даје никакав правни основ за заснивање солидарне одговорности туженог за обавезе његових оснивача. Напротив, холдинг је један од законом прописаних облика повезивања предузећа (члан 405. став 1. тачка 3. Закона о предузећима). Зато се на темељу одредбе члана 410. став 3. Закона о предузећима на односе холдинга и зависних предузећа сходно примењују одредбе Закона о предузећима (о матичном и зависном предузећу), као и одредбе о предузећу са узајамним учешћем. Одредбом члана 406. став 1. Закона о предузећима прописано је да однос матичног и зависног предузећа постоји, поред осталог, и када је уговором закљученим са другим предузећем прописано да то предузеће има право да именује већину, или најмање четвртину управног одбора другог предузећа.

Одредбом члана 16. Уговора о повезивању предузећа прописано је да скупштина холдинга именује све чланове управног одбора свих повезаних предузећа. Осим тога, одредбом члана 15. наведеног уговора установљено је и право скупштине холдинга да доноси све стратешке одлуке у циљу постизања јединствених интереса и циљева свих повезаних предузећа. Све то несумњиво упућује да се таквим системом управљања и одлучивања успо-

ставља директна контрола холдинга над свим повезаним предузећима. Тиме се између ових правних субјеката несумњиво успоставља однос матичног и зависног предузећа, а самим тим и одговорност матичног за обавезе зависних предузећа у складу са одредбама члана 414. Закона о предузећима. Ово из разлога што се статус предузећа са узајамним учешћем капитала стиче учешћем капитала једног у другом предузећу и обрнуто (члан 407. ЗОП-а). При томе, холдинг се може основати и као друштвено предузеће. Управо је у том статусу и основано тужено предузеће у овом спору. Отуда је за узајамне односе тог и осталих повезаних предузећа битан само успостављени систем контроле управљања матичног над зависним предузећима, а не и њихово узајамно учешће у друштвеном капиталу којим управљају. И на крају, у конкретном случају он је у потпуности конституисан у корист матичног предузећа. Стога се и у таквој правној ситуацији аналогном применом одредбе члана 414а ЗОП-а може успоставити солидарна одговорност матичног за обавезе зависних предузећа. Осим тога, код чињенице да су сва повезана предузећа у холдинг основана као друштвена предузећа, где је целокупна контрола њиховог пословања у искључивој надлежности холдинга, очито је да такав поступак може имати за циљ оштећење интереса њихових поверилаца. При томе, новоосновано холдинг предузеће и даље задржава сва права управљања над целокупном имовином и пословањем својих оснивача. Стога, упркос формално успостављеној самосталности правног субјективитета тог и осталих повезаних предузећа међу њима је и даље задржана јединствена имовинска заједница. То даје овлашћење новооснованом холдинг предузећу да неограничено управља и располаже имовином својих оснивача. Стога се по том основу може успоставити и директна солидарна одговорност холдинга за све обавезе његових оснивача, не само од времена његовог оснивања, него и пре тога.

*(Из решења Врховног суда Србије,
Прев. 207/05 од 2. фебруара 2006. године)*

Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, судија Врховног суда Србије

УПРАВНО ОДЕЉЕЊЕ

СЕНТЕНЦЕ

УПРАВНО ОДЕЉЕЊЕ - СЕНТЕНЦЕ

ПРАВО НА УСПОСТАВЉАЊЕ РАНИЈЕГ РЕЖИМА СВОЈИНЕ

Правни следбеник ранијег сопственика, нема право за успостављање ранијег режима својине, у смислу одредби члан 79. став 4. и члан 84. ст. 1. и 2. Закона о планирању и изградњи, на земљишту које је одређено за грађевинско земљиште у државној својини, на основу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, а које сада представља остало грађевинско земљиште које није приведено намени у целини или у већем делу, односно које није изграђено до ступања на снагу наведеног закона.

Из образложења:

Из садржине образложења првостепеног и другостепеног решења, која су донета у управном поступку у овој управној ствари, и из списка предмета несумњиво проистиче да је тужилац правни следбеник ранијег сопственика катастарске парцеле број 678 од 8 ари и 38 м², уписане у земљишно-књижни уложак Другог општинског суда у Београду број 1045 КО Стара Раковица, да је то земљиште одређено за грађевинско земљиште у државној својини на основу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта ("Сл. лист ФНРЈ", бр. 52/58, 53/59, 54/59 и 24/61) и да је тужилац у свом захтеву, који је поднео првостепеном управном органу дана 4.7.2003. године, тражио доношење решења о успостављању ранијег режима својине на наведеној парцели, која сада представља неизграђено остало грађевинско земљиште, у смислу одредби члана 79. ст. 2. и 4. и члана 84. Закона о планирању и изградњи.

На основу ових чињеница, правилно је оспореним решењем одбијена жалба тужиоца изјављена против првостепеног решења донетог у овој управној ствари, којим је одбијен захтев тужиоца за успостављање ранијег режима својине (приватне својине), у смислу одредби члана 79. ст. 2. и 4. и члана 84. Закона о планирању и изградњи, на парцели број 678 КО Стара Раковица, која сада представља неизграђено остало грађевинско земљиште.

По правном схватању Врховног суда Србије, неоснован је захтев тужиоца, као правног следбеника ранијег сопственика, за успостављање ранијег режима својине, у смислу одредби члана 79. став 4. и члана 84. ст. 1. и 2. Закона о планирању и изградњи ("Сл. гласник РС", бр. 47/03) на земљишту које је одређено за грађевинско земљиште у државној својини на основу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта ("Сл. лист ФНРЈ", бр. 52/58 ... 24/61) а које сада представља остало грађевинско земљиште, које није приведено намени у целини или у већем делу, односно које није изграђено до дана ступања на снагу наведеног Закона. Основ за овакво правно становиште су управо одредбе члана 79. став 4. и члана 84. ст. 1. и 2. Закона о планирању и изградњи.

Одредбом чл. 79. став 4. Закона о планирању и изградњи прописано је да за део земљишта које је као градско грађевинско земљиште одређено одлуком скупштине општине, односно града, односно града Београда, које, до дана ступања на снагу овог закона, није приведено намени у целини или у већем делу, а не чини урбанистичку и функционалну целину са јавним грађевинским земљиштем, на захтев ранијег сопственика, односно његовог правног следбеника, успоставља се режим својине који је био пре ступања на снагу одлуке о одређивању тог земљишта као градског грађевинског земљишта, под условима и по поступку утврђеним овим законом.

Одредбе ст. 1. и 2. члана 84. Закона о планирању и изградњи, предвиђају да на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини, право коришћења има ранији сопственик, законски наследник, као и лице на које је ранији сопственик пренео право коришћења, у складу са законом, те да се ранијим сопствеником из става 1. овог члана сматра лице које је по важећим прописима било његов сопственик на дан ступања на снагу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта ("Сл. лист ФНРЈ", бр. 52/58, 3/59, 24/59 и 24/61), Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера ("Сл. лист СФРЈ", бр. 5/68), односно Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера ("Сл. гласник СРС", бр. 32/68 ... 39/73).

Из садржине наведених законских одредби прво што се уочава јесте да се одредбе односе на различите правне ситуације у којима се омогућава остварење различитих имовинских права и по називу и по садржи-

ни. Одредбом члана 79. став 4. Закона омогућава се успостављање режима својине који је постојао пре ступања на снагу одлуке о одређивању земљишта за грађевинско земљиште, при чему се у првом реду има у виду успостављање режима приватне својине, док се одредба члана 84. ст. 1. и 2. Закона односи на стицање права коришћења на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини. Различити су и услови под којима се стичу наведена права. За успостављање ранијег режима својине тражи се да је земљиште за градско грађевинско земљиште одређено одлуком скупштине општине, односно града, односно града Београда, које до дана ступања на снагу Закона није приведено намени у целини или у већем делу, да то земљиште не чини урбанистичку и функционалну целину са јавним грађевинским земљиштем и да је захтев за успостављање ранијег режима својине поднео ранији сопственик или његов правни следбеник. За остварење права коришћења потребно је да се ради о неизграђеном грађевинском земљишту у државној својини и да је поднесен захтев од стране ранијег сопственика, односно његовог наследника или од лица на које је ранији сопственик пренео право коришћења, у складу са законом, с тим што се ранијим сопствеником сматра лице које је по важећим прописима било сопственик земљишта на дан ступања на снагу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта и на дан ступања на снагу два закона са истим називом - Закон о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера.

Из изнетог проистиче да се право коришћења на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини може остварити само ако се ради о земљишту које је на основу закона одређено за грађевинско земљиште, док је успостављање ранијег режима својине (приватне својине) могуће само ако се ради о земљишту које је за градско грађевинско земљиште одређено одлуком скупштине општине, односно града, односно града Београда. Што се тиче субјеката стицалаца права јасно је да право коришћења може остварити ранији сопственик, његов законски заступник, као и лице на које је ранији сопственик пренео право коришћења, у складу са законом, док успостављање ранијег режима својине може остварити ранији сопственик или било који његов правни следбеник.

Захтев тужиоца за успостављање ранијег режима приватне својине на катастарској парцели која представља неизграђено остало грађевинско земљиште у државној својини није основан, јер се ради о земљишту које

је одређено за грађевинско земљиште по Закону о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, а успостављање ранијег режима својине дозвољено је само на земљишту које је одређено за градско грађевинско земљиште на основу одлуке скупштине општине, односно града, односно града Београда. Зато је овај Суд пресудио, на основу одредбе члана 41. ст.1. и 2. Закона о управним споровима, да се тужба одбија, као неоснована.

(Пресуда Врховног суда Србије У. 4146/04 од 10. јануара 2006. године)

Сентенцу саставио: Драган Скоко, судија Врховног суда Србије

ОДЛУКА ТЕНДЕРСКЕ КОМИСИЈЕ

Одлука тендерске комисије којом се не одобрава предлог агенције за приватизацију о рангирању понуђача, мора да садржи разлоге о томе зашто одобрење није дато.

Из образложења:

Основано се тужбом истиче да је оспорено решење незаконито, јер одлука Тендерске комисије којом се не одобрава одлука Агенције за приватизацију о рангирању понуђача не садржи разлоге о томе због чега се не одобрава предлог Агенције. Комисија јесте овлашћена да не одобри предлог ранг листе, али за такву своју одлуку мора да да разлоге, без чије оцене, Агенција није могла да донесе одлуку о проглашењу јавног тендера неуспелим. Одлука Агенције о проглашењу јавног тендера неуспелим такође мора да садржи не само констатацију у образложењу да Комисија не одобрава предлог Агенције, већ образложење о томе, на основу којих разлога Комисије, о неодобравању, Агенција тендер проглашава неуспелим. Како образложење одлуке Комисије уопште не садржи разлоге, већ само констатацију да је одлука о неодобравању рангирања донета "са три гласа против одобравања", учињена је повреда правила поступања која је имала битног утицаја на одлучивање, а она није отклоњена ни по приговору тужиоца на законитост спроведеног поступка приватизације пред туженим органом...

Имајући у виду све наведено, Врховни суд Србије је нашао да је доношењем оспореног решења повређен закон на штету тужиоца, па је применом одредби члана 38. став 2. у вези члана 41. став 2. Закона о управним споровима ("Службени лист СРЈ" бр. 46/96) одлучио као у диспозитиву пресуде, а правно схватање и примедбе овог суда обавезни су за тужени орган на основу члана 61. Закона о управним споровима.

(Пресуда Врховног суда Србије У. 3208/03 од 15. марта 2006. године)

Сентенцу саставила: Јелена Ивановић, судија Врховног суда Србије

**ОСНИВАЧ РАДЊЕ КОЈИ ЈЕ ОСИГУРАНИК
ПО ОСНОВУ ОБАВЉАЊА САМОСТАЛНЕ ДЕЛАТНОСТИ
ЈЕ ОБВЕЗНИК ПЛАЋАЊА ДОПРИНОСА ЗА ПЕНЗИЈСКО
И ИНВАЛИДСКО ОСИГУРАЊЕ БЕЗ ОБЗИРА
ШТО СЕ ДЕЛАТНОСТ РАДЊЕ ВОДИ ПРЕКО ПОСЛОВОЋЕ**

По налажењу Врховног суда Србије оспореним решењем није повређен закон на штету тужиоца. То из разлога што иако је неспорно да је тужилац као оснивач радње привремено престао да непосредно води радњу те је за представљање, заступање и пословање радње одговоран пословођа, у складу са одредбама члана 25. Закона о приватним предузетницима ("Службени гласник СРС", бр. 54/89, 9/90 и "Службени гласник РС", бр. 19/91 ... 35/02), пословођа радње није оснивач радње, па самим тим по том основу ни осигураник по основу обављања самосталне делатности.

Наиме према одредби члана 26. став 2. Закона о приватним предузетницима само оснивач радње односно оснивачи ортачке радње врше одјаву радње и то најкасније даном подношења пријаве о престанку рада писменим путем или давањем изјаве на записник од надлежне општинске јединице локалне самоуправе. При томе, сагласно одредби члана 14. Закона о пензијском и инвалидском осигурању ("Службени гласник РС", бр. 34/03) својство осигураника се стиче даном почетка а престаје даном престанка обављања самосталне делатности, а одредбом члана 132. истог Закона прописано је да пријаву и одјаву осигурања за осигуранике који у складу са законом самостално обављају привредну делатност подноси фонду надлежни орган (Општинска управа).

По ставу овог суда тужилац је, обзиром на наведено, као оснивач радње и осигураник по основу обављања самосталне делатности обвезник плаћања доприноса за пензијско и инвалидско осигурање на основу члана 12. став 1. тачка 1. Закона о пензијском и инвалидском осигурању без обзира што делатност радње води пословођа са овлашћењима одређеним чланом 25. Закона о приватним предузетницима.

Следствено наведеном правилна је одлука управних органа у проведеном управном поступку те је као на закону засновану прихвата и овај суд будући да у периоду од 1.1.2004. године до 31.12.2004. године тужилац као оснивач радње није је одјавио, а пословођа је био само привремено овлашћен од тужиоца да ту радњу води.

(Пресуда Врховног суда Србије У. бр. 5149/04 од 5. априла 2006. године).

Сентенцу сачинила: Весна Карановић, судија Врховног суда Србије

КАРАКТЕР АКТА О ИЗДАВАЊУ ВОДОПРИВРЕДНИХ УСЛОВА

Решење општинске управе за привреду, финансије и друштвене делатности о издавању водопривредних услова из члана 14. став 1. Закона о водама инвеститору нема карактер управног акта у смислу члана 6. закона о управним споровима

Из образложења

Оспореним решењем одбијена је жалба тужиоца изјављена против решења Одељења за привреду, финансије и друштвене делатности Општине Ивањица којим су инвеститору издати водопривредни услови за израду техничке документације за изградњу сеоског водовода каптирањем извора и одвођења дела воде у његову изграђену шталу за потребе појења стоке под условима ближе означеним у диспозитиву тог решења.

Према оцени Врховног суда Србије водопривредни услови издати инвеститору, за израду техничке документације за изградњу сеоског водовода каптирањем извора и одвођење дела воде у његову изграђену шталу за потребе појења стоке под условима ближе датим у диспозитиву тог решења нема карактер управног акта из члана 6. Закона о управним споровима, већ су само услов за прибављање водопривредне сагласности као

самосталног управног акта. Ово стога што је члан 14. став 1. Закона о водама ("Сл. гласник РС" бр. 46/91 ... 54/96) прописано да је у поступку припреме техничке документације за изградњу нових и реконструкцију постојећих објеката и за извођење других радова који могу утицати на промене у водном режиму, инвеститор дужан да прибави водопривредне услове, а према члану 16. став 1. истог закона одобрење за изградњу нових и реконструкцију постојећих објеката и постројења и извођење других радова може се издати по претходно прибављеној водопривредној сагласности, док је члан 17. став 1. Закона прописано да се водопривредном сагласношћу утврђује да је техничка документација за објекте и радове, урађена у складу са водопривредним условима.

Са свега изнетог, Врховни суд Србије налази да решење о издавању водопривредних услова инвеститору не представља управни акт и против њега се не може водити управни спор, нити се против њега може изјавити жалба, већ се законитост овог акта евентуално испитује у поступку окончаном доношењем водопривредне сагласности као самосталног управног акта.

(Из решења Врховног суда Србије У. 2096/05 од 22. јуна 2006. године)

Сентенцу саставила: Весна Даниловић, саветник Врховног суда Србије

КАРАКТЕР АКТА УРБАНИСТИЧКОГ ИНСПЕКТОРА И НАЛАГАЊЕ ОГЛАШАВАЊА НИШТАВИМ УРБАНИСТИЧКЕ ДОЗВОЛЕ

Решење урбанистичког инспектора, којим је наложено Секретаријату за урбанизам и грађевинске послове да огласи ништавим урбанистичке дозволе, као и да стави ван снаге издату урбанистичку сагласност на достављену техничку документацију не представља управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима.

Из образложења:

Оспореним закључком туженог органа одбачена је жалба тужилаца изјављена против решења урбанистичког инспектора Министарства урбанизма и грађевина као изјављена од стране неовлашћених лица. Наведеним ре-

шењем наложено је Секретаријату за урбанизам и грађевинске послове Градске управе града Београда да огласи ништавим урбанистичке дозволе по бројевима и датумима издавања ближе означеним у диспозитиву првостепеног решења, као и да стави ван снаге урбанистичку сагласност.

По оцени суда, правилно је одлучио тужени када је закључком одбацио жалбу тужилаца изјављену против решења урбанистичког инспектора Министарства урбанизма и грађевине. Међутим, по налажењу Суда, жалба у конкретном случају није дозвољена не зато што тужиоци немају положај странке у конкретном случају, како то образлаже тужени, већ са разлога што ожалбена одлука није управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима ("Сл. лист СРЈ", бр. 46/96). Наиме, у питању је акт донет у поступку вршења унутрашњег, односно инспекцијског надзора вишег органа државне управе над другим, нижим органом управе, па стога и нема карактер управног акта, нити је њиме решавано о правима или правним интересима жалилаца, односно тужилаца.

(Из решења Врховног суда Србије У- 756/04 од 8. фебруара 2006. године).

Сентенцу саставила: Весна Даниловић, саветник Врховног суда Србије

ДОЗВОЉЕНОСТ ЗАХТЕВА ЗА ВАНРЕДНО ПРЕИСПИТИВАЊЕ РЕШЕЊА О ПРЕКРШАЈУ

Захтев за ванредно преиспитивање правноснажног решења којим се одбацује предлог за понављање поступка у прекршајној ствари није дозвољен, уколико у складу са одредбама члан 272. Закона о прекршајима није дозвољен ни захтев за ванредно преиспитивање правноснажног решења о прекршају у истој прекршајној ствари

Из образложења:

Из образложења побијаног решења и списка предмета произлази да је побијаним решењем одбијена жалба кажњеног изјављена на првостепено решење Општинског органа за прекршаје, којим му је одбачен захтев за понављање прекршајног поступка окончаног правноснажним решењем, којим су окривљено предузеће као правно лице и одговорно лице у правном лицу оглашени одговорнима за учињене прекршаје и то правно лице

за прекршај из члана 164. став 1. тачка 5., а одговорно лице у правном лицу за прекршај из члана 164. став 1. тачка 5. у вези става 3. Закона о раду ("Сл. гласник РС", бр. 70/01 и 73/01) и за које су им изречене новчане казне и то правном лицу у износу од 70.000,00 динара, а подносиоцу захтева као одговорном лицу у износу од 7.000,00 динара.

Одредбом члана 272. Закона о прекршајима ("Сл. гласник СРС", бр. 44/89, "Сл. гласник РС", бр. 21/90 ... 55/04) прописано је да се захтев за ванредно преиспитивање правноснажног решења о прекршају може поднети када је изречена: казна затвора; заштитна мера забране вршења одређених делатности; заштитна мера забране правном лицу да врши одређене делатности; заштитна мера забране одговорном лицу да врши одређене послове; заштитна мера забране управљања возилом на моторни погон лицу које је по занимању возач; новчана казна преко 100.000,00 динара физичком лицу или одговорном лицу у правном лицу и предузетнику, односно 300.000,00 динара правном лицу за царинске, спољнотрговинске, девизне и пореске прекршаје; заштитна мера одузимања предмета за царинске, спољнотрговинске и девизне прекршаје.

Код оваквог стања ствари, Врховни суд Србије налази да захтев није дозвољен.

Наиме, према правном схватању Врховног суда Србије, када у складу са условима из члана 272. Закона о прекршајима није дозвољен захтев за ванредно преиспитивање правноснажног решења о прекршају, онда у истој прекршајној ствари није дозвољен ни захтев за ванредно преиспитивање правноснажног решења којим се одбацује предлог за понављање поступка.

Како одредбом члана 272. наведеног Закона није прописана могућност подношења захтева за ванредно преиспитивање правноснажне одлуке о прекршају из чл. 164. Закона о раду, то у овом случају није дозвољен ни захтев за ванредно преиспитивање и правноснажног решења, којим је одбијена жалба кажњеног изјављена против првостепеног решења, којим је одбачен његов предлог за понављање поступка.

(Решење Врховног суда Србије Уп. 176/05, од 22. децембра 2005. године)

Сентенцу саставила: Весна Даниловић, саветник Врховног суда Србије

**ИСПУЊЕНОСТ УСЛОВА ЗА ПОДНОШЕЊЕ ЗАХТЕВА
ЗА ВАНРЕДНО ПРЕИСПИТИВАЊЕ ПРАВНОСНАЖНОГ
РЕШЕЊА О ПРЕКРШАЈУ**

Нису испуњени услови за подношење захтева за ванредно преиспитивање правноснажног решења о прекршају прописани одредбом чл. 272. Закона о прекршајима ("Сл. гласник СРС", бр. 44/89 и "Сл. гласник РС", бр. 21/93 ... и 55/04), када је кажњеном изречена новчана казна, а казна затвора је забрањена као последица у случају неплаћања новчане казне у датом року.

Из образложења:

У конкретном случају је подносиоцу захтева за учињени прекршај изречена новчана казна у износу од 2.800,00 динара с тим што ће се новчана казна од 1.800,00 динара заменити казном затвора уколико у року од 15 дана од дана правноснажности окривљени не плати изречену казну. Како новчана казна изречена окривљеном не прелази износ од 100.000,00 динара, то сходно наведеној одредби члана 272. Закона, захтев за ванредно преиспитивање није дозвољен. При томе захтев није дозвољен ни због одлуке прекршајних органа да ће се новчана казна у случају неизвршења заменити казном затвора. Ово стога што је за прекршај у овој прекршајној ствари прописана и изречена новчана казна, а одлука да ће се иста заменити казном затвора је само забрањена последица за случај неизвршења новчане казне. Стога, по налажењу Врховног суда Србије, нису испуњени Законом прописани услови из напред цитиране одредбе члана 272. Закона о прекршајима, за подношење захтева за ванредно преиспитивање.

(Решење Врховног суда Србије Уп. бр. 371/05 од 29. децембра 2005. године)

*Сентенцу саставила: Радојка Маринковић,
саветник Врховног суда Србије*

**ПРАВО НА ПОКРЕТАЊЕ УПРАВНОГ СПОРА
ЗБОГ "ЋУТАЊА АДМИНИСТРАЦИЈЕ"
(Члан 24. став 1. ЗУС-а)**

Управни спор због "ћутања администрације" из члана 24. став 1. ЗУС-а може покренути само странка која је против првостепеног решења изјавила жалбу.

Из образложења:

Тужилац је поднео Врховном суду Србије тужбу против Министарства за капиталне инвестиције, на основу члана 24. став 1. ЗУС-а, због недоношења одлуке - одговарајућег управног акта по жалби заинтересованих лица изјављеној против решења првостепеног управног органа, којим је тужиоцу издато одобрење за изградњу објекта.

У поступку претходног испитивања тужбе, Врховни суд је нашао да нису испуњени законски услови за покретање управног спора и да тужбу треба одбацити.

Према члану 8. Закона о управним споровима, управни спор може се покренути и када надлежни орган о захтеву, односно о жалби странке није донео одговарајући управни акт, под условима предвиђеним овим Законом, а чланом 24. став 1. истог Закона, прописано је да ако другостепени орган није у року од 60 дана или у законом одређеном краћем року донео решење по жалби странке против првостепеног решења, а не донесе га ни у року од 7 дана по поновном тражењу, странка може покренути управни спор као да је жалба одбијена.

Како у конкретном случају, против првостепеног решења није изјавио жалбу тужилац, већ је жалбу изјавила друга странка, према правном схватању Врховног суда Србије, тужилац не може покренути управни спор због ћутања администрације из члана 24. став 1. Закона о управним споровима, па ни у случају када су за другу странку која је изјавила жалбу испуњени сви услови за покретање управног спора из става 1. члана 24. Закона о управним споровима.

Са изнетих разлога, Врховни суд Србије је на основу члана 28. став 1. тачка 3. Закона о управним споровима тужбу одбацио, јер се по поднетој жалби не решава о тужиочевом праву или обавези.

(Решење Врховног суда Србије У. 5157/05 од 27. октобра 2005. године).

*Сентенцу саставила: Душанка Марјановић,
судија Врховног суда Србије*

**ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ДЕЧИЈИ ДОДАТАК
У СМИСЛУ ОДРЕДБЕ ЧЛАНА 6. ЗАКОНА О ФИНАНСИЈСКОЈ
ПОДРШЦИ ПОРОДИЦИ СА ДЕЦОМ**

Закуп пословног простора од стране тужиоца, ради обављања пословне делатности, не представља разлог за одбијање тужиоцевог

захтева за признавање права на дечији додатак у смислу одредбе члана 6. Закона о финансијској подршци породици са децом.*Из образложења:*

По оцени Врховног суда Србије, погрешан је закључак првостепеног и туженог органа да тужилац поседује пословни простор у закупу, као непокретност која није саставни део стамбеног простора, па да стога не испуњава услове из члана 6. став 1. Закона о финансијској подршци породици са децом, за признавање права на дечији додатак. Ово стога што је наведеном одредбом закона прописано да се права предвиђена тим законом која су условљена материјалним положајем, могу остварити уколико подносилац захтева, односно чланови његове породице, не поседују непокретности, осим стамбеног простора који одговара њиховим потребама.

Међутим, по налажењу Врховног суда Србије, основано се тужбом истиче да је оспорено решење донето повредом Закона на штету тужиоца. Ово стога што ни у првостепеном поступку, а ни у поступку по жалби пред туженим органом, није утврђена одлучна чињеница о томе да ли тужилац поседује стамбени или пословни простор од чијег издавања у закуп би могао да остварује приходе - у смислу одредби члана 6. Закона о финансијској подршци породици са децом. Према правном ставу Врховног суда Србије, смисао цитиране одредбе је да не могу остварити право на дечији додатак лица која имају својину над пословним простором па стога могу да буду у позицији да остваре приходе по основу издавања у закуп тог простора. Смисао цитиране одредбе није да обухвати круг лица која су узела у закуп одређен пословни простор ради обављања пословне делатности јер плаћање закупнине представља за њих расход, а не приход у смислу одредби Закона о финансијској подршци породици са децом. Узимање у закуп пословног простора не представља разлог за одбијање захтева за признавање права на дечији додатак у смислу члана 6. Закона о финансијској подршци породици са децом.

(Пресуда Врховног суда Србије, У. 7777/05 од 28. јуна 2006. године).

*Сентенцу саставила: Јелена Тишма-Јовановић,
саветник Врховног суда Србије*

**РАЗЛОГ НИШТАВОСТИ ПРЕДВИЂЕН ИЗРИЧИТОМ
ЗАКОНСКОМ ОДРЕДБОМ**

Решење донето у управном поступку може се огласити ништавим због неправилности предвиђене законом, а не општинском одлуком.

Из образложења:

Основано се тужбом тужиоца указује на незаконитост решења туженог органа.

Из списка ове управне ствари се види да је првостепени орган, поступајући по решењу урбанистичке инспекције којим јој је наложено да поништи акт о урбанистичким условима за изградњу стамбеног објекта на парцели кп бр. 1910/1 КО Ћелије, чији је инвеститор тужилац, донео решење којим је поништио издате урбанистичке услове за градњу објекта, са позивом на одредбу члана 126. Одлуке о измени и допуни Одлуке о привременим правилима грађења ("Службени лист општине Крушевац", број 7/2003), налазећи да је акт о издатим урбанистичким условима у супротности са цитираном одлуком, па су се стекли услови из члана 257. тачка 5. ЗУП-а да се овај акт огласи ништавим. По изјављеној жалби тужиоца, тужени орган је донео оспорено решење којим је жалбу одбио као неосновану.

Одредбом члана 257. тачка 5. ЗУП-а, на коју одредбу се позвао првостепени орган приликом доношења свог решења, предвиђено је да се ништавим оглашава решење које садржи неправилност која је по некој изричитој законској одредби предвиђена као разлог ништавости.

Обзиром да је првостепени орган разлог ништавости издатих урбанистичких услова нашао у општинској одлуци, а не у некој изричитој законској одредби, то се нису стекли услови за оглашавање решења ништавим у смислу одредбе члана 257. тачка 5. ЗУП-а.

(Пресуда Врховног суда Србије У. 6881/05 од 13. априла 2006. године).

Аутор сентенце: Љубодраг Пљакић, судија Врховног суда Србије

ЗАСТУПНИК И ПОСРЕДНИК У ОСИГУРАЊУ

Неодлучивање о захтеву за признавање звања овлашћеног посредника у осигурању не чини незаконитим решење о признавању звања овлашћеног заступника у осигурању

Из образложења:

Из списка предмета ове управне ствари произлази да је тужилац поднео захтев туженом органу за признавање звања овлашћеног заступника и посредника у осигурању. Диспозитивом оспореног решења одлучено је само о захтеву за признавање звања овлашћеног заступника у осигурању, а није одлучено о захтеву за признавање звања посредника у осигурању, без обзира што су у образложењу оспореног решења наведени разлози који упућују на закључак да је захтев тужиоца за признавање звања овлашћеног посредника у осигурању одбијен.

Наиме, тужилац је, у смислу одредбе члана 117. став 2. Закона о општем управном поступку, у једном поступку поставио два различита захтева, и то захтев да му се призна звање овлашћеног заступника и звање овлашћеног посредника у осигурању. Одредбом члана 198. став 1. истог Закона прописано је да се диспозитивом решења решава о предмету поступка у целини и о свим захтевима странака о којима у току поступка није посебно решено. Како диспозитивом решења туженог органа није одлучено о једном од захтева тужиоца - захтеву за признавање звања овлашћеног посредника у осигурању, тужени орган је по оцени Врховног суда Србије донео, по садржини, делимично решење из члана 205. наведеног Закона, без обзира што то не стоји у називу решења.

Обзиром да оспореним решењем није одлучено о захтеву странке за признавање звања посредника у осигурању, то је обавеза туженог органа да на основу члана 206. Закона о општем управном поступку, по предлогу странке или по службеној дужности, донесе допунско решење и одлучи о овом захтеву странке који оспореним решењем није обухваћен.

Код оваквог стања ствари, чињеница да оспореним решењем није одлучено о целини захтева тужиоца не чини оспорено решење незаконитим, поготово ако се има у виду да је оспореним решењем усвојен један од захтева тужиоца, односно признато му звање заступника, а доношењем допунског решења биће му омогућено да у посебном поступку заштити

своја права и на закону засноване интересе у односу на захтев за признавање звања посредника у осигурању.

(Пресуда Врховног суда Србије У. 7892/05 од 6. априла 2006. године).

Сентенцу сачинила: Ружа Урошевић, саветник Врховног суда Србије

**ПРАВО НА ОСТВАРИВАЊЕ ДЕЧИЈЕГ ДОДАТКА РОДИТЕЉА
ЗА ДЕТЕ КОЈЕ СЕ ШКОЛУЈЕ У ШКОЛИ ВАН МЕСТА
ПРЕБИВАЛИШТА**

Родитељ детета које се школује у школи која се налази ван места пребивалишта и има статус редовног ученика, а живи у породичној заједници својих родитеља, има право на остваривање дечијег додатка за то дете, под условом да су испуњени и остали законом прописани услови, јер врши непосредну бригу о детету

Из образложења:

Основано се тужбом тужиле указује на погрешну примену материјалног права у поступку код управних органа.

Код неспорне чињенице да дете, за које се тражи дечији додаток, живи у заједничком домаћинству својих родитеља, погрешно су управни органи применили материјално право из члана 17. став 1. Закона о финансијској подршци породици са децом ("Службени гласник РС", бр. 16/02), налазећи да се ради о детету за које се тужилца непосредно не брине. Обзиром да је у поступку установљено да је дете ученик III разреда Пољопривредне школе у Б. у школској 2004/2005 години, а тужилца има пребивалиште у К., па није испуњен услов из цитираног члана Закона, да родитељ непосредно брине о детету, након чега тужилци није признато тражено право, будући да ова одредба има у виду остваривање дечијег додатка једног од родитеља, који непосредно брине о детету и има пребивалиште на територији Републике Србије, има држављанство Савезне Републике Југославије и остварује здравствену заштиту преко Републичког завода за здравствено осигурање за своје прво, друго, треће и четврто дете.

Код изнетог става суда, према коме није постојао правни основ за непризнавање права на дечији додаток за дете које живи у породичној за-

једници својих родитеља, без значаја је позивање туженог органа на чињеницу да се дете школује у другом граду, јер та чињеница не искључује родитеља од непосредне бриге о детету, па самим тим и од признавања права на дечији додатак, будући да је правни основ на страни тужиље за признавање права на дечији додатак у примени цитиране одредбе члана 17. став 1. Закона о финансијској подршци породици са децом, по којој има право на остваривање дечијег додатка за то дете.

(Пресуда Врховног суда Србије, У. 1579/05 од 19. октобра 2005. године)

Сентенцу саставила: Миланка Алкалај, саветник Врховног суда Србије

ПРИМЕНА ЧЛАНА 28. ЗАКОНА О ПОРЕЗИМА НА ИМОВИНУ

Уговор о размени непокретности од којих је једна будућа ствар (у изградњи) је уговор који је закључен под одложним условом, па је опорезив према тржишној вредности размењених непокретности у тренутку предаје у својину те будуће разменом уговорене непокретности

Из образложења

Према образложењу оспореног решења тужени орган је наведену одлуку из диспозитива истог донео са разлога што је, између осталог, оценио да је првостепени орган правилно поступио када је ожалбеним решењем тужиоцу утврдио порез на пренос апсолутних права, као продавцу стана по напред наведеном уговору јер је њиме извршена продаја предметног стана при чему је основица пореза тржишна вредност тог стана. Наиме, иако наведеним уговором уговорне стране регулишу своје имовинско-правне односе као размену непокретности њиме су уствари уговорене две одвојене купопродаје, с обзиром да у тренутку закључења уговора нису постојале обе непокретности које су предмет размене са ког разлога и није могло бити конституисано право својине обеју уговорних страна на непокретностима које би се могле разменити.

Међутим, по налажењу Врховног суда Србије овај спор се за сада не може расправити због тога што је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања са ког разлога је и повређено материјално право. Ово стога, што је тужени орган погрешно оценио да због непостојања друге непокретности (конкретно означеног стана на чију се предају у сво-

јину и државину по његовој изградњи тужилац обавезао наведеним уговором) уговор о размени није закључен. Напротив, по налажењу Врховног суда Србије, тужилац је закључио уговор о размени под одложним условом, па се стога и евентуално опорезивање на име разлике у тржишној цени размењених непокретности може извршити када непокретност по њеној изградњи тужилац буде предао у својину и државину лицу означеном у спорном уговору о размени. Како тужени наведени уговор није прихватио као размену а да, при том, иако дужан, није навео конкретне разлоге и доказе из којих изводи закључак да се у суштини ради о симулованом правном послу, односно о закључивању два уговора о продаји непокретности, то је повредом правила поступка и то повредом одредбе члана 199. став 2. Закона о општем управном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 33/97 и 31/01). Ово посебно с разлога што, према правном ставу овог суда није спорно да постоји уговор о размени са будућом ствари и да ће њеном изградњом и предајом у својину тај уговор бити и извршен од стране обе уговорне стране, из чега произлази да би у том случају било основа за примену одредбе члана 28. Закона о презима на имовину ("Службени гласник РС", бр. 26/01... 135/04) о утврђивању пореске основице када је у питању размена двеју непокретности. Осим тога уговарање овакве врсте размене непокретности као у конкретном случају није противно закону.

(Из образложења пресуде У. 4820/05 од 16. марта 2006. године)

Сентенцу саставио: Горан Јосифов, саветник Врховног суда Србије

ПРИМЕНА ЧЛАНА 74. СТАВ 5. У ВЕЗИ ЧЛАНА 3. ЗАКОНА О ЗДРАВСТВЕНОЈ ЗАШТИТИ

Решење Министарства здравља Републике Србије којим се укида решење истог органа о давању сагласности на непостојећу одлуку директора здравственог центра да се лекару одобри специјализација, донето на основу члана 74. став 5. у вези члана 3. Закона о здравственој заштити ("Службени гласник РС" бр. 17/92...101/05), не представља управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима.

Из образложења:

Према наведеним законским одредбама (члан 74. Закона о здравственој заштити "Службени гласник РС", бр. 17/92...101/05, члан 194. Закона о општем управном поступку "Службени лист СРЈ", бр. 33/97 и 31/01 и члан 6.

Закона о управним споровима "Службени лист СРЈ", бр. 46/96), сагласност на решење, односно акт о одобравању специјализације, коју даје други орган представља саставни део поступка у коме се доноси решење о одобравању специјализације па такав акт Министарства здравља не представља управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима.

Такође, ни акт којим се укида решење Министарства здравља Републике Србије којим је дата сагласност на одлуку директора здравственог центра да се тужиоцу одобри специјализација из опште хирургије, која није ни донета, не представља управни акт у смислу наведеног члана 6. Закона о управним споровима, јер таквим решењем није одлучено у управној ствари о неком праву или обавези тужиоца, нити је, пак, истом укинута неко већ стечено право тужиоца. У овој ситуацији поступак је враћен у фазу поступка која је била пре давања сагласности а у поступку који није окончан странка има могућност да користи права која јој по закону припадају, па и право у погледу учешћа у поступку и остваривању заштите.

Како оспорени акт није управни акт, то се његова законитост не може испитивати у управном спору.

*(Из образложења решења Врховног суда Србије
У. бр. 3401/05 од 18. јуна 2006. године).*

Сентенцу сачинила: Нада Кљајевих, судија Врховног суда Србије

Напомена:

Наведени Закон о здравственој заштити престао је да важи ступањем на снагу новог Закона о здравственој заштити ("Службени гласник РС", бр. 107/05, осим одредаба члана 77а) до 77е) и члана 78. до 85. Нови Закон о здравственој заштити ("Службени гласник РС", бр. 107/05), предвидео је могућност покретања управног спора против решења министра у вези са давањем сагласности на одлуку о одобравању специјализације и уже специјализације, с тим што је, претходно, прописао да је решење министра коначно у управном поступку.

**ПРИМЕНА ЧЛАНА 80. ЗАКОНА О ТРЖИШТУ ХАРТИЈА
ОД ВРЕДНОСТИ И ДРУГИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА**

Трајање понуде за преузимање акција искључиво се везује за рокове у којима се могу депоновати акције, а то је датум отварања понуде, којим се сматра дан објављивања понуде у неком од дневних листова, до последњег дана депоновања акција, односно до датума затварања понуде.

Из образложења:

Из списка предмета ове управне ствари произилази да је решење о одобрењу понуде понуђача а.д. из Београда за преузимање акција Акционарског друштва донето 7.6.2006. године, а да је понуда за преузимање акција објављена 9.6.2005. године, у дневном листу "Политика". Из достављене фотокопије скраћеног текста понуде који је објављен 9.6.2005. године, у дневном листу "Политика" под тачком 8. стоји датум отварања понуде 9.6.2005. године и датум затварања понуде 29.6.2005. године, из чега произилази да је испоштован законски рок од 21 дан. У том року сви акционари могли су да депонују акције на рачун депонованих хартија од вредности који је отворен код Централног регистра хартија од вредности и на тај начин отуђе своје акције понудиоцу под условима из понуде. Из свега наведеног евидентно је да се трајање понуде за признавање акција искључиво везује за рокове у којима се могу депоновати акције а то је датум отварања понуде, који је у овом случају дан објављивања понуде у дневном листу "Политика" до последњег дана депоновања акције, односно до датума затварања понуде. Овакво поступање туженог органа у доношењу оспореног решења је у складу са чланом 80. ст. 3. и 4. Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената којим је прописано да се сматра да су акционари прихватили понуду за преузимање акција када су депоновали своје акције до истека времена трајања понуде. У том смислу и сама понуда за преузимање акција је специфична јер се дан објављивања, односно, датум отварања понуде, рачуна као први дан наведеног законског рока од 21 дан. Ово са разлога што је тај дан најзначајнији са становишта могућности акционара да располажу са својим акцијама које су предмет понуде. Што се тиче рока трајања понуде законом је одређен само доњи праг трајања понуде а Правилником о садржини и форми понуде за преузимање акција је прописано да рок

утврђен у понуди за преузимање акција не може бити краћи од законског рока (21 дан) а ни дужи од 50 дана. Одредбом члана 80. став 1. наведеног Закона утврђено је да, рок у понуди за преузимање акција не може бити краћи од 21 дан, а одредбом истог члана у ст. 2. је прописано да на дан отварања понуде, акционарима мора бити омогућено да своје акције депонују на рачун депонованих хартија од вредности на начин предвиђен у понуди за преузимање акција.

(Пресуда Врховног суда Србије У. 4476/05 од 13. јула 2006. године)

Аутор сентенце: мр Јадранка Ињац, судија Врховног суда Србије

НАМЕРА КАО БИЋЕ ПРЕКРШАЈА

Намера да се избегне плаћање царине и других увозних дажбина или да се плате у мањем износу представља биће прекршаја из члана 188. став 1. тачка 1. ранијег Царинског закона и члана 345. став 1. тачка 1. важећег Закона и мора да буде саставни део изреке царинског прекршајног решења.

Из образложења:

Према наводима побијаног и првостепеног решења о прекршају окривљени су приликом увозног царинења техничке робе по ЛЦИ Ј1 број 25038/01/10369 од 1.8.2001. године ЦИ Јавна складишта С. приложили веродостојне фактуре које гласе на име окривљеног правног лица, у којима су нетачно означили вредност робе тако што су уместо 71.900,00 ДЕМ означили вредност од 48.600,00 ДЕМ и тиме умањили царинску основицу за 683.123,80 динара, а у намери да царине и друге увозне дажбине плате у мањем износу, како се то наводи у образложењу решења. При томе се царински органи позивају на извештај мађарских царинских органа према коме подаци о количини и броју издатих фактура одговарају стварним подацима односно бројевима фактура које су приложене приликом царинења али да је цена робе по комаду књиговодствене евиденције инодобављача знатно виша од цене по комаду која је означена у фактурама приложеним уз царинске исправе. На основу тако утврђеног наведеног чињеничног стања царински органи налазе да су окривљено правно лице и окривљено одговорно лице, наведени у изреци решења, одговорни за прекршај из члана 188. став

1. тачка 1. Царинског закона за који прекршај су кажњени новчаним казнама, а изречена је и заштитна мера наплате противредности која чини разлику између пријављене и стварне вредности робе.

По оцени Врховног суда Србије основано се захтевом оспорава законитост решења прекршајних органа. Наиме, одредбом члана 188. став 1. тачка 1. Царинског закона ("Службени лист СРЈ" бр. 45/92 ... 7/03) прописано је да ће се за прекршај казнити предузеће или друго правно лице ако у исправама које се подносе уз царинску декларацију означе другу, између осталог, вредност робе при преласку царинске линије или при царинењу у намери да избегне плаћање царине и других увозних дажбина или да царину плати у мањем износу. Како је у изреци првостепеног решења наведено да се окривљени оглашавају одговорним што је окривљено одговорно лице радећи у име и за рачун окривљеног правног лица приликом увозног царинења робе по ЈЦИ Ј1 број 10369 од 1.8.2001. године ЦИ Јавно складиште С. путем наведене шпедиције приложио неверодостојне фактуре, у којима је означена вредност робе у износу од 48.600,00 ДЕМ иако је стварна вредност предметне робе 71.000,00 ДЕМ, а на који начин је пријавио робу у мањој вредности од стварне за износ од 22.400,00 ДЕМ, али није наведено да је све то учињено у намери да царину плати у мањем износу, то је тако наведена изрека непотпуна и неразумљива, као и супротна разлозима датим у образложењу решења. Наиме, тиме што изрека решења о прекршају не садржи битан елемент бића прекршаја да је у намери да се плати царина у мањем износу извршено пријављивање друге вредности робе, без обзира што се у образложењу решења наводи да је нетачно пријављивање вредности извршено у наведеној намери, учињена је битна повреда одредаба прекршајног поступка - члан 251. став 1. тачка 14. Закона о прекршајима.

(Пресуда Врховног суда Србије Уп. 550/04 од 22. марта 2006. године)

Аутор сентенце: Надежда Николић, саветник Врховног суда Србије

ПРИМЕНА ЧЛАНА 62. СТАВ 4. ЗАКОНА О ОСНОВАМА СИСТЕМА ОБРАЗОВАЊА И ВАСПИТАВАЊА

Решење Министра просвете и спорта Републике Србије којим се одбија давање сагласности на одлуку школског одбора о разрешењу дужности директора средње школе, донето на основу члана 62.

став 4. Закона о основама система образовања и васпитања ("Сл. гласник РС", бр. 62/03 ... 101/05) представља управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима

Из образложења:

Према наведеним законским одредбама (члан 62. Закона о основама система образовања и васпитања "Службени гласник РС", бр. 62/03... 101/05, члан 194. Закона о општем управном поступку "Службени лист СРЈ", бр. 33/97 и 31/01 и члан 6. Закона о управним споровима "Службени лист СРЈ", бр. 46/96), сагласност на решење, односно акт којим се даје сагласност на одлуку Школског одбора о разрешењу дужности директора средње школе, коју даје други орган, представља саставни део поступка у коме се доноси решење о разрешењу директора средње школе, па такав акт Министра просвете и спорта, не представља управни акт у смислу члана 6. Закона о управним споровима.

одбија давање сагласности на одлуку Школског одбора о разрешењу дужности директора средње школе, не представља управни акт у смислу наведеног члана 6. Закона о управним споровима, јер таквим актом није одлучено у управној ствари о неком праву или обавези физичког или правног лица или друге странке у управној ствари.

Како оспорени акт није управни акт, то се његова законитост не може испитивати у управном спору па и без обзира на дату правну поуку.

*(Из образложења решења Врховног суда Србије
У. бр. 3187/06 од 6. септембра 2006. године)*

Сентенцу сачинила: Нада Кљајевих, судија Врховног суда Србије

III

**СЕНТЕНЦЕ ИЗ ОДЛУКА
ВИШЕГ ТРГОВИНСКОГ
СУДА**

**ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ КАО РАЗЛОГ ЗА ОБАВЕЗАН ЗАСТОЈ
У ПОСТУПКУ ПО ТУЖБИ ЗБОГ ПОВРЕДЕ ЖИГА**

Изузетно у односу на одредбу члана 12. Закона о парничном поступку, парнични суд не може сам решавати претходно питање у поступку по тужби због повреде жига, већ је дужан да са поступком застане у законом одређеним случајевима, али не и у случају подношења тужбе Суду СЦГ за поништај управног акта - решење о признању жига донетог од стране Завода за интелектуалну својину.

Из образложења:

Правилно је првостепени суд одлучио када је одбио предлог туженог да застане са поступком у овој правној ствари. Како се жиг стиче уписом у Регистар жигова, а признато право према члану 31 Закона о жиговима у Регистар уписује надлежни орган и при томе носиоцу права издаје исправу о жигу, која има карактер решења у управном поступку, то је за одлучивање по тужби због повреде жига, претходно питање - питање постојања права и својства носиоца права. Према члану 12. Закона о парничном поступку, кад одлука суда зависи од претходног решења да ли постоји неко право или правни однос, а о том питању још није донета одлука од стране суда или другог надлежног органа, суд може сам одлучити о претходном питању, или може одлучити да поступак прекине до окончања поступка у коме се то претходно питање решава. Чланом 59. Закона о жиговима предвиђен је изузетак од овог општег правила, па је суд у законом предвиђеним случајевима дужан, дакле обавезан да са поступком по тужби због повреде жига, застане. То је случај из члана 50. Закона о жиговима, односно због покретања поступка за оглашавање ништавим решења о признању жига, односно међународног регистровања, који има природу управног поступка и који се води пред Заводом за интелектуалну својину; затим из чл. 53. и 55. истог закона - вођење поступка за доношење решења о престанку жига због некоришћења (или из других законом предвиђених разлога), који се води пред истим органом. Обавезан застој поступка предвиђен је и у случају покретања судског поступка по тужби за оспоравање жига, из чл. 66. и 67. Закона о жиговима. Уколико тужилац у том спору успе, надлежни орган ће извршити упис промене носиоца права, односно уписаће тужиоца као носиоца жига.

Решење о признању жига, као управни акт који је коначан и против кога жалба није дозвољена, може бити предмет испитивања и у управном спору пред Судом Србије и Црне Горе, по тужби за поништај незаконитог управног акта. Чланом 59. Закона о жиговима вођење овог поступка није предвиђено као разлог за обавезни застој поступка по тужби због повреде права.

Из наведеног следи да решење о признању жига може бити предмет побијања и испитивања у више поступака, и управних и судских, при чему се судски воде и према одредбама Закона о парничном поступку и према одредбама Закона о управном спору. Законом је међутим обавезан застој поступка предвиђен само за неке од њих, а не за све. У конкретном случају тужени је доставио доказе да је поднео тужбу Суду Србије и Црне Горе ради поништења исправа о жиговима, па следи да покретање наведеног поступка не представља законом предвиђени разлог за застој поступка у смислу члана 59. Закона о жиговима, како је то правилно закључио првостепени суд.

*(Из решења Вишег трговинског суда
Пж. 3725/06 од 26. априла 2006. године)*

Аутор сентенце: Јасмина Стаменковић, судија Вишег трговинског суда

ПРЕСУДА ЗБОГ ПРОПУШТАЊА У ПАРНИЦИ ПО ОСНОВУ ВЕРОДОСТОЈНЕ ИСПРАВЕ

Пресуда због пропуштања, се не може донети у спору који је иницијално започет предлогом за извршење на основу веродостојне исправе, јер се по улагању приговора на донето решење исто ставља ван снаге у делу у коме је одређено извршење, а поступак наставља као по платном налогу, што даље значи да се тужба не доставља на одговор туженом, па не могу наступити ни законом предвиђене последице пропуштања доставе истог.

Из образложења:

Како је у конкретном случају поступак почео предлогом за извршење на основу веродостојне исправе, по коме је донето решење о изврше-

њу, то је правилно првостепени суд поступајући на основу члана 21. ЗИП по приговору извршног дужника ставио ван снаге решење о извршењу у делу у коме је одређено извршење и укинуо спроведене радње, достављајући предмет парничном одељењу ради наставка поступка као поводом приговора против платног налога. Стога у даљем току поступка поступак ће се наставити као поводом приговора против платног налога а то значи по одредбама ЗПП које регулишу посебне поступке у делу у којем је регулисан поступак издавања платног налога односно одредбама члана 453. до 464. ЗПП. Сходно одредбама члана 457. ЗПП приговор против решења о извршењу на основу веродостојне исправе сматраће се приговором против платног налога. Како је чланом 458. ЗПП предвиђено да неблаговремене, непотпуне и недозвољене приговоре одбацује суд без одржавања рочишта, а другим ставом истог члана је предвиђено да ако су приговори поднети благовремено суд ће заказати одмах рочиште за главну расправу, то одредбе цитираног члана указују да у току поступка који се наставља као по приговору против платног налога тужбу односно иницијални акт није потребно достављати ради одговора туженом већ се по истом приговору уколико је исти благовремен, потпун и дозвољен (те стога не буде одбачен), одмах заказује рочиште за главну расправу. Из изнетих разлога погрешно је првостепени суд када је туженом решењем наложио да достави одговор на тужбу, јер достављање тужбе на одговор није законом предвиђено у поступку по платном налогу, а сходно томе не могу ни наступити законом предвиђене последице санкционисања изостанка наведеног одговора односно не може се због пропуштања туженог да достави одговор донети на основу члана 338. ЗПП пресуда због пропуштања.

Према изнетом у парничном поступку, који је иницијално започео предлогом за доношење решења о извршењу на основу веродостојне исправе тужба се не доставља туженом на одговор већ се одмах заказује рочиште за главну расправу, а у случају да суд и достави такву тужбу - предлог односно платни налог туженом на одговор не могу у случају пропуштања туженог да поступи по наведеном налогу настати правне последице предвиђене чланом 338. ЗПП, односно не може се донети пресуда због пропуштања, јер се ради о посебном поступку издавања платног налога у коме је изричитим одредбама Закона, члан 458. ЗПП суд обавезан да одмах закаже главну расправу без посебног достављања тужбе - пред-

лога туженом на одговор, а тиме је искључена и могућност наступања правних последица недостављања истог.

*(Из решења Вишег трговинског суда
Пж. 14154/05 од 22. марта 2006. године)*

*Аутор сентенце: Гордана Ајнишилер-Поповић,
судија Вишег трговинског суда*

САВЕСНОСТ ГРАДИТЕЉА КАО УСЛОВ ЗА СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ПО ОСНОВУ ГРАДЊЕ НА ТУЋЕМ ЗЕМЉИШТУ

Постојање закупног односа искључује савесност закупца као градитеља, па он не може стећи право својине по основу грађења на туђем земљишту без обзира што се закуподавац томе није противио.

Из образложења:

Правилан је закључак првостепеног суда да се на основу реконструкције и адаптације на закупљеном простору не може стећи право својине и да закупца евентуално према закуподавцу може да има само облигационо-правни, а не стварно-правни захтев. Тужилац тужбом тражи иселење из пословног простора који је био предмет тужбеног захтева. Неспорна је чињеница да је тужени - противтужилац изводио грађевинске радове на спорном објекту у својству закупца. Постојање закупног односа искључује савесност туженог као градитеља. Из тих разлога је без значаја жалбени навод да је тужилац - противтужени знао за градњу и да се томе није успротивио. Члан 24. став 1. Закона о основама својинско-правних односа, предвиђа кумулативно два услова за стицање својине грађењем на туђем земљишту. Први је савесност градитеља да није знао или није могао знати да гради на туђем земљишту а други, да је власник земљишта знао за градњу и није се одмах томе успротивио. Постојање закупног односа између парничних странака искључује савесност закупца и он стога не може уживати правну заштиту и тражити да му се призна право својине.

*(Из пресуде Вишег трговинског суда
Пж. 10609/05 од 12. априла 2006. године)*

Аутор сентенце: Зора Лозанић, судија Вишег трговинског суда

**ДОЗВОЉЕНОСТ ПРАВНОГ ЛЕКА НА РЕШЕЊЕ СТЕЧАЈНОГ
ВЕЋА ДОНЕТОГ ПО ПРИГОВОРУ НА ЗАКЉУЧАК СТЕЧАЈНОГ
СУДИЈЕ КОЈИМ ЈЕ ОСПОРЕНО ПОТРАЖИВАЊЕ ПОВЕРИОЦА**

Жалба на решење стечајног већа донетог по приговору на закључак стечајног судије није дозвољена. Приговором на закључак и одлуком већа по истом исцрпљена је двостепеност одлучивања о основаности пријаве потраживања поверилаца.

Из образложења:

Према стању у списима наведени поверилац М.М. пријавио је своје потраживање у стечају 33 "К". Закључком стечајног управника донетим у смислу члана 94. Закона о стечајном поступку, с обзиром да се стечајни поступак води по одредбама новог Закона јер је покренут по ступању на снагу истог, стечајни судија је оспорио наведено потраживање као неосновано.

Против наведеног закључка у складу са одредбама члана 94. став 6. Закона о стечајном поступку стечајни поверилац чије потраживање је оспорено поднео је приговор као законом дозвољени и предвиђени правни лек. Одлучујући по наведеном приговору стечајно веће као надлежно за доношење одлуке по истом на основу члана 94. став 7. Закона о стечајном поступку донело је побијано решење којим одбија приговор наведеног повериоца као неоснован и потврђује цитирани закључак стечајног судије. Тиме је одлуком стечајног већа по приговору, као одлуком другостепеног органа у оквиру стечајног поступка окончан поступак утврђивања потраживања, односно наведени закључак је постао правоснажна одлука о повериочевом потраживању. Правни пут који у наведеној ситуацији поверилац може предузети као поверилац правоснажно оспореног потраживања је покретање парнице ради утврђења оспореног потраживања у складу са одредбама члана 96. Закона о стечајном поступку.

Према изнетом жалба као правни лек против решења стечајног већа није дозвољена јер је одлучивањем по приговору против закључка стечајног судије обезбеђена двостепеност у одлучивању о пријави потраживања повериоца, у оквиру самог стечајног поступка и сâм закључак који је одлуком стечајног већа потврђен по одбијању приговора М.М. је правоснажна одлука којом је оспорено потраживање повериоца. Из изнетих разлога жалба на наведено решење стечајног већа којим је већ одлучено по

правном леку против закључка стечајног управника није дозвољена, па се иста одбацује на основу члана 387. став 1. тачка 1. ЗПП и члана 5. Закона о стечајном поступку.

*(Из решења Вишег трговинског суда
Пвж. 433/06 од 19. априла 2006. године)*

*Аутор сентенце: Гордана Ајнштилер-Поповић,
судија Вишег трговинског суда*

ПРЕСТАНАК ДУЖНОСТИ В.Д. ДИРЕКТОРА ОДРЕЂЕНОГ ПЛАНОМ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ

Стечајни суд решењем о закључењу стечајног поступка, које је донето јер је план реорганизације у целости испуњен, не одлучује о разрешењу односно престанку дужности в.д. директора субјекта реорганизације, постављеног усвојеним планом реорганизације.

Из образложења:

(Стечајно веће је донело решење о закључењу стечајног поступка јер је утврђено да је у целости извршен план реорганизације)

У погледу жалбеног навода да побијаним решењем није прецизирано када в.д. директору, који је одређен у плану реорганизације, престаје дужност, другостепени суд налази да је и тај жалбени навод без утицаја јер престанак дужности директора код субјекта реорганизације, у ситуацији када је план испуњен, није питање од утицаја на спровођење стечајног поступка нити предмет одлучивања суда. Закон о стечајном поступку прописује које одлуке и о којим питањима доноси стечајни суд, било кроз деловање стечајног већа, било кроз деловање стечајног судије и доношење одлуке о управи код субјекта реорганизације не спада у корпус одлука које доноси стечајни суд.

*(Из решења Вишег трговинског суда
Пвж. 473/06 од 15. јуна 2006. године)*

Аутор сентенце: Снежана Марић, судија Вишег трговинског суда

IV
ОГЛЕДИ

Сима Аврамовић,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Београду

АНТИЧКО ПОРЕКЛО САВРЕМЕНИХ ПРИНЦИПА У ПРАВОСУЂУ

Циљ овог кратког саопштења је да се покуша сагледати докле сежу корени неких темељних начела на којима почива савремено правосуђе. Можда ће бити могуће, и у овако сумарном осврту, донекле довести у питање клише према коме су тек 19. и 20. век колевка владавине права и принципа модерног судовања. Чини се да је правосуђе стајало пред многим сличним изазовима много векова раније, као и да су прохујале цивилизације на веома сличан начин размишљале о питањима која и данас леже у самим основама судијске професије и организације судова. Било би корисно сагледати какве су одговоре давали на нека од њих.

На путовању у европску правну прошлост прва станица се нужно налази у најдрагоценијем изворишту укупне европске цивилизације – старој Грчкој и Атине. Баш су ту, а не у римском праву како се то обично најпре помисли, постављени темељи демократског судовања и многих савремених процесних принципа. Римско право, са државом заснованом на другачијим темељима и начелима организације власти који нису садржавали демократске елементе попут античке Атине, имало је сасвим другачију организацију правосуђа, која није представљала тако плодно тле за установљавање низа напредних правосудних начела која су се сретала у неким грчким полисима.

Први корак на овом путу могао би бити покушај да се исправи једна велика неправда, која је последица опште глорификације римског права. Наиме, најстарији познати европски законик није римски Закон 12 таблица, како се то по правилу сматра. Он чак није ни сачуван, него данас живи само кроз мање или више прихватљиве реконструкције, а у науци је отворено и питање да ли Закон 12 таблица заиста потиче из 5. века пре н.е. или је знатно млађи. За разлику од њега, на острву Криту, у полису Гортина, сачуван је у целости и данас се налази на месту на коме је и на-

стао, законик тог града - државе. Обимни текст Гортинског законика, исписан у 12 стубаца још средином 5. века пре н.е., стоји и сада на дохват руке туристима и правницима, али га многи ни не примећују. Њега не треба реконструисати као Закон 12 таблица, треба га само читати.

Прве одредбе Гортинског законика односе се баш на суђење. Као што је, вероватно, и Закон 12 таблица на самом почетку наређивао: *Si in ius vocat ito* ("ко је позван на суд, нека иде"), тако и Гортински законик почиње одредбом о **забрани самопомоћи** – нико не сме правду сам узимати у своје руке, него се мора обратити суду. То је било основно начело које је одвајало правне системе и правосуђе од примитивних корена, а у Грчкој је оно освојено још у 5. веку пре н.е. Да ли га је данас, после више од 2.000 година, наше друштво потпуно прихватило, или је идеја о самопомоћи још увек присутна? Зашто данас још увек постоји изражена тенденција да многи узимају правду у своје руке? Је ли то знак неповерења према правосуђу или одраз дубоко усађеног примитивног осветничког менталитета у друштву? Пре се чини да је у питању ово друго, и утолико је посао судија данас тежи, па и ризичнији, него што је био у старој Грчкој.

За разлику од Гортине, из које је сачуван изворни законски текст, скоро све што знамо о атинском праву највећим делом дугујемо правосуђу и сачуваним судским говорима из атинске суднице. Њих су писали професионални писци говора - логографи, који су уз накнаду припремали судске беседе за наручиоце, али је странка говор сама морала одржати и лично износити своје аргументе пред судом. До нашег времена је доспело око 110 говора који су били намењени за наступ странака пред судијама (истовремено је сачувано само око 40 политичких беседа, мада су оне далеко познатије и славније). Захваљујући преживелим судским говорима, који су добрим делом потврђени новијим археолошким налазима, наука је данас у стању да са великим степеном извесности реконструише не само материјално право античке Атине, него још више организацију атинског правосуђа и његова процесна правила.

Атињани су судили на отвореном простору, како би богови лакше надгледали правичност суђења. За убиство и теже деликте судило се на брежуљку испод Акропоља – Ареопагу, који је носио име према богу рата Аресу. Савремена грчка држава и данас свој Врховни суд назива тим именом - *Areos pagos*. Поред Ареопага, који се налазио на узвишењу, како би био што ближи боговима, постојао је и низ других судова који су се састављали у равници испод Акропоља и Ареопага, на главном градском тргу -

агори. Најзначајнији од њих, пред којим су се решавали бројни свакодневни спорови носио је назив Хелијеја (од грч. *helios* - сунце), јер се састајао под ведрим небом и сунцем, тако да није имао своју посебну, адекватну зграду и суднице. Али, на такав начин се обезбеђивао **потпуни принцип јавности у раду суда**, што је био један од основних постулата укупног политичког и друштвеног живота у демократској Атини.

Ипак, Атињани се при суђењу нису ослањали само на надзор богова, него и на бројне правне принципе, од којих су многи данас саставни део демократског судовања. **Објективност и непристрасност** судија је био један од најважнијих захтева. Код поротног суђења то се постизало скоро по природи ствари, поготово због начина на који је порота бирања и система додељивања предмета коцком. У случају инокосног судовања, које је било знатно ређе, ово начело обезбеђивало се избором најистакнутијих и најчаснијих људи на државне функције које су подразумевале и право на суђење. То су по правилу били најугледнији Атињани – архонти. Они су, као и сви други државни чиновници, пролазили кроз специјални поступак испитивања моралних својстава, који се називао *dokimasia*. Сваки грађанин је имао право да кандидату приговори због било ког понашања у прошлости, а ко прође кроз такав тест и буде изабран од атинске скупштине, коју су сачињавали сви пунолетни слободни мушки грађани, стицао је неограничено поверење, па се његова објективност и непристрасност нису доводили у питање.

Исто тако, био је предвиђен читав низ техничких мера и механизма који су имали за циљ да обезбеде странкама **право на правичног судију и правично суђење**. Да би се постигла што већа објективност, Атињани су стриктно поштовали **принцип зборности у суђењу и начело учешћа грађана у вршењу правосуђа**. Суђење је било по правилу колективно и поротно, са ретким изузецима када су надлежност за суђење имали архонти. Судије-поротници су се бирале коцком на сам дан суђења, са списка од 6.000 грађана одабраних на почетку године. Најмање судско веће је имало 201 поротника, како би се обезбедило да странке, због бројности поротника, не могу вршити индивидуални притисак на оне који ће пресуђивати њихов случај. Пошто се суђење одвијало на неколико места - судница, поротници одабрани да одређеног дана суде, још увек нису знали који ће им предмет припасти, него се и распоред предмета (као и одређивање поротника) вршио коцком непосредно пред почетак претреса.

За додељивање предмета случајем, што је важан принцип и данас, Атињани нису имали на располагању компјутере и електронски *random selection*, како се то данас каже савременим речником. Ипак, њихов механизам је био подједнако ефикасан, а можда још мање подложен "намештању" пожељних судија и судског већа, јер се одређивање, односно "извлачење" судија обављало јавно, пред окупљеним поротницима и странкама.

Сваки од судија-поротника одабраних на почетку године добијао је своју бронзану плочицу – идентификациони знак (која некоме можда може да заличи на електронску картицу) - *pinakion*, на којој је било исписано његово име. На дан суђења они су своје плочице давали судском чиновнику, који их је стављао у посебну камену справу – *kleroterion*, "машину за одређивање судија", на којој се налазило много низова хоризонталних и још више вертикалних зареза. У сваки зарез на камену убацивала се по једна судијска картица. Пошто убаци све картице присутних, чиновник би отварао дугачки вертикални бронзани канал са леве стране клеротериона, кроз који су једна по једна испадале беле или црне куглице, за сваки ред поређаних судијских плочица. Уколико се извуче бела куглица, све судије чије се плочице налазе у том реду су изабрани да тога дана суде. Уколико изађе црна куглица, судије из тог реда нису изабране, али они најчешће остају у суду и присуствују суђењу као публика. Овако компликована процедура и софистицирана, мада у основи прилично једноставна направа, јасно говори у коликој су мери Атињани придавали значаја објективности у избору судија и додељивању предмета и обезбеђивању њихове непристрасности.

Када поступак започне, свака странка је имала право на два говора – први дужи и други, краћи – реплику. Најпре је, као и у савременом процесном праву, говорио тужилац па тужени, чиме се обезбеђивало **право туженог на завршну реч**. Али, време за говор је било ограничено, јер се време које треба да утросе судије веома поштовало. Једном речју, већ тада се водило рачуна и о специфичном виду **начела процесне економије**. Дужина говора странака је лимитирана, али тако да је свака странка имала на располагању једнако време за своје обраћање. И за ту сврху је измишљена проста, али ефикасна направа – тзв. водени сат, *klepsidra*. У питању су две амфоре, које имају мали отвор при дну, кроз који лагано истиче вода, чија количина зависи од врсте и значаја поступка. Када једна страна заврши говор, доња амфора пуна воде се премешта изнад, а празна испод, тако да супротна страна има на располагању идентичну количину времена – воде. И прецизно, и правично, и практично!

Овако схваћено начело процесне економије омогућавало је остваривање још једног важног принципа. Мада нису знали за англосаксонску изреку *justice delayed - justice denied* ("закасна правда је ускраћена правда"), систем судства у Атини је обезбеђивао оно што се данас зове **право на суђење у разумном року**. Долазак до правде је заиста био брз – пресуда се морала изрећи на сâм дан суђења, по правилу одмах по окончању главног претреса, док су утисци о изведеним доказима још свежи.

Када се заврши главни претрес, судије гласају тајно. **Тајност гласања** је важан принцип при доношењу пресуде, до кога су Атињани веома држали. Сматрали су да се тиме судије обезбеђују од било каквих приговора или освете незадовољних странака, што наравно такође доприноси објективности судовања. И за ту сврху су измишљени необични реквизити, које је у изворном облику, као и претходне, открила савремена археологија: сваки судија је добијао по два бронзана гласачка диска – *psefoi*. Један је у свом центру имао избочину са рупом, а на другом је та осовина била од пуног материјала. Диск са шупљином је представљао глас за глас за тужиоца, а онај други за туженог. По завршетку расправе, судије спуштају дискове у бронзану амфору, у којој се налазе важећи гласови који се пребројавају. Преостали диск се спушта у дрвену амфору ("ћораву кутију"), како нико не би видео који је диск неко спустио у бронзану амфору, односно за кога је гласао. Заштита интегритета судија је у Атини, очигледно, била један од примарних задатака државе и важна гаранција правичног суђења.

У том циљу поштовала су се још два важна принципа. Атињани нису заборављали ни на потребу да се судијама обезбеди **материјална стимулација и независност**. Почев од средине 5. века пре н.е. уведена је финансијска надокнада за судије у износу од два, а касније три обола на дан – што је за многе Атињане, зависно од социјалног статуса, представљало савим довољну суму да се од ње могла издржавати породица. Свест о томе да се судијско достојанство, објективност и независност обезбеђују и кроз материјалну независност судија, изгледа да је у античкој Атини била потпунија него у неким државама данас. Исто тако, **сталност судија** се по природи ствари подразумевала, а не формално прокламовала. Она се није доводила у питање њиховим превременим појединачним, а још мање општим, колективним реизборима.

Због свега тога чини се да је у античкој Атини судијски посао био лакши него данас. И то не само због израженијег начела зборности, него и због то-

га што су постојали бројни механизми заштите судија, због истинске независности судске власти, због веће личне сигурности и независности судија.

Дакле, листа поменутих темељних принципа које савремено правосуђе дугује античкој Атини, који и данас чине основ владавине права и савременог судовања, прилично је дуга. Њу чине:

- Забрана самопомоћи
- Јавност у раду суда
- Објективност и непристрасност
- Право на правичног судију и правично суђење
- Зборност у суђењу
- Учешће грађана у вршењу правосуђа
- Случајна расподела предмета
- Право туженог на завршну реч
- Начело процесне економије
- Право на суђење у разумном року
- Тајност гласања
- Материјална независност судија
- Сталност судија

Ограниченост времена не дозвољава да се макар у неколико речи помену и многа друга фундаментална начела, која и данас представљају саме темеље модерног судства, а које је препознала, развила и различитим механизмима обезбеђивала већ демократска Атина. Ту би, између осталих, пре свега спадали још и:

- ∅ Независност судства, нарочито од извршне власти
- ∅ Вишестепеност судства
- ∅ Судска контрола закона (*judicial review*)
- ∅ Право странака на расправљање пред судом
- ∅ Право странака на стручну помоћ
- ∅ *Ne bis in idem*
- ∅ Медијација (грч. арбитри - *dieteti*)

О сваком од ових принципа у античком атинском правосуђу би се могло сачинити бар по једно овакво саопштење. Али, нека то остане, можда, за неку другу прилику.

Љубиша Лазаревић,
Правни факултет, Београд

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА НЕКА РЕШЕЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ СРБИЈЕ

I НЕКОЛИКО УВОДНИХ НАПОМЕНА

1. Приликом доношења Кривичног законика Србије, који је Народна скупштина усвојила септембра 2005. године, учињено је неколико констатација у погледу основних карактеристика овог Законика. Осврнућу се само на неке од њих које имају значај у погледу оцене прихваћених решења.

Прва је да је реч о модерном и демократском Законику који у том погледу сврстава нашу државу у ред савремених, цивилизованих и демократских земаља. Да ли је ова констатација тачна и да ли то значи да до доношења овог Законика ми нисмо имали "савремено и демократско" кривично законодавство. Они који су се бавили проучавањем историје нашег кривичног законодавства добро знају да је оно у скоро читавом свом развоју имало за модел кривичне законе неких од западно-европских земаља и да је у регулисању основних института прихватало решења из тих законодавстава. Тако, почев још од Казнитељног Законика за Кнежевину Србију од 1860, па преко Кривичног законика Србије из 1910. године, и Кривичног законика Краљевине Југославије од 1929. године, наше кривично законодавство се конституисало и развијало под великим утицајем, у прво време аустро-угарског и немачког кривичног права, а касније и француског. Уз два ограничења, ова оцена важи и за југословенско кривично право настало после Другог светског рата. Ако се изузме период непосредно после рата, када је важило тзв. "револуционарно кривично право", са изразито ретрибутивном садржином, и уз велики утицај совјетског кривичног права, почев од познате реформе из 1959. године, наше кривично законодавство је у свом даљем развоју следило решења прихваћена у законодавствима најпрогресивнијих земаља, пре свега Швајцарске и Француске. Стање кривичног законодавства непосредно после рата није ни слу-

чајност ни нешто што је типично за нашу државу. Развој кривичног права кроз историју друштва несумњиво указује да је то било својствено у скоро свим државама у којима су вршене значајне и историјске промене у погледу њиховог друштвеног уређења и политичког система, и које су нормално захватале и правни систем. Довољно је подсетити на стање у Француској после буржоаске револуције и у Русији после октобарске револуције. Међутим, изван "искорак" са правца демократског развоја нашег кривичног законодавства учињен је и у савременом периоду, у времену између 2001. и 2003. године, када су у наше кривично законодавство уведена нека већ превазиђена решења (конфискација имовине, особито тежак случај), када је за изрицање казне затвора за дела учињена у стицају прихваћен кумулативни систем са могућношћу изрицања ове казне у изузетно дугом трајању, када је код већег броја кривичних дела прописан знатно виши максимум казне затвора од ранијег и др. Ипак, ако се апстрахују ова два периода, мислим да није неоснована оцена да се наше кривично законодавство развијало као демократско право и на нивоу цивилизованих држава. У вези са тим, са задовољством желим да укажем да је на многим међународним научним скуповима одржаним у времену када је наша земља била "између истока и запада", често указивано како се и у једној држави која није прихватила западно-европски модел, може изграђивати једно демократско кривично право. Све ово, међутим, не негира чињеницу да се и у примени либералних и прогресивних решења, могу вршити а и да су вршене злоупотребе у његовој примени.

Друга констатација је да је доношењем овог Законика учињен даљи значајан корак у његовој хармонизацији са кривичним законодавством прогресивних земаља западне Европе. И ова констатација је релативне вредности. Већ смо указали да се оно и до сада развијало по угледу на решења прихваћена у другим демократских законодавствима, али треба имати у виду да се питање хармонизације нашег права са западноевропским не може решавати на исти начин за цео наш правни систем. Кривично право је пратило развој у другим земљама и прихватало оно што је у датом моменту било целисходно и нама одговарајуће; одређених слабости било је у поступку ратификације међународних уговора и њиховог интегрисања у наш правни систем. Конвенцијама које су налагале инкриминасање одређених понашања прилагођавана су и одговарајућа решења у Кривичном законнику. Када је, међутим, реч о основним институтима кривичног права, па и систему инкриминација, у том погледу нису ни посто-

јале потребе за "хармонизацијом", јер је реч о тековинама историјског развоја кривичног права. Имам утисак да се управо у том погледу претерало, да су се под видом "хармонизације" прихватале и неке личне концепције или су механички преузимана решења из страног законодавства, која нису била потребна, а за то је као основни аргумент навођено да их познаје и кривично законодавство других земаља. При томе се губило из вида да при изградњи кривичног законодавства једне државе, постоје неки императиви који се не могу игнорисати, а поготово кршити. Указаћу само на неке од њих. Прво, кривично законодавство сваке државе је у одређеној мери израз њеног историјског развоја у националном, културном и економском смислу, па чак и традиције и обичаја. С друге стране, његово конституисање одвија се под снажним утицајем конкретних политичких, економских, културних, социјалних и криминално-политичких прилика, што претпоставља одговарајућу атмосферу у време његовог доношења. Самим тим оно на одређени начин искључује "помодарство" и механичко преузимање туђих решења. Друго, у науци кривичног права је општепознат и општеприхватљив став да између кривичног законодавства и политике сузбијања криминалитета постоји тесна функционална повезаност; кривично законодавство је основа за изградњу и остваривање циљева криминалне политике у њеном репресивном облику. Због тога се код конципирања и Општег и Посебног дела кривичног права мора водити рачуна о стању криминалитета у датом друштву, његовом обиму, структури и динамици. Треће, у прописивању кривичних норми свакако се треба користити и искуствима до којих се дошло у другим земљама како на законодавном плану тако и у примени превентивних и репресивних мера, али од већег значаја је да се води рачуна о сопственим искуствима, о проблемима на које се у нашој земљи наилазило у примени закона; судска пракса је најбољи индикатор слабости или вредности прихваћених решења. Зато израда кривичног законодавства мора бити праћена анализом судске праксе; наука кривичног права и сазнања стечена применом закона морају бити извор за законодавца. Најзад, правилна примена кривичног закона претпоставља и његову максималну прецизност у регулисању његових института. Кривичноправне одредбе морају бити јасне како оне које их примењује тако и оне које се примењују. Имам утисак да се наш законодавац није придржавао ових императива.

Трећа констатација којом је праћено доношење Кривичног законика је да је он рађен уз широко консултовање наше судске праксе и кори-

шћење савремених научних достигнућа у овој области, а посебно да су његовим доношењем разрешене одређене дилеме које су постојале у пракси и теорији. Није ми познато колико је ова констатација основана, односно колико је судска пракса консултована и колико је утицала на прихваћена решења, односно колики је био удео науке кривичног права. Али констатација да су овим закоником решени одређени проблеми који су се у пракси јављали основано се може довести у сумњу. Моје лично мишљење је управо супротно односно да су прихваћена нека решења која ће, иако се теоретски могу и бранити, изазвати многе дилеме у њиховој практичној примени. Овај рад управо има за основни циљ да се укаже на таква решења, да се отвори расправа о њима у којој би се верификовало да ли је пре реч о заблудама аутора овог реферата или је пак реч о решењима која концепцијски или садржајно нису јасна и чије уношење у Законик није било иницирано од наше судске праксе или од наше теорије. Аргумент да таквих решења има у страном кривичном законодавству за мене нема велику снагу ако иза тог не стоји оцена да је оно целисходно и да се уклапа у наш кривичноправни систем, а посебно да се потреба за таквим решењем осећала у нашој судској пракси.

II О НЕКИМ РЕШЕЊИМА ИЗ ОПШТЕГ ДЕЛА КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

I. Права оцена једног закона могла би се учинити само његовом конкретном критичком анализом, али је сасвим јасно да би то представљало обимну студију која би превазилазила садржину и циљ једног реферата. У таквој ситуацији једина је могућност да се од мноштва дискутабилних решења изабере само она која су, по оцени аутора, посебно значајна било за судску праксу или зато што су концепцијске природе. Уз ризик да нисам у том погледу направио добар избор и да сам због природе и мере овог рада сужен у погледу његовог обима, указаћу само на нека од њих.

1. Поћи ћу од основног института кривичног права - *општег појма кривичног дела*. Од тога како је одређен општи појам кривичног дела зависи и регулисање многих других института кривичног права - кривичне одговорности, примене кривичних санкција и др. За кривично законодавство које је до сада било на снази могло би се рећи да је прихватало материјални и објективни општи појам кривичног дела, са следећим општим елементима: друштвена опасност, дело човека, противправност и одређеност

у закону. Законик међутим прихвата објективно-субјективни појам, уносећи и кривицу као опште обележје 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". Општи елементи били би противправност, одређеност дела у закону и скривеност (кривица). Овакво решење није непознато и прихваћено је у неким западно-европским земљама, али и уз нека допунска решења. Њему се могу ставити две основне примедбе. Прва је изостављање материјалног елемента из општег појма кривичног дела. То дакле није више "друштвено-опасно дело" већ само противправно и скривљено дело, чија су обележја одређена у закону. Основни разлог који се за то наводио био је да друштвена опасност представља политичку категорију насталу у правима социјалистичких држава и да је то реликт прошлости који треба отклонити. Ова аргументација не делује убедљиво. Не ради се ни о каквој политичкој категорији, већ о једном социолошком појму који управо изражава суштинску супстанцу сваког кривичног дела. Без обзира како ћемо то назвати, нема никакве сумње да је свако кривично дело појава у друштву, јер се њиме повређују или угрожавају одређене друштвене или појединачне вредности. Због тога се друштво и бори против криминалитета. Противправност дела и одређеност законом, само су формални изрази његове материјалне супстанце. Није кривично дело опасно за друштво зато што је противправно, већ је противправно и прописано у закону зато што је друштвено опасно. Ако је законодавцу сметао израз "друштвена опасност", могао га је заменити неким другим појмом, као нпр. да је кривично дело "понашање човека којим се повређују или угрожавају правно заштићена добра". Са укидањем овог материјалног елемента избрисана је и граница за разликовање кривичног дела од привредног преступа и прекршаја.

2. 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 кривичноправно значење. Укинута је кривична одговорност као посебан кривичноправни појам и са 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. произилази да нема кривичног дела ако га је учинило неурачунљиво лице или урачунљиво лице које није поступало са умишљајем или из нехата (виност). Овакво решење отвара неколико дилема од теоретског и практичног значаја. Прво, каква је ситуација када остала обележја кривичног дела оствари лице које није урачунљиво. Произилази да нема кривичног дела, јер је искључена скривљеност. Ако се има у виду да је општеприхваћено становиште да је кривично дело претпоставка за примену сваке кривичне санкције, шта је онда основ за примену одговарајућих мера безбедности према неурачунљивим учиниоцима. Даље, каква је ситуација ако урачунљиво лице подстрекне неурачунљиво лице да изврши кривично дело; одговара ли подстрекач ако се радња извршиоца не може квалификовати као кривично дело (нема скривљености). Законик не познаје институт "посредног извршиоца" што је случај са страним законодавством, намењеног управо за овакве случајеве, па произилази да нема основне претпоставке за кажњавање подстрекача или помагача, што би било апсурдно. Законик је овај проблем решио на специфичан и неуобичајен начин. Према члану 81. Кривичног законика, мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи може се изрећи неурачунљивом лицу које је извршило "противправно дело предвиђено у закону као кривично дело". Дакле, основ примене санкције је кривично дело у чији појам не улази кривица. Тако су конституисана два општа појма кривичног дела; један који обухвата противправност, одређеност дела у закону и кривицу, и други који има само две компоненте - противправност и одређеност дела у закону. Проблем је међутим у томе што свако појединачно кривично дело мора да садржи и све опште елементе, јер су поједина обележја кривичног дела прописана у закону само конкретизација општих елемената. Даље, какав је значај стварне и правне заблуде односно силе или претње; да ли оне искључују кривицу односно кривично дело у целини. Законодавац није у том погледу доследан и у низу решења раздваја кривично дело и кривицу. Тако нпр. у члану 2. одређено је, да се казне и мере упозорења могу изрећи само учиниоцу који је крив "за учињено кривично дело", дакле, раздвајају се дело и кривица. А у члану 38. и 39. Законика и даље се употребљава термин "кривична одговорност".

Без намере да негирамо могућност да се може бранити и објективно-субјективни појам кривичног дела, изражавамо сумњу да су постојали

неки значајни криминално-политички разлози за тако корениту промену концепције овог института, посебно због последица које из тога могу проићи и тешкоћа са којима се може суочити судска пракса; више је реч о научно-теоретском питању него о проблему криминалне политике.

3. Законик регулише *садржину и значај силе и претње* (члан 21), што је сасвим оправдано. Питање је међутим да ли су прихваћена решења логична и усклађена. Апсолутна сила искључује постојање кривичног дела, што одговара решењу из члана 14 јер тада нема виности као једне од компоненти кривице. Кривичноправни значај компулзивне силе и претње је изједначен са крајњом нуждом, што значи да су и они основ за искључење кривичног дела, ако су испуњени услови из члана 20. за крајњу нужду. Док би се претња по некој аналогији и могла изједначити са опасношћу код крајње нужде, то се никако не може прихватити за компулзивну силу, јер она значи напад на неко правно добро а не његово угрожавање; од апсолутне силе разликује се само по интензитету принуде, али и код ње нема виности у односу на извршено дело, јер се оно није хтело нити се на њега пристало; искључен је волунтаристички елемент виности, па је било логичније да је у погледу кривичноправног значаја изједначена са апсолутном силом.

У ставу 3. члана 21. уводи се категорија посредног извршиоца за онога који је употребом силе или претње принудио друго лице да изврши кривично дело. Док ова аналогија има и оправдање у случају извршења дела под утицајем силе, она је вештачка код претње, јер тада код извршиоца није искључена могућност одлучивања, па би лице које примењује претњу могло да одговара као извршилац кривичног дела принуде или као подстрекач на дело које је извршено под утицајем претње.

4. *Правна заблуда* (члан 29) је у досадашњем југословенском кривичном законодавству представљала факултативни основ за блаже кажњавање ако је реч о неотклоњивој правној заблуди. Законик јој сада придаје неупоредиво већи значај; она је основ за искључење кривице, а тиме и кривичног дела. То значи да је за постојање дела потребна и свест о противправности, тако да нема дела ако учинилац "није могао и није био дужан да зна да је дело забрањено". Реч је о могућем решењу, прихваћеном у неким законодавствима, али је опет питање да ли је криминално-политички оправдано да се врши овако радикална измена код овог института. То практично значи да сада суд мора, у сваком конкретном случају да утврђује да ли је код учиниоца, поред свести о стварном значају дела

(свест о стварним обележјима), постојала и свест о противправности односно да је реч о делу које је забрањено. Ако се има у виду да оваква свест постоји код просечног човека само у односу на нека класична кривична дела, као што су нпр. крађа, убиство, силовање, разбојништво и да данас постоји инфлација нових кривичних дела, посебно оних из привреде, банкарства, електронике и др. тешко је прихватити да ће код обичног грађанина за велики број кривичних дела постојати и свест о њиховој одређености у Законику, па чак и могућност постојања такве свести. Интелектуална моћ о стварним обележјима кривичног дела и противправности је садржајно различита, па не мора имати исти правни значај.

5. Одговорност по правилима *actiones liberae in causa* (члан 23. став 3) регулисана је на посебан начин у Законику, значајно различит од оног који је до сада постојао. Он ову одговорност практично своди на објективну одговорност, јер се тражи да је учинилац пре извршења дела био у стању неспособности за схватање његовог значаја односно у немогућности да управља својим поступцима услед употребе алкохола, дрога или на други начин. Треба имати у виду да је код сваког учиниоца и при извршењу сваког кривичног дела потребно да је био урачунљив, али се за одговорност тражи и виност. Код прихваћеног решења није неопходна никаква субјективна компонента, никакав психички однос према делу, чак ни свест о могућности извршења дела. Свесни смо да је овај облик одговорности једна вештачка законска конструкција, али је онда и решење могло бити једноставније; могло се једноставно прописати да се одредбе из става 1. и 2. члана 23. не примењују на лица која су извршила дело под условима из става 3. овог члана.

6. Законик не садржи опште одредбе о *припремним радњама* које су раније биле регулисане у члану 18. Кривичног закона СРЈ. За такав став нису пружени ваљани разлози. Припремне радње су реалност; оне су код многих кривичних дела предвиђене као радње извршења или су инкриминисане као самостална кривична дела. То је и био разлог да се при доношењу Кривичног закона СРЈ из 1977. године регулишу припремне радње као општи институт, да се одреди њихов појам и услови под којима се за њих кажњава. Желим да укажем да се на том Закону радили најбољи теоретичари и практичари из области кривичног права и да се њихова оцена о потреби регулисања припремних радњи није заснивала на некој теоретској произвољности, већ на сазнању да је и за праксу постојала потреба да се при-

премне радње регулишу на јединствен начин. Сада се појам припремних радњи мора одређивати по аналогији. Наиме, Законик у члану 320. код дела припремање дела против уставног уређења и безбедности Србије или СЦГ одређује које се радње сматрају припремањем тог кривичног дела (оне су садржајно исте као раније решење). Сходно томе суд би појам припремних радњи код других кривичних дела морао тумачити аналогно одредбама из члана 320. При томе се губи из вида да се појам припремних радњи, тамо где су оне кажњиве, одређује према природи тог дела. Уз то, а то је најважније, са одређивање општег појма припремних радњи и њихових облика ствара се законска основа за њихово разграничење од кажњивог покушаја, што је у пракси често стварало дилеме. Стога је решење којим су припремне радње биле јединствено регулисане, било целисходније и нису постојали никакви озбиљни разлози да се оно изостави.

7. У одређивању *казне затвора* која треба да буде прописана за она кривична дела раније забрањена смртном казном, Законик је био на линији кривичних закона других република из бивше Југославије. Прихваћена је казна затвора од четрдесет година. Приговор се може ставити само у погледу ограничења за примену ове казне. Имало је оправдања да се изузму бремените жене, а можда и стара лица која су нпр. навршила више од 65 година. Законик је међутим делимично кориговао ово решење, јер је прописао да се за најтежа кривична дела може изрећи казна затвора од 30 до 40 година. Тако сада имамо две казне затвора - од тридесет дана до 20 година и од 30 до 40 година. Може се међутим довести у сумњу и целисходност оваквог решења односно који је основни разлог да се направи овај размак између 30 и 40 година, а да не постоји могућност изрицања казне у распону од 20 до 30 година. Казна затвора од 40 година, или у неким законодавствима у доживотном трајању, значи замену смртне казне, али не мења њену суштину. То је чиста ретрибуција, одмазда за извршено дело и нико није у њој тражио неки други циљ. На којим се криминално-политичким разлозима заснива ново решење - да ли су то циљеви садржани у сврси кажњавања. Ако је реч о специјалној превенцији, а посебно о ресоцијализацији, онда звучи лицемерно уверење да је за то мало 20 година а много 40 година, па је права мера између 30 и 40 година. Ако је реч о генералној превенцији, о функцији застрашивања учинилаца забрањеном казном, онда нема разлике у ефекту да ли је то 20, 30, 33 или 40 година.

8. У регулисању новчане казне прихваћена су решења која у великој мери одступају од оних која је предвиђао Кривични закон СРЈ и за која се по мом мишљењу, основано може поставити питање да ли су целисходна. Законик предвиђа две могуће новчане казне: ону која би се изрицала у фиксним износима, која је и до сада постојала, и један нови систем, предвиђен иначе у Скандинавским земљама, који се у литератури назива најчешће "дани - новчана казна". Овај други систем (члан 49) предвиђа две фазе у изрицању новчане казне. Прва је, изрицање броја дневних износа (који се могу кретати од 10-360 дана) и за ту фазу је од одлучујућег значаја природа и тежина извршеног дела. Друга фаза је утврђивање новчаног износа за један дан (најмањи износ је 500 динара, а највећи 50.000 динара), и при томе одлучујући значај има имовно стање учиниоца.

Прсликан је један систем који се већ деценијама примењује у Скандинавским земљама као основни облик новчаних казни, али у којима је веома прецизно разрађен систем утврђивања имовног стања учиниоца. Нисам сигуран да за овај облик новчане казне постоје у нашој земљи услови, нити да је неопходно овако на брзину уводити овај облик новчане казне; у најмању руку требало је одложити његову примену за одређено време, како би се испитали и обезбедили неопходни услови да оно не остане мртво слово на папиру.

Друга разлика је у начину регулисања изрицања новчане казне. Код класичне новчане казне законик прописује и посебне минимуме и максимуме, зависно од тежине извршеног дела (члан 50). Тако мада је општи минимум ове казне 10.000 динара, за кривична дела запрећена затвором до 6 месеци ова казна не може бити мања од 20.000 ни већа од 200.000 динара. Код дела запрећених казном затвора до једне године минимум новчане казне је 30.0000 динара, а код дела запрећених казном затвора до 30 година минимум новчане казне је 100.000 динара. Овакав начин прописивања новчане казне није никада постојао у нашем кривичном законодавству, па се поставља питање шта је утицало на прихватање оваквог решења. Може се само хипотетички, али основано узети да иза њега постоји оцена да је до сада новчана казна изрицана у малим износима и да сада, прописивањем посебних минимума треба онемогућити судове да ову казну изричу у малим износима. На неки начин то је и израз неповерења према судовима. Исто решење је примењено и код прве казне чији се број дана креће од 10 до 360, а новчани износ од 500 до 50.000 динара. Када се

ова казна изриче у максималном износу (360 дана са дневним износом од 50.000 динара) онда би износила 18.000.000 динара, што је скоро дупло веће од општег максимума новчане казне (видети чл. 49. и 50. Законика).

Практично Законик и не одређује колики је износ овог облика новчане казне, јер се никада не зна колики ће бити износ дана новчане казне. Уз то, овај облик има у примени приоритет над новчаном казном у фиксном износу.

Кад је реч о регулисању новчане казне стиче се утисак да Законик омогућује да се она изриче у доста високим износима, посебно када се имају у виду прописани посебни минимуми и максимум. Ако се пође од тога да су изрицање новчане казне и њен износ везани пре свега за имовно стање учиниоца, онда није неоснована претпоставка да ће суд бити принуђен да изрекне казну затвора иако сматра да би било целисходније изрицање новчане казне, али то није могуће због слабог материјалног стања учиниоца дела. По прописаним новчаним казнама стиче се утисак да је законодавац имао поверење у платежну моћ грађана Србије; судска пракса ће то потврдити или демантовати.

9. Законик је прихватио и нову санкцију - *рад у јавном интересу*, коју наше кривично законодавство до сада није познавало. О тој мери доста се расправљало у теорији кривичног права као о санкцији која би служила као замена за кратку казну затвора али осим идеје није се далеко отишло на законодавном плану. Највећи је проблем како да се одреди садржина ове санкције, а то су осетили и они који су радили на овом закону. Наиме, Законик не одређује у чему се мера састоји, већ прописује само услове за њено изрицање и трајање. Вероватно ће се то регулисати Законом о извршењу кривичних санкција. Остаје да се у пракси провери и целисходност ове санкције и могућност њене примене. Одређене дилеме изазива њено сврставање у казне, јер је очигледно да она служи као замена за казну затвора; пре би јој било место уз условну осуду и судску опомену. Још је чудније што је као посебна казна прописано одузимање возачке дозволе (члан 53) иако је оно обухваћено мером безбедности забрањено управљања моторним возилом из члана 86. Законика.

10. Потреба да се Закоником регулишу услови за *постојање продуженог кривичног дела* није спорна. Због значаја овог института при одмеравању казне и околности да се у пракси често појављују кривична дела код којих је његова примена често оправдана (крађе, фалсификати, увреде и

др.) неопходно је да се прецизно одреде услови за ову законску конструкцију, јер је у досадашњој судској пракси било различитих схватања, што је учиниоце кривичних дела доводило у неравноправан положај. Нисмо, међутим, сигурни да је решење у Законику (члан 61) отклонило постојеће дилеме односно да је појам продуженог кривичног дела прецизно одређен. Наиме, Законик поставља три неопходна услова за ову конструкцију: извршење више истих или истоврсних кривичних дела; исти учинилац и временска повезаност. Ови услови су неопходни али нису довољни; уз њих треба да постоје бар још две околности које би са претходним условима представљале целину. У том смислу Законик наводи још седам могућих околности које долазе у обзир. На тај начин ствара се један динамичан и променљив појам продуженог кривичног дела; оно би нпр. постојало, ако суд уз наведена три услова тражи да су сва дела извршена према истом оштећеном и ако је коришћена иста ситуација; у другом случају суд би сматрао да постоји продужено кривично дело ако су, уз наведена три услова, сва дела извршена на истом месту и коришћењем трајног односа. Могуће би биле и друге комбинације. Са оваквим решењем није отклоњен основни проблем везан за продужено кривично дело, а то је различито поступање у судској пракси о томе кад се може применити ова законска конструкција. Уз то, одредбама из става 2. члана 61. Законик даље сужава могућност примене продуженог дела одређујући истоврсност оштећеног као обавезан услов ако је реч о кривичним делима против личности. Број таквих дела је велики; скоро свако кривично дело је на неки начин управљено против личности односно личних права. Значи, више увреда учињених у кратком временском интервалу према више различитих лица, не би могло ући у конструкцију продуженог кривичног дела, али би то могло бити у случају извршења више крађа према различитим лицима; зар се и код крађе не штите нека лична права, као што је нпр. право својине. До арбитрарности у судској пракси могу посебно довести одредбе из става 3. по којима "не могу чинити продужено кривично дело она дела која по својој природи не допуштају спајање у једно дело". Оцена о томе да ли природа извршених дела "допушта њихово спајање" у једно дело може бити веома различита.

11. Значајне измене унете су код два решења која су од посебног криминално-политичког значаја, јер су у пракси често примењивана - код *условне осуде* (члан 66) и *ублажавања казне* (члан 57). У оба случаја ради се о поштравању услова за њихову примену и даљем ограничавању у њиховом изрицању. Дубоко сам уверен да су прихваћена решења инспи-

рисана уверењем да су у пракси неосновано широко примењивана и да им је заједнички циљ да ограниче судске могућности у том погледу. Тако, новчана казна се више не може изрицати као условна осуда, апсолутно је искључена ова санкција за кривична дела за која се може изрећи казна затвора у трајању од 10 година или више, а ову санкцију суд не може изрећи, и кад су испуњени услови, ако није протекло више од 5 година од правноснажности осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора за кривично дело учињено са умишљајем. Код ублажавања казне (члан 57) смањени су распони до којих се може ублажити казна затвора или новчана казна, и када су испуњени услови за примену овог института. О овим решењима биће речи и у завршним разматрањима.

12. Најзад, указаћу на још једно решење из Општег дела, за које сматрамо да није најбоље регулисано. Реч је о значењу појма "*неће се казнити*". Добро је што је Законик отклонио постојећу дилему каква је правна природа ове одредбе. Прихватио је мишљење које је преовлађивало и у теорији, да то значи искључење постојања кривичног дела и то по основу искључења противправности. Питање је, међутим, да ли је то требало регулисати у одредбама о значењу законских израза (члан 112. тачка 30). Ако се има у виду значај овог решења односно да је реч о основу који искључује постојање кривичног дела, онда се не може радити о "изразу" чије се значење одређује, већ о институту кривичног права коме је, по логичној систематици место код осталих основа искључења кривичног дела. У вези са овим решењем може се појавити и један практични проблем. Наиме, код свих кривичних дела за која закон прописује да се "неће казнити" ради се о лицима која су у неком посебном личном или професионалном односу са учиниоцем кривичног дела. Каква је међутим ситуација ако је у извршењу дела у својству подстрекача или помагача учествовало лице које нема то својство; могу ли они одговорати ако се примени решење да "нема кривичног дела". Навешћу као пример кривично дело обљубе са дететом из члана 180. КЗС код кога се, по ставу 5. "неће казнити за ово дело учинилац ако између њега и детета не постоји значајнија разлика у њиховој душевној и телесној зрелости". На страну што је ова одредба непрецизна и тешка за практичну примену, може се поставити питање какав је статус пунолетног учиниоца који наговори друго лице да изврши обљубу над дететом, а он зна да је реч о лицу које је млађе од 14 година. Постојање кривичног дела и извршиоца је претпоставка и за одговорност саучесника. По наведеној одредби става 5. нема кривичног дела на страни

извршиоца али, да ли то значи да нема и за подстрекача. За ову ситуацију било је најлогичније увести институт посредног извршиоца, али је то учињено само код силе и претње.

III ПРИМЕДБЕ НА НЕКА РЕШЕЊА ИЗ ПОСЕБНОГ ДЕЛА КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

I. За Југословенско кривично законодавство карактеристично је, током читавог његовог развоја, ширење тзв. криминалне зоне односно повећавање броја инкриминација. Мада се указивало на потребу и могућности декриминализације, укидање једног кривичног дела било је, по правилу, праћено прописивањем 3 или више нових кривичних дела, Уз то "цветало је" и тзв. споредно кривично законодавство. За овај Кривични законик такође је карактеристична широко постављена зона кажњавања, мада је у његовом доношењу дошло и до укидања већег броја кривичних дела. У скоро 353 члана класификован је велики број кривичних дела која са основним и квалификованим облицима прелазе цифру од 1000.

У односу на раније кривично законодавство учињен је већи број измена и допуна и оне би се могле сврстати у неколико група. Прво, прописан је већи број нових кривичних дела; реч је пре свега о делима која произилазе из наших међународних обавеза, која су дакле прописана међународним конвенцијама, али су инкриминисане и неке појаве везане за технички развој и злоупотребе које се у том домену јављају. Другу групу измена чине оне које се односе на декриминализацију; за нека кривична дела законодавац је сматрао да су анахронична у нашим савременим условима. Треће, код већег броја постојећих дела вршене су измене или допуне, већег или мањег значаја. Најзад, бројна су кривична дела код којих су мењане прописане казне односно казни оквири. Не треба наравно очекивати да се у оквиру једног реферата обухвате све ове измене и допуне или њихов већи број, али је у овом мноштву тешко извршити избор и осврнути се само на оне које су од већег значаја за судску праксу или са концепцијског аспекта. Стога ћемо се осврнути само на оне које су у овом моменту значајне посебно за примену Законика.

1. Изостављено је кривично дело *тешки случајеви разбојничке крађе и разбојништва* из члана 169. ранијег Кривичног закона и у вези са тим у Кривични законик су унете две допуне. Код дела разбојничка крађа (члан

205) и разбојништво (члан 206) прописано је да она добијају квалификоване облике ако су извршена од стране више лица или је неком лицу са умишљајем нанесена тешка телесна повреда што је раније било прописано у наведеним делима из члана 169. ОКЗ. Друго, а то је и важније као облик тешког убиства из члана 114. КЗ у тачки 4. прописано је лишавање живота "при извршењу кривичног дела разбојништва или разбојничке крађе". Ове измене нису биле инициране ни од стране судске праксе ни од теорије, а нелогичне су из више разлога. Прво, сврставање неког кривичног дела у одређену групу у Законнику није ствар арбитрерности, неке субјективне концепције, већ се мора заснивати на неким објективним критеријумима, при чему посебан значај има заштитни односно нападни објект код тог дела и садржина умишљаја. Разбојништво и разбојничка крађа су имовинска кривична дела и садржину њиховог умишљаја чини свест о вршењу принуде и крађе. Околност да је при томе извршено још неко кривично дело не мења њихову основну садржину, већ ово дело само чини тежим или лакшим. Кад је при њиховом извршењу неко лице са умишљајем лишено живота, то никако не значи да су та дела вршена у намери да се друго лице лиши живота, а да су ова дела само начин извршења убиства; реч је о сложеном кривичном делу које сада, поред принуде и крађе, обухвата и лишавање живота другог лица, учињено са накнадним умишљајем. Друго, Кривични законик у тачки 5. члана 114. као облик тешког убиства предвиђа и када се оно врши из користољубља. Како сада разграничити ова два кривична дела, посебно са аспекта њиховог умишљаја; и једно и друго се врши ради прибављања имовинске користи. Изгледало би да у оба случаја код учиниоца већ унапред постоји умишљај на лишавање живота, што не одговара природи дела кад се убиство врши при разбојништву или разбојничкој крађи; код тих дела умишљај није "на старту" управљен ка лишавању живота, већ до тога долази касније. По тој логици и умишљајно наношење тешке телесне повреде при разбојништву или разбојничкој крађи није требало прописати као тешки облик ових дела, већ као неки облик тешке телесне повреде. Или, зашто Законик у члану 391. став 3 као тежи облик међународног тероризма предвиђа кад је при његовом извршењу "учинилац неко лице са умишљајем лишио живота". Било би логично да је онда као један облик тешког убиства прописано "лишавање живота неког лица при извршењу дела међународног тероризма". Да закључим, решење прихваћено у члану 114. тачка 4. КЗС није ни логично ни целисходно нити је било до сада иницирано од стране судске праксе.

2. Прописивање кривичног дела *лишење живота из самилости* (члан 117) има своје криминално-политичко оправдање. То се могло учинити на два начина: или да се дело пропише као еутаназија, која би искључивала постојање кривичног дела; или да има неки лакши облик убиства. Наш законодавац је прихватио друго решење и цитираћу га у целини: "Ко лиши живота пунолетно лице из самилости због тешког здравственог стања у којем се то лице налази, а на његов озбиљан и изричит захтев, казниће се затвором од 6 месеци до 5 година".

За постојање овог кривичног дела потребни су следећи услови:

а) пасивни субјект је пунолетно лице које се налази у тако тешком здравственом стању да му је смрт милија него живот;

б) радња кривичног дела је лишавање живота и у том погледу важи све оно што се односи на убиство;

в) лишавање живота треба да се врши "на озбиљан и изричит захтев пасивног субјекта". То значи да је захтев дат од пасивног субјекта, да је он свестан садржине свога захтева и да га он упућује лично, а не преко неког другог лица;

г) извршилац дела мора поступати са умишљајем, свестан садржине и циља захтева, а за извршено дело се кажњава.

Не улазећи у детаљнију анализу садржине ових обележја, указаћу само на неке дилеме, које се код мене јављају у вези са овом инкриминацијом и осећање да примена наведене одредбе може у пракси изазвати одређене дилеме, а да чак може бити и злоупотребљена. Прво, да ли се у одређивању обележја једног кривичног дела може правно вредновати једна околност која није у кривичном праву у складу са општеприхваћеним решењима. Да ли, дакле, можемо сматрати релевантном и чак одлучујућом околношћу изјаву коју даје лице које се налази у тешком здравственом стању да због патњи које трпи радије жели да умре, а да при томе и није потребно претходно утврђивање стања његовог менталног здравља. Друго, шта то значи да изјава којом се жели смрт треба да је озбиљна и да је дата лично. Ко то процењује и када, ако се има у виду да ове околности могу да се вреднују само после лишења живота тог лица. Треће, коме се, или пред ким даје таква изјава. Ако би била упућена само учиниоцу дела, онда то не би могло имати никакву доказну вредност, а могло би се радити и о злоупотреби. Ако би се дала пред другим лицем, тај би морао да то

пријави надлежном органу, јер би се радило о непријављивању припремања кривичног дела; уз одређену циничност, могао би поставити и питање да ли таква изјава треба да буде оверена пред неким државним органом, чак и пред судом. Даље, имамо и "добровољног" извршиоца дела. Да ли је логично да неко из самарићанских побуда, у жељи да другоме помогне, ризикује да буде кажњен и до 5 година затвора. Кривично дело је наношење зла другом лицу, врши се супротно његовој вољи и жељи, што није случај са овим кривичним делом. Најзад, живота треба да је лишено пунолетно лице и да је оно поставило лични и озбиљан захтев. Каква је правна ситуација када се живота лиши малолетно лице, а посебно дете које тешко пати због неке болести или деформација, а захтев је поставило пунолетно лице које због тога још више пати? У пракси су управо познати случајеви да мајка која више не може да подноси дугогодишње патње свог детета лиши га живота или "лично и озбиљно" постави такав захтев другом лицу. По наведеној одредби члана 117. КЗС не би се радило о овом делу, већ о убиству из члана 113. или чак тешком убиству из члана 114. тачка 7, с тим што би се могле применити олакшавајуће околности.

Једном речју ради се, по мом мишљењу, о једној веома неспретној и практично непримењивој инкриминацији која се могла једноставније формулисати као нпр. "ко лиши живота друго лице чије је здравствено стање тако тешко да изазива тешке физичке или психичке патње, а у намери да га ослободи тих патњи итд."

3. Да ли је реч о обичном превиду или о свесном опредељењу законодавца тешко је рећи, у одређивању *кривичних дела против части и угледа*, прихваћена су нека решења која су веома дубиозна. Указаћу на нека од њих:

а) За кривична дела *увреде и клевете* (чл. 170. и 171) прописано је за све њихове облике само новчана казна као једина санкција. То су у осталом и једина кривична дела у КЗС кажњива искључиво новчаном казном. За ова дела се раније могла изрећи и казна затвора до 6 месеци односно до 1 или 3 године за њихове теже облике. Напомињемо само да је за кривично дело ситне крађе прописана новчана казна или затвор до 6 месеци. Изгледа да је српски законодавац изгубио из вида да прописане казне одражавају систем вредности у једном друштву које се штити кривичним правом. Произилази да се част и углед ниже рангирају од ствари, јер се за крађу ствари чија вредност не прелази износ од 15.000 динара може изре-

ћи тежа казна него за повреду части и угледа, па и када се та дела врше путем средстава јавног информисања. Уз то и једна нелогичност; за дело изношења личних и породичних прилика (члан 172. КЗ) које представља само посебни облик клевете, прописана је новчана казна или затвор до 6 месеци, а за теже облике и затвор до 3 године. Где је овде логика?

б) Код кривичног дела *повреда угледа СЦГ и држава чланица* (члан 173) изостављени су многи заштитни објекти који су раније били прописани као нпр. председник републике или владе, председник скупштине и др. Увреда или клевета учињена према овим лицима не гони се више по службеној дужности, већ по приватној тужби, као и за увреду или клевету сваког другог лица (члан 177). Опет се изгледа изгубило из вида да највиши представници највиших државних органа симболизују државу, да се дакле они не штите као личности већ као представници државе; штите се дакле по њиховој функцији, а не по њиховој личности.

в) Још већа грешка учињена је што су код кривичног дела *повреда угледа стране државе или међународне организације* (члан 159. КЗ) такође изостављени као заштитни објекти шеф државе или представник међународне организације. Ако би сада према њима био извршен неки облик увреде или клевете, могло би се гонити само по њиховој приватној тужби. Не верујем да би нас у иностранству ико схватио да се нпр. гађање парадајзом или изрицање увредљивих речи за време посете Ширака или Кофи Анана могло кривично гонити само ако они поднесу приватне тужбе неком од наших надлежних судова.

Опет, дакле, неко решење за које не постоји криминално-политичко оправдање нити је, колико је мени познато, неко у теорији или пракси постављао такве захтеве.

4. Изгледа да је "револуционарни заокрет" у нашем кривичном законодавству учињен у сфери сексуалних деликата. Не знам да ли је судска пракса наилазила на највеће тешкоће код ових дела или су се појавиле неке нове концепције у области заштите полне слободе, али је очигледно да је наш законодавац овим деликтима посветио посебну пажњу и скоро изменио њихову досадашњу концепцију. Указаћу на значајније измене и допуне:

а. Кривични законик више не предвиђа дело *противприродни блуд* као самостално кривично дело (раније члан 110. КЗ СРЈ) односно као начин извршења неких других кривичних дела. Колико је мени познато судска

пракса никада није тражила укидање овог кривичног дела; било је само спорно да ли је орални секс противприродни блуд или блудна радња. Судска пракса је разрешила ову дилему ставом да је то противприродни блуд.

б. Слично је поступљено и са кривичним делом *блудне радње* (члан 108. КЗ СРЈ). Уз одређена лутања у судској пракси су углавном били усклађени ставови које и какве радње се могу сматрати блудним радњама, али није ми познато и да се предлагало укидање овог кривичног дела. Сада је ово дело замењено са делом *недозвољене полне радње* из члана 182. КЗС. Дело се састоји "извршењу неке друге полне радње" под условима под којима се врше остала кривична дела кажњивих обљуба (члан 178. до 181. КЗС). Судској пракси је препуштено да одреди које су то друге радње а да се не ради о силовању, обљуби немоћног лица, обљуби злоупотребом положаја и др. Могуће је да се мислило на блудне радње али зашто би једно до сада постојеће и релативно рашчишћено кривично дело, било замењено с једним крајње недефинисаним појмом "друге полне радње". Уз то, код овог дела као тежи облици предвиђени су наступање тешке телесне повреде, или извршење дела од стране више лица или на нарочито свиреп или понижавајући начин, а као најтежи облик наступање смрти лица према коме се дело врши. Према досадашњем схватању блудних радњи у судској пракси, овакве квалификаторне околности нису биле својствене овом делу.

в. Кулминација "радикалности" у променама учињена је код кривичног дела *силовања*; скоро да је у основи измењен појам овог дела. Колико је мени познато код овог старог и класичног дела у новије време била су актуелна само два питања; да ли се оно може извршити и према женском лицу са којим се живи у браку или трајној ванбрачној заједници и да ли извршилац дела може бити женско лице, а пасивни субјект лице мушког пола. Сада је прихваћена сасвим нова концепција овог дела. У погледу радње извршења дело се може састојати "у принудној обљуби или са њом изједначеним чином". Док је појам принудне обљубе и до сада постојао не изазивајући никакве сумњу у погледу његове садржине, крајње је нејасан појам, "принудног чина изједначеног са обљубом". То дакле није обљуба, али је нешто што се може изједначити са обљубом. И опет законодавац ставља судску праксу пред дилему како да тумачи овај појам. Ко је, када и где до сада у нашој теорији или пракси употребио овај израз и одредио његову садржину. По којим критеријумима ће суд одређивати да ли се неко понашање које није обљуба, може изједначити са обљубом.

Ако је ономе ко је радио на Законику било јасно шта се по тим подразумева, могао је помоћи пракси тако што би у интерпретативним одредбама одредио садржину овог појма. Ако се пак мислило на оно што је раније квалификовано као противприродни блуд, онда није имало никакве сврхе укинути то дело и заменити га са крајње неодређеним појмом.

Са променом радње извршење нужно је дошло и до промене у погледу извршиоца и пасивног субјекта. То више нису полни односи између лица различитог пола, већ се дело може вршити између лица истог пола. Могуће су четири варијанте: да је извршилац мушко лице а пасивни субјект женско лице; да је извршилац женско лице а пасивни субјект мушко лице; да су и извршилац и пасивни субјект лица мушког пола; и да су оба субјекта лица женског пола. Ова концепција спроведена је и код кривичних дела обљуба над немоћним лицем (члан 173), обљуба са дететом (члан 180), и обљуба злоупотребом положаја (члан 181).

Свестан сам да су се у теорији појавиле нове концепције о полним слободама и њиховој заштити, а верујем да је до неких промена дошло и у начину полног општења; У ери великих технолошких процеса и открића могуће је да је захваћена и ова област. Али морам признати да овакву "папазјанију" нисам очекивао, а са пуном сигурношћу тврдим да ни наша судска пракса ни теорија кривичног права нису то захтевали или очекивали. Вероватно ће аргумент бити да таква решења постоје у упоредном кривичном праву.

5. Основано се може поставити питање начина како је регулисана тзв. *командна одговорност*. Не улазећи у садржину решења, сасвим је јасно да је реч о правилима којима се на посебан начин регулише одговорност за извршење међународних кривичних дела. Ако је то тачно, да ли је онда ова правила требало прописати као самостално кривично дело - *неспречавање или вршење кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом* (члан 384. КЗС) или их је пре требало ставити у Општи део код одредаба о одговорности.

6. Најзад, још једна мала примедба. Неопходно је у прописивању обележја кривичног дела тежити максималној прецизности и јасноћи, али исто тако је јасно да се у том погледу не може постићи апсолутна савршеност. То нарочито важи за одређивање радње и последице дела. У том погледу Законику се може ставити низ примедби, али ћу то илустровати само кроз пар дела. Тако, код *дела загађивање животне средине* (члан 260.

став 3), *противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину* (члан 262. став 2) и *оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине* (члан 263. став 3) и др., последица код неких њихових квалификованих облика је "ако је животна средина загађена у тој мери да је за њено отклањање потребно дуже време или велики трошкови". Да ли се последица дела може одредити на овако апстрактан начин и како је могуће при суђењу и квалификацији дела одредити садржину ових околности?

IV ОПШТИ ОСВРТ НА КРИВИЧНИ ЗАКОНИК СРБИЈЕ

1. Не верујем да је икада у развоју кривичног законодавства у некој земљи донет тако савршен и прагматичан закон који није требало мењати и допуњавати. По својој природи кривично законодавство спада у динамичну правну област која мора да прати економске, политичке, социјалне, идеолошке и друге промене у друштву, а посебно стање и кретање криминалитета. Мада није пожељно вршити честе и парцијалне промене, кривично право мора да следи и трансформације ове правне области у другим земљама и прихвата, у потребној мери, нове теоретске концепције. У том погледу треба процењивати и Кривични законик Србије. Његово доношење несумњиво значи корак напред у процесу његове даље демократизације и заузимања места међу савременим либералним законодавствима. У односу на стање које му је претходило учињен је низ значајних и прогресивних измена и допуна. Навешћу неке од њих. Тако, избачене су одредбе о конфискацији имовине, и особито тешком случају, које су у оном еуфоричном периоду скоро свакодневних измена кривичног законодавства од пре пар година биле враћене у наше кривично право. Такође је елиминисана и могућност примене кумулативног система при изрицању казне затвора за кривична дела учињена у стицају. Изостављен је и већи број кривичних дела која су већ била обухваћена другим делима, код других дела прецизније су одређена њихова обележја или су унете оправдане допуне. Унето је више реда код казних оквира, а код неких дела смањени су прописани минимум и максимум казне затвора.

2. У критичком осврту на овај Законик ја сам се оградио у два смера; прво, да ћу се ограничити само на неки мањи број решења која ми за праксу изгледају значајна; и друго, да је циљ овог рада да, у мери у којој је то могуће, помогне пракси у примени закона. Уз оно што је већ речено

изнећу један свој општи утисак када се Законик посматра у целини. То је одређено неповерење према правосудним органима који ће га примењивати и са циљем да се кроз законска решења судска пракса усмери у одређеном правцу, чиме се практично сужава поље слободног судијског уверења. То ћу илустровати са оним решењима у Законику која пружају највише основа за овакву сумњу.

а) Већ је раније констатовано да су у значајној мери сужене могућности за примену условне осуде. То је учињено проширивањем зоне кривичних дела за која се ова санкција не може изрећи и уношењем ограничења у погледу лица којима се не може изрећи. Не поричем чињеницу да се условна осуда у судској пракси често примењивала, али ми никада нисмо егзактно испитивали и утврдили колики је број опозваних условних осуда. Ако је тај број био мали, занемарљив, онда је то индикатор да је судска пракса добро процењивала када се сврха казне могла остварити и изрицањем условне осуде.

б) Слична је ситуација и са одредбама које се односе на ублажавање казне (члан 57). Сигурно је да су се и ове одредбе, слично као и оне о условној осуди, у пракси често примењивале, па је законодавац сада подигао границе до којих се прописана казна може ублажити. На тај начин доста је сужен "маневарски простор" да се по слободној оцени суда ублажи казна у прописаним законским оквирима. Ако је хтео значајније да сузи законску могућност за примену овог института, за законодавство је било једноставније решење да брише одредбу из става 3. члана 56. КЗС по којој се казна може ублажити "кад постоје нарочито олакшавајуће околности".

ц) На истој линији је и прописивање новчане казне. Не само да није постојала никаква криминално-политичка потреба за увођење два система новчане казне, већ су обе казне прописане на начин да, с обзиром на прописану казну затвора опредељују и границе прописане новчане казне. Уз прописивање општег минимума и општег максимума, одређена је и скала посебних минимума и максимума унутар којих може да се креће слобода судске оцене. Уз то, при прописивању ових казни није се водило рачуна о казни затвора уз коју су алтернативно прописане, тако да би ненаплата новчана казна која би била замењена казном затвора била дужа од казне затвора уз коју је прописана. Повећан је и максимум казне затвора када се изриче као замена за новчану казну.

д) Уз оправдање да се појам продуженог кривичног дела законом регулише и примедбу да он није најцелисходније одређен, о чему је раније било речи, треба додати и да је унет низ ограничења за његову примену (чл. 61. ст. 2. и 3). И када су испуњени услови за његово постојање, суд не може слободно оценити целисходност примене ове конструкције, већ се мора придржавати ограничења из ст. 2. и 3. од којих је једно крајње непрецизно: "и да извршена дела која по својој природи не допуштају спајање у једно дело".

е) На многим стручним саветовањима указивано је на арбитрерност у прописивању казних оквира и на њихову бројност, што се лоше одражавало у поступку индивидуализације казне. Сада је тај број повећан, тако да се као посебан минимум појављују 30 дана, 3 месеца, 6 месеци, 1, 2, 3, 5, 10, и 30 година, а као посебни максимуми 3 месеца, 6 месеци, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10, 12, 15, 18, 20, 40 година. На тај начин судији код већег броја кривичних дела остају мале могућности за избор казне која би била адекватна тежини извршеног дела и кривици извршиоца.

Завршићу ово излагање констатацијом, да упркос томе што је код већег броја кривичних дела прописана мања мера казне од раније, Кривични законик Србије се сигурно не би могао ни сада по прописаним казнама сврстати у благе законе. Неадекватност прописане мере кажњавања код неких кривичних дела указује да наш законодавац и даље остаје при старој концепцији, а можда и илузији, о великој моћи кажњавања у борби против криминалитета.

Љубица Кнежевић-Томашев,
судија за малолетнике Окружног суда у Београду

**ПРИМЕНА ЗАКОНА О МАЛОЛЕТНИМ
УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА
И КРИВИЧНОПРАВНОЈ ЗАШТИТИ
МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА
(проблеми у пракси)**

Доношењем Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту ЗМ) од 1. 1. 2006 године, учињен је значајан корак у процесу реформе кривичноправног система Србије и његовог усклађивања са релевантним међународним стандардима тј. увођења елемената ресторативне правде односно алтернативе кажњавању и кривичном гоњењу учинилаца кривичних дела у наш, традиционално ретрибутиван, кривичноправни систем.

Међутим за ово кратко време од ступања на снагу Новог закона није направљен велики искорак у пракси и може се речи да је он остао у домену теорије.

Настојање да се решења, принципи, мере и приступи суда и јавног тужилаштва остваре, захтева организационе услове не само у њиховом раду, већ и у раду других мултидисциплинарних учесника који прате поступање у овој сложеној материји, као што је здравствена, социјална заштита, укључивање хуманитарних организација, локалне заједнице, психолошко-педагошких и васпитно-образовних служби уз обавезно јачање компетенције и обучавање свих актера система малолетничког правосуђа.

За кратко време се показало да се у пракси примењују само одредбе које се односе на рокове и испуњење одређених процесних форми, а да применљивост нових радикалних решења, принципа и мера отежава кратак период од доношења Закона до његовог ступања на правну снагу као и необезбеђеност финансијских средстава, јер нове институције и модели поступања захтевају неспорно велика инвестициона улагања.

За рад суда од изузетног значаја је применљивост нових одредби о васпитним налозима, посебним обавезама (накнада штете, рад у јавном интересу итд.) посредовања између учиниоца и жртве као облика алтернативе санкцији тј. медијација као један од главних начела селектовања извршених блажих кривичних дела на почетку поступка, јер се на тај начин растеређује суд великог броја по правилу багателних кривичних дела, а омогућава му се брже, квалитетније поступање у сложенијим и тежим предметима.

Одредбе ЗМ предвиђају Јавном тужилаштву широку могућност примене начела сврсисходности преткривичног поступка посебно примене извансудске нагодбе и условног опортунитета уз примену посебних обавеза, међутим овом изазову ЈТ-а у избору васпитних налога и посебних обавеза значајну улогу има психолог, педагог и социјални радник које они за сада немају у својој организацији.

Јавно тужилаштво у организационом смислу није се још прилагодило новом ЗМ.

На другој страни, непостојање нових институција у пракси онемогућено је суду изрицање адекватних кривичних санкција у конкретним случајевима те питању операционализације треба посветити велику пажњу и ефикасно деловање.

(Примера ради: Обезбеђивање институција за реализацију појачаног надзора уз дневни боравак у одговарајућој здравственој установи за васпитање и образовање малолетника - члан 18. ЗМ; посебне установу за лечење и оспособљавање - члан 23. ЗМ; здравствене установе за стационарно лечење малолетних зависника од дроге и алкохола, саветовалишта, спортске и хуманитарне организације; организације рада у јавном интересу и у корист локалне заједнице; прихватилишта као алтернативе притвору, (о чему ће касније бити више речи. . . итд)

Усвајање реформе малолетничког законодавства представља само корак у унапређењу правне заштите. Суштински и свеобухватни приступ остваривању права малолетника у сукобу са законом подразумева развој правне, институционалне и методолошке делатности како правосудне тако и социјалне заштите. У том смислу потребно је усклађивање самог ЗМ са општим законима - КЗ и ЗКП - и са прописима социјалне заштите, адвокатуре, полиције.

У тексту који следи биће указано само на неке проблеме у теорији и пракси насталих у 10-то месечном периоду од ступања на снагу новог ЗМ, као и непотпуности и неприхватљивост законских решења, неприменљивости истих у пракси, непрецизности норми које доводе до различитих погледа и недоумица око применљивости нових решења, а што све доводи до различитог поступања судских већа у досадашњем раду.

- Према малолетним учиниоцима кривичних дела, сходно члану 9. ЗМ могу се изрећи васпитне мере, казне малолетничког затвора и мере безбедности предвиђене чланом 79. КЗ осим забране вршења позива, делатности или дужности.

Постоји јединствен став законодавства, теорије и судске праксе да малолетно лице према коме је изречена било која васпитна мера из члана 11. ЗМ не сматра се осуђиваним лицем, а сматра се осуђиваним ако му је изречена казна малолетничког затвора.

У односу на јединственост изнетог става, нејасноће, контрадикторност и неравноправни положај малолетних учинилаца како међу собом тако и у односу на пунолетна лица, долазе нарочито до изражаја у тумачењу одредби о престанку правних последица осуде и рехабилитације.

Члан 38. ЗМ упућује да у погледу рехабилитације малолетних осуђених лица примењују се одредбе чл. 97-100. КЗ, а које се односе на пунолетна осуђена лица тј. указује да се рехабилитација односи само на малолетнике осуђене на казну малолетничког затвора и тиме искључује могућност рехабилитације (брисање осуде и престанак њених правних последица) у односу на васпитне мере.

Члан 36. став 1. ЗМ прописује да васпитне мере и малолетнички затвор не повлаче правне последице осуде које се састоје у забрани стицања одређених права из члана 95. став 2. КЗ али зато исте (васпитне мере и малолетнички затвор) повлаче наступање правних последица осуде из члана 95. став 1. КЗ (престанак вршења јавних функција, престанак радног односа или престанак вршења одређеног позива или занимања, губитак одређених дозвола или одобрења)

Дакле, васпитне мере повлаче одређене правне последице односно губитак одређених права, а што се може отклонити под одређеним условима – рехабилитацијом којом се брише осуда и престају све њене последице.

Поставља се питање да ли су малолетници којима је изречена васпитна мера у погледу примене института рехабилитације стављени ЗМ у неповољнији положај у односу на малолетнике којима је изречена казна малолетничког затвора односно у неповољнији положај у односу на осуђена пунолетна лица којима је изречена одређена кривична санкција.

Примера ради, малолетном учиниоцу кривичног дела може се изрећи кривична санкција - васпитна мера - судски укор. Ова мера по садржини и циљу (мера упозорења и усмеравања) блиска је судској опомени – кривичној санкцији која се може изрећи пунолетном учиниоцу кривичног дела.

Одредбом члана 98. став 2. тачка 1. КЗ прописано је, поред осталог, да у односу на лице коме је изречена судска опомена, настаје законска рехабилитација испуњењем одређених условима.

Када се ради о кривичним санкцијама (судски укор и судска опомена које су по својој природи и циљу скоро идентичне с тим што се једна изриче према малолетним учиниоцима кривичних дела, а друга према пунолетним) поставља се логично питање да ли се може путем аналогije брисати судски укор као и судска опомена.

Када су у питању друге изречене васпитне мере по претходном Закону, судска пракса различито поступа.

Правноснажним одлукама Окружног суда у Београду КМ -26/82 од 6.5.2005. године и КРМ-16/06 од 3.4.2006. године и одлуком Окружног суда у Ваљеву КВ-139/04 од 12.11.2004. године дозвољено је брисање осуде – васпитне мере из казнене евиденције.

Одлуком Врховног суда Србије, КЖМ 20/06 од 13.6.2006. године потврђена је одлука Окружног суда у Београду КРМ-8/06 од 9.2.2006. године којом је захтев за брисање васпитне мере из казнене евиденције одбачен као недозвољен, јер је сагласан став обе инстанце да је законска и судска рехабилитација дозвољена сходно члану 38. ЗМ само у случају осуде на казну малолетничког затвора.

Овакво различито поступање судских већа намеће размишљање да ли нејединственим ставом законодавства, теорије и судске праксе, подносиоци захтева за брисање васпитне мере из казнене евиденције се доводе у драстично неравноправан положај за исте ситуације и да ли може брисањем васпитне мере да се исправи неправда лицима (која се сматрају иначе

неосуђиваним) за незаконито уношење података о изреченим васпитним мерама у извештај из казнене евиденције који се води код органа унутрашњих послова, а што знамо кроз судску праксу да тај евидентиран податак ствара проблеме сада већ увелико пунолетним лицима и разлог је за захтевање судске рехабилитације.

- Члан 49. став 3. ЗМ прописано је да бранилац малолетника може бити само адвокат који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих.

У ситуацији шта чинити када малолетник изабере браниоца који не поседује услове из цитираног члана и жели да га само он брани, званичног тумачења од стране законодавца нема као и од више судске инстанце.

Долази до ситуације да нека већа поред изабраног браниоца који не испуњава наведене услове поставља и браниоца по службеној дужности који те услове испуњава, желећи на тај начин да избегну констатацију апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка у другостепеном поступку и укидање судске одлуке, а нека већа дозвољавају таквим изабраним браниоцима да бране малолетника руководећи се елементарним правом сваког ко се нађе у судском поступку да може да га брани онај кога он изабере, пренабрегавајући чињеницу да тиме крши императивану законску норму и чини битну повреду одредаба кривичног поступка, што је разлог опет за укидање судске одлуке.

Нејединственост у поступању и различитом тумачењу наведене норме доводи у питање сврсисходност постојања уопште такве норме ако иста има обавезујући карактер за неке адвокате а за неке нема.

- Притвор се одређује према малолетнику, као изузетна и најтежа мера за обезбеђивање присуства лица према коме се води кривични поступак, а судија се руководи потребом да се у пуној мери заштите сви интереси малолетника уз истовремено остваривање свих процедуралних законских захтева процењујући његову оправданост и сврсисходност у сваком конкретном случају.

Наиме притвор према малолетнику се одређује у смислу члана 67. ЗМ уз испуњење разлога из члана 142. став 2. ЗКП и ако се сврха, ради чијег остварења је одређен притвор, не може постићи мерама привременог смештаја малолетника из члана 66. став 1. ЗМ.

Мера привременог смештаја малолетника према члану 66. став 1. ЗМ као алтернативе одређивања притвора се у досадашњој пракси не примењује обзиром да не постоје институције које би могле пружити адекватну заштиту свих интереса малолетника уз остваривање свих процесуалних услова из члана 142. став 2. ЗКП

Уз сво уважавање предузимања садашњих радњи у циљу реформицања институција система социјалне заштите и налажења институције која би могла одговорити члану 66. ЗМ и бити алтернативе притвору, у садашњој пракси она не постоји, а некада једина институција која је имала ту намену – Прихватилиште за децу и омладину у Београду - према садашњим својим организационим, садржинским и професионалним могућностима, то не може да пружи.

Пренебрегавање тог законског услова у судској пракси због непостојања институције као алтернативе притвору, приликом доношења решења о одређивању притвора од стране судије свесно се крши важећа законска одредба као и међународна правила - Стандардна минимална правила УН за мере алтернативе институционалном третману (Токиска правила) - које је ратификовала наша земља.

- Неусаглашеност законског текста са теоријским тумачењем истих доводи до различитог поступања судских већа а тиме и до стављања у неравноправни положај малолетних лица према којима се одређује притвор.

Наиме чл. 67. ст. 1. ЗМ предвиђа да се према малолетнику може одредити притвор када постоје разлози из чл. 142. ст. 2. ЗКП па сходно томе да ли се притвор може одредити по свим тачкама (од тач. 1-5) из чл. 142. ст. 2. ЗКП или се може одредити само по тачкама од 1-4 како то стоји у за сада јединим коментарима ЗМ професора Љубише Лазаревића и професора Момчила Грубача и Обрада Перића.

- У смислу истог члана 67. став 2. ЗМ остало је за судску праксу неразјашњено да ли трајање мере привременог смештаја малолетника у прихватилиште, васпитну установу или сличну установу у току трајања припремног поступка, главног претреса или до започињања извршења васпитне мере и казне малолетничког затвора (чл. 66. и 76. ЗМ) урачунава се у трајање изречене васпитне мере упућивања у васпитну установу, васпитно поправни дом и казну малолетничког затвора?

Према коментарима ЗМ, по мишљењу професора Перића урачунава се, а према мишљењу професора Лазаревића, не урачунава се.

У разрешењу ове дилеме од помоћи је члан 11. став 6. Хаванских правила који одређује да "лишење слободе подразумева сваки облик притварања, затварања или смештаја у неку јавну, или приватну установу, по одлуци одговарајуће судске или административне власти из које се не може изаћи по сопственој жељи".

- Нејединствена је судска пракса око питања да ли у састав већа које одлучује о продужењу притвора које је донео судија за малолетнике и да ли у саставу већа које одлучује по жалби на донето решење судије о одређивању притвора према малолетнику, улази судија који је донео решење о одређивању притвора и судија на чије је решење уложена жалба?

Према мишљењу професора Лазаревића у састав већа не улази судија чије решење се побија, а према судској пракси Врховног суда Србије судија који је одредио притвор може да буде председник већа код одлучивања о продужењу притвора и тиме се не чини битна повреда одредаба кривичног поступка, а може бити и у саставу већа судија чије решење је предмет жалбеног поступка / (КЖМ 32/00)

Наведена питања упућују на размишљање да ли је добро да о судбини лишења слободе малолетника треба да решава само један судија - доноси решење о одређивању притвора, доноси или учествује у доношењу решења о продужењу притвора и одлучује по жалби на његово решење о одређивању притвора и да ли је у свим тим ситуацијама могућа објективност у процењивању оправданости трајања притвора у конкретном случају.

(У поступку према пунолетним лицима у истим ситуацијама та дилема је избегнута јасно одређеним саставом већа)

- Код јасне одредбе члана 67. ст. 3. и 4. ЗМ која говори да у припремном поступку притвор који је одредио судија за малолетнике може трајати најдуже месец дана и може бити продужен за још највише месец дана, поставља се дилема да ли она искључује опште одредбе чл. 433. и 436. став 2. ЗКП по којима притвор не може трајати дуже од 8 дана против пунолетних лица који су учинили кривична дела за које је предвиђена новчана казна или затвора до 3 године.

С обзиром да се оваком одредбом малолетни учинилац налази у неправноправном положају у односу на пунолетно лице за извршена иста

кривична дела, долази до различитих поступања судских већа у применљивости ЗМ као неспорног закона "Lex specialis."

- Према ЗМ дужина трајања притвора сведена је на најкраће нужно време и одговарајућим одредбама Закона одређено је максимално трајање притвора у одређеним фазама поступка.

У пракси и то посебно у фази припремног поступка јављају се велики проблеми.

Дужина трајања притвора од највише 2 месеца иде на уштрб утврђивања материјалне истине у озбиљним и сложеним предметима који захтевају неуропсихијатријска, судско-медицинска и балистичка вештачења, са слушавање великог броја сведока и њихове недоступности, прибављање обдукционих записника, улагање жалби на решења о притвору и додатном времену које одлази за потребно поступање Врховног суда те остављање довољног рока ОЈТ-у да донесе одлуку, судским већима Окружног суда у Београду, намеће половично утврђивање и прибављање напред изнетог.

У "трци за временом", а у договору са ЈТ-ом оставља се прибављање доказа за главни претрес што је свесно кршење закона посебно код накнадног прибављања неуропсихијатријског налаза за извршиоца кривичног дела убиства, чиме се отежава јавном тужиоцу у доношењу правилне квалификације а који недостатак иначе представља битну повреду одредаба кривичног поступка и разлог је за укидање судске одлуке у другостепеном поступку.

"Трка за временом" судије и ЈТ-а не сме да оптерећује и интересује судско веће и иде на штету утврђивања материјалне истине посебно код познате чињенице да прибављање доказа у преткривичном поступку од стране полиције за само 4 сата је немогуће или је оскудно, непотпуно је и недовољно. Што се може приписати пропусту законодавца који је полицији за то одузео право макар и минималног времена за задржавање извршиоца најтежих кривичних дела и у изузетним случајевима, а могло се ублажити једном флексибилном нормом са карактеристиком "изузетног" поступања и у "изузетним" случајевима.

- У том смислу, а у циљу трајања притвора само онолико колико је то нужно за чл. 142. став 2. тачка 1. ЗКП за боравак малолетника код неспорно дугог медицинског – биолошког вештачења када се не могу утврдити година и дан рођења малолетника изводом из матичне књиге рођених - члан 64.

ЗМ, потребно је размислити о увођењу у судску праксу аналогије примене одредбе члана 166. Закона о ванпарничном поступку о утврђивању идентитета и других личних података појединца (друге исправе, искази сведока) који могу приближно, а брзо одредити узраст малолетника и тиме скратити његово борављење у притвору због тог разлога.

- Судска пракса показује да боравак малолетника у притворској јединици ЦЗ-а не задовољава основне стандардне услове смештаја, а конструкција притворског објекта и физичка средина не прати циљеве рехабилитације и боравишног третмана малолетника.

Према Стандардним минималним правилима УН (13.5) и Правилима за заштиту малолетних лица лишених слободе о затвореним малолетницима ће се водити брига, пружаће се заштита и сва неопходна индивидуална помоћ - социјална, образовна, а у погледу стручне обуке психолошка, медицинска која која одговара потребама обзиром на његов узраст, пол и личност.

Садашња пракса те потребе не испуњава, а немогућавање малолетнику лишеног слободе права на образовање које одговара његовим потребама и способностима је директно кршење горе наведеног Правила УН о заштити малолетних лица лишених слободе које је наша земља ратификовала, што може довести до озбиљних проблема у међународно-правним процесима где се то кршење људских права појављује као предмет поступка.

- Члан 159. став 3. ЗМ предвиђа нове - скраћене - рокове за трајање правноснажно изречене судске одлуке упућивања у васпитну установу, васпитно-поправни дом и посебну установу за лечење и оспособљавање, а која извршења су у току.

Међутим новим ЗМ наведени члан не одређује уподобљавање правноснажно изречених горе наведених васпитних мера чије је извршење у току са чл. 67 ст. 2. ЗМ о урачунавању притвора као и сваког другог лишења слободе у изречене васпитне мере, те се поставља питање да ли у правноснажно изречене васпитне мере чије извршење је у току мора се урачунати и време проведено у притвору, што у судској пракси због различитог тумачења доводи до доношења опоречних судских одлука.

У таквим недоумицама и дилемама присутно је и размишљање о ретроактивности закона на правноснажно изречене судске одлуке о чему ће бити више речи у наредном тексту.

- Члан 160. ЗМ унео је својом нормативном јасноћом велике проблеме у поступању судских већа.

Наиме "казна малолетничког затвора правноснажно изречена до дана ступања на правну снагу овог закона у дужем трајању него што би се могла изрећи по одредбама чл. 29 истог закона, изрећи ће се према одредбама овог закона."

Цитираном одредбом се практично врши преиначење правноснажне пресуде којом је изречена казна малолетничког закона без понављања кривичног поступка. Наведени члан указује да је нови закон блажи за малолетника те се има применити.

Наведена одредба је у супротности са одредбом члана 5. став 2. КЗ где се питање блажег закона поставља само до правноснажности пресуде тј. примена блажег закона могућа је до правноснажног окончања кривичног поступка.

Наведеном нормом поставља се питање не само законитости овог члана обзиром да се он односи на правноснажно донете судске одлуке већ и повређивања начела вишестепености судског поступка, јер се мења правноснажна судска одлука без понављања поступка као ванредног правног лека од стране суда који је изрекао казну малолетничког затвора при чему примена блажег закона није неограниченог трајања (до правноснажности), а у конкретном случају је неограниченог трајања и после правноснажности.

- Један од великих проблема у раду када су у питању малолетни преступници је и сензационалистичко информисање јавности односно претерана реакција медија и одсуство адекватног реаговања у догађајима који по својој екстремности, суровости, сами по себи узбуркавају јавност.

Неистинитим интерпетирањем изјава сведока, нетачним приказивањем лица места, давањем неодговарајућих правних квалификација од стране дневних листова "Политика", "Блиц" и "Курир" отежава се рад суда у утврђивању истине, а касније и у убеђивању јавности код већ формираног става, да је судска одлука резултат утврђеног чињеничног стања, а не неких других разлога који иначе у последње време прате судске одлуке као одраз неповерења грађана у ову институцију.

Изношењем у новинама улице, броја зграде где малолетник станује, навођењем имена и презимена брата, другова, комшија итд. врши се на

посредан начин идентификација малолетника и тиме директно вређа једно од основних начела члана 55. ЗМ јер се не смеју објавити подаци на основу којих се може сазнати о којем малолетнику се ради и ако су том приликом дати иницијали имена и презимена малолетника.

Одредбе о тајности поступка чл. 55. и 75. ЗМ имају за циљ да се заштити личност малолетника од претераног публицитета и избегавања несагледивих штетних последица по личност малолетног учиниоца, обавештавањем јавности о појединостима кривичног дела и личности његовог учиниоца.

У том смислу начин информисања јавности која има право на истиниту и потпуну информисаност је од несагледивог значаја.

Сваки додир малолетника са јавношћу у циљу заштите личности и тајности поступка као и спречавању контакта њихових са криминилизованом категоријом пунолетних извршилаца према којима се води судски поступак, у савременим земљама се огледа и у изолацији судских просторија у којима се воде кривични поступци према малолетницима од осталих просторија у судској згради.

(Некада у згради Окружног суда у Београду био је предвиђен пети спрат само за малолетне учиниоце али је временом изгубио ту карактеристику како због небриге о томе тако и због опште оскудице простора - судница).

На другој страни сензационалистичко приказивање догађаја од стране медија је "кратког даха", врло брзо настаје "затишје" сазнањем да је малолетни извршилац смештен у притвор те губитак интересовања за даље догађање престаје, а бављењем последицом, узроцима и њиховим отклањањем изостаје.

Сарадња медија и невладиних организација је неопходна у промовисању вредности и хуманости наместо агресивног понашања као социјално успешног и прихватљивог као и приказивања позитивног доприноса младих у друштву. Уместо сензационалистичког приступа средства јавног информисања треба да се усмере ка стварању конститутивног става јавности (једно од основних начела Токијских правила) и да јавност обавесте о значају своје улоге у примени мера алтернативних институционалном третману, јер учествовање јавности је комплементарно свему ономе што чини кривично-правни систем једне земље.

У научној и стручној јавности још увек није довољно развијена свест о природи и значају концепције ресторативне правде односно да се овај облик реаговања на криминалитет претежно посматра као избегавање казне, а не као одговори који могу позитивно да утичу и на учиниоца и на жртву, који приступ је најсавременије достигнуће правне науке у кривично правном систему једне земље .

Искористићу прилику да о теми овог излагања "Проблеми у пракси поводом примене новог ЗМ", додам и један озбиљан и од стране надлежних тела, недовољно респектован проблем са становишта Одељења за малолетнике Окружног суда у Београду.

То је податак да је ово Одељење за 10 месеци ове године примило укупно 1.095 предмета (КИМ- 710 и КМ-385), а да је у исто доба прошле године примљено укупно 294 предмета (КИМ-165, а КМ-129).

И ако је примљено 801 предмета више у овој години и даље поступа као и прошле године само 5 судских већа.

У времену које је пред нама сигурно ће се вршити корекција постојећих решења у циљу отклањања указаних и виђених слабости, међутим брзина и квалитет вођења поступка и утврђивања материјалне истине мора се довести у корелацију са бројем предмета у раду и бројем поступајућих судских већа да би се остварио основни принцип ЗМ - кратко трајање кривичног поступка од момента извршења дела до пресуђења и изрицање адекватне санкције према својствима личности малолетника који се налази у сукобу за законом.

Др Бранко Лубарда,
редовни професор Правног факултета у Београду

ЗАКОН О РАДУ И ЕВРОПСКИ РАДНИ СТАНДАРДИ

Међународни радни стандарди могу бити универзални и регионални. Универзални се успостављају у оквиру Уједињених нација, пре свега у оквиру Међународне организације рада, а међу регионалним најразвијенији су европски радни стандарди.

Европски радни стандарди садржани у инструментима Савета Европе – некомунитарно радно право, и у изворима радног права Европске уније – комунитарно радно право, често су утврђени на нешто вишем нивоу у односу на универзалне (у оквиру МОП-а).

Србија, као чланица Савета Европе, ратификовала је Европску конвенцију о правима човека, која садржи само две одредбе о социјалним правима: члан 4. прокламује слободу рада, односно забрањује принудни рад, а члан 11. прокламује слободу удруживања, укључујући слободу синдикалног удруживања и удруживања послодаваца. Пракса Европског суда за људска права у погледу слободе рада укључује случај *Van der Musselle*, који се односио на питање да ли заступање *pro bono (pro Deo)* представља облик принудног рада, док је богатија пракса у вези са чланом 11, при чему посебан значај има одлука Европског суда у случају *James, Young, Webster*, а која се односила на питање да ли *closed shop* клаузула облигационог дела колективног уговора о раду представља повреду негативног вида слободе (синдикалног) удруживања.¹

Од непосредног значаја за социјална права су више инструмената Савета Европе: Европска социјална повеља (1961), односно Измењена Европска социјална повеља (1996), Европски кодекс о социјалној сигурности (1964), Европска конвенција о социјалној помоћи (1977), Европска

¹ Ближе, Б. Лубарда, Европско радно право, ЦИД, 2004.

конвенција о правном статусу радника миграната (1977). Србија (и Црна Гора) је потписница Измењене Европске социјалне повеље (2005), а очекује се њена ратификација, односно потврђивање у току 2007. године. Приликом ратификације Измењене Европске социјалне повеље, сходно клаузулама флексибилности Повеље, Србија је дужна да изабере најмање 16 чланова од укупно 31 члана, при чему је дужна да изабере најмање 6 чланова од 9 који су означени као тзв. тврдо језгро Повеље – право на рад (члан 1), право на удруживање радника и послодаваца (члан 5), право на колективно преговарање (члан 6), право на заштиту омладине на раду (члан 7), право на социјалну сигурност (члан 12), право на социјалну помоћ (члан 13), право породице на економску, социјалну и правну помоћ (члан 17), право радника миграната (члан 19), право мушкараца и жена на једнакост у плаћању и на раду (члан 20). После потврђивања Ревидиране Европске социјалне повеље, (Влада) Србија преузима обавезу достављања извештаја о праву и пракси у вези са члановима Повеље који су прихваћени ратификацијом, односно надзорни механизам у погледу сагласности Закона о раду и других извора радног и социјалног права Србије са Повељом укључује надлежност Европског комитета за социјална права (састављеног од 15 експерата, независних у односу на државе из којих потичу), једног квази-судског органа Савета Европе, који испитује сагласност права и праксе државе чланице са Европском социјалном повељом. Мада Европски комитет није судска инстанца, какав је Европски суд за људска права, пракса Европског комитета за социјална права је од изузетног значаја за стваралачко тумачење Ревидиране Европске социјалне повеље. Уосталом, нови Устав Србије у својим начелима предвиђа 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. ст. 3). Практика Савета Европе укључује праксу не само Европског суда за људска права већ и Европског комитета за социјална права.

Европски комунитарни стандарди садржани су у примарним (оснивачки уговор, уговори интегрисани у оснивачке уговоре) и секундарним (правила и директиве) изворима радног права Европске уније, при чему се сматра да и пракса Европског суда правде (Суда правде европских заједница), у традицији положаја судова у *common law* систему, представља извор комунитарног права. Према је Србија тек пред закључењем

Уговора о стабилизацији и асоцијацији, и до пуноправног чланства треба више година реформи, процес хармонизације је увелико у току и у сфери радног права, што потврђује Закон о раду и сет других закона који су донети последњих неколико година. На тај начин, (добровољна) хармонизација радног права Србије са комунитарним радним стандардима је увелико у току, што претпоставља да наши судови који решавају радне спорове прате праксу и Европског суда правде, а не само Европског суда за људска права и Европског комитета за социјална права. Треба имати у виду да је радно право Европске уније најразвијеније у оним сегментима индивидуалних и колективних радних односа који су од непосреднијег утицаја на конкуренцију – нпр. стандарди о положају запослених у случају реорганизације послодавца (трансфер, колективно отпуштање, стечај), стандарди о флексибилним облицима запошљавања (уговор о раду са непуним радним временом, о раду на одређено време, о привременим и повременим пословима, о теле-раду код куће, итд.), о заштити здравља и безбедности на раду (преко 40 директива), о европском савету запослених, итд. Посебно значајно подручје комунитарних стандарда у вези је са забраном дискриминације у запошљавању и на раду, односно начелом једнакости шанси и поступања, што заслужује ближи осврт у овом раду, имајући у виду да Закон о раду Србије преузима низ решења у погледу основа дискриминације, облика дискриминације, укључујући и посредну дискриминацију, као и терета доказивања. Практика Европског суда правде у погледу посредне дискриминације од значаја је за наше судове при решавању радних спорова. Треба указати да и нови Устав Србије, у Начелима, "забрањује сваку дискриминацију, непосредну или *посредну*, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета." (члан 21. став 3). Устав Србије, при том, допушта тзв. позитивну дискриминацију, односно да "се не сматрају дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или група лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима" (члан 21. став 4).

Од посебног значаја за разумевање европског социјалног модела, који се садржи у стандардима савета Европе (тврдо језгро Европске социјалне повеље), као и комунитарним радним стандардима (ЕУ), јесте указивање на (предлог) Устав ЕУ, који није ратификован јер референдум није

успео у Француској и Холандији, али који представља покушај својеврсне кодификације Европског социјалног модела, односно уравнотежења економских и социјалних циљева развоја, односно економске, социјалне и територијалне кохезије, пошто концепт тржишне, социјалне и еколошке Европе потврђује Европску унију, као унију држава и унију грађана, засновану на логици тржишта и логици фундаменталних права човека, укључујући основна социјална права (онако како их дефинише Повеља о основним правима из Нице 2000). Нови Устав Србије даје елементе концепта социјалне државе непосредно и посредно. Непосредно, у Начелима Устав Србије прокламује да је "Република Србија ... заснована на владавини права и *социјалној правди*, ..., на људским и мањинским правима и слободама", а посредно, пошто се Устав у начелима позива на "припадност европским принципима и вредностима" (члан 1), европске вредности укључују, поред владавине права, људских права и слобода, поделе власти, независног судства, демократије, такође солидарност као вредност, односно укључују концепт социјалне Европе, односно социјалне тржишне привреде.

ОБЛИЦИ ДИСКРИМИНАЦИЈА – НЕПОСРЕДНА И ПОСРЕДНА ДИСКРИМИНАЦИЈА

У радном праву појам директне дискриминације укључује два елемента: објективни - прављење разлике по ванпрофесионалним основима; субјективни - намера да се поништи или нашкоди једнакости шанси или поступања /у запошљавању и/ на раду, односно у остваривању колективних права запослених.² Код директне дискриминације доказивање намере да се дискриминише је критично место, што је и утицало да се директивом /европским оквирним законом/ утврди правило о терету доказивања који пада на послодавца.

У појму индиректне дискриминације, међутим, није садржана потреба за доказивањем намере да се дискриминише, већ је довољно да се утврди да пракса запошљавања односно третмана у току рада, иако на први поглед изгледа неутрална са становишта услова /мерила/, у резултату

² L. Betten, *International Labour Law*, Kluwer, 1993, стр. 159.
170

погађа више одређену групу лица, а да то не може бити оправдано пословном нужношћу /енг. *Business necessity*/.³

Европски стандарди укључују и процесноправна правила, имајући у виду да се дискриминација, нарочито посредна, тешко доказује, тако да је донета директива бр. 97/80 о терету доказивања који пада на туженог, односно послодавца у радним споровима. Наше позитивно право није још адаптирало класично правило парничног поступка о подељеном *onus probandi* при решавању спорова о дискриминацији, односно Закон о парничном поступку предвиђа да је "свака странка дужна да изнесе чињенице и предложи доказе на којима заснива свој захтев или којим оспорава наводе и доказе противника" (члан 220. ЗПП).

Прављење разлике по ванпрофесионалним основима

Под дискриминацијом се подразумевају сви варијетети прављења разлика у запошљавању /избору занимања/, на раду, као и у вези са синдикалном припадношћу или активношћу, који се могу јавити у облику искључивања, давања првенства или било ког другог облика прављења разлика по основу расе, боје, пола, вероисповести⁴, политичког мишљења, националне припадности, социјалног порекла⁵, здравственог стања, породичних обавеза, до других личних својстава попут спољашњег изгледа⁶, итд. Заједничко свим овим основима дискриминације, без обзира да ли су засновани на непроменљивим својствима /раса, године, пол, национална припадност/ или променљивим /брачно стање, политичко мишљење, верска опредељеност, синдикално чланство/, јесте да "немају никакве везе са радним /професионалним - *job qualifications*/ квалификацијама".⁷ Отуда, законом се забрањује послодавцима (и другим субјектима на тржишту рада – нпр. приватним агенцијама за запошљавање) да у евиденцијама у

³ M. J. Zimmer, Ch. A. Sullivan, R. F. Richards, D. A. Calloway, op. cit., стр. 96. и следеће.

⁴ Не сматра се дискриминацијом условљавање заснивања радног односа у верској заједници ("послодавац") припадношћу одређеној (истој) вероисповести; L. Samueal, op. cit., стр. 28.

⁵ Чл. 1 (а) Конвенције МОП-а бр. 111.; L. Betten, op. cit, стр. 159.

⁶ Случај стјуардесе; ближе: В. Димитријевић, М. Пауновић, Људска права, Досије, 1997, стр. 191.

⁷ L. Betten, op. cit., стр. 157.

области рада уносе податке о личним својствима /не/запослених лица која нису стриктно од значаја за извршење рада, односно пословање послодавца. У овом раду задржаћемо се ближе на разматрању појединих основа и облика дискриминације, са указивањем на судску праксу.

Пол, као основ дискриминације или *родна дискриминација* по правилу јесте дискриминација жена. Уједињене нације су донеле Конвенцију о елиминисању свих облика дискриминације жена 1979. год. (СФРЈ је ратификовала 1981. год.⁸), имајући у виду велики допринос жена благостању породице и развоју друштва, како би се елиминисала дискриминација жена у стицању и остваривању права и слобода на политичком, економском, културном, грађанском, и, разуме се, социјалном пољу (члан 1. Конвенције).

Дискриминација жена у запошљавању и на раду јавља се услед намере послодавца да избегне могуће одсуство, односно трошкове услед трудноће и тешкоћа у тражењу привремене замене за одсуство запослене услед трудноће, порођаја, (посебне) неге детета, као и тешкоће у организацији рада (привременом распоређивању) који настају као последица заштите запослене током трудноће од обављања рада ноћу, прековременог рада, рада на пословима на којима постоји штетно зрачење, изложеност екстремним температурама и вибрацијама, или који захтевају подизање терета. У циљу спречавања полне дискриминације, законом се прописује да послодавац не може предвидети као услов за заснивање радног односа тест трудноће. Чак и кад се ради о пословима са повећаним ризиком, послодавац не би смео да условљава заснивање радног односа тестом трудноће, пошто по престанку трудноће и породилског одсуства, жена може да започне, односно настави рад на пословима са повећаним ризиком, од којих ужива заштиту само у вези са трудноћом и порођајем. На то упућује и одлука Европског суда правде у случају *Mahlberg (C-207/98)*, кад је послодавац (здравствена установа) неоправдано направио разлику између запослених по основу полне припадности, односно између запослених које нису у другом стању и запослених за време трудноће, па је ускратио право запосленој (медицинској сестри), која је била у радном односу на одређено време, да заснује радни однос на неодређено време, с позивањем на то да је запосленој за време трудноће законом забрањено да ради на по-

⁸ Међународни уговори, број 11/1981.
172

словима на којима би могле бити изложене дејству штетних супстанци. Запослена за време трудноће, односно одсуства са рада услед трудноће и порођаја је често изложена дискриминацији у напредовању. Тако, у случају *Thibault* (C-136/95), Европски суд правде је нашао да се ради о дискриминацији у напредовању на раду, пошто запослена због трудноће није била у прилици да искористи право на процену својих професионалних способности, као услова за доношење одлуке послодавца о напредовању.⁹

Пол се може захтевати као посебан услов за заснивање радног односа кад то оправдава природа посла – нпр. женски лик у позоришној представи, филму, опери, балету, итд. Није, међутим, оправдано, сходно одлуци Европског суда правде у случају *Sabine von Colson* и *Elizabeth Kammann v. Land Nordrhein Westfalen* (C-14/83, реч 1891), искључење жена од могућности запошљавања на пословима социјалног радника у установама за извршење кривичних санкција (затворима) у којима казну затвора издржавају само мушкарци. Исто тако, представља облик родне дискриминације прописивање другачијег основа за престанак радног односа жена у односу на маушкарце – у случају *Defrenne*, стрјуардесе белгијске авиокомпаније "Sabena", уговор о раду је садржао клаузулу о престанку радног односа кад стјуардеса напуни 40 година живота.¹⁰

Родна дискриминација се ређе јавља као директна, а чешће као индиректна дискриминација, посебно кад су у питању запослени/запослене који раде са непуним радним временом. Статистички посматрано, жене чешће закључују уговор о раду са непуним радним временом (и због усклађивања породичних са професионалним обавезама), и стога су више изложене дискриминацији – неједнаком третману у погледу одређених социјалних права, ако се доследно не уважава начело *pro rata temporis*. Тако, у случају *Ingrid Rinner-Kuhn* (C-171-88), немачки радни суд се обратио Европском суду правде за прелиминарно мишљење (тумачење) у погледу сагласности немачког законодавства са начелом комунитарног права о једнакости плаћања мушкараца и жена, пошто је немачки закон условљавао стицање права на накнаду зараде за време привремене спречености за рад (услед болести, повреде) трајањем радног времена од најмање десет часова недељно, односно 45 часова месечно. Овакво решење закона, мада

⁹ R. Nieslen, *European Labour Law*, op. cit., стр. 198.

¹⁰ F. Pennins, *Introduction to European Social Security Law*, Kluwer, 2001, стр. 267.

на први поглед уводи неутралан услов за стицање права на накнаду зараде, представља, по мишљењу Европског суда правде, облик индиректне дискриминације, јер у пракси (статистика потврђује) погађа више запослене од запослених.¹¹

Облици родне дискриминације. Традиционално изражен облик дискриминације јесте дискриминација жена у погледу плаћања за рад једнаке вредности. Сузбијање овог облика дискриминације био је посебан предмет међународног радног регулисања: Конвенција МОП-а бр. 100 о једнакости плаћања мушкараца и жена за рад једнаке вредности (донета 1951. г., ратификована 2000), а као начело комунитарног радног права, које има директно дејство, прокламовано је у оснивачком – Уговору о Европској /економској/ заједници, односно у Уговору о Европској унији (што је потврђено у случају *Biggs v. Somers Countz Council* из 1996. године). У циљу сузбијања полне дискриминације у погледу плаћања, у случају *Handels O.G./Dafnos*, Суд правде европских заједница је истакао да кад послодавац практикује систем плаћања запослених који није транспарентан (зараде као пословна тајна), на послодавцу је обавеза да докаже (у случају радног спора) да таква пракса није у супротности са начелом једнакости плаћања жена и мушкараца, односно да разлике у нивоу зарада јесу резултат рада неједнаке вредности, односно да су постојеће разлике одређене сразмерно вредности (резултатима) рада. Исто тако, у случају *Bilka Kaufhaus (C-80/70)*, Европски суд правде је нашао да појам примања запослених укључује и права по основу допунског (уговорног) пензијског осигурања, које финансира послодавац, тако да је Суд испитивао да ли се ради о случају индиректне дискриминације, с обзиром да је "неутрални критеријум" – рад са непуним радним временом одређеног фонда часова, као услов за обухваћеност допунском схемом пензијског осигурања, у пракси погађао више запослене од запослених.¹² У циљу обезбеђивања једнакости родног поступања у погледу допунског професионалног осигурања, донете су и директиве 86/378 и 96/97, а једнакост третмана мушкараца и жена самозапослених лица у погледу допунског осигурања осигурана је доношењем Директиве 86/613.¹³

¹¹ R. Nielsen, op. cit., стр. 220 – 221.

¹² F. Pennings, op. cit., стр. 271; R. Nielsen, op. cit., стр. 201.

¹³ F. Pennings, op. cit., стр. 313.

Традиционално, такође, с позивањем на разлоге јавног поретка (одбране и безбедности), ограничавана је слобода рада женама на многим пословима у војсци или полицији. Међутим, развој радног права водио је омогућавању приступа запошљавању женама на све већем броју послова у војсци, укључујући и послове на којима се користи ватрено оружје. Тако, у случају *Tanja Kreil v. Germany* (C-285/98), Европски суд правде је истакао да немачким законом предвиђено искључење жена од могућности запошљавања на безмало свим пословима у војсци (Bundeswehr), осим у здравственој и служби војне музике, не представља легитимну дерогацију, при чему сама чињеница да се на одређеним пословима користи оружје (и не водећи рачуна о начелу сразмерности) није легитиман основ за дерогацију слободног приступа женама таквих послова.¹⁴

Старост – У начелу послодавац не може као посебан услов за заснивање радног односа предвидети одређену животну доб, осим ако је то условљено посебном заштитом малолетних лица (забрана рада са повећаним ризицима), или ако природа или карактеристике одређеног посла оправдава предвиђање одређене старости – нпр. улога у филму, позоришној представи). У пракси јавља се и дискриминација младих и дискриминација старијих лица.

Дискриминација младих. Дискриминација малолетних лица и младих (до 25 година живота) јавља се због недостатка радног искуства, знања и вештина које се стичу на раду, као и због додатних обавеза послодавца према приправницима (одређивање ментора; омогућавање полагања приправничког испита; и сл.), што подразумева одређени број часова рада које запослени-ментор посвећује оспособљавању приправника за самосталан рад.

У циљу заштите малолетних лица од угрожавања здравља, њиховог образовања, односно физичког, психичког и моралног развоја личности, радно законодавство прописује минималне године живота као општи услов за заснивање радног односа – 15 година живота, што се по правилу подудара са завршетком основног (обавезног) образовања. Општи услов за заснивање радног односа – 15 година живота, међутим, јесте ограничен, односно условљен писменом сагласношћу законског заступника, тј. родитеља, односно усвојиоца или стараоца. У циљу заштите здравља ма-

¹⁴ R. Nielsen, op. cit., стр. 235 – 236.

лолетног лица, заснивање радног односа условљено је налазом надлежног здравственог органа, којим се утврђује да одређени послови нису штетни за здравље малолетног лица. Морална ограничења за заснивање радног односа тичу се послова који угрожавају морал малолетног лица.

Дискриминација старијих особа јавља се због веровања послодавца да имају веће економске користи од запошљавања, односно рада млађих радника, за које очекују да имају већу продуктивност, да лакше могу да прате развој технике и метода рада, да су мање склони усавршавању, и да ће мање одустовати са рада (услед /професионалне/ болести или повреде /на раду/).¹⁵ Старији радници су потенцијално изложени дискриминацији у случају утврђивања (економског, организационог, технолошког) вишка, пошто су старији радници категорија запослених која послодавцу ствара веће трошкове (пословања). Наиме, старији запослени (на истим пословима) имају већу зараду по основу лојалности, односно минулог рада (у домаћем праву се за сваку годину стажа осигурања зарада увећава за најмање 0,5%), а допунско здравствено осигурање старијих запослених послодавца више кошта од осигурања млађих). Тако, забележени су случајеви дискриминације лица старијих од 40 година у запошљавању на железници и/ли метору – случај *Usery v. Tamiami Trail Tours, Inc.* 531 F.2d 224 1976.¹⁶ Како се у упоредном праву колективним уговорима о раду редовно утврђују тзв. права сениоритета (енг. *Seniority Rights*), која у случају исказивања вишкова воде примени правила да старији имају предност у односу на млађе, чиме се валоризује лојалност послодавцу (енг. *First in, last out*), сматра се да је од овог редоследа могуће одступити у преговорима bona fide са сваким запосленим, ако старији запослени добровољно прихвати престанак радног односа уз знатно увећану компензацију (отпремнину – енг. *Severence pay*). У међународном радном праву први међународни инструмент који је експлицитно предвидео право старијих лица на социјалну заштиту (укључујући професионалну активност, уз поштовања избора стила живота, заштиту приватности у случају смештаја у установама социјалне заштите), јесте Европска социјална повеља, све дотле док њихови физички, психолошки и интелектуални капацитети то омогућавају.¹⁷

¹⁵ M. J. Zimmer, Ch. A. Sullivan, R. F. Richards, D. A. Calloway, op. cit., стр. 97.

¹⁶ M. J. Zimmer, Ch. A. Sullivan, R. F. Richards, D. A. Calloway, op. cit., стр. 292.

¹⁷ L. Samuel, op. cit., стр. 457 – 459.

У ранијем радном и социјалном законодавству, била је предвиђена инкомпатибилност истовременог остваривања права на пензију и права на рад (зараде по основу радног односа), док се, сходно препоруци у оквиру ЕУ, допушта кумулација пензије и зараде.

Генетски ризици, као лично својство, које спада у домен приватности, јављају се као релативно новији основ дискриминације, као (нежељени) резултат генетских медицинских истраживања о наследним болестима (нпр. Huntington болест). У САД је крајем XX века чак око 10 процена послодаваца упућивало запослене на тестове утврђивања генетске предиспозиције болести, што је доводило до дискриминације запослених (у напредовању, допунском раду, чак отпуштања) у намери да послодавац избегне трошкове увећаног здравственог осигурања запослених са генетским ризицима. У циљу заштите од генетске дискриминације, већина федералних јединица у САД је донела посебне законе о забрани генетског тестирања у запошљавању и на раду, односно забрани генетске дискриминације у запошљавању и на раду.¹⁸

Здравствено стање – Здравствено стање спада у домен (уставног права) приватности. Отуда, послодавац у начелу нема право да захтева утврђивање здравственог стања лица које тражи запослење, односно пре одлучивања о избору кандидата коме ће понудити закључење уговора о раду (заснивање радног односа), осим ако је то нужно због природе посла, услова рада на одређеним пословима, односно за оцену способности запосленог за извршење рада на одређеним пословима.¹⁹

У европском (комунитарном) радном праву начело да здравствено стање улази у домен права на приватност (и да се стога у начелу не јавља као посебан услов за заснивање радног односа) потврђено је у случају *X v Commission* из 1992. год., који се односио на право подносиоца молбе за запослење у Комисији на заштиту права приватности (гарантовано и чланом 8. Европске конвенције о правима човека), односно на дискриминацију по основу здравственог стања тражиоца запослења. Наиме, подносилац молбе (због права на приватност означен као X) је одбио да се подвргне HIV тесту, али је здравствени радник без његовог знања извршио и овај тест користећи узорак крви који је X добровољно дао на преглед зарад утврђивања

¹⁸ В. Kate Repa, *op. cit.*, стр. 6/21.

¹⁹ R. Nielsen, *op. cit.*, стр. 163 – 164.

здравственог стања, чиме је повређено његово право на приватност, односно учињена дискриминација по основу здравственог стања.²⁰

У домаћем праву општа здравствена способност се (више) не јавља као општи услов за заснивање радног односа (од 2001. год., после деценија законског прописивања опште здравствене способности као општег услова). Претходно утврђивање здравствене способности (од надлежног здравственог органа), међутим, може се предвидети као посебан услов за рад на пословима са повећаним ризиком. Тако, због посебних захтева у обављању полицијских послова (униформисаних и неуниформисаних запослених који примењују полицијска овлашћења, укључујући нарочито службенике који раде на пословима опасним по живот и здравље), прописана је психофизичка способност, као услов за заснивање радног односа, што се доказује лекарским уверењем надлежне здравствене установе. Осим тога, услов за заснивање радног односа малолетног лица јесте налаз здравственог органа да је здравствено способан за обављање послова, односно да такви послови нису штетни за здравље малолетног лица.

У току трајања радног односа, у начелу у упоредном праву, послодавац може *bona fide* захтевати од запосленог да се подвргне здравственом прегледу (утврђивање физичког или психичког стања) само ако постоји разлог (индиција) да запослени може да угрози здравље и безбедност на местима рада.²¹

Инвалидност – особа са инвалидитетом. Дискриминација лица са инвалидитетом, било да је инвалидност урођена или стечена, израз је предубеђења послодавца да је рад ових лица мање продуктиван, као и да запошљавање и рад лица са инвалидитетом ствара додатне трошкове у погледу прилагођавања места рада посебним потребама ових лица. Поред тога, до дискриминације долази због законске обавезе послодавца да запосленом обезбеди обављање другог одговарајућег посла уколико је здравствени орган утврдио опасност од настанка инвалидности, као и да запосленом обезбеди обављање послова према преосталој радној способности. Због ових разлога потенцијалне дискриминације, примена начела једнакости шанси и поступања, односно комутатичне правде у погледу лица са инвалидитетом водила би неправичним последицама – индиректној дискриминацији (неза-

²⁰ R. Nielsen, op. cit., стр. 161.

²¹ В. Kate Rera, op. cit., стр. 6/22.

пошљавању лица са инвалидитетом). Отуда, међународни радни стандарди (Конвенција МОП-а бр. 159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом, ратификована 2000. год.) и (упоредно) радно законодавство предвиђа посебну заштиту ових лица од (посредне) дискриминације, прописивањем обавезе државе да обезбеди професионалну и социјалну рехабилитацију лица са инвалидитетом, односно обавеза приоритетног запошљавања ових лица нарочито од стране послодаваца нарочито у јавном сектору и од послодаваца који запошљавају знатнији број запослених (шведско, немачко, француско, италијанско, белгијско) или обавезу разумног прилагођавања (без несразмерних финансијских оптерећења) места рада потребама лица са инвалидитетом (Измењена Европска социјална повеља /члан 15/; Директива ЕУ бр. 2000/78; Закон о Американцима с инвалидитетом из 1990. год.). Недавним доношењем Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом ("Службени гласник РС", бр. 33/06), у циљу подстицања равноправности и социјалне укључености особа са инвалидитетом у погледу доступности услуга и приступа објектима у јавној употреби и јавним површинама, у вези са здравственим услугама, васпитањем и образовањем, превозом, као и у вези са запошљавањем и радним односима (члан 21 – 26), створен је општи правни оквир за ублажавање последица посредне дискриминације особа са инвалидитетом. Ипак, неопходно је и доношење посебног закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, без обзира на то што је ратификована Конвенција МОП-а бр. 159.

Сексуално опредељење је у релативно новијем (упоредном) законодавству експлицитно прописано као основ дискриминације, мада је оно и раније било обухваћено општијим основом дискриминације, који је законодавац дефинисао као "неко друго лично својство". Дискриминација по основу полне оријентације огледа(ла) се најчешће у ускраћивању напредовања или чак отпуштању због, наводног, нарушавања (пословног) угледа послодавца. У праву Европске уније, у случају *Smith and Grady v United Kingdom* из 1999. год., Европски суд правде је нашао да се ради о случају дискриминације на раду по основу сексуалног опредељења (хомосексуалности), пошто су по том основу двојица запослених у Краљевском ратном ваздухопловству (RAF) добили отказ без легитимног разлога.²² Разуме се, послодавац нема право да у евиденцији о запосленом коју води

²² R. Nielsen, op. cit., стр. 161.

(сходно закону о евиденцијама у области рада) уноси податак ове врсте, јер то није од значаја за послове радног места, а запослени има право на увид и да захтева брисање података о свом сексуалном опредељењу. *Mutatis mutandis* важи у погледу (неуобичајених) сексуалних навика.²³

Политичко мишљење или уверење; чланство у политичким организацијама. Слобода и једнакост јесу основни принципи демократије. Слобода рада и слобода (изражавања) политичког мишљења и уверења; једнакост грађана, с једне, и једнакост шанси и поступања у запошљавању и на раду, с друге стране, интегрални су елементи основних начела демократије. Отуда, дискриминација у запошљавању и на раду по основу политичког мишљења и убеђења, односно чланства у политичким организацијама (странкама) није само повреда права на рад већ и порицање демократије, односно представља систематско угрожавање, порицање демократских принципа слободе и једнакости, или је израз недемократског (аутократског) политичког система. "Правда је супротност самовољи и стога не подноси никакав деспотизам у заједници, нити деспотизам појединца, нити депостизам једне класе" /Kersentajner/. Дискриминација из политичких разлога јавља се знатно чешће у јавном него у приватном сектору. Нарочито је изражен ризик дискриминације из политичких разлога у погледу државних службеника, али и у јавним предузећима и установама јавних служби, после избора на националном, односно нивоу територијалне аутономије и локалне самоуправе.

Дискриминација у запошљавању и на раду јавља(ла) се и у системима политичког плурализма, што потврђују (негативни) закључци надзорних органа МОП-а. Дуго времена у СР Немачкој се практиковала "забрана запошљавања" (*Berufsverbote*) из политичких разлога.

У земљама транзиције, у настојању да се државна управа деполитизује и професионализује, доносе се закони о државним службеницима, који уводе концепт система заслуга (*Merit system vs. Spoils system*), који треба да онемогући или сведе на минимум дискриминацију из политичких разлога. Не представља дискриминацију по основу политичког мишљења, односно деловања прописивање повреде радне обавезе запосленог због деловања на местима рада у циљу подстицања политичког организовања, односно државног службеника који у свом раду повређује начело поли-

²³ В. Kate Repa, *op. cit.*, стр. 6/36.
180

тичке неутралности или који изражава или заступа политичка уверења у свом раду (тежа повреда радне дужности). Слично је и са повредом службене дужности полицијског службеника да не иступа самоиницијативно у јавности, као и обавеза неизношења неистинитих тврдњи о Министарству (слобода критике рада државних органа је ограниченија кад су у питању полицијски службеници, категорије запослених код којих је нарочито изражена обавеза лојалности послодавцу).

Концепт именовања државних службеника који би се заснивао на процењивању способности и резултата, односно заслугама (Merit system), насупрот система политичког патроната (Spoils system), који подразумева бројна именовања државних службеника сходно резултатима на изборима, датира у САД већ од 80-их година 19. века, када је председник Ulysses Grant именовао одбор, који је касније остао познат под називом Комисија за државну управу (Civil Service Commission).²⁴ Посебно је председник Рузвелт (Theodore Roosevelt), који је и сам претходно био члан Комисије за државну управу, подржавао имплементацију merit система. Више деценија потом, Закон о реформи државне управе из 1978. године формирао је, уместо Комисије за државну управу, два тела: Службу за управљање кадровима (Office of Personnel Management) и Одбор за заштиту merit система (Merit Systems Protection Board)²⁵

У традицији концепта *merit* система, Закон о државним службеницима ("Службени гласник Републике Србије", бр. 79/2005), који је ступио на снагу 1. јула 2006. године, предвидео је оснивање два тела од значаја за реализацију концепта деполитизације и професионализације државне управе: Високог службеничког савета и Службе за управљање кадровима (која је задужена за стручне послове везане за управљање кадровима у државној управи, односно која пружа стручно-техничку помоћ Високом службеничком савету). Законом је уређено питање именовања, састава и надлежности Високог службеничког савета. У циљу споровођења закона, Влада је донела Уредбу о оснивању Службе за управљање кадровима ("Службени гласник РС", бр. 106/05), која, *secundum legem*, уређује делокруг Службе, постављење директора и помоћника директора Службе, као и Уредбу о припреми кадровског плана у државним органима ("Службени

²⁴ A. Goldman, Labor Law and Industrial Relation in USA, Kluwer, 1978, стр. 85.

²⁵ Ibidem, стр. 86 – 87.

гласник РС", бр. 8/06). Уредба ближе одређује садржину кадровског плана, поступак доношења кадровског плана, достављање нацрта кадровског плана ресорним министарствима, те надзор над спровођењем кадровског плана и праћење спровођења плана. Најзад, Влада је донела и Уредбу о разврставању радних места и мерилима за опис радних места државних службеника ("Службени гласник РС", бр. 117/05).

Од посебног је значаја то што је Високи службенички савет законом предвиђен као самосталан орган, који доноси свој пословник и друге опште акте, међу којима посебан значај имају Правилник о стручним оспособљеностима, знањима и вештинама које се проверавају у изборном поступку, начину њихове провере и мерилима за избор на радна места ("Службени гласник РС", бр. 64/2006), те Етички кодекс државних службеника (чије доношење се очекује у октобру 2006. године).

Најзад, правни положај државних службеника комплетиран је доношењем Закона о платама државних службеника и намештеника ("Службени гласник РС", бр. 62/06), који ступа на снагу 1. јануара 2007. године, мада је предвиђено да одређене одредбе овог Закон ступају на снагу 20. јула 2006, односно 1. јануара 2007, те 1. јануара 2011. године. Извесну улогу у одређивању правног положаја државних службеника има посебан колективни уговор, који могу да закључе репрезентативни синдикат државних службеника и Влада РС.

Синдикално чланство

Closed shop – повреда негативног вида слободе удруживања. После доношења одлуке Европског суда за људска права у случају *Young, James i Webster* (1982. год.), тзв. клаузула радње затвореног типа, као клаузула облигационог дела колективног уговора о раду, проглашена је дискриминишућом (кад за непоштовање клаузуле запослени добија отказ уговора о раду). Слобода (синдикалног) удруживања, наиме, укључује не само слободу у позитивном смислу – право на оснивање синдиката и приступање синдикату по сопственом избору, већ слободу удруживања у негативном смислу – право да се не буде обавезан на приступање синдикату, под претњом санкције (отказа). Клаузула радње затвореног типа повређује негативни вид слободе удруживања, јер претња отказом представља ограничавање слободе избора, односно представља озбиљан облик *vis*

compulsive, који погађа саму суштину слободе удруживања (коју јемчи члан 11. Европске конвенције о правима човека).²⁶

Држављанство као основ дискриминације јавља се као израз ксе-нофобије (праћене расизмом, кад су радници мигранти другачије расе). Начело једнакости шанси и поступања, кад су у питању радници мигранти који имају дозволу рада и боравка, предвиђено је у погледу услова рада, односно индивидуалних и колективних права радника, како у међународном (Конвенција МОП-а бр. 97, ратификована у Југославији, односно 2000. год.) тако и у европском (некомунитарном) радном праву (Европска социјална повеља).²⁷

Начело једнакости шанси и поступања независно од држављанства држава чланица Европске заједнице, односно Европске уније, улази у ред основних начела комунитарног права.²⁸ У циљу спречавања директне дискриминације – по основу држављанства, и индиректне дискриминације – по основу трајања боравка, односно пребивалишта - домицила, донето је Правило 1408/71, чиме је обезбеђена једнакост поступања у погледу уплате доприноса (котизација) за обавезно социјално осигурање и остваривање права на социјална давања (престације).²⁹

Не сматра се дискриминацијом по основу држављанства ограничавање приступа пословима у државној управи странцима (или апатриди-ма), што је допуштен облик прављења разлика и у погледу комунитарних радника, односно држављана држава чланица ЕЗ, односно грађана ЕУ. Додуше, пракса Европског суда правде и у том погледу је еволуирала у правцу афирмисања функционалног приступа ("учешће у вршењу јавне власти" – нпр. звања у министарству; судски извршитељ; јавни бележник) наместо органског приступа, што је имало за последицу уже схватање дерогације правила о слободном кретању лица (радника, грађана Уније).³⁰

²⁶ Ближе, Б. Лубарда, Европско радно право, Подгорица, 2004, стр. 60 – 67.

²⁷ L. Samuel, *Fundamental Social Rights – Case law of European Social Charter*, 2002, стр. 412. и следеће.

²⁸ R. Blanpain, F. Hendrickx, *European Labour Law and Social Security Law*, Codex, Kluwer, 2002, стр. 228.

²⁹ J.-P. Chauchard, *Droit de la securite sociale*, Paris, 2003, стр. 570.

³⁰ Ближе, Б. А. Лубарда, Европско радно право, 2004, стр. 199 – 200.

Друга лична својства. Спољашњи изглед, висина и слична лична својства у начелу представљају основ дискриминације, јер за највећи број послова природа тих послова не оправдава предвиђање оваквих услова као нужних. Начелно, у циљу заштите права приватности, прикупљање података о личним својствима представља дискриминацију, осим ако то није строго сразмерно потреби да се заштите легитимни пословни интереси послодавца, о чему, у коначном одлучује надлежан суд.

Хоби. Послодавац нема право да од тражиоца посла или запосленог прикупља информације о његовом *хобију* (или хобију чланова породице), јер је то питање које задире у приватност, пошто хоби који садржи ризик (нпр. параглајдинг; алпинизам) може да буде искоришћен као основ за дискриминацију у запошљавању и на раду³¹, с обзиром на то да у допунском осигурању (здравственом) које обезбеђује послодавац може бити предвиђена виша котизација за запослене са ризичнијим хобијем.

НЕЗАКОНИТИ ОТКАЗ – РЕИНТЕГРАЦИЈА ИЛИ НАКНАДА ШТЕТЕ

Значајна новина коју Закон о раду предвиђа јесте напуштање концепта обавезне реинтеграције, односно враћања запослених на рад у случају незаконитог отказа. Европски радни стандарди, сходно пракси Европског комитета за социјална права, заснованој на Измењеној Европској социјалној повељи, предвиђају да санкција у случају незаконитог отказа треба да буде довољно компензирајућа са становишта запосленог, и довољно одвраћајућа са становишта послодавца. Отуда законодавна политика државе чланице не мора да предвиди реинтеграцију, односно у складу је са европским стандардима уколико законодавац предвиди увећану накнаду штете уместо реинтеграције, при чему се накнада штете јавља као својеврсна приватна казна, која треба да буде довољно компензирајућа за отпуштеног радника, имајући у виду посебно ранији стаж код истог послодавца. Исто тако, накнада штете, уколико послодавац не прихвата реинтеграцију незаконитог отпуштеног радника, треба да буде знатно већа, како би се у пракси послодавци одвраћали од исплате увећане накнаде, уместо да отпуштеном раднику омогуће враћање на рад. Имајући у виду то да Закон о раду Србије предвиђа да је послодавац обавезан да запосле-

³¹ В. Kate Repa, *op. cit.*, стр. 6/35.
184

ном исплати накнаду штете од највише осамнаест зарада, ако запослени не захтева да се врати на рад, а да суд досуђује накнаду штете у двоструком износу од износа предвиђеног за случај када запослени не захтева реинтеграцију (дакле највише 36 зарада), номинално посматрајући овако решење нашег законодавца се може оценити као усклађено са европским радним стандардима.

Од могућности супституције права на реинтеграцију правом на накнаду штете, европски стандарди и наше позитивно радно законодавство предвиђају изузетке, односно реинтеграција се обавезно досуђује кад су у питању запослени који уживају посебну заштиту од отказа: запослена за време трудноће, запослена/ни за време породилског одсуства, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета; представник запослених (председник синдиката, члан савета запослених и др.).

ПРАВНИЧКО САВЕТОВАЊЕ У ОРГАНИЗАЦИЈИ ВСС
(9-12. ОКТОБАР, ВРЂАЧКА БАЊА)

- Управноправна секција -

Проф. др Зоран Р. Томић

ДИСКРЕЦИОНА ОЦЕНА У УПРАВНОМ ПРАВУ

*Ко смисао живота није тражио, тај није живео; али, ко га је тражио,
тај никад није био довољно сретан.*

(Јован Дучић, О срећи).

УВОД

1. Питање односа између објективног права, поља слободе тј. маневарског простора органа који га примењује, и субјективних права грађана - суптилан је троугао у којем ниједан угао не би смео превише да претегне. "У правној држави управа је по правилу везана, по изузетку слободна".¹ Код тога, те изузетке треба тачно и јасно предвидети, и уско тумачити. Дискрециону оцену у датом контексту узимам, поред осталог, као **стваралачку правну технику примене права**. Наиме, управни амалгам хијерархије, стручности тј. знања, законитости и дискреционе оцене - је, можда, кључ разумевања и делотворног учинка јавне управе. С тим у вези може се говорити о правилности као суми законитости и целисходности. Ова потоња - у значењу исправног дискреционог одлучивања. Но, и дискрециона оцена је под владавином права, јер и њу право установљава и омеђује. Укратко, законска подлога дискреционе оцене је неопходна и непорецива.

2. Значај нови(ји)х проучавања и разбијања стереотипа на пољу дискреционог одлучивања у јавном, особито управном праву не би требало да буде споран. Посреди је, најпре, комплетна заштита све бројнијих модалитета деликатног и покретљивог јавног интереса, затим тачно а еластично оживотворење правних правила, уједно одмерена правна контрола

¹ Л. Костић, Административно право Краљевине Југославије, I, Београд, 1933, стр. 14.

једног супстрата који по сложености увелико надилази правну матрицу (уједно се обликујући под њеним окриљем). Разлози научном и стручном - дакле, и теоријском и практичном! - "враћању" дискреционој оцени особито леже у несавршености и језика и правне норме, наспрам богатства пулсирајућег живота који треба пратити а (и) не покушавати да се прекомерно окује и спута нормативним калупима. Очување и унапређење корпуса субјективних јавних права и слобода - у посматраном миљеу - не сме да се коси са признатом и легитимном, оном неопходном дискреционом моћи државе и њених органа у корист саме друштвене заједнице и њених грађана.

3. Текст који је отпочет бави се дискреционом оценом као правном појавом мешовите - и правне и ванправне - каквоће. Први део овога прилога настоји да претресе, односно да подсети на нека општа теоријска питања у погледу дискреционе оцене. Ограничавање на управно право, и то на појединачне ауторитативне правне акте, на класичне управне акте, учинило ми се умесним и разумним, премда је такво опредељење било ствар моје доиста потпуно слободне оцене, професионалне оријентације па и личног укуса. У другом делу је учињен покушај да се напишу оне најчешће круте представе, па чак и заблуде у разматраној сфери. Најзад, у трећем одломку су садржани поједини важнији примери законски пружене могућности за дискреционо одлучивање у домаћем праву. Спис је заокружен "Закључком".

I - НЕКА ОПШТА ТЕОРИЈСКА ПИТАЊА

1. Појам дискреционе оцене је махом познат. Веома много је клесан и разрађиван.² На овоме месту, за почетак, задовољићу се одређењем да је

² Ево једног мањег "исечка" одабране правне књижевности, као илустрације: Jacques Moreau, Droit administratif, Paris, 1989, стр. 133-142; G. Braibant, Le droit administratif français, Paris, 1988, стр. 229. и сл.; M. Lombard, Droit administratif, Paris, 1997, стр. 227. и сл.; A. de Laubadkre, J.-C. Venezia, Y. Gaudement, Droit administratif, Paris, 2002, стр. 95. и сл.; P. Foillard, Droit administratif, Paris, 2004, стр. 163-174; Terme juridique, Paris, 1995, стр. 422; Grundris des osterreichischen Verwaltungsverfahrensrechts, Wien, 1987, стр. 115. и сл.; H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Muenchen, 1988, стр. 98-120; Giemulla, Jaworski, Muller-Uri, Verwaltungsrecht, Koln, Berlin, Bonn, Muenchen, 1991, стр. 153. и сл.; H. Faber,

дискрециона оцена слободно индивидуално оцењивање најподеснијег пута за пуно достизање правно ангажованог јавног интереса у конкретном случају. Такође, повлачење демаркационе линије између дискреционе оцене и, нарочито, А) правног тумачења, Б) оцене доказа и Ц) изигравања законског циља правне норме - не би смело да буде заобиђено, бар у најкраћим цртама.

А) Дискрециона оцена и правно тумачење. - Правно тумачење је установљавање правог смисла правне норме, оног који је законодавац имао у виду формулишући њено правило. С друге стране, код дискреционе оцене законодавац хоће да сам орган који примењује норму "доврши" њен смисао бирајући - између правно датих - ону алтернативу која највише одговара конкретној животной ситуацији о којој је реч. Тада он узима у обзир и појединачне и групне, и локалне, и националне и глобалне, и све друге ванправне моменте који су том приликом кључни за оптимално правно расуђивање и решење: легитимне, политичке, економске, социјалне, психолошке, етичке, религиозне, историјске и друге околности дате средине тј. места и времена збивања оног животног догађаја који треба да буде на одговарајући начин правно уређен. При томе, поједини писци налазе да је разлика између правног тумачења и дискреционе оцене садржинска, квалитативна - док други сматрају да је она само формална, квантитативна. Тако, према *првом гледишту*, опредељујуће је чија је воља бит-

Verwaltungsrecht, Tuebingen, 1992, стр. 97-118; Н.-У. Erichsen - W. Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berlin - New York, 1988, стр. 208-214; Ђ. Tasić, О слободној оцени (дискреционој власти), "Архив за правне и друштвене науке", 1927, год. XVII, друго коло, књ. XV/XXXII: број 3, стр. 177-193; број 4, стр. 273-293; број 5, стр. 362-382 - надаље "Тасић I"; Ђ. Тасић, Дискрециона власт у немачком и аустријском праву, 1928, "Архив за правне и друштвене науке", 1928, год. XVIII, друго коло, књ. XVI/XXXIII, бр. 3, стр. 190-201; број 4, стр. 289-296 - надаље "Тасић ИИ"; Ђ. Тасић, Дискрециона власт у немачко-аустријској литератури, 1928, "Архив за правне и друштвене науке", год. XVI-П, друго коло, књ. XVII/XXXIV, бр. 1-2, стр. 1-16; број 3, стр. 178-198. - надаље "Тасић III"; Ђ. Тасић, "Дискрециона власт по француском позитивном праву и теорији", 1929, "Архив за правне и друштвене науке", год. XIX, друго коло, књ. XVIII/XXXV, број 6, стр. 430-454. - надаље "Тасић ИВ"; I. Крбек, Дискрециона оцена, Загреб 1937; Л. Костић, Административно право Краљевине Југославије, II, Београд, 1936, стр. 95-99; М. Петровић, Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа, Београд, 1981.

на: Правотворчева (било да се он схвати објективно, као друштвена резултанта, било субјективно, као владајућа политичка снага у једном раздобљу) - код тумачења, а органа примениоца "на терену" - код слободне оцене.³ Суштина је да је у сфери тумачења законита само једна унапред дата (ма колико тешко сазнатљива) солуција, а на пољу слободне оцене бар њих две, од којих је само једна - целисходна! Насупрот, *по другом гледишту*, разделница је, веле, само у начину на који је органу дата слобода да норму примени: код тумачења орган слободно утврђује вољу правотворца, а код слободне оцене правотворац препушта органу да садржину норме слободно формулише тако да најбоље одговара датим приликама конкретног догађаја; испада да је код обе правне операције "у резултату једно исто". При томе, по овоме становишту, идеја о проналажењу неке законодавчеве воље код тумачења је просто - фикција.⁴

Код заузимања става о давању предности било првом, било другом виђењу, важно је претходно разумети да је ствар правне политике правотворца - слободне оцене самог законодавца, полазећи од каквоће друштвених области и стања - када ће посегнути за инструментом препуштања дискреционе оцене примениоцу права. Некаква унапред дата "листа" случајева ни у једном правном систему не постоји.⁵ С друге стране, применилац права путем правног тумачења најпре установљава да ли је законодавац у једној одређеној врсти (типу) ситуација, у одређеној материји предвидео дискрециону оцену, или није. Податак да се у пракси с муком изналази граница између слободне оцене и везаног одлучивања (последича недостатака језика, невичности законописца, сплета тананих и бројних животних компоненти, итд.) није сам по себи доказ да између њих нема суштинског раздвајања. Такође, становиште да је рачвање између тумачења и слободне оцене изведено, и да се огледа само у ступњу слободе вршилаца - и да је обично тај прелаз благ - говори нам више о компликованости и заметности тих духовно-правничких операција, него о негирању почетних дубљих разделница. Дакле, мислим да је *дистинкција између тумачења и слободне оцене ипак*

³ Тако Крбек, *op. cit.*, стр. 361-362.

⁴ Тако Ђ. Тасић, I, стр. 181-183. Да је разлика између тзв. везаних и тзв. слободних аката више квантитативна него квалитативна, изјашњава се и Л. Костић, *op. cit.* стр. 97-98.

⁵ Такво је гледиште и Ђорђа Тасића. В. З. Томић, "Ђорђе Тасић о слободној оцени", "Архив за правне и друштвене науке", 4/1993, стр. 693.

суштинска, а да су технике њиховог прописивања само изведена последица. Налазим да је стварни корен предметног разилажења у карактеру једне правне ствари. Уколико, је, наиме, нека животна ситуација толико деликатна и суптилна, сувише испуњена специфичним и унапред непредвидивим параметрима - законотворац може/ће препустити тај правно танани простор непосредном примениоцу прописа, директно "спуштајући" извесну количину нормирања са општег на индивидуални план. Предочени особени колосек релативно слободног (у)правног нормирања у оптирању за конкретно најподеснију правну варијанту - јесте дискрециона власт, смештена међу довољно утврдиве и проверљиве законске зидове. Тако посматрано, код слободне оцене владају елементи субјективног и појединачног, уз обележене правне обале - док при везаном тумачењу доминира супстрат релативно објективног и општег, чије су детерминанте мање-више чврсто нормативно обликоване и дефинисане.⁶ Пресудне су, подвлачим, стварне и правне могућности законодавца да нешто уреди у правно везаном смислу, или не уреди до краја, у смислу давања дискреционе оцене надлежном примениоцу права. Није проблем само у објективној сазнатљивости и проверљивости значења једног, мање-више гипког правног стандарда ("разумност", "моралност", "корисност", "ваљана управа", "*bon foi* делање", "неопходност", "потребне мере", "заштита јавног интереса" и сл.) у посматраном комплексном стварносном миљеу, већ и у реалној предвидљивости свих могућих одлучујућих компоненти једне правне ситуације. Чвор да ли се, у одсуству јасне индикације, код једног законски предоченог појма ради о *implicite* датом овлашћењу на дискреционо делање или је пак у питању тумачење правно неодређених појмова ваља минуциозно распетљавати. То је посебно важно због домена простирања судске контроле тако насталог управног акта (о чему нешто доцније). За време такве "претходне" мисаоне операције неопходно је стручно, исцрпно и пажљиво анализирази слово и дух респективне норме, смисао сродних правних правила, али и сагледати глобалну друштвену климу и њене координате (економске, политичке, социјалне, психолошке, етичке, религиозне, историјске, националне..) - што све може да буде користан упутилац за један или други модел правног регулисања.

На крају крајева, сматрам да се дискрециона оцена не сме подразумевати: она мора да буде изричито предвиђена - изразима "може", "може

⁶ То је мој, још јасније заузети став изложен у поменутом критичком тексту 3. Томић, "Ђорђе..." стр. 689-701.

одлучити", "ако оцени", "ако нађе, односно сматра", "орган одлучује да ли ће...", "орган је овлашћен...", и слично. У језичкој сумњи, требало би - по правилу - узети да је посреди правно везано подручје, правни стандард (ма колико било тешко да се у његов смисао проникне) а не дискрециона моћ у конкретном случају.

Б) Дискрециона оцена и оцена доказа. - Оцена доказа ("слободна оцена доказа") је процесно начело којим се орган руководи да би дошао до истине, да би утврдио правно релевентно чињенично стање на које ће затим применити меродавни материјални пропис. У домаћем управно-процесном праву, "које ће чињенице узети као доказане одлучује овлашћено службено лице по свом уверењу, на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа посебно и свих доказа заједно, као и на основу резултата целокупног поступка" (*Начело оцене доказа*, члан 10. Закона о општем управном поступку, /ЗУП/). Несумњиво је да је радијус "оцене доказа" ограничен на утврђивање чињеница, да је везан за процес доказивања. Код тога, нема унапред датих јачих или слабијих доказних средства (са изузетком јавне исправе, чл. 154-162 - са претпоставком истинитости њене садржине, и изјаве странке - као махом резервног доказног средства, члан 172. ЗУП-а). Но, појединим доказима службено лице у конкретном поступку може поклонити веру, неким не, једнима дати већу, односно пресудну важност у поређењу са другима тј. осталима. У томе је његова слобода, његова оцена доказа, скопчана са замашним и интегралним процесним чињеничним анализама и синтезама. За разлику од дискреционе оцене, овде нема унапред предочених алтернатива, али има одговарајућих законских граница. Уз то, образложење учињене оцене доказа је обавезно, уз законски предвиђене изузетке у погледу управних аката донетих у одређеним областима (члан 199. ст. 2-4. ЗУП-а).

В) Дискрециона оцена и изигравање законског циља правне норме. - Управни акт у којем је изиграно овлашћење на слободно оцењивање *вређа дух и смисао закона*, иако се орган формално држи његовог слова. *Таквим управним актом орган иде за постизањем друге сврхе од оне која је законом постављена*: било да је та сврха акта недопуштена у конкретном случају (она сама није за такав модел ситуације предвиђена), или је апсолутно забрањена (уопште не сме да буде сврха управног акта). Посреди је, дакле, грешка у циљу или "мана сврхе". У сваком случају, битно је "да је повјерено овлашћење скренуло (*detourner*) од своје праве

сврхе и циља"⁷ - те да такав недостатак чини управни акт незаконитим. У сваком случају, дотична грешка сврхе (фрац. *detournement*), је - како кажу - "средња зона" између јасне повреде закона и тзв. слободног мерења⁸. Начелно, *две су врсте незаконитих циљева* идући за којима орган злоупотребава своја овлашћења. Прво - када орган изда акт посежући за сврхом која је без икакве везе са јавном службом. Тако, недодељивање оружног листа одређеном грађанину не сме да буде у сврху шиканирања тога лица, иначе (узмимо) супротног политичко-партијског опредељења у односу на водитеља управног поступка (рецимо из осветољубивих мотива). Иначе, ту је стандардна законска сврха заштита безбедности и живота људи (која би, примерице, била изневерена издавањем предметне дозволе нервно лабилном лицу, склоном конфликтима и сл.). *Друго* - када се орган "руководи неком сврхом јавне службе, али страном оној сврси коју је закон имао у виду у конкретној ствари". Примера ради, када је орган уместо очувања јавног реда и мира, имао у виду сврху рационалног уређења простора, или уштеде у државној благајни. Законска сврха значи увек *објективно* правно правило, било да је оно у закону изричито прописано, односно јасно негативно исказано кроз забрањивање поједине сврхе "или се до суштине законске сврхе долази тумачењем меродавних прописа и других пратећих материјала"⁹. Због тога, циљ управног акта беспоговорно припада *правно везаним састојцима ствари о којој се решава*. У погледу сврхе управног акта нема никаквог правно допуштеног избора и законских алтернатива. За један тип случајева само је један циљ законски и законит; остали су незаконити, јер у том контексту нису ни били предвиђени.

Наше важеће право изричито помиње овај вид незаконитости у оквиру начела законитости (став 2. члана 5. ЗУП-а), као и у контексту разлога побијања управног акта у управном спору (став 2. члана 10. ЗУС-а). Према *првопоменутом* пропису, "у управним стварима у којима је орган законом или на закону заснованом пропису овлашћен да решава по слободној оцени, решење мора бити донето у границама овлашћења и у складу с циљем у коме је овлашћење дато". *Друго* релевантно правило гласи: "Нема неправилне примене прописа кад је надлежни орган решавао по слободној оцени на основу и у границама овлашћења које му је дато прав-

⁷ Тако, Крбек, *op. cit.*, стр. 455.

⁸ Тасић, IV, стр. 131-132.

⁹ Исто.

ним прописима, у складу са циљем у коме је овлашћење дато". Из законских солуција очита су два момента; (1) мана сврхе се третира као релативно засебна, и то, по правилу (али не увек - в. овај текст под III) *материјалноправна повреда закона*; (2) тај недостатак погађа посебно *акте који се доносе по слободној оцени* (с обзиром на наглашеност законских ограничења том приликом).¹⁰ С тим у вези, неопходно је разликовати разлоге за доношење једног дискреционог решења баш одређене (одабране) садржине - од законски пројектованог циља који се увек мора поштовати. Тачно је да ти разлози омогућавају да се провери да ли је у датом случају (и) постављени циљ поштован.¹¹ Но, не само то! Јер, циљ се свакад мора остварити, а решење може да буде нецелисходно а законито у погледу досезања тог предвиђеног циља. Речју, баш из разлога који се наводе у решењу може да произлази - поред осталог - да је требало изабрати другу (бољу, оптималну, конкретно подесну, односно у датом миљеу најпогоднију) правну солуцију за постизање истог, законског/законитог циља! Дакко, "циљ којим се орган руководио при доношењу решења не сме да буде у супротности са Уставом и законом".¹²

2. На пољу дискреционе оцене могу да буду поверена два сукцесивна бирања, кумулативно - или пак само једно од њих, по вољи законодавца. Тачније, слободна оцена се може састојати у одмеравању органа: (1) да ли ће један управни акт уопште донети (на пример, о привременом удаљењу јавног тужиоца са дужности због покренутог поступка за разрешење) или/и (2) какву ће садржину акта донети (на пример, по захтеву странке-странца за стално настањење у Србији - да ли ће тај захтев уважити или пак одбити).

3. Дискрециона оцена (тамо где је законски засађена), у принципу, ограничава субјективна јавна права, а мера тог ограничења не може да бу-

¹⁰ Према З. Томић, *Управно право, систем*, Београд, 2002, стр. 310-311.

¹¹ У решењу које се доноси на основу слободне оцене орган је дужан да изнесе разлоге којима се руководио при избору алтернативе у смислу којем је решио ствар, сем кад је законом или уредбом ослобођен те обавезе. Навођењем разлога у избору алтернативе омогућава се контрола да ли се орган при том избору руководио циљем и какво му је дато овлашћење за решавање на основу слободне оцене" (ВСС, Y 7907/64 од 21.10.1964).

¹² Љ. Пљакић, "Решавање по слободној оцени - израз начела законитости", "Информатор", Београд, 11/2003, стр. 4.

де унапред дата.¹³ Но, свакад, употреба дискреционе оцене не сме да наруши субјективна права супротно припадајућем јавном/општем интересу, супротно утврђеном законском циљу. Али, с друге стране, вршење дискреционе оцене у законским границама и у предвиђеном циљу - није повреда субјективних права иако се може радити о нецелисходности (тако, од свих кандидата који испуњавају услове на неком конкурсy, није изабран онај који је био најискуснији а оставио је и најубедљивији утисак у непосредном разговору са надлежном комисијом) због које се акт може управноправно ваљано нападати, редовним правним леком - жалбом, па и поништити у другостепеном поступку због утврђене нецелисходности!

4. Све у свему, дискрециона власт се мора узети као *дозирана слобода*. Границе дискреционе оцене су двојаке: а) оне спољне - надлежност, поступак, потпуно и тачно утврђивање чињеница¹⁴ и б) оне унутрашње - оквири признатог овлашћења (предвиђене алтернативе)¹⁵, и законски циљ вршења дискреционе оцене.¹⁶

Имајући претходно у виду, да ли би се могло закључити да је дискрециона оцена "израз начела законитости"?¹⁷ Моје становиште је следеће: Она сама, њена срж није, али њене међе, правно окружење - јесу, оне су нормативни оквири примене принципа легалитета на сферу слободне оцене! Дискрециона оцена је, налазим - **"израз" начела целисходности јавно-управног делања, у границама закона.**

5. *Правна контрола управних аката донетих по дискреционој оцени* је двострука: а) Управна контрола управе - она редовна, жалбена, али и путем тзв. ванредних управноправних средстава; б) Судска контрола управе (видети већ цитирани члан 5. ЗУП-а и члан 10. став 2. ЗУС-а). Потенцијално рањива је ситуација када против неког дискреционог акта не-

¹³ З. Томић, "Ђорђе Тасић...", стр. 697.

¹⁴ "И када решава по слободној оцени, при чему је изричитим прописом ослобођен да у образложењу решења наведе разлоге којима се при доношењу решења руководи, надлежан орган дужан је несумњиво утврдити право стање ствари, тј. све чињенице које могу бити од утицаја на решавање" (ВСС, У. бр. 5226/80 од 21.1.1981).

¹⁵ У том смислу Крбек, ор., cit. стр. 401-402.

¹⁶ Упореди са Тасићевим слојевитим становиштем о овом питању - детаљно код З. Томић, "Ђ. Тасић...", посебно стр. 694.

¹⁷ Пљакић, ор. cit., стр. 2-4.

ма места жалби (примерице, решење министарства) а закон уједно ослобађа доносиоца да наведе разлоге за доношење решења, при чему је тада свака правна контрола целисходности донете одлуке - унапред апсолутно искључена! А домете судске контроле дискреционих управних аката није лако дефинисати: Шта је уопште објективно могуће судски проверавати? Без улажења у фимесе, долазе у обзир две екстремне тенденције, између којих ваља изнаћи фину равнотежу. Једна - да судови "кроз широку контролу наводно везаних појмова начну и само подручје слободне оцене" (на пример: у Немачкој, оглашавањем појма "потребе", "потребног"-*Beduerfnisfrage*", за правни стандард). Друга - да се судови строго задрже на заштити субјективних јавних права, одбијајући покатак чак да тумаче тачност смисла објективно одредивим појмовима.¹⁸ Разуме се, ту кључну улогу у сваком правном миљеу има како правна политика (фреквенција коришћења мање или више /не/одређених правних појмова у законским текстовима), али и заузети начелни судски ставови шта ће се, у случају сумње, сматрати правним стандардом а шта подручјем слободне управне оцене (што је тада већ ствар судске слободне оцене!)

Ипак, могло би се констатовати да се *судско испитивање* аката донетих по дискреционој оцени стандардно своди - поред провере надлежности за доношење акта и придржавања меродавних правила управног поступка - на контролу: (1) испуњености законских мотива акта (чињенице претходнице, услови за доношење акта), али не и на вредновање тих мотива! (да ли акт баш најбоље следи те законске мотиве); (2) законског резултата акта - да ли је досегнут законски предвиђени циљ акта.

6. Специфичности *образлагања* управних аката донетих по дискреционој оцени су двојаке. Орган је тада додатно дужан: (1) Да у образложењу решења, поред класичних података (набројаних у члану 199. став 2. ЗУП-а), наведе и пропис (али искључиво законског, а не и подзаконског ранга пошто се таквим и не сме поверити дискрециона моћ!) којим се орган овлашћује да реши ствар по слободној оцени; иначе, члан 199. став 3. ЗУП-а ("...другим прописом") није у том погледу у складу са начелним правилом става 2. члана 5. истога закона!; (2) Да "изложи разлоге којима се при доношењу решења руководио", осим "ако је то у јавном интересу законом изричито предвиђено" (став 4. члана 199, *in fine*).

¹⁸ З. Томић, "Ђ. Тасић...", стр. 695-696.

7. Приступање дискреционом одлучивању и оно само, могло би да се представи кроз следећи ток: *Прво* - утврђивање да ли уопште постоји законско овлашћење на дискреционо одлучивање. То се чини правним тумачењем дотичног прописа. *Друго*, ако такво овлашћење постоји - установљавање колико има законских алтернатива, предвиђених опција. А оне су правно апстрактно равноправне, али конкретно неједнаке. Наиме, само је једна целисходна за сваки конкретан случај! Јер, у односном оцењивању нема понављања, сваки пут је неопходно наново одмеравање! *Треће*: бирање одговарајуће - **праве а правне!** - спрам свих околности конкретног случаја а имајући свакад у виду постављени законски циљ.

II - ПЕТ НЕУТЕМЕЉЕНОСТИ О ДИСКРЕЦИОНОЈ ОЦЕНИ У УПРАВНОМ ПРАВУ

1. Постоје поједина већинска уврежена схватања о дискреционој оцени, подложна преиспитивању. Штавише, могло би се говорити о "неутемељеностима о дискреционој оцени". Налазимо да их има бар пет. Поједностављено, тај мали каталог изгледа овако:

1) **Дискрециона оцена је искључиво у рукама јавне управе, као битна одредница управног права, а не целине "судског права" где влада амбијент стриктне правне везаности!?** Међутим, дискреционог одлучивања итекако има и у управно-судском делању (као и у осталом судском раду), претежно на процесном плану¹⁹ (в. и III део овога записа).

2) **Суд не може вршити дискрециону оцену у управним стварима!?** Ипак може, и то када решава у пуној јурисдикцији! Али не и да поништава акт у управном спору због нецелисходности! Метафорично срочено, суд може - начелно - да снесе дискреционо "јаје" ("ако природа ствари то дозвољава..." - члан 41. став 3. Закона о управним споровима /ЗУС/), али не може непосредно да утврђује шта је дискрециони "мућак".

3) **Између правног тумачења и дискреционе оцене постоји оштро разграничење!?** Доиста, та разделница јесте принципијелна, суштинска, квалитативна - али не и практично строга: Посреди су две, не ретко врло тегобно растављиве правне операције (в. овај чланак под I, а/). Иначе, тешко су конкретно сазнатљиве границе и садржина правних стан-

¹⁹ Тако и Крбек, *оп.*, *cit.* стр. 145.

дарда као што су "ваљана управа", "разумно поступање", "потребно", "корисно" и сл.²⁰ Опет, ако у закону пише "...ако орган оцени/одлучи/сматра/нађе да је корисно/потребно" - имамо посла са ортодоксним дискреционим овлашћењем.

4) **Постоје случајеви апсолутне правне везаности нормом, насу-
прот онима у којима царује потпуна правна невезаност!?** Не, никад нису у питању чисте ситуације: реч је о нијансама и местимично благим прелазима. При томе, штетна је и бесмислена како хипотетичка, путем "стегнутог" права, умртвљеност јавне управе (што вреди и за судске органе!) - када уопште не би било дискреционе оцене, али и њихово скоро потпуно "отимање" праву и правном поретку - у хипотетичком одсуству малтене сваке строже правне везаности!

5) **Дискрециона оцена постоји само у сфери материјалног права, тј. примене материјалног прописа на конкретне случајеве!?** Није тачно: Има сијасет примера дискреционе оцене и у равни поступка, у пределу процесног права (о чему у следећем делу овога текста посвећеном важећем домаћем праву).

2. Резиме: *Дискрециона оцена је знатно распрострањенија, еластичнија и сложенија појава него што се традиционално сматра, - и не свакад прозрочна и кристално распознатљива категорија.*

III - ДИСКРЕЦИОНА ОЦЕНА У ВАЖЕЋЕМ ДОМАЋЕМ УПРАВНОМ ПРАВУ

1. Важнији примери предвиђене дискреционе оцене **на терену овдашњег општег управно-процесног права могу се груписати у две под-
целине: они у склопу ЗУП-а, и они у оквиру ЗУС-а.**

А) ЗУП: (1) *Извршење одређене радње и без приложеног пуномоћја* (члан 49. став 3. - "може", "ако нема сумње..."); (2) *Код усмене расправе* (члан 140. став 2. - "може искључити јавну расправу..."; ту налазимо битну разлику од "корисности" као правног стандарда у смислу члана 139); (3) *Код претходног питања* ("може...сам расправити то питање" по члану 134. став 1); (4) *Код понављања поступка* ("...орган може раније решење

²⁰ Упореди Крбек, ор., cit., стр. 362; М. Петровић, ор., cit, стр. 23; З. Томић, "Ђорђе.Тасић...", стр. 698.

поништити или укинути" - члан 248); (5) *Код "Мењања и поништавања решења у вези с управним, спором"* (члан 251 - "може..", уз законске окви-ре); (6) *Код укидања по праву надзора* (члан 253. став 2 - "може се укину-ти...ако је њиме очигледно повређен материјални закон"); (7) *Код ванред-ног укидања* (члан 256. став 1 - "може", "може и само делимично"); (8) *Код извршења путем тзв. административне забране* ("може се спрове-сти..."), уз комбиновање са пристанком извршеника (члан 266); важно је уочити разлику између потоње реченог и правног стандарда "најблаже" (по члану 263. став 1).

Б) ЗУС: (1) *Код решавања без списка* (члан 31. став 3. in fine - "...суд може решити ствар и без списка"); (2) *Код одређивања усмене расправе* (члан 33. став 1 - "...суд може решити да се одржи усмена расправа"); (3) *Код пуне јурисдикције* (члан 41. став 3 - "...суд може ако...", тј. чак и кад су испуњени законски услови, суд не мора, није дужан да решава у пуној ју-рисдикцији!); ту постоји стилизацијска разлика од "одлучити о захтеву тужиоца за повраћај ствари, односно за накнаду штете, ако чињенично стање пружа поуздан основ за то" (у смислу става 4. истога члана), при чему је ипак процена испуњења цитираног законског услова на самоме суду - што је налазим ипак прикривена судска дискрециона власт; с друге стране, насупротив, решавање "*по правилу*" управне ствари пресудом (у смислу члана 62. став 1) - не квалификујем законским ослономцем за сло-бодно судско оцењивање, већ је посреди ипак широка а усмеравајућа правна везаност.

2. Примери дискреционог одлучивања на **терену домаћег матери-јалног права** су бројни. Према сопственом укусу, издвајам неколицину типичних:

(1) *Закон о банкама*: "може..." (члан 113), "ако оцени" (члан 117), "...доноси на основу дискреционе оцене" (члан 120) и "може одузети бан-ци дозволу за рад" (члан 130).

(2) *Закон о јавном тужилаштву* (члан 41. став 2. и члан 42. став 2 - јавни тужилац и заменик "могу бити удаљени са дужности кад је покренут поступак за њихово разрешење или кривични поступак за дело због кога могу бити разрешени").

(3) *Закон о приватизацији* - одлука о поништавању јавне аукције (чл. 33. и 39а Закона о приватизацији, "Службени гласник РС", бр.

38/2001 и 18/2003, у вези са чланом 35а Уредбе о продаји имовине и капитала јавном аукцијом, "Службени гласник РС", бр. 42/2001, итд. - "ако оцени да су учесници на аукцији наручили принцип слободне тржишне конкуренције..." - ипак, остаје крупно питање, односно опаска: како је могуће да је овлашћење на дискреционо одлучивање поверено једним подзаконским прописом?!) *"представља управни акт донет по слободној оцени, против кога се може изјавити приговор Министарству за привреду и приватизацију Републике Србије у року од осам дана од достављања одлуке о поништају јавне аукције"* (ВСС, У. 1987/03 од 17.9.2004).²¹

(4) *Закон о прелажењу државне границе и кретању у граничном појасу* ("Службени лист СРЈ", 24/94, 28/96, 68/2002, члан 42. у вези с чланом 45) - предвиђа, поред осталог: *"Захтев за издавање дозволе за кретање и боравак у граничном појасу може се одбити кад то захтевају разлози безбедности државне границе. Дозвола за кретање и боравак се може из истих разлога одузети (члан 42. ст. 1. и 3), итд.*

(5) *Закон о кретању и боравку странаца* ("Службени лист СФРЈ", бр. 56/80, 30/89, 26/90, 53/91; "Службени лист СРЈ", бр. 16/93, 31/93, 41/93, 53/93, 24/94, 28/96, 68/2002; "Службени лист СЦГ", број 12/2005; "Службени гласник РС", број 101/2005) утврђује: *"Путни лист за странца може се издати и другом странцу ако за то постоје оправдани разлози (члан 9. став 2). Путна исправа за избеглице, лице без држављанства и путни лист за странца неће се издати у случајевима предвиђеним у члану 13. став 1. тач. 1) до 4), а по тачки 5) - "ако то захтева заштита јавног поретка или ако то захтевају интереси одбране земље", у ком случају надлежни орган не мора навести разлоге којима се руководио приликом доношења решења (члан 13. став 2). Из истих разлога путна исправа се може одузети, о чему решење доноси орган надлежан за издавање путних исправа, односно виза, с тим да жалба не задржава извршење и да се против тог решења не може водити управни спор (члан 14). Такође, надлежни орган може задржати страну путну исправу привремено, (члан 15). Странцу који долази ради туристичке посете, може се на граничном прелазу издати туристичка пропусница ако поседује важећу националну путну исправу или другу исправу о идентитету, са важношћу до 30 дана (члан 16). У ставу 2. истог члана је прописано да "функционер који руководи орга-*

²¹ Билтен ВСС, 1/2005, стр. 144-145.

ном управе надлежним за унутрашње послове може одлучити да се виза или туристичка пропусница не изда или улазак у земљу не дозволи странцима и другим случајевима ако то захтевају разлози заштите јавног поретка, односно ако то захтева заштита интереса одбране земље или разлози који проистичу из међународних односа". Издата виза се може из истих разлога поништити. Решење о одбијању захтева, односно поништавању визе не мора бити образложено и против истог се не може водити управни спор (члан 28). Такође, у члану 26. тога закона је предвиђено *да се издавање визе или туристичке пропуснице може одбити, односно улазак у земљу забранити*, а и већ издата виза или пропусница поништити ако постоје разлози набројани у том члану, с тим што функционер који руководи органом управе *надлежним за унутрашње послове може одредити да надлежни орган може одређеним странцима издати визу или одобрити улазак*, уз претходну сагласност органа управе надлежног за унутрашње послове. Привремени боравак ће се одбити из разлога наведених у члану 34, престати из *разлога у члану 35, а може му се отказати* из разлога у члану 36., међу којима је, под тач. 4) *"када то захтевају разлози заштите јавног поретка или интереси одбране земље"*. У том случају, као и у случају када се одбија захтев за издавање одобрења за привремени боравак из истог разлога, решење не мора да садржи разлоге којима се орган руководио приликом доношења; шта више, против истог се може водити управни спор.

(6) *Закон о оружју и муницији* ("Службени гласник РС", бр. 9/92, 53/93, 67/93, 48/94, 44/98, 39/2003, 101/2005 и 85/2005) одређује: "На основу захтева...руководилац организационе јединице кога овласти министар унутрашњих послова, решењем одобрава ношење оружја за личну безбедност ако утврди да постоје изузетно оправдани разлози за заштиту личне безбедности подносиоца захтева" (члан 1а став 3); стојим на становишту да ово није пример дискреционе оцене, већ правни стандард, правно сазнатљиво и проверљиво поље у смислу утврдивих чињеница-претходница, услова акта (тзв. законски мотиви акта)! С друге стране, сматрам да је у питању дискреционо одлучивање у следећој норми: "Дозвола за ношење оружја важи пет година и може се, на захтев лица које је поседује, поднети најкасније 30 дана пре истека рока важења, продужавати на исти рок ако надлежни орган утврди да и даље постоје разлози због којих је ношење оружја за личну безбедност одобрено" (члан 1б став 2).

(7) *Породични закон* ("Службени гласник РС", бр. 18/05) предвиђа дискрециону оцену кад прописује: "Изузетно, министар надлежан за породичну заштиту може дозволити усвојење лицу које је старије од усвојеника мање од 18 година или лицу које је старије од усвојеника више од 45 година ако је такво усвојење у најбољем интересу детета" (члан 99. став 2). Овде је на почетку норме у питању класично дискреционо одлучивање, а на крају је постављен и један важан додатни правни стандард ("у најбољем интересу детета").

IV - ЗАКЉУЧАК

1. Дискрециона оцена је *принципијелно, квалитативно, значи суштински различита* не само од процесне оцене доказа, већ и од тумачења правних стандарда, као и од поштовања утврђеног законског циља правне норме. Али, у пракси су те границе често танке и не ретко тешко распознајљиве, па и прилично тегобно утврдиве.

2. *Зашто је дискрециона оцена неопходна у јавном, посебно управном праву!* Због "покретљивости" јавног интереса, комплексности и особености сваке појединачне животне ситуације, наспрам апстрактности и крутости закона као таквог.

3. *Распрострањеност дискреционе оцене у савременом управном праву* је шира него што би се, површним увидом, могло закључити: Има је - и то не по изузетку! - и код управног, и код судског деловања, како у домену материјалног, тако и у домену процесног права.

4. Да ли је *дискрециона оцена надлежних органа некакав пандан, релативно уравнотежавајући фактор субјективним правима грађана, је ли посредни непотпуни баланс јавног и појединачних интереса?* Уз сву опрезност држим да ту није погрешно, *mutatis, mutandis*, правити одређене аналогije. Јер, јавни и приватни интерес чине својеврсни амалгам: ниједан, ни други нису апсолутни и безобални. Оба се остварују у амбијенту датог објективног права и пулсирајућег живота једне друштвене стварности коју организоване друштвене групе једновремено желе и да доследно и складно уреде, и да се у њој свако осети бар релативно свој и слободан.

РЕЗИМЕ

Дискрециона оцена је суптилна и деликатна техника дозирано ствара-
лачке примене јавног права, посебно честа у домену управне регулативе.
Она је један од неопходних вентила законодавства и правне праксе, фини
спој између изграђивања и оживотворења правне супстанце, али и мост ак-
та и факта. Постоји и на материјалноправном и на процесном терену, и код
управног и код судског делања. Дискрециона оцена је принципијелно раз-
личита како од тумачења законских стандарда, тако и од процесне оцене
доказа, као и од обавезног достизања утврђене сврхе правне норме. Она је
вид унапред пројектованог довршавања законског правила спрам свих
околности конкретног стварносног случаја. У рукама је примениоца права
који је тада дужан не само да дела законито, него и целисходно - да прона-
ђе која је од правно предвиђених солуција онај права у датом случају, како
би се најпотпуније остварио утврђени јавни интерес, законски циљ норме.
Но, дискрециона оцена није негација, нити нарушавање субјективних пра-
ва, али јесте облик њиховог омеђивања, строго у складу са законом. Као
што ни субјективна права појединаца и правних лица нису безобална, тако
ни дискрециона оцена није апсолутна: У ситуацијама где је законски заса-
ђена, она је ограничена законом, не само у погледу надлежности за вршење,
правила поступка, начела истине при утврђивању чињеничног стања - што
све непосредно претходи самом слободном одмеравању - него и у погледу
придржавања оквира овлашћења за његово спровођење и поштовања закон-
ског циља меродавне правне норме. Као таква, дискрециона оцена је управ-
ноправно проверљива и с гледишта законитости и с гледишта целисходно-
сти, а судски - искључиво са становишта законитости.

Мирјана Мирков,
директор Сектора за спровођење пензијског
и инвалидског осигурања у Дирекцији фонда запослених

**ПРИМЕНА ПОЈЕДИНИХ ОДРЕДАБА
ЗАКОНА О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА
ЗАКОНА О ПЕНЗИЈСКОМ И ИНВАЛИДСКОМ
ОСИГУРАЊУ КОЈЕ СЕ ОДНОСЕ НА
ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА ИЗ ПЕНЗИЈСКОГ
И ИНВАЛИДСКОГ ОСИГУРАЊА**

УВОД

Доношењем Закона о пензијском и инвалидском осигурању 2003. године, настављена је реформа система пензијског и инвалидског осигурања тако што је, поред већ напред изнетих измена; проширен обухват обавезно осигураних лица, па су обавезним пензијским и инвалидским осигурањем обухваћена и лица која обављају послове по основу ауторског уговора, као и послове по основу других уговора код којих за извршени посао остварују накнаду; уведено добровољно приступање обавезном осигурању; утврђен нов начин обрачуна пензија, којим је равномерније распоређен терет између обвезника и успостављена чвршћа повезаност висине пензије и уплаћиваних доприноса; укинута је право по основу преостале радне способности и ресриктивно дефинисан појам инвалидности, тако да инвалидност постоји само кад код осигураника настане потпуни губитак радне способности за било који посао. Међутим, Закон је задржао одређени ниво права по основу II и III категорије инвалидности, односно преостале радне способности задржавањем права затечених корисника, с једне стране и превођења привремених накнада (накнаде инвалида који су остали без посла) у инвалидску пензију од 50% инвалидске пензије која би им припадала према одредбама закона и др.

Наведене измене система пензијског и инвалидског осигурања довеле су до стабилизације система и стварање услова за наставак реформе, којом би државни пензијски систем постао одржив и отворила могућност добровољног пензијског осигурања. Предузете мере показале су се недовољним за трајно превазилажење проблема чије решавање је од значаја за даље функционисање система пензијског и инвалидског осигурања, што је указивало на нужност даљег реформисања овог система и потребу за изменама и допунама Закона о пензијском и инвалидском осигурању донетог 2003. године.

Закон о изменама и допунама Закона о пензијском и инвалидском осигурању (у даљем тексту – Закон о изменама) ступио је на снагу 14.10.2005. године, с тим што је примена дела одредаба закона прописана од 1.1.2006. године, а дела одредаба од 1.1.2008. године.

Рефератом су обухваћени правни ставови за примену појединих одредаба Закона о изменама и допунама Закона о пензијском и инвалидском осигурању као и проблеми у примени појединих измењених одредаба Закона.

Члан 15. Закона о пензијском и инвалидском осигурању– члан 3. Закона о изменама

Чланом 3. Закона о изменама, измењен је став 2. члана 15. Закона о пензијском и инвалидском осигурању (у даљем тексту – Закон), тако што се својство осигураника стиче даном подношења захтева, а изузетно, на захтев лица, најраније 30 дана пре подношења захтева. У складу са наведеном изменом, својство осигураника стиче се по правилу даном подношења захтева, а пре тог дана само на изричит захтев лица и то највише 30 дана пре подношења захтева. То значи да се по захтеву лица поднетом после 1.1.2006. године својство осигураника по члану 15. Закона може стећи најраније од 1.12.2005. године.

Такође су чланом 3. Закона о изменама, у члану 15 Закона додати ст. 3. до 5.

Додатим ставом 3. члана 15. Закона прописано је да својство осигураника престаје даном за који се лице у захтеву определи. То значи да се, уколико је захтев за престанак својства осигураника поднет после 1.1.2006. године, а захтевом се тражи престанак пре 1.1.2006. године,

укључујући и престанак са даном стицања својства осигураника, престанак може утврдити са траженим даном, под условом да допринос за пензијско и инвалидско осигурање по члану 15. Закона није плаћен. Ако је допринос плаћен, престанак својства осигураника може се утврдити од првог наредног дана после задњег дана за који је допринос плаћен. Уколико је правноснажним решењем донетим до 31.12.2005. године већ утврђен престанак својства осигураника, дан престанка утврђен овим решењем не може се мењати по захтеву поднетом после 1.1.2006. године, без обзира да ли је допринос плаћен или не.

Ставом 5. допуњеног члана 15. Закона прописано је да се својство осигураника може стећи под условом да није наступио неки од случајева по основу којих се остварује право у складу са законом, а уколико је наступио неки од тих случајева, својство осигураника може се стећи само за случај који није наступио.

Имајући у виду цитирану законску одредбу, лице које испуњава услове за стицање права на старосну пензију, као и корисник старосне пензије не може стећи својство осигураника из члана 15. Закона, обзиром да је испунио услов за остваривање права на старосну пензију, односно остварио то право.

Корисник инвалидске пензије може стећи својство осигураника из члана 15. Закона само ако му је стаж осигурања навршен у том својству потребан за испуњење услова за стицање права на старосну пензију, при чему за време трајања таквог осигурања не треба обустављати исплату инвалидске пензије.

Инвалидно дете коме је тај статус утврђен по прописима из ПИО важећим до 31.5.1992. године, као и инвалидно дете коме је тај статус утврђен по прописима о разврставању деце ометене у развоју, може стећи својство осигураника из члана 15. Закона за случај старости, а за случај инвалидности само ако се у поступку утврди да код њега није постојао потпуни губитак радне способности пре дана за који се у захтеву определио за укључење у обавезно осигурање. То значи да за инвалидно дете, пре доношења одлуке по захтеву за стицање својства осигураника, треба прибавити налаз, оцену и мишљење органа вештачења о томе да ли постоји потпуни губитак радне способности и ако постоји од када и у зависности од тога донети одлуку о својству по члану 15. Закона. Овај поступак не треба спроводити за инвалидно дете коме је по прописима из ПИО ва-

жећим до 31.5.1992. године утврђено право на професионалну рехабилитацију. Ако инвалидно дете, затечени корисник права на новчану накнаду за помоћ и негу, стекне својство осигураника по члану 15. Закона, не може остварити право на новчану накнаду за помоћ и негу из члана 244. Закона, као осигураник.

У пракси ће став 5. допуњеног члана 15. Закона довести до великих проблема с обзиром да ова лица не могу, уласком у обавезно осигурање по овој одредби, обезбедити права из овог осигурања под условима, у обиму и на начин предвиђен Законом као и сви други осигураници већ ће бити осиграни само за поједине ризике, иако допринос плаћају на пуну основицу и по стопи доприноса по којој допринос плаћају осигураници запослени који су осигурани за све ризике по основу којих стичу и остварују права.

Чланови 19, 20. и 220. Закона - чланови 4, 5, 56, 77. став 1. и 69. Закона о изменама

Чланом 4. Закона о изменама, измењен је члан 19. тач. 1. до 3. Закона, тако да по захтевима поднетим после 1.1.2006. године осигураник стиче право на старосну пензију:

- кад наврши 65 (мушкарац), односно 60 (жена) година живота и најмање 15 година стажа осигурања;

- кад наврши 40 (мушкарац), односно 35 (жена) година стажа осигурања и најмање 53 године живота и,

- кад наврши 45 година стажа осигурања, без обзира на године живота и пол осигураника (новина).

. Поред наведеног, право на старосну пензију се у периоду од 1.1.2006. године до 31.12.2010. године може стећи и у складу са одредбама члана 69. Закона о изменама и то:

- у 2006. и 2007. години, са навршених 63 године живота (мушкарац), односно 58 година живота (жена) и најмање 20 година пензијског стажа;

- у 2008. години, са навршених 63 године и шест месеци живота (мушкарац), односно 58 година и шест месеци живота (жена) и најмање 19. година пензијског стажа;

- у 2009. години, са навршених 64 године живота (мушкарац), односно 59. година живота (жена) и најмање 18 година пензијског стажа;

- у 2010. години, са навршених 64 године и шест месеци живота (мушкарац), односно 59 година и шест месеци живота (жена) и најмање 17 година пензијског стажа

- од 1.1.2011. године право на старосну пензију стиче се само под условима из измењеног члана 19. Закона.

Чланом 5. Закона о изменама измењен је члан 20. Закона, тако да се осигуранику коме се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем, старосна граница за стицање права на старосну пензију снижава за по једну годину у зависности од степена увећања и то:

- за сваке три године (раније шест) проведене на послу на коме се ефективно проведених 12 месеци рачуна у стаж осигурања као 14 месеци;

- за сваке две године и шест месеци (раније пет) проведених на послу на коме се ефективно проведених 12 месеци рачуна у стаж осигурања као 15 месеци;

- за сваке две године (раније четири) проведене на послу на коме се ефективно проведених 12 месеци рачуна у стаж осигурања као 16 месеци и

- за сваку једну годину и шест месеци (раније три) проведених на послу на коме се ефективно проведених 12 месеци рачуна у стаж осигурања као 18 месеци.

Старосна граница може се снижавати највише до 53 године живота, осим за осигуранике **који раде** на пословима на којима се ефективно проведених 12 месеци рачуна у стаж осигурања као 18 месеци, којима се старосна граница може снижавати највише до 50 година живота. Из овога произилази да право на снижавање старосне границе до 50 година живота имају само осигураници који у моменту престанка осигурања **раде** на пословима на којима се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем према степену увећања 12/18. При томе није битно да ли је за цео период до дана престанка осигурања извршена уплата додатног доприноса за стаж осигурања који се рачуна са увећаним трајањем.

Право на снижавање старосне границе до 50 година живота имају и осигураници, односно лица која су раде на пословима на којима се стаж осигурања

гурања рачуна са увећаним трајањем према степену увећања 12/18, а у моменту престанка осигурања се налазе на боловању или плаћеном одсуству.

За осигуранике који раде на радним местима на којима се ефективно проведених 12 месеци рачуна у стаж осигурања као 18 месеци, старосна граница за стицање права на старосну пензију, по прописима који су се примењивали до 31. 12. 2005. године могла се снижавати до 50 година живота, најдуже до 31. 12. 2007. године. Изменама Закона више није прописан рок до кога се може снижавати старосна граница овој категорији осигураника.

Осигураник који је радио на радном месту на коме се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем са степеном увећања 12/18, а у моменту престанка осигурања не ради на том радном месту већ на радном месту на коме се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем према нижем степену увећања (12/14, 12/15 или 12/16), може остварити право на старосну пензију са снижавањем старосне границе до 53 године живота што значи да се на ове осигуранике примењује став 2. а не став 3. члана 20. Закона.

Имајући у виду услове за стицање права на старосну пензију из члана 69. Закона о изменама и услове за снижавање старосне границе прописане измењеним чланом 20. Закона, снижавање старосне границе за стицање права на старосну пензију осигураницима којима се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем треба вршити:

- у 2006. и 2007. години од 63 (мушкарац) односно 58 (жена) година живота;

- у 2008. години од 63 године и шест месеци живота (мушкарац) односно 58 година и шест месеци живота (жена);

- у 2009. години од 64 (мушкарац) односно 59 (жена) година живота ;

- у 2010. години од 64 године и шест месеци живота (мушкарац) односно 59 година и шест месеци живота (жена).

По захтеву лица које није у осигурању за признавање права на старосну пензију поднетом после 1.1.2006. године, ако су испуњени услови за стицање тог права уз снижење старосне границе, право на старосну пензију треба признати од дана поднетог захтева, а најраније шест месеци пре тог дана, сагласно одредби члана 84. став 1. Закона, без обзира да ли је тај дан (дан стицања права) неки датум у 2006. или 2005. години.

Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике број 011-00-858/2006-07 од 25.7.2006. године износи супротан став којим се, осигураницима којима се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем, старосна граница за стицање права на старосну пензију снижава од 65 односно 60 година живота на начин прописан чланом 20. Закона.

Наведени став Министарства је супротан прелазној одредби члана 69. Закона којом је предвиђено да изузетно од одредбе члана 4. овог закона, право на старосну пензију осигураник стиче кад наврши:у 2006. и 2007. години, 63 године живота (мушкарац), односно 58 година живота (жена) и најмање 20 година пензијског стажа;у 2008. години 63 године и шест месеци живота (мушкарац), односно 58 година и шест месеци живота (жена и најмање 19 година пензијског стажа;у 2009. години 64 године живота (мушкарац), односно 59 година (жена) и најмање 18 година пензијског стажа; 2010. години 64 године и шест месеци живота (мушкарац), односно 59 година и шест месеци живота (жена) и најмање 17 година пензијског стажа. Ставом 2. истог члана прописано је да се одредба става 1. овог члана односи и на стицање права на инвалидску пензију, када је услов за стицање тог права губитак радне способности настао пре навршења година живота прописаних за стицање права на старосну пензију.

Сматрам да би примена наведеног става Министарства била у супротности са Уставом Републике Србије јер ставља у неједнак положај осигуранике који право на старосну пензију остварују без снижења старосне границе и који до 2011. године могу да остварују ово право на напред изнети начин, а осигураници који раде на нарочито тешким, опасним и за здравље штетним радним местима, односно пословима, право на пензију могу да остваре тек кад са снижењем старосне границе наврше 65 година живота.

Применом наведеног става, за осигуранике који раде на пословима на којима се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем по коефицијенту 12/18, одредба става 3 измењеног члана 20. Закона, не би могла да се примени. Ово из разлога што, у случају снижења старосне границе од 65 година живота, осигураник који ради на наведеним пословима, да би са снижењем старосне границе од 65 година живота остварио право на старосну пензију са 50 година живота, треба да има 30 година ефективно проведених на раду на таквим пословима, што значи да би имао 45 година стажа осигурања у ком случају би испуњавао услове из тачке 3. члана 19. Закона, без обзира на навршене године живота

Чланом 77. Закона о изменама прописани су посебни услови за стицање права на старосну пензију и за снижавање старосне границе за осигуранике из члана 42. Закона.

Према ставу 1. овог члана старосна граница за ове осигуранике може се снижавати до 50. године живота до 31.12.2009. године, што је новина у односу на прописе који су се примењивали до 31.12.2005. године.

Ставом 2. истог члана прописано је да осигураник из члана 42. закона може остварити право на старосну пензију ако је навршио најмање 50 година живота и 20 година стажа осигурања од чега најмање 10 година ефективно проведених на радним местима на којима се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем, закључно са 31.12.2009. године. То значи да осигураници из члана 42. Закона могу остварити право на старосну пензију, под условима предвиђеним чланом 77. став 2. Закона о изменама, само у периоду од 1.1.2006. године до 31.12.2009. године, а после тог дана у складу са одредбама члана 43. Закона.

Члан 25. Закона – чланови 6. и 69. став 2. Закона о изменама

Чланом 6. Закона о изменама брисана је тачка 3. члана 25. Закона, а ставом 2. члана 69. Закона о изменама прописано је да се старосна граница до које се може остварити право на инвалидску пензију у периоду од 1.1.2006. до 31.12.2010. године помера у зависности од померања услова за стицање права на старосну пензију. То значи да се право на инвалидску пензију може остварити:

- у 2006. и 2007. години до навршених 63 (мушкарац), односно 58 (жена) година живота, као и после навршења тих година живота уколико није испуњен услов пензијског стажа (најмање 20 година) за стицање права на старосну пензију у тим годинама, а најдуже до навршених 65 (мушкарац), односно 60 (жена) година живота;

- у 2008. години до навршених 63 године и шест месеци живота (мушкарац), односно 58 година и шест месеци живота (жена), као и после навршења тих година живота уколико није испуњен услов пензијског стажа (најмање 19 година) за стицање права на старосну пензију, а најдуже до навршених 65 (мушкарац), односно 60 (жена) година живота;

- у 2009. години до навршења 64 (мушкарац), односно 59 (жена) година живота, као и после навршења истих година живота уколико није испуњен услов пензијског стажа (најмање 18 година) за стицање права на старосну пензију, а најдуже до навршених 65 (мушкарац), односно 60 (жена) година живота и

- у 2010. години до навршених 64 година и шест месеци живота (мушкарац), односно 59 година и шест месеци живота (жена), као и после навршења истих, уколико није испуњен услов пензијског стажа (најмање 17 година) за стицање права на старосну пензију, а најдуже до навршених 65 (мушкарац), односно 60 (жена) година живота.

**Чланови 29, 30. и 33. Закона – чланови 7. до 9. и 70.
до 72. Закона о изменама**

Измењеним чл. 29, 30. и 33. Закона померена је старосна граница за стицање права на породичну пензију за две године, а члановима 70. до 72. Закона о изменама прописано је поступно померање старосне границе за стицање права на породичну пензију у периоду од 1.1.2006. - 31.12.2010. година и то:

УДОВА када наврши:

- у 2008. години 48 година и шест месеци живота
- у 2009. години 49 година живота
- у 2010. години 49 година и шест месеци живота;
- у 2011. години 50 година живота

Удова која до смрти брачног друга није навршила 48 година живота, али је у 2006. и 2007. години навршила 43 године живота, стиче право на породичну пензију кад наврши 48 година живота;

удова која до смрти брачног друга није навршила 48 година и шест месеци живота, али је у 2008. години навршила 43 године и шест месеци живота, стиче право на породичну пензију када наврши 48 година и шест месеци живота;

удова која до смрти брачног друга није навршила 48 година и шест месеци живота, али је у 2008. години навршила 43 године и шест ме-

сеци живота, стиче право на породичну пензију када наврши 48 година и шест месеци живота;

удова која до смрти брачног друга није навршила 49 година живота, али је у 2009. години навршила 44 године живота, стиче право на породичну пензију када наврши 49 година живота;

удова која до смрти брачног друга није навршила 50 година живота, али је у 2011. години навршила 45 година, стиче право на породичну пензију када наврши 50 година и шест месеци живота;

УДОВАЦ

- у 2006. и 2007. години 53 године живота;
- у 2008. години 53 године и шест месеци живота;
- у 2009. години 54 године живота;
- у 2010. години 54 године и шест месеци живота;
- у 2011. години 55 година живота.

РОДИТЕЉ

- у 2006. и 2007. години 63 (мушкарац), односно 58 (жена) година живота;
- у 2008. години 63 године и шест месеци (мушкарац), односно 58 година и шест месеци (жена) година живота;
- у 2009. години 64 (мушкарац), односно 59 година (жена) година живота;
- у 2010. години 64 година и шест месеци (мушкарац), односно 59 година и шест месеци (жена) година живота;
- у 2011. години 65 (мушкарац), односно 60 (жена) година живота.

Члан 50. Закона – члан 10. Закона о изменама

Чланом 10. Закона о изменама имењен је став 2. члана 50. Закона уколико што је утврђено да се за осигураника из члана 12. тачка 3. Закона стаж осигурања утврђује дељењем износа уговорене накнаде на коју се

плаћа порез са најнижом основицом за плаћање доприноса која важи у моменту уплате доприноса.

У складу са наведеном изменом:

- до 31.12.2005. године при утврђивању стажа осигурања по члану 50. Закона износ уговорене накнаде се увећава за износ пореза обрачуна-тог у складу са законом којим се уређује порез на доходак грађана и тако увећани износ се дели са најнижом основицом за плаћање доприноса која важи у моменту уплате доприноса;

- од 1.1.2006. године износ уговорене накнаде на коју се плаћа порез (опорезиви приход који се уноси у М-УН образац) дели се са најнижом основицом за плаћање доприноса која важи у моменту уплате доприноса.

Због наведене измене става 2. члана 50. Закона извршена је и измена обрасца М-4УН.

Члан 54. Закона – члан 11. Закона о изменама

Чланом 11. Закона о изменама у члану 54. Закона брисане су речи "по основу рада на тим радним местима односно пословима". У складу са наведеном изменом, осигуранику се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем ако је на одговарајућим радним местима, односно пословима ефективно провео укупно најмање 10 година, односно укупно најмање пет година, без обзира да ли је инвалидност утврђена по основу рада на тим радним местима односно пословима. Инвалиду рада II и III категорије инвалидности, односно осигуранику са преосталом радном способношћу, стаж осигурања са увећаним трајањем рачуна се за стицање права на старосну пензију, ако је на тим радним местима, односно пословима ефективно провео укупно најмање пет година.

Члан 59. Закона – члан 13. Закона о изменама

Чланом 13. Закона о изменама измењен је члан 59. Закона тако да се од 1.1.2006. године у стаж осигурања са увећаним трајањем рачуна само време проведено у својству војног осигураника и то под условима и у обиму који су утврђени прописима којима се уређује пензијско и инвалидско осигурање војних осигураника. Наведеном одредбом није предвиђено да се време проведено у својству цивилног лица у војсци рачуна у стаж

осигурања са увећаним трајањем. То значи да се по захтевима цивилних лица у војсци, стаж осигурања са увећаним трајањем до 31.12.2005. године утврђује под условима и у обиму који су утврђени прописима којима се уређује пензијско и инвалидско осигурање војних осигураника (члан 59. Закона који је био на снази до 31.12.2005. године), а после 1.1.2006. године применом чл. 52. до 57. Закона и Правилника о радним местима односно пословима на којима се стаж осигурања рачуна са увећаним трајањем – ("Сл. гласник РС", бр. 105/03, 126/04 и 93/05).

Члан 63. Закона – члан 14. Закона о изменама

Чланом 14. Закона о изменама измењен је члан 63. Закона утолико што су у ставу 5. брисане речи "изузев из године из које се остварује право" .

У складу са наведеном изменом, приликом обрачуна висине пензије за одређивање годишњег личног коефицијента узимају се и зараде, накнаде зараде, односно основице осигурања као и уговорене накнаде на које је плаћен допринос и које су утврђене у матичној евиденцији, остварене до дана стицања права, што значи и оне остварене у години у којој се остварује право на пензију. С обзиром да се годишњи лични коефицијент за годину у којој се остварује право може утврдити тек по протеклу те календарске године (због предаје пријаве М-4 и утврђивање просечне годишње зараде у Републици), ако за ту годину треба утврдити најмање један дан стажа осигурања, о праву на пензију одлучује се привременим решењем.

Чланом 14. Закона о изменама у члану 63. Закона додат је нови став б. којим је прописано да годишњи лични коефицијент може износити највише пет. Овом изменом је уведен лимит и годишњег личног коефицијента, иако је чланом 78. Закона прописано колико може износити највиши износ пензије ограничавањем личног коефицијента на четири.

Члан 76. Закона – члан 18. Закона о изменама

Чланом 18. Закона о изменама измењен је став 2. члана 76. Закона тако што је прописано да се најнижи износ старосне односно инвалидске пензије за осигуранике запослене и осигуранике самосталних делатности на дан 1.1.2006. године утврђује у висини 25% просечне зараде запослених на територији Републике у претходној години.

Додатим ставом 4. члана 76. Закона уведена је могућност ванредног усклађивања најнижег износа пензије од 1. јануара текуће године, уколико најнижи износ пензије исплаћене у осигурању запослених за претходну годину износи мање од 20% од износа просечне зараде запослених у Републици у претходној години. Ово ванредно усклађивање примењује се најдуже пет година од дана почетка његове примене.

Додати став 5. у истој законској одредби односи се само на осигуранике који остварују право на пензију у Републичком фонду ПИО пољопривредника. У случају да осигураник пољопривредник, односно корисник права на пензију код Републичког фонда ПИО пољопривредника оствари право на пензију у овом фонду по претежном стажу осигурања, припада му најнижи износ пензије у складу са ставовима 1. до 4. измењеног, односно допуњеног члана 76. Закона.

Према мишљењу Министарства рада, запошљавања и социјалне политике бр. 19/2005-07 од 20.2.2006. године, "корисници права на привремену накнаду који су у складу са чланом 223. и 225. Закона преведени у инвалидску пензију у износу од 50% инвалидске пензије немају право на најнижи износ пензије јер нема законског основа да се на ову категорију осигураника примени одредба члана 18. Закона о изменама, јер се у овом случају апсолутно не ради о инвалидској пензији. С тим у вези, нема основа ни за примену одредбе члана 76. овог закона, којом је утврђена примена наведеног члана 18. овог закона и на затечене кориснике старосне, односно инвалидске пензије".

Члан 79. Закона – члан 20. Закона о изменама

Чланом 20. Закона о изменама измењен је члан 79. став 1. Закона тако што је прописано да се само осигуранику из члана 43. Закона пензија увећава за 20%.

Имајући у виду наведену измену, осигуранику из члана 42. Закона, иако му је донето решење о престанку запослења са правом на пензију пре испуњења општих услова за стицање права на старосну пензију, не припада увећање пензије за 20%, уколико се у поступку утврди да су испуњени било који од општих услова за стицање овог права (услови прописани чланом 19. Закона и чланом 69. Закона о изменама), рачунајући и ис-

пуњеће услова уз снижавање старосне границе у смислу члана 20. Закона и члана 77. став 1. Закона о изменама.

Такође, у складу са наведеном изменом, осигуранику из члана 42. Закона који оствари право на инвалидску пензију не припада увећање пензије од 20%.

Чланом 20. Закона о изменама, додат је и став 3. којим је прописано да износ пензије ове категорије осигураника не може бити већи од износа утврђеног чланом 78. Закона (лични коефицијент ограничен на четири).

О примени измењеног члана 20. Закона, који се односи на увећање пензије за 20%, затражено је мишљење ресорног министарства, јер су наведеном изменом у повољнијем положају осигураници који остварују право на пензију пре испуњења услова за стицање права на старосну пензију у односу на ове осигуранике који испуњавају услове за стицање права на старосну пензију

Члан 80. Закона – чланови 21, 73. и 75. Закона о изменама

Чланом 21. Закона о изменама, измењен је члан 80. Закона тако што је прописано да се усклађивање пензија врши два пута годишње, од 01. априла и 01. октобра са кретањем трошкова живота на територији Републике у претходних шест месеци, уместо кварталног усклађивања пензија у проценту који представља збир половине процента раста, односно пада трошкова живота и зарада .

Чланом 73. Закона о изменама предвиђено је да се у периоду од 2006. до 2009. године врши постепени прелазак на усклађивање пензија према кретању трошкова живота и то:

- од 1. априла и 1. октобра 2006. године, са кретањем трошкова живота и просечне зараде запослених на територији Републике у претходних шест месеци, у проценту који представља збир 62, 5% процената раста, односно пада трошкова живота и 37, 5% процената раста, односно пада зарада;

- од 1. априла и 1. октобра 2007. године, са кретањем трошкова живота и просечне зараде запослених на територији Републике у претходних шест месеци, у проценту који представља збир 75% процената раста, односно пада трошкова живота и 25% процената раста, односно пада зарада;

- од 1. априла и 1. октобра 2008. године, са кретањем трошкова живота и просечне зараде запослених на територији Републике у претходних шест месеци, у проценту који представља збир 87, 5% процената раста, односно пада трошкова живота и 12, 5% процената раста, односно пада зарада;

- од 1. априла и 1. октобра 2009. године, са кретањем трошкова живота на територији Републике у претходних шест месеци.

Чланом 75. Закона о изменама прописано је да уколико просечан износ пензије корисника у осигурању запослених исплаћене за претходну годину износи мање од 60% од износа просечне зараде без пореза и доприноса запослених на територији Републике у претходној години, пензије ће се ванредно ускладити од 1. јануара текуће године, за проценат којим се обезбеђује да се износ просечне пензије исплаћене за претходну годину корисника у осигурању запослених доведе на ниво 60% просечне зараде без пореза и доприноса исплаћене у претходној години. Ово ванредно усклађивање може се примењивати најдуже три године од дана почетка примене Закона (од 1.1.2006. године до 2009. године).

Члан 112. Закона – члан 32. Закона о изменама

Чланом 32. Закона о изменама измењен је и допуњен члан 112. Закона тако што је прописано да се инвалидска пензија исплаћује и пре правоснажности решења о утврђеној инвалидности у случају престанка осигурања због престанка потребе за радом лица као и престанка запослења због стечаја, ликвидације, односно у свим другим случајевима престанка рада послодавца, а најраније шест месеци уназад од дана подношења захтева, ако је инвалидност постојала пре подношења захтева.

У складу са наведеном изменом, осигуранику коме због престанка потребе за радом, стечаја, ликвидације, односно у свим другим случајевима престанка рада послодавца, осигурање престане после дана утврђивања права а пре правоснажности решења о праву на ивалидску пензију, исплату инвалидске пензије треба одредити од првог наредног дана по престанку осигурања.

Одредба члана 112. Закона не примењује се на раднике МУП-а и БИЕ којима је потпуни губитак радне способности утврђен по одредбама

Закона о полицији ("Сл. гласник РС", бр. 101/05) и Закона о Безбедоносно-информативној агенцији ("Сл. гласник РС", бр. 42/02).

Члан 120. Закона – члан 34. Закона о изменама

Одредбом члана 120. Закона о пензијском и инвалидском осигурању ("Службени гласник РС", број 34/03 – у даљем тексту: Закон) прописано је да осигураник који је сам обвезник уплате доприноса може да користи права из пензијског и инвалидског осигурања ако су уплаћени сви доспели износи доприноса.

Одредбом члана 34. Закона о изменама и допунама Закона о ПИО ("Службени гласник РС", број 85/05 – у даљем тексту: Закон о изменама), прописано је да осигураник који сам плаћа допринос за пензијско и инвалидско осигурање, ако нису уплаћени сви доспели износи доприноса, права из пензијског и инвалидског осигурања остварује и користи сразмерно периодима осигурања за које су уплаћени доприноси за ПИО.

Ставом 2. истог члана прописано је да ће Фонд извршити обуставу 1/3 месечног износа пензије све док се на тај или на други начин не намире неуплаћени доспели износи доприноса.

Према ставу 3. истог члана, по намирењу неуплаћених доспелих износа доприноса, осигураник остварује права из ПИО на основу укупног стажа почев од дана стицања права.

Према наведеној измени Закона, осигуранику који је сам обвезник уплате доприноса права из ПИО признаће се уколико, са стажом утврђеним на основу података матичне евиденције, испуњава услове за њихово стицање, с тим што ће се и висина утврдити на основу утврђеног пензијског стажа у који није урачунат стаж за који није извршена уплата доприноса.

Одредба члана 34. Закона о изменама примењује се почев од 1.1.2006. године, па ако је захтев за пензију поднет после 1.1.2006. године, допринос се може измирити применом одредбе члана 34. Закона о изменама, уколико се осигураник сагласи са обуставом 1/3 пензије.

Ако је донето решење о праву на пензију са неким датумом пре 1.1.2006. године, а исплата није одређена због неизмирених доприноса по члану 15. Закона, осигураник треба да поднесе нов захтев после 1.1.2006.

године, да му се исплата пензије одреди у смислу члана 34. Закона о изменама, уз истовремену сагласност за обуставу 1/3 пензије до намирења неуплаћених износа доприноса. У овом случају, новим решењем исплата пензије одређује се са даном признавања права, уз обуставу исплате 1/3 од месечног износа пензије, што значи да се при обрачуну исплате заосталих износа пензије од дана стицања права, прво намирује дуг по основу неуплаћених доприноса (што се утврђује на основу извештаја финансијске службе), а остатак исплаћује на име заосталих износа пензије.

Ако није донето решење о признавању права на пензију, а датум стицања права је пре 1.1.2006. године, право и исплату, уз сагласност подносиоца захтева, одређује се са даном испуњења услова и у решењу наводи да се врши обустава исплате 1/3 пензије до намирења неуплаћених доприноса.

У обе ситуације, по намирењу доприноса доноси се ново решење којим се одређује се нов износ пензије на основу укупног стажа, почев од дана признавања права.

Диспозитивом овог решења утврђује се да ће се исплата вршити уз обрачун исплаћених износа по ранијем решењу, као и да ће из обрачуна разлике бити искључени износи обустављени ради намирења доприноса за ПИО.

У погледу примене наведеног става постоје и супротна мишљења, да се обустава 1/3 пензије може вршити само од 1.1.2006. године. Мишљења сам да уз сагласност осигураника и уз његову изјаву може се обуставити и цео износ пензије ради намирења неуплаћених доприноса.

Члан 132. Закона – члан 37. Закона о изменама

Чланом 37. Закона о изменама измењен је члан 132. став 1. тачка 1) подтачка (2) Закона утолико што је прописано да пријаву-одјаву осигурања за осигуранике из члана 12. тачка 3. Закона подноси послодавац. Наведеном изменом уређена је већ постојећа пракса у Фонду.

Ставом 3. истог члана Закона о изменама, из става 3. члана 132. Закона брисане су речи "утврђивање стажа осигурања" што значи да је за осигуранике самосталних делатности орган надлежан за послове јавних прихода дужан да у пријаву М-4 уноси податке о основици осигурања и

висини уплаћеног доприноса а не и податке о стажу осигурања. Податке о стажу осигурања утврђује надлежни фонд.

Члан 139. Закона – члан 38. Закона о изменама

Чланом 38. Закона о изменама допуњен је став 1. члана 139. Закона додавањем тачке 4а) којом је обавеза подношења пријаве за осигуранике самосталних делатности из члана 12. тачка 3. Закона одређена према седишту исплатиоца накнаде. То значи да за корисника пензије Фонда за послених који обавља уговорене послове исплатилац уговорене накнаде је дужан да поднесе пријаву на осигурање филијали фонда надлежној према седишту исплатиоца.

Члан 140. Закона – члан 39. и 52. Закона о изменама

Чланом 39. Закона о изменама допуњен је члан 140. Закона додавањем ст. 2. до 4. који гласе:

"Осигуранику за кога је допринос обрачунат и уплаћен на основицу, зараду или део зараде са закашњењем у текућој календарској години за претходну или неку другу календарску годину у матичну евиденцију за утврђивање годишњег личног коефицијента за претходну или неку ранију календарску годину уноси се основица за месец за који је допринос плаћен, односно зарада или део зараде која му је припадала за месец за који је допринос плаћен.

На начин из става 2. овог члана уноси се и износ доприноса.

Одредбе ст. 2. и 3. овог члана неће се примењивати у случају кад је допринос обрачунат и плаћен на основицу, зараду или део зараде закључно са 31. јануаром текуће године за претходну годину, односно у случају када су исплаћена зарада или део зараде мањи од зараде која му је припадала за месец за који је допринос плаћен".

С обзиром да су са 31. 12. 2005. године престале да важе одредбе члана 183. Закона, допуњеним чланом 140. Закона уређен је начин утврђивања података о основици осигурања и висини уплаћеног доприноса у матичну евиденцију. У складу са наведеним одредбама, уколико је допринос обрачунат и плаћен на зараду односно основицу закључно са 31. јануаром текуће године за претходну годину, у пријаву М-4 се као податак о

заради и висини доприноса уноси износ основице на коју је плаћен допринос и износ стварно уплаћеног доприноса.

Уколико је допринос обрачунат и плаћен на зараду односно основицу после 31. јануара текуће године за претходну или неку ранију календарску годину, у пријаву М-4 се као податак о заради и висини доприноса уноси износ основице, односно зараде која је припадала за месец за који је допринос плаћен и износ доприноса обрачунат на основицу, односно зараду која се уноси у М-4.

Међутим ако је допринос обрачунат и плаћен на зараду, односно основицу после 31. јануара текуће године за претходну или неку ранију календарску годину а исплаћена зарада односно основица на коју је плаћен допринос је мања од зараде односно основице која је припадала за месец за који је допринос плаћен, у пријаву М-4 се као податак о заради уноси износ исплаћене зараде, односно основице на коју је плаћен допринос и износ уплаћеног доприноса, а не зарада, односно основица која је припадала за месец за који је допринос плаћен.

Допуњени члан 140. Закона се примењује при утврђивању података о стажу осигурања, заради, односно основици и висини плаћеног доприноса за 2005. годину, без обзира да ли је уплата доприноса вршена према члану 183. Закона или према одредбама Закона о доприносима.

Члан 144. Закона – члан 40. Закона о изменама

Допуњеним чланом 144. Закона предвиђен је изузетак од рокова за достављање пријава-одјава осигурања кад је послодавац омладинска задруга, јер је прописано да омладинска задруга пријаве доставља квартално, а најкасније у року од 8 дана по истеку календарске године.

На основу измењене одредбе, од омладинских задруга које квартално нису подносиле пријаве-одјаве, филијала може једном пријавом М-1ПП или М-1КПП преузети податке о почетку, односно престанку осигурања по основу обављања привремених и повремених послова за више квартала, односно целу календарску годину.

Члан 225. Закона – члан 57. Закона о изменама

Чланом 57. Закона о изменама брисан је други став у члану 225. Закона, чиме је укинута временско ограничење трајања права на инвалидску пензију од 50% до 10. 04. 2008. године, тако да свим корисницима инвалидске пензије од 50% то право припада до уласка у осигурање или до испуњења услова за стицање права на старосну, односно инвалидску пензију. Корисницима права из члана 225. Закона којима је решењем утврђено временско ограничење трајања права до 10.4.2008. године, по службеној дужности биће измењено решење у том делу.

Члан 231. Закона – члан 58. Закона о изменама

Чланом 58. Закона о изменама у ставу 1. члана 231. Закона додате су речи "односно накнаде зараде", чиме је та законска одредба допуњена утолико што се старосна односно инвалидска пензија осигураника из чл. 42. и 43. Закона одређује од пензијског основа који представља његов просечни месечни износ зараде, односно накнаде зараде остварене у складу са одредбама чл. 114. до 117. Закона о раду ("Сл. гласник РС", бр. 24/05 и 61/05).

Уговорене накнаде остварене у складу са одредбама члана 12. став 1. тачка 3. Закона не улазе у обрачун пензијског основа из члана 231. Закона.

Члан 257. Закона – члан 62. Закона о изменама

Чланом 62. Закона о изменама брисане су у ставу 3. члана 257. Закона речи "најраније од почетка примене овог закона". То значи да по захтеву корисника старосне пензије поднетом после 1.1.2006. године висину пензије треба утврдити према накнадно оствареном стажу осигурања, зарадама, накнадама зараде, као и основицама осигурања и уговореним накнадама без обзира да ли су остварени пре или после 10.4.2003. године. Применом одредаба члана 121. став 1. и члана 257. Закона може се поново утврђивати висина старосне пензије и корисницима који су најмање годину дана провели у осигурању по основу обављања привремених и повремених послова и по основу обављања уговорених послова из члана 12. став 1. тачка 3. Закона .

Уставни суд Републике Србије утврдио је да одредба члана 257. став 3. Закона о пензијском и инвалидском осигурању у делу који гласи "најраније од почетка примене овог закона" у време важења није у сагласности са Уставом.

Постепена консолидација фондова

Одредбама чл. 63, 64, 65, 66, 67. и 68. Закона о изменама прописан је поступни процес консолидације и то прво административне, која подразумева спајање три фонда (запослених, самосталних делатности и пољопривредника) и оснивање једног фонда од 1.1.2008. године, а након тога у финансијске до 1.1.2011. године. Овим одредбама прецизирају се рокови у којима ће образовати органи овог фонда, поступак преузимања имовине, обавеза и капитала три фонда од стране једног фонда, одређује се састав и број чланова Управног и Надзорног одбора фонда и др. Одредбе Закона које се мењају због спајања фондова представљају техничко усаглашавање које изискује конституисање једног фонда. Све те одредбе ће се примењивати од 1.1.2008. године од ког дана би постојао један фонд – Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање.

ЗАКЉУЧАК

Неспорно је да је доношење Закона о пензијском и инвалидском осигурању дало одређене резултате и утицало на финансијску стабилизацију система. Међутим, измену система пензијског и инвалидског осигурања, поготову за институте који су изузети из овог система, требало је да прати доношење закона којима би била регулисана ова питања. И у погледу института који су остали у систему пензијског и инвалидског осигурања јављају се многобројни проблеми и нејасноће јер прелазним одредбама Закона нису решена у потпуности права осигураника и корисника пре измене овог система. Стиче се утисак да се тренутно решавају одређени проблеми без детаљних анализа.

Жељко Симић,

начелник Одељења за матичну евиденцију у Дирекцији фонда за пензијско и инвалидско осигурање запослених

УГОВОРЕНИ ПОСЛОВИ (УГОВОРЕНЕ НАКНАДЕ) У ОБАВЕЗНОМ ПЕНЗИЈСКОМ И ИНВАЛИДСКОМ ОСИГУРАЊУ

Увод – Појам уговорених послова

Законом о пензијском и инвалидском осигурању ("Службени гласник РС", бр. 34/03, 64/04, 84/04, 85/05), који се примењује од 10.4.2003. године, у систем пензијског и инвалидског осигурања уведени су уговорени послови.

Међутим, непостојање јасне дефиниције појма уговорених послова у његовим одредбама, довело је до тога да се у пракси стално шири њихов круг, како у погледу броја уговора тако и у погледу врсте послова који се њима обављају. Због тога је Министарство за социјална питања дало више мишљења о томе који послови се сматрају уговореним пословима. Имајући у виду та мишљења као и одредбе члана 12. Закона, **уговореним пословима се сматрају:**

- **послови који се обављају по основу уговора** (уговор о делу, ауторски уговор, уговор о породичном смештају, уговор о трговинском заступању, уговор о допунском раду, уговори које склапају спортисти и спортски стручњаци, други уговори код којих се за извршен посао остварује уговорена накнада);

- **послови које обављају изабрана, именована и постављена лица**, ако за њихово обављање остварују уговорену накнаду (чланство у управном и надзорном одбору, судије поротници, судски тумачи и судски вештачи који немају регистровану делатност, народни посланици, општински одборници, професори универзитета за извођење наставе на другим факултетима).

Према мишљењу наведеног министарства, лицима која обављају наведене послове сматрају се и лица која нису запослена код послодавца, а која он упућује на службени пут у земљу или иностранство. Послодавац је дужан да на трошкове службеног пута ових лица уплати допринос за пензијско и инвалидско осигурање.

Послови стечајног управника су се сматрали уговореним пословима до 31.1.2005. године. Од 1.2.2005. године као дана ступања на снагу Закона о стечајном поступку ("Службени гласник РС", бр. 84/04, 85/05), ти послови се сматрају обављањем самосталне делатности, пошто у смислу члана 14. Закона о стечајном поступку, за стечајног управника може бити именовано само лице које има статус приватног предузетника.

Многобројност и различитост уговора утицала је на појаву бројних дилема везаних за: стицање и утврђивање својства осигураника, уплату доприноса, утврђивање стажа осигурања и остваривање и коришћење права из ПИО.

I СТИЦАЊЕ И УТВРЂИВАЊЕ СВОЈСТВА ОСИГУРАНИКА

Чланом 12. став 1. тачка 3) Закона о ПИО (у даљем тексту: Закон) прописано је да су осигураници самосталних делатности лица која обављају послове по основу уговора о делу, односно послове по основу ауторског уговора, као и послове по основу других уговора код којих за извршен посао остварују накнаду, а нису осигурани по другом основу.

Према одредбама члана 14. Закона, својство осигураника се стиче даном почетка и престаје даном престанка обављања уговорених послова, а утврђује се на основу пријаве на осигурање, односно одјаве осигурања.

С обзиром да не постоји прецизна дефиниција појма уговорених послова као и да је код многих уговора тешко утврдити дан почетка односно дан престанка њиховог обављања, у пракси су се појавила многа **спорна питања која се односе на круг лица која могу стећи својство осигураника по том основу, врсту послова односно уговора по основу којих се може стећи својство осигураника, датум стицања и престанка својства, односно датум пријаве и одјаве осигурања и начин њиховог подношења.**

1. Која лица могу стећи својство осигураника

У складу са одредбама чл. 12. и 14. Закона, лица која обављају уговорене послове могу стећи својство осигураника по том основу уколико испуњавају следеће услове:

- да обављају послове по основу уговора из члана 12. Закона;
- да за извршен посао остварују уговорену накнаду;
- да у време њиховог обављања нису осигурани по другом основу;
- да у време њиховог обављања имају навршених 15 година живота.

Имајући то у виду, својство осигураника по основу обављања уговорених послова могу стећи: незапослена лица и корисници пензије. Према мишљењу наведеног министарства, својство осигураника по основу обављања уговорених послова могу стећи и војни осигураници. Сва ова лица би према одредби члана 12. став 1. тачка 3) Закона требала да стекну својство осигураника самосталних делатности.

Када су у питању незапослена лица то и јесте тако, јер ова лица увек стичу својство осигураника самосталних делатности. При томе се незапосленим лицима сматрају и ученици са навршених 15 година живота.

Међутим, корисник пензије који обавља уговорене послове није увек осигураник самосталних делатности већ стиче својство осигураника оног фонда код кога је остварио право на пензију (мишљење Министарства за социјална питања број 011-00-101/2003-03 од 25.6.2003. године), што представља одступање од наведене одредбе члана 12. Закона. То значи да пензионер који је пензију остварио код Републичког фонда за ПИО запослених (у даљем тексту: Фонд запослених) стиче својство осигураника – запосленог, пензионер који је пензију остварио код Фонда пољопривредника својство осигураника – пољопривредника, а пензионер који је пензију остварио код Фонда самосталних делатности или Фонда војних осигураника својство осигураника самосталних делатности. При томе се не прави разлика између појединих категорија корисника пензија, већ својство осигураника по основу обављања уговорених послова могу стећи и корисници старосне, инвалидске и породичне пензије и корисници инвалидске пензије по члану 223. и 225. Закона (инвалидска пензија у висини 50%).

Посебан проблем представљају војни осигураници који обављају уговорене послове. Наиме, према мишљењу Министарства за социјална питања војни осигураници који обављају уговорене послове су осигурани код Фонда самосталних делатности. Фонд за социјално осигурање војних осигураника је заузео став да за ова лица допринос треба уплаћивати том Фонду, јер се ради о осигураницима тог Фонда, али став овог Фонда није прихваћен у пракси. Због тога се код војних осигураника који су обављали уговорене послове јавља двоструко осигурање: они су истовремено осигурани код Фонда војних осигураника као војни осигураници и код Фонда самосталних делатности као осигураници самосталних делатности по основу обављања уговорених послова и имају за исти период утврђен стаж осигурања и основицу осигурања у оба фонда.

Због оваквог њиховог двојног статуса поставља се питање код ког од наведена два фонда ови осигураници остварују право, на који начин ће се ценити услови за остваривање права и како ће се одредити висина права (да ли ће се вршити сабирање основица осигурања на које је плаћен допринос).

Избеглице са избегличком легитимацијом и расељена лица имају статус домаћих држављана и могу стећи својство осигураника по основу обављања уговорених послова, ако нису осигурани по другом основу.

Када су у питању страни држављани (као страни држављани се подразумевају и држављани бивших република СФРЈ и Републике Српске) и лица без држављанства, Министарство за социјална питања дало је два различита мишљења која се односе на статус ових лица када обављају уговорене послове на територији Републике Србије.

Према првом мишљењу (број 129/2003-03 од 1.9.2003. године), прави се разлика између страних држављана који имају дозволу боравка и дозволу за рад у Републици Србији и страних држављана који немају ту дозволу.

Страни држављани који имају дозволу боравка и дозволу за рад у Републици Србији имају исти статус као и држављани Републике Србије, на њих се примењују одредбе Закона које се односе на домаће држављане и могу стећи својство осигураника самосталних делатности по одредбама члана 12. Закона уколико обављају уговорене послове, а нису осигурани по другом основу. Страни држављани који немају дозволу боравка и до-

зволу за рад, стичу својство осигураника и обвезници су плаћања доприноса по основу обављања уговорених послова, уколико нису обавезно осигурани у домицилној држави или уколико са том државом не постоји споразум о социјалном осигурању.

Према другом мишљењу истог министарства (број 68/2004-03 од 27.2.2004. године), с обзиром да је услов за стицање својства осигураника самосталних делатности према члану 12. став 1. тачка 3) Закона непостојање другог основа осигурања, а да су страни држављани осигурани сагласно прописима државе чији су држављани, не постоји основ да се на њих примени наведена одредба Закона, у смислу стицања својства осигураника самосталних делатности. Због тога, страни држављани и лица без држављанства нису ни обвезници уплате доприноса за ПИО по основу обављања уговорених послова.

Од два горе наведена мишљења, прво мишљење је више у складу са одредбом члана 12. став 1. тачка 3) Закона, јер та одредба није ограничена само на домаће држављане, већ се односи на сва лица без обзира на држављанство, која обављају послове по уговору и за извршени посао остварују уговорену накнаду, а нису осигурани по другом основу. Уколико страни држављанин и лице без држављанства испуњава сва три помента услова (при чему услов да нису осигурани по другом основу подразумева да нису осигураник по другом основу ни у домицилној – другој држави, ни у Републици Србији), не види се основ за њихово искључење из круга осигураника и круга обвезника плаћања доприноса по основу обављања уговорених послова.

Такође, поставља се питање шта са страним држављанима, корисницима пензије код неког од фондова за ПИО у Републици Србији који обављају уговорене послове: да ли се на њих односи мишљење Министарства да не могу стећи својство осигураника и да нису обвезници уплате доприноса по том основу или мишљење Министарства да је корисник пензије који обавља уговорене послове осигураник фонда код кога је остварио право на пензију. Ни овде се не види основ ни разлог за различито третирање корисника пензија – страних држављана у односу на кориснике пензије – домаће држављане.

Лица која су у време обављања уговорених послова **по уговорима из члана 12. став 1. тачка 3) Закона** обавезно осигурана по неком другом основу (радни однос, обављање самосталне или пољопривредне де-

латности), не могу стећи својство осигураника по основу обављања уговорених послова.

2. По којим уговорима се може стећи својство осигураника

С обзиром на могућност стицања својства осигураника по основу обављања уговорених послова, сви уговорени послови се могу сврстати у две групе:

- уговорени послови по основу којих се може стећи својство осигураника. У ове послове спадају: уговор о делу, ауторски уговор, уговор о породичном смештају, уговор о трговинском заступању, уговори које склапају спортисти и спортски стручњаци, чланство у управном и надзорном одбору, послови судије поротника, судског тумача и судског вештака (ако они немају регистровану делатност), стечајног управника до 31.1.2005. године и остали уговори код којих се за извршен посао остварује уговорена накнада. Лица која обављају ове послове стичу својство осигураника ако у време њиховог обављања нису осигурана по другом основу;

- уговорени послови по основу којих се не може стећи својство осигураника. У ове послове спадају: уговор о допунском раду, уговор о извођењу наставе, накнаде које остварују народни посланици, општински одборници, судије и професори универзитета за извођење наставе на другим факултетима. Лица која обављају ове послове, налазе се у време њиховог обављања већ у осигурању по основу радног односа, па из тог разлога не могу стећи својство осигураника и по основу обављања уговорених послова.

3. Пријава на осигурање и одјава осигурања

Пријава на осигурање и одјава осигурања за лица која обављају уговорене послове подносе се само ако та лица у време њиховог обављања нису обавезно осигурана на ПИО по другом основу. Уколико се ова лица у време обављања уговорених послова већ налазе у осигурању по другом основу, за њих се не подносе пријава на осигурање и одјава осигурања.

Пријаву на осигурање и одјаву осигурања за ова лица подноси послодавац – физичко или правно лице које са њима закључује уговор о обављању послова и врши исплату уговорене накнаде. Да би послодавац –

исплатилац уговорене накнаде знао да ли за лице са којим закључује уговор мора поднети пријаву на осигурање и ком фонду, мора приликом закључивања уговора утврдити статус тог лица, јер од тог статуса зависи његова обавеза подношења пријаве на осигурање, као и осталих пријава података за матичну евиденцију и његова обавеза уплате доприноса. Због тога исплатилац накнаде треба да тражи од лица са којим склапа уговор да достави један од следећих доказа: копију потврде о поднетој пријави и одјави осигурања (образац М-3А), потврду о пријави на осигурање, потврду да је корисник пензије и код ког фонда или изјаву да је пријављено на осигурање по основу запослења, обављања самосталне или пољопривредне деланости код надлежног фонда, односно да ли је корисник пензије и код ког фонда. Уколико то лице не достави копију обрасца М-3А или потврду о тој пријави и потврду да ли је корисник пензије код неког од фондова, исплатилац уговорене накнаде дужан је да поднесе пријаву на осигурање Фонду самосталних делатности.

Пријава на осигурање и одјава осигурања се подносе фонду код кога лице које обавља уговорене послове стиче својство осигураника, што значи Фонду самосталних делатности за незапослена лица, војне осигуранике, кориснике пензије Фонда самосталних делатности и кориснике пензије Фонда војних осигураника, Фонду запослених за кориснике пензије остварене код тог фонда и Фонду пољопривредника за кориснике пензија остварене код Фонда пољопривредника.

Највише дилема у пракси изазвала су питања везана за датум са којим треба пријавити на осигурање и одјавити са осигурања лица која обављају уговорене послове и начин пријављивања и одјављивања лица која су закључила више уговора.

Питање датума са којим се врши пријава на осигурање и одјава са осигурања зависи од тога да ли је време обављања уговорених послова битан елемент уговора или не.

Уколико је у уговору наведено време обављања уговорених послова као датуми пријаве на осигурање и одјаве осигурања узимају се датуми назначени у уговору. На исти начин поступа се и ако је у одлуци о именовању и избору за члана управног одбора, надзорног одбора, судије поротника и слично утврђен период за који се врши именовање, постављење или избор.

Уколико у уговору није прецизирано време обављања посла, датум пријаве на осигурање и одјаве осигурања зависи од тога да ли је могуће утврдити датум почетка и престанка обављања уговорених послова или не. Ако је те датуме могуће утврдити, пријаву на осигурање треба извршити са даном почетка њиховог обављања, а одјаву осигурања са даном престанка њиховог обављања.

Ако датум почетка обављања уговорених послова није могуће утврдити као датум пријаве на осигурање узима се датум закључења уговора.

Код уговора код којих није могуће утврдити датум престанка обављања уговорених послова, одјаву осигурања треба извршити са даном исплате уговорене накнаде. Уколико се уговорена накнада исплаћује периодично или у ратама, одјава осигурања ће се извршити са даном са којим је извршена исплата последње уговорене накнаде или последње рате уговорене накнаде.

Изузетно, ако је уговорена накнада исплаћена одједном, приликом закључења уговора, тако да су послови по уговору обављени након њене исплате, а није могуће утврдити дан престанка њиховог обављања, одјава осигурања се врши након попуњавања пријаве М-4УН, са последњим даном стажа осигурања утврђеног том пријавом. Овај начин утврђивања датума одјаве осигурања представља изузетак од правила да пријаву на осигурање и одјаву осигурања подноси исплатилац накнаде, јер једино у овом случају тај датум утврђује фонд по службеној дужности, након сачињавања пријаве М-4УН. То значи да је у свим осталим случајевима исплатилац накнаде дужан да поднесе одјаву осигурања.

По питању начина пријављивања и одјављивања лица која су закључила више уговора у пракси постоје два различита схватања.

а) Прво схватање полази од одредаба чл. 12. и 14. Закона према којима лица која обављају послове по основу уговора, а нису осигурана по другом основу, својство осигураника стичу даном почетка и оно им престаје са даном престанка обављања уговорених послова.

У складу са тим одредбама, исплатилац накнаде је дужан да за свако лице које обавља уговорене послове, а није осигурано по другом основу, поднесе пријаву на осигурање са даном почетка њиховог обављања и одјаву осигурања са даном престанка њиховог обављања.

Ако је неко лице у току године закључило више уговора, пријаву на осигурање и одјаву осигурања треба вршити по сваком од тих уговора.

б) По другом схватању, подноси се само једна пријава на осигурање приликом закључивања првог уговора. Након ове пријаве, то лице је осигураник па више нема потребе да се за наредне уговоре поново пријављује на осигурање. По овом схватању одјаву осигурања уопште није потребно вршити.

Наведено схватање није у складу са чланом 14. став 1. Закона. Наиме, сваки од ових уговора има одређено време трајања и својство осигураника по сваком од њих не зависи од пријаве и одјаве осигурања, већ настаје по сили закона са даном почетка обављања уговорених послова, траје док се ти послови обављају и престаје, такође, по сили закона, са даном престанка њиховог обављања. Пријава на осигурање и одјава осигурања имају само формалноправни карактер, јер се путем њих утврђују чињенице које су већ наступиле, а односе се на почетак и престанак тог својства. Становише да је лице приликом закључења првог уговора стекло својство осигураника по том основу и да више нема потребе за његовим одјављивањем и поновним пријављивањем приликом закључивања нових уговора нема подлогу у Закону, јер не постоји правни основ за осигурање таквог лица од дана престанка обављања послова по једном уговору до дана почетка обављања послова по другом уговору.

II УПЛАТА ДОПРИНОСА ЗА ПИО

Плаћање доприноса за ПИО на уговорене накнаде (у даљем тексту: доприноси) уређено је одредбама о финансирању Закона о ПИО и Законом о доприносима за обавезно социјално осигурање ("Сл. гласник РС", бр. 84/04 и 61/05). Одредбама ових закона утврђени су обвезници доприноса и обвезници обрачунавања и плаћања доприноса, основице и стопа доприноса, начин обрачунавања и плаћања доприноса, повраћај и престанак плаћања доприноса.

1. Обвезник доприноса

Обвезник доприноса на уговорену накнаду је лице које остварује уговорену накнаду по основу обављања уговорених послова. Обвезник

доприноса на уговорену накнаду је и осигураник који остварује уговорену накнаду по основу обављања уговорених послова и када нема својство осигураника по том основу.

То значи да је **лице које остварује уговорену накнаду обавезник доприноса, без обзира да ли по том основу стиче својство осигураника или не**, односно без обзира да ли обавља уговорене послове по основу којих се може стећи својство осигураника или уговорене послове по основу који се не може стећи то својство.

Ово је **последница увођења у систем ПИО обавезе уплате доприноса по више основа истовремено**. Наиме, Законом о ПИО је од 10.4.2003. године прописана обавеза уплате доприноса по више основа истовремено. Из тог закона овај принцип је преузет и у Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање (у даљем тексту: Закон о доприносима). Одредбама оба закона предвиђено је да осигураник који остварује приходе по више различитих основа (радни однос, обављање самосталне делатности, уговори и др.), допринос за обавезно ПИО плаћа по свим тим основима, до износа највише годишње основице доприноса.

У складу са тим, лице које по основу обављања уговорених послова стиче својство осигураника, обавезник је доприноса само на уговорену накнаду. Лице које уговорене послове обавља као осигураник запослени обавезник је доприноса на зараду и доприноса на уговорену накнаду. Лице које уговорене послове обавља као осигураник самосталних делатности, обавезник је доприноса на опорезив приход или добит и доприноса на уговорену накнаду.

Једно лице не може истовремено имати остварену уговорену накнаду и плаћати допринос, као лице укључено у обавезно осигурање по члану 15. Закона. Уколико се то деси, доноси се решење о престанку својства осигураника по члану 15. Закона са даном који претходи дану почетка обављања уговорених послова и подноси се захтев за повраћај доприноса уплаћених по члану 15. Закона.

2. Обавезник обрачунавања и плаћања доприноса

Допринос за лица која остварују уговорену накнаду обрачунава и уплаћује исплатилац уговорене накнаде, приликом њене исплате. Уколико исплатилац уговорене накнаде није по закону обавезник об-

рачунавања и плаћања доприноса, обрачун и уплату доприноса на уговорену накнаду врши само лице које је остварује.

Допринос се обрачунава и плаћа по стопи од 22% на терет лица које остварује уговорену накнаду.

За лице које је стекло својство осигураника по основу обављања уговорених послова, исплатилац уговорене накнаде доприносе обрачунава и плаћа **фонду за ПИО код кога је то лице стекло својство осигураника.**

За осигураника који је својство осигураника стекао по другом основу а остварио је уговорену накнаду, исплатилац те накнаде је дужан да доприносе обрачуна и уплати **фонду код кога је он пријављен на осигурање.** То значи да уколико је уговорену накнаду остварио осигураник запослени, исплатилац уговорене накнаде је дужан да доприносе обрачуна и уплати Фонду запослених, а уколико је уговорену накнаду остварио осигураник самосталних делатности или осигураник пољопривредник Фонду самосталних делатности или Фонду пољопривредника.

Иначе, иако је Закон о ПИО ступио на снагу 10.4.2003. године, за исплатиоце уговорене накнаде обавеза обрачунавања и плаћања доприноса на уговорену накнаду постоји од 1.7.2003. године, сагласно члану 263. тог Закона.

3. Основица доприноса

Основицу на коју се плаћа допринос за лица која остварују уговорену накнаду чини уговорена накнада на коју се плаћа порез у складу са законом којим се уређује порез на доходак грађана, односно опорезиви приход од уговорене накнаде. Овај износ се добије када се од бруто уговорене накнаде одбију нормирани трошкови.

Код обрачунавања и плаћања доприноса на уговорену накнаду **не примењују се најнижа и највиша месечна основица доприноса,** али се **примењује највиша годишња основица доприноса.** То значи да се допринос плаћа на основицу коју чини уговорена накнада умањена за нормиране трошкове која може бити нижа од најниже месечне основице доприноса и виша од највише месечне основице доприноса, али не може бити већа од петоструког износа просечне зараде по запосленом у Републи-

ци на годишњем нивоу према подацима које објављује републички орган надлежан за послове статистике (највиша годишња основица доприноса).

Ако уговорену накнаду остварује лице које је стекло својство осигураника по основу обављања уговорених послова, оно допринос плаћа на горе наведени начин, на основицу коју чини само уговорена накнада.

Међутим, ако уговорену накнаду остварују осигураник запослени или осигураник самосталних делатности они допринос плаћају на две основице: зараду, односно опорезиви приход или добит и уговорену накнаду, с тим што збир ове две основице такође не може бити већи од највише годишње основице доприноса.

4. Повраћај доприноса

Ако је допринос плаћен на основицу коју чини **уговорена накнада која сама или заједно са зарадом и другом основицом прелази износ највише годишње основице доприноса**, обвезник доприноса има право на повраћај више плаћеног доприноса.

Захтев за повраћај више плаћеног доприноса обвезник доприноса подноси надлежној организационој јединици Пореске управе, по истеку календарске године за претходну годину. Пре подношења захтева обвезник доприноса прибавља од надлежног фонда за ПИО уверење о основици на коју је плаћен допринос за претходну годину.

Надлежна организациона јединица Пореске управе решењем утврђује право на повраћај више плаћеног износа доприноса на основу уверења фонда за ПИО и потврда исплатиоца прихода и Пореске управе о висини основице на коју је плаћен допринос.

5. Престанак плаћања доприноса

Обвезник доприноса који у току текуће године плати допринос на основицу коју чини уговорена накнада најмање у висини износа **процењене највише годишње основице доприноса** или на уговорену накнаду која заједно са зарадом и другим основицама доприноса достигне износ **процењене највише годишње основице доприноса**, **може** у текућој години **поднети захтев за престанак обавезе плаћања доприноса по основу будуће уговорене накнаде остварене у тој години.**

Захтев се подноси надлежној организационој јединици фонда за ПИО код којег обвезник доприноса има својство осигураника. Надлежни Фонд је дужан да донесе решење о престанку обавезе плаћања доприноса по основу будуће уговорене накнаде у текућој години у року од 15 дана од дана подношења захтева, на основу своје посебне евиденције, потврде послодавца и уверења Пореске управе.

До 31.8.2004. године фонд за ПИО није доносио решења о престанку обавезе плаћања доприноса по основу будуће уговорене накнаде у текућој години, већ је издавао потврду о основици на коју је уплаћен допринос.

Процењену највишу годишњу основицу доприноса чини петоструки износ годишње зараде остварене по запосленом у Републици у претходној години, увећан за процењени раст зарада у текућој години.

Осигураник запослени за кога је донето решење о престанку обавезе плаћања доприноса на будуће уговорене накнаде у текућој години, наставља и даље да плаћа допринос на зараду. За више плаћени допринос по истеку године може се поднети захтев за повраћај више плаћеног доприноса.

III РАЧУНАЊЕ СТАЖА ОСИГУРАЊА

1. Законска регулатива

Рачунање стажа осигурања по основу обављања уговорених полова уређено је чланом 50. Закона.

Према ставу 1. тог члана, у стаж осигурања рачуна се време за које је осигураник из члана 12. став 1. тачка 3) овог Закона остварио уговорену накнаду на коју је плаћен допринос.

Према ставу 2. тог члана, стаж осигурања из става 1. сразмерно се утврђује на тај начин што се износ уговорене накнаде увећане за износ пореза обрачунатог у складу са законом којим се уређује порез на доходак грађана, дели са најнижом месечном основицом за плаћање доприноса из члана 183. став 2. која важи у моменту уплате доприноса. Цитирани став је измењен од 1.1.2006. године утолико што је утврђено да се стаж осигурања утврђује дељењем износа уговорене накнаде на коју се плаћа порез у складу са Законом о порезу на доходак грађана са најнижом месечном

основицом за плаћање доприноса која важи у моменту уплате доприноса, у складу са Законом.

Ставом 3. прописано је да стаж осигурања остварен по одредбама ст. 1. и 2. овог члана у једној календарској години може износити највише 12 месеци.

2. Услови за рачунање стажа

Имајући у виду наведене одредбе, за утврђивање стажа осигурања по члану 50. Закона потребно је да буду испуњени следећи услови:

- да су лица која обављају уговорене послове обавезно осигурана на ПИО по основу њиховог обављања. Лица која се у време обављања уговорених послова налазе у обавезном осигурању по другом основу (радни однос, обављање самосталне делатности и др.), не могу остварити стаж осигурања по основу обављања уговорених послова, јер им се у стаж осигурања рачуна време проведено у осигурању по том другом основу;

- да су за обављање тих послова остварили уговорену накнаду;

- да је на уговорену накнаду плаћен допринос најмање на најнижу месечну основицу доприноса (у даљем тексту: најнижа основица).

Поред наведених услова, приликом утврђивања стажа осигурања по члану 50. Закона потребно је водити рачуна о следећем:

Рачунање стажа осигурања по основу обављања уговорених послова не врши се на исти начин код свих врста уговора, већ зависи од тога да ли је време трајања уговореног посла битан елемент уговора или не.

Код уговора код којих је време трајања посла битан елемент уговора, у стаж осигурања рачуна се време које је у уговору наведено као време трајања посла и за које је остварена уговорена накнада, под условом да је допринос плаћен најмање на најнижу основицу важећу у моменту уплате доприноса. Ако је допринос плаћен на уговорену накнаду која је мања од најниже основице важеће у моменту уплате доприноса, стаж осигурања рачуна се сразмерно уплаћеном доприносу.

Код уговора код којих време трајања посла није битан елемент уговора, приликом утврђивања стажа осигурања различито се поступа у зависности од тога да ли су уговорене накнаде остварене до 31.12.2005. године или од 1.1.2006. године.

Наиме, приликом утврђивања стажа осигурања до 31.12.2005. године, износ уговорене накнаде се увећава за износ пореза обрачунатог у складу са Законом о порезу на доходак грађана и тако увећани износ се дели са најнижом основицом која важи у моменту уплате доприноса.

Приликом рачунања стажа осигурања од 1.1.2006. године, износ уговорене накнаде на коју се плаћа порез не увећава се за износ пореза већ се без увећања дели са најнижом основицом у моменту уплате доприноса.

Добијени количник представља време које се овим осигураницима рачуна у стаж осигурања и до 31.12.2005. године и од 1.1.2006. године.

Као најнижа основица доприноса са којом се дели уговорена накнада остварена до 31.8.2004. године, до када се према Закону најнижа основица одређивала према степену стручности, узима се најнижа основица прописана за I и II степен стручности. Од 1.9.2004. године уговорене накнаде се деле са најнижом основицом прописаном Законом о доприносима.

3. Специфичности

Прописани начин рачунања стажа осигурања као и проблеми у примени одредаба којима је уређено стицање и утврђивање својства осигураника лица која обављају уговорене послове, у пракси су довели до тога да се рачунање стажа осигурања овој категорији осигураника не врши по истим принципима као свим осталим категоријама осигураника.

Наиме, према члану 46. Закона, у стаж осигурања рачуна се време које је осигураник провео на раду по основу кога је био обавезно осигуран и за које је уплаћен допринос за ПИО. Према члану 47. Закона, у стаж осигурања рачуна се време проведено на раду односно у осигурању, у ефективном трајању.

У складу са наведеним одредбама, у стаж осигурања се признаје све време проведено у осигурању, ако је за њега уплаћен одговарајући допринос. Ако за време проведено у осигурању није уплаћен одговарајући допринос, стаж осигурања се признаје сразмерно уплаћеном до-

приносу и његово трајање је у том случају увек краће од трајања осигурања. Стаж осигурања се не може признати за време које није проведено у осигурању.

Међутим, код рачунања стажа осигурања по члану 50. Закона, трајање стажа осигурања се не везује за трајање осигурања, односно својства осигураника, већ искључиво зависи од висине остварене уговорене накнаде и висине најниже основице. То значи да се **по основу обављања уговорених послова стаж осигурања може утврдити и за време за које није утврђено својство осигураника**, односно и за период пре почетка и после престанка осигурања.

О законитости оваквог рачунања стажа осигурања постоје различита мишљења.

По једном мишљењу, овакав начин рачунања стажа осигурања није у складу са Законом, јер се одредбе чл. 46. и 47. Закона односе и на осигуранике из члана 12. став 1. тачка 3) Закона, што значи да се и њима стаж осигурања може утврдити само за време проведено у обавезном ПИО.

По другом мишљењу, уговорени послови због своје специфичне природе нису исто што и остали основи осигурања, код њих својство осигураника, пријава на осигурање и одјава осигурања немају исти значај као код осталих основа осигурања и категорија осигураника, због чега ни стаж осигурања не треба да зависи од времена проведеног у осигурању, већ од висине уговорене накнаде и висине уплаћеног доприноса. По овом мишљењу, овде нема места примени чл. 46. и 47. Закона.

По трећем мишљењу, уколико се након утврђивања стажа осигурања по члану 50. Закона установи да се његово трајање не слаже са трајањем осигурања, врши се корекција трајања осигурања усклађивањем пријаве и одјаве осигурања са трајањем стажа осигурања. На тај начин се постиже да трајање стажа осигурања одговара трајању осигурања, односно да се у стаж осигурања рачуна само време проведено у осигурању, како је то предвиђено чланом 47. Закона. Међутим, својство осигураника утврђено на овај начин није утврђено у складу са одредбом члана 14. став 1. Закона.

Стаж осигурања остварен по основу уговорених послова у једној календарској години може износити највише 12 месеци. У случају да уговорена накнада или њихов збир у једној календарској години подељен са одговарајућом најнижом основицом даје више од 12 месеци стажа осигу-

рања, осигуранiku се у матичној евиденцији утврђује 12 месеци стажа осигурања и износ свих остварених уговорених накнада на које је плаћен допринос.

IV УТВРЂИВАЊЕ СТАЖА ОСИГУРАЊА И УГОВОРЕНИХ НАКНАДА У МАТИЧНОЈ ЕВИДЕНЦИЈИ

1. Уношење у матичну евиденцију

Према члану 129. став 1. тач. 9) и 11) Закона, у матичну евиденцију уносе се подаци о стажу осигурања, уговореним накнадама и висини уплаћеног доприноса. Чланом 126. став 3. Закона, прописано је да се подаци уносе у матичну евиденцију на основу пријава поднесених на прописаним обрасцима које се могу доставити и путем средстава за електронску обраду података.

Подаци о уговореним накнадама и висини уплаћеног доприноса на те накнаде уносе се у матичну евиденцију путем пријаве о уплати доприноса по основу уговорене накнаде, односно накнаде по основу уговора о допунском раду и висини те накнаде (образац **М-УН**).

Пријаву М-УН подноси послодавац надлежном Фонду за ПИО у року од 3 дана од дана уплате доприноса. Послодавац је дужан да ову пријаву поднесе за сваку исплаћену уговорену накнаду, независно од тога да ли је она исплаћена лицу које је осигурано по основу обављања уговорених послова или по другом основу.

Фонд за ПИО је дужан да податке из пријаве М-УН унесе у матичну евиденцију у року од 8 дана од дана њеног пријема и да води посебну евиденцију о уплаћеним доприносима на основу података из тих пријава.

Подаци о стажу осигурања оствареном по основу обављања уговорених послова уносе се у матичну евиденцију путем пријаве о стажу осигурања по основу уговорене накнаде, односно накнаде по основу уговора о допунском раду и висини те накнаде (образац **М-4УН**).

Подносилац ове пријаве је надлежни фонд за ПИО а не послодавац, као за све остале пријаве које се подnose по основу обављања уговорених послова. Фонд за ПИО попуњава пријаву М-4УН по протеклу календарске године за претходну годину. Ако је осигураник у току године

остварио више уговорених накнада не попуњава се посебна пријава М-4УН за сваку уговорену накнаду, већ се сачињава једна пријава М-4УН.

2. Упис у радну књижицу

У пракси се поставило и питање **уписа података** по основу обављања уговорених послова **у радну књижицу**.

Према одредбама члана 18. став 1. тачка 2) Правилника о радној књижици ("Сл. гласник РС", број 17/97), основ осигурања за лица која нису у радном односу, а осигурана су у складу са прописима о ПИО, уписује организација за пензијско и инвалидско осигурање. У складу са наведеним одредбама, податке о раду лица која обављају послове по уговорима из члана 12. став 1. тачка 3) **Закон уписује Фонд за ПИО чији осигураници су та лица**, на основу података регистрованих у матичној евиденцији и документације исплатиоца уговорене накнаде и осигураника.

V ОСТВАРИВАЊЕ И КОРИШЋЕЊЕ ПРАВА ИЗ ПИО

1. Законска регулатива

Чланом 50. Закона предвиђено је да се у стаж осигурања рачуна време за које је осигураник из члана 12. став 1. тачка 3) Закона остварио уговорену накнаду на коју је плаћен допринос.

Према одредбама члана 63. ст. 3. и 5. Закона, годишњи лични коефицијент представља однос укупне зараде, основице осигурања и висине уговорене накнаде осигураника за сваку календарску годину и просечне годишње зараде у Републици за исту годину. При његовом одређивању узимају се зараде, накнаде зараде, односно основице осигурања као и уговорене накнаде које су служиле за обрачунавање и плаћање доприноса за ПИО, на које је плаћен допринос и које су утврђене у матичној евиденцији.

Према члану 85. Закона, пензијски стаж и зараде, накнаде, уговорене накнаде, односно основице осигурања као и друге чињенице од утицаја на стицање и утврђивање права узимају се у обзир при остваривању права из ПИО, без обзира на то код ког фонда су утврђени, на основу података утврђених у матичној евиденцији.

У складу са наведеним одредбама, **стаж осигурања остварен по основу обављања уговорених послова узима се у обзир код оцене услова за стицање права из ПИО и за одређивање висине права, а уговорене накнаде се узимају за одређивање висине права**, јер заједно са зарадом, накнадом зараде и основицама осигурања **учествују у одређивању годишњег личног коефицијента**. При томе се осигуранику из члана 12. став 1. тачка 3) Закона који је у једној календарској години био осигуран једино по основу обављања уговорених послова, **годишњи лични коефицијент за ту годину одређује само на основу укупно остварених уговорених накнада, док се лицу које је у једној години било осигурано по неком другом основу, а обављало је и послове по уговори-ма, за одређивање годишњег личног коефицијента узима збир основица на које је плаћен допринос по том другом основу и укупно остварених уговорених накнада.**

2. Дилеме у примени

Приликом остваривања и коришћења права на пензију осигураника или корисника права који су имали и остварен стаж осигурања, односно уговорене накнаде по основу обављања уговорених послова, највише тешкоћа јавило се код одређивања надлежности за остваривање права на пензију и у примени одредаба које се односе на поновно одређивање пензије, исплату и обустављање исплате породичне пензије и инвалидске пензије одређене по чл. 223. и 225. Закона, обрачун једногодишњег пензијског основа за осигуранике који под посебним условима остварују право на пензију и датум стицања и исплате пензије код осигураника из члана 12. став 1. тачка 3) Закона.

а) највише проблема присутно је приликом одређивања надлежности по захтевима за старосну пензију лица која се у моменту подношења захтева налазе у радном односу и истовремено обављају уговорене послове. Како се ова лица у време подношења захтева налазе у осигурању по основу радног односа, захтев за стицање права на пензију подносе Фонду запослених, као фонду последњег осигурања. Том приликом она прекидају радни однос, чиме им престаје осигурање код Фонда запослених, јер право на старосну пензију могу да остваре тек по престанку осигурања.

Међутим, пошто су и после престанка радног односа наставила да обављају уговорене послове, од првог дана по престанку осигурања у Фонду запослених стичу својство осигураника по члану 12. став 1. тачка 3) Закона у Фонду самосталних делатности.

С обзиром да између датума престанка осигурања у Фонду запослених и датума почетка осигурања у Фонду самосталних делатности не постоји прекид у осигурању, ова лица, у смислу члана 107. Закона, не могу остварити право на старосну пензију од дана престанка радног односа, већ од престанка обављања уговорених послова, што значи да извесно време по престанку радног односа остају и без зараде и без пензије.

Поред тога, њихово последње осигурање више није у Фонду запослених, већ у Фонду самосталних делатности, па захтев за стицање права на пензију морају да поднесу том фонду и то тек по престанку обављања уговорених послова.

До оваквих ситуација најчешће долази због тога што Фонд запослених нема сазнање да подносилац захтева обавља уговорене послове, већ до тог сазнања долази у поступку његовог решавања (када је већ раскинут радни однос) или тек после доношења решења о праву на пензију и почетка исплате исте.

До оваквих ситуација често долази и због тога што је код уговорених послова понекад тешко утврдити почетак и престанак њиховог обављања, односно почетак и престанак осигурања (својства осигураника) из разлога који су напред наведени, па самим тим и фонд последњег осигурања, ради оцене надлежности за решавање по захтевима за остваривање права.

б) Према члану 121. став 1. Закона, корисник старосне пензије који се запосли на територији Републике, односно обавља самосталну делатност по основу које је обавезно осигуран на територији Републике, има право по престанку тог запослења односно обављања те самосталне делатности, на поновно одређивање пензије ако је био у осигурању најмање годину дана. У примени наведене одредбе поставила су се следећа питања:

- да ли право на поновно одређивање пензије имају корисници пензије који су обављали уговорене послове?

- да ли се право на поновно одређивање пензије може тражити сваке године или по престанку осигурања?

- да ли право на поновно одређивање пензије припада кориснику који је после пензионисања био у осигурању 12 месеци или кориснику који је после пензионисања остварио стаж осигурања од 12 месеци?

С обзиром да су лица која обављају уговорене послове, а нису осигурана по другом основу сврстана у категорију осигураника самосталних делатности, то се и обављање уговорених послова може сматрати обављањем самосталне делатности, па је из тог разлога преовладало мишљење да корисник старосне пензије који је обављао уговорене послове има право на поновно одређивање пензије у смислу члана 121. Закона као и сваки други корисник старосне пензије који је обављао самосталну делатност после пензионисања.

Пошто се право на поновно одређивање пензије може остварити по престанку запослења, односно обављања самосталне делатности, то корисник пензије који је обављао уговорене послове може поднети захтев за поновни обрачун пензије по том основу тек по престанку обављања уговорених послова, а не и у току њиховог обављања.

Највише дилема изазвало је треће питање. Иако се према одредби члана 121. Закона право на поновно одређивање старосне пензије условљава постојањем осигурања после пензионисања од најмање 12 месеци, специфична природа обављања уговорених послова и често неслагање трајања осигурања и утврђеног стажа осигурања утицале су на то да се у пракси фондова за ПИО право на поновно одређивање пензије услови постојањем стажа осигурања после пензионисања од најмање 12 месеци.

в) Одредбом члана 111. став 2. Закона прописано је да се породична пензија исплаћује под условом да подносилац захтева у том периоду није био у осигурању. Према члану 226. став 1. Закона, кориснику инвалидске пензије из чл. 223. и 225. овог закона (инвалидска пензија корисника привремене накнаде и инвалида рада II и III категорије у висини 50% инвалидске пензије одређене у складу са овим законом) који постане осигураник обуставља се исплата пензије за време осигурања.

У складу са наведеним одредбама, корисник породичне и инвалидске пензије из чл. 223. и 225. Закона који закључи уговор ради обављања уговорених послова или буде изабран, именован или постављен на одређени положај, стиче својство осигураника по том основу и обуставља му се исплата пензије за време трајања осигурања.

Примена цитираних одредаба довела је у неповољан положај многе кориснике наведених пензија који су обављани уговорене послове, јер им је због минималних износа уговорених накнада које су им исплаћиване једанпут у неколико месеци (нпр. судије поротници) обустављена исплата пензије чији износ је био знатно већи од износа остварене уговорене накнаде за све време обављања тих послова. Поред тога, многи корисници нарочито породичних пензија, дошли су у ситуацију да фондовима за ПИО морају да врате знатна средства по основу неправилно исплаћених пензија. Све то је створило много оправданог незадовољства ових корисника. Због тога се Фонд запослених обратио надлежном министарству са предлогом да се обустава исплате пензија овим категоријама корисника не врши за све време трајања осигурања по основу обављања уговорених послова, већ само за време које им се по том основу рачуна у стаж осигурања, тако да се након добијања сагласности министарства исплата породичне и инвалидске пензије из чл. 223. и 225. Закона овим корисницима обуставља само за период који је утврђен у стаж осигурања. О обустави исплате се одлучује решењем које се доноси по службеној дужности, по протеклу календарске године за целу претходну годину.

г) Приликом остваривања права на пензију осигураника из чл. 42. и 43. Закона (овлашћена службена лица МУП-а, БИА, Пореске полиције, овлашћена службена лица у смислу прописа о извршењу кривичних санкција, запослени у МУП и другим органима и организацијама који раде на пословима контра-радио извиђајне службе и криптографије) поставило се питање да ли у обрачун једногодишњег пензијског основа, у смислу члана 231. Закона, улазе и уговорене накнаде остварене у календарској години која претходи години остваривања права.

Како према члану 231. Закона једногодишњи пензијски основ представља просечни месечни износ зараде, односно накнаде зараде остварене у календарској години која претходи години остваривања права, то уговорене накнаде које су осигураници из чл. 42. и 43. Закона остварили у календарској години која претходи години остваривања права на пензију не улазе у обрачун тог пензијског основа.

д) Као посебан проблем поставило се питање одређивања датума стицања права на пензију и датума исплате пензије осигураника из члана 12. став 1. тачка 3) Закона којима се у години остваривања права на пензију одјава осигурања не слаже са стажом осигурања утврђеним по члану

50. Закона. Наиме, уколико је лице осигурано по основу уговора, уговорене послове престало да обавља у току године, а стаж осигурања утврђен по члану 50. Закона покрива целу годину (износи 12 месеци), поставило се питање са којим датумом утврдити одјаву осигурања и да ли стаж осигурања рачунати до дана одјаве или по одредбама члана 50. Закона. Уколико би се стаж осигурања рачунао до датума одјаве, право и исплата пензије би се признали од првог наредог дана. Уколико би се одјава осигурања извршила са последњим даном стажа осигурања утврђеног по члану 50. Закона (за стаж од 12 месеци то би био 31.12. текуће године) право на пензију и исплата исте би се одредили од првог дана наредне године. Ако би се одјава осигурања извршила са неким датумом у току године, а стаж осигурања према члану 50. Закона одредио у трајању од 12 месеци, поставља се питање од ког датума припадају право на пензију и исплата исте: од првог дана по престанку осигурања или од првог јануара наредне године? Ако право на пензију припада од првог дана по престанку осигурања, како извршити обрачун пензије и одредити годишњи лични коефицијент за годину у којој се остварује право на пензију, јер би у обрачун тог коефицијента ушао и стаж остварен по престанку осигурања. Сличан проблем се поставља приликом одређивања права на породичну пензију по смрти осигураника из члана 12. став 1. тачка 3) Закона који је умро у току године и одјава осигурања се мора извршити са даном смрти, а према оствареним уговореним накнадама до дана смрти његов стаж осигурања по члану 50. Закона износи 12 месеци. По горе наведеним питањима не постоји јединствена пракса у оквиру фондова нити став заузет од стране министарства или кроз пресуде судова.

VI ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Од увођења у систем ПИО уговорених послова и уговорених накнада јавили су се многобројни проблеми и нејасноће који су се временом умножавали. У реферату је дат њихов детаљан приказ као и нека од могућих решења која су се појавила у пракси. Међутим, због многобројности проблема и њиховог различитог решавања у пракси, без измене законских одредби тешко ће се доћи до јединствених решења, која би морала одговарати решењима која већ постоје у систему ПИО.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

**БИЛТЕН судске праксе Врховног суда Ср-
бије** / главни и одговорни уредник Драгиша
Слијепчевић. - 1993, бр. 1- . - Београд : Inter-
tex, 1993- (Београд : Радункић). -20 cm

Од броја 1/2002. наслов: Билтен судске
праксе - Врховни суд Србије

ISSN 0354-4109 = Билтен судске праксе
Врховног суда Србије
COBISS.SR-ID 34341634

