

Врховни касациони суд

БИЛТЕН

бр. 3/2018



БИЛТЕН ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

ПРИРЕЂИВАЧ: **Врховни касациони суд**
За приређивача: Драгомир Милојевић, председник суда

ИЗДАВАЧ: **Intermex**, Београд, Др Милутина Ивковића 9а
За издавача: Љиљана Миланковић-Васовић, директор

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ
УРЕДНИК: др Драгиша Б. Слијепчевић, судија Врховног касационог суда

ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ
И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА: Бранислава Апостоловић, судија Врховног касационог суда

РЕДАКЦИЈА: др Драгиша Б. Слијепчевић, Бранислава Апостоловић,
Веско Крстајић, Весна Поповић, Љубица Милутиновић,
Радослав Петровић и Мирјана Ивић,
судије Врховног касационог суда

СЕКРЕТАР
РЕДАКЦИЈЕ: Оливера Новаковић,
судијски помоћник Врховног касационог суда

РЕДАКЦИЈСКА
ПРИПРЕМА: Андријана Недовић, редакцијски сарадник

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

ШТАМПАРИЈА: "CICERO", Београд

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

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

САДРЖАЈ

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

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

1. <i>Весна Поповић, судија Врховног касационог суда</i> УЈЕДНАЧАВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ГРАЂАНСКОЈ МАТЕРИЈИ - АКТИВНОСТИ ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА.....	9
2. <i>Гордана Ајнишпилер Поповић, судија Врховног касационог суда</i> УТИЦАЈ ОДЛУКА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У СТРАЗБУРУ НА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА У ВЕЗИ ПРИМЕНЕ СПОРАЗУМА О СУКЦЕСИЈИ.....	49
3. <i>Катарина Манојловић Андрић, судија Врховног касационог суда</i> ПРАВО НА НЕПРИСТРАСАН СУД КАО ЕЛЕМЕНТ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ	65
4. <i>Бранко Станић, судија Врховног касационог суда</i> ЈАВНА СВОЈИНА.....	93
5. <i>Катарина Манојловић Андрић, судија Врховног касационог суда</i> <i>и Пане Марјановић, саветник у Врховном касационом суду</i> ЗАШТИТА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ КРОЗ ПРАКСУ ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА	116
6. <i>Боривоје Гајић, судија Апелационог суда у Новом Саду</i> ОДНОС ЗАКОНА И КОЛЕКТИВНОГ УГОВОРА.....	130
7. <i>Надежда Видић, судија Апелационог суда у Крагујевцу</i> ПОЈЕДИНА СПОРНА ПИТАЊА У ПРИМЕНИ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ	161

8. Зорица Вељић, судија Апелационог суда у Београду, Зоран Розић, судија Вишег суда у Београду и Јелена Динчић, судијски помоћник Вишег суда у Београду ПОЈЕДИНА СПОРНА ПИТАЊА У ПРИМЕНИ ЗАКОНА О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ	176
9. Татјана Матковић Стефановић, судија Привредног апелационог суда ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА У ПРАКСИ ПРИВРЕДНОГ СУДСТВА ...	193
10. Јелена Вилдовић Живковић, судија Привредног апелационог суда АКТУЕЛНИ ПРАВНИ СТАВОВИ У ПРАКСИ ПРИВРЕДНОГ АПЕЛАЦИОНОГ СУДА	207

УПРАВНА СЕКЦИЈА

1. Катарина Манојловић Андрић, судија Врховног касационог суда РАЗЛОЗИ ЗА ИСКЉУЧЕЊЕ НАЧЕЛА <i>LEX SPECIALIS DEROGAT LEX GENERALI</i> У ПОСЕБНОМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ	237
2. Мр Весна Чогурић, судија Управног суда НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ И ПРЕДВИДИВОСТИ У УПРАВНОМ ПРАВУ	253
3. Гордана Богдановић, судија Управног суда ЗАШТИТА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ У УПРАВНОМ СПОРУ	272
4. Зорица Китановић, судија Управног суда НОВИНЕ У ЗАКОНУ О АЗИЛУ И ПРИВРЕМЕНОЈ ЗАШТИТИ	286
5. Стево Ђурановић, судија Управног суда ПРИКАЗ ЗАКОНА О СТРАНЦИМА СА ОСВРТОМ НА УПРАВНУ И УПРАВНО – СУДСКУ ЗАШТИТУ	297
6. Биљана Тамбурковски Баковић, судија Управног суда ПРИМЕДБЕ НА ЧЛАН 14. НАЦРТА ЗАКОНА О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О СЛОБОДНОМ ПРИСТУПУ ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА	314

Поштовани,

Једна од надлежности Врховног касационог суда у вршењу судске власти изван суђења исказује се успостављањем јединствене судске примене права. У том циљу Врховни касациони суд традиционално организује Годишње саветовање судија Републике Србије. Теме саветовања су поједина спорна правна питања од значаја за остварење права на правично суђење и делотворну судску заштиту. То се чини на темељу стручних реферата појединих судија и професора права.

Сви реферати припремљени за овогодишње саветовање, које ће се одржати у Врњачкој Бањи од 8. до 10. октобра, штампани су у билтену број 2/18 и 3/18. У рефератима су обрађена спорна правна питања из области казног, грађанског и управног права, као и других области од значаја за остварење делотворне судске заштите и једнакости странака у судским поступцима. Објављене реферате аутори ће и непосредно презентовати учесницима саветовања као увод у општу расправу о питањима која су у њима обрађена.

Ставови изражени у рефератима представљају лични поглед и предлог њихових аутора о могућем правном решењу спорног питања којима се баве.

Изнету правну аргументацију аутора реферата размотриће учесници пленарне седнице, односно ужих стручних секција. Правни аргументи учесника у расправи представљаће основ за заузимање коначних правних схватања и ставова Врховног касационог суда. На тај начин се учесницима саветовања пружа могућност да равноправно са ауторима реферата и судијама Врховног касационог суда својим дискусијама одреде већинске ставове које ће заузети Врховни касациони суд у поступку уједначавања судске праксе.

Редакција

ГРАЂАНСКА СЕКЦИЈА

Весна Поповић,
судија Врховног касационог суда

**УЈЕДНАЧАВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ
У ГРАЂАНСКОЈ МАТЕРИЈИ
АКТИВНОСТИ ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА
ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА**

I

Увод

Врховни касациони суд као највиши суд у Републици Србији своју законску обавезу да у вршењу судске власти обезбеди јединствену примену права, остварује одлучивањем о ванредним правним средствима која су изјављена на одлуке судова у Републици Србији, о сукобима надлежности између судова, ако за одлучивање није надлежан други суд, заузимањем правних ставова у поступцима решавања спорног правног питања.

Судска пракса Грађанског одељења Врховног касационог суда и ове године наставља са традицијом да учеснике Годишњег саветовања судија Републике Србије и ширу јавност писаним рефератом упозна са активностима између два саветовања.

У реферату ће бити приказане активности Грађанског одељења на седницама, заједничким састанцима грађанских одељења и одељења за радне спорове апелационих судова и Привредног апелационог суда, заузимањем правних ставовима у поступцима решавања спорног правног питања, ставовима израженим у одлукама о ванредним правним средствима, који су од значаја за уједначавање судске праксе и утврђеним сентенцама.

У 2017. години Грађанско одељење Врховног касационог суда одржало је 14 седница, а у првој половини 2018. године, седам седница, на којима су разматрани реферати судија у поступцима решавања спорног правног питања, усвојен је одређен број правних ставова и закључака, разматрани су извештаји о раду одељења и суда и правна схватања апелационих судова, утврђен одређен број сентенци и праћен рад нижестепених судова.

Правна схватања Врховног касационог суда обавезују само судије Врховног касационог суда односно судије Одељења Врховног касационог суда, које је правно схватање усвојило, а нису обавезујућа за нижестепене судове. Међутим, потреба усаглашавања судске праксе, једнаког поступања у једнаким стварима, правне сигурности и предвидивости судских одлука, у функцији је остварења једнаке заштите странака пред судом. Последица неуједначеног поступања суда и доношење различитих одлука у једнаким стварима, посебно највишег суда доводи до повреде Уставног и Конвенцијског права на правично суђење. Ову повреду санкционишу и Европски суд за људска права и Уставни суд, обавезујући државу на исплату накнаде.

У грађанској материји Врховни касациони суд уједначава судску праксу кроз:

- решавање спорног правног питања на захтев првостепеног суда;
- одлучивање о ванредним правним лековима у конкретним предметима;
- усвајање правних схватања ради попуњавања правних празнина, јединственог тумачења права или предузимања општих мера из пресуда Европског суда за људска права, донетих против Републике Србије у поступку њиховог извршења;
- одржавање састанака са апелационим судовима и Привредним апелационим судом, ради разматрања спорних правних питања из опште грађанске и материје радног права, према плану и Споразуму председника судова ради реализације обавеза из Закона о уређењу судова,
- одржавање састанака са представницима судова ради уједначене примене права у предметима у којима се захтева заштита права на суђење у разумном року или захтева принудно извршење и обезбеђење;
- утврђивање сентенци на седницама Грађанског одељења из одлука Врховног касационог суда из опште грађанске, радне, привредне и управне материје ради објављивања у Билтену судске праксе и на ВЕБ страници Врховног касационог суда;

О доброј пракси уједначавања судске праксе изјаснио се и Европски суд за људска права¹. У тој одлуци Европски суд за људска права је нагласио да је усвајањем детаљног акционог плана од стране Врховног касационог суда, 01. априла 2014. године, предвиђен механизам који је у стању да превазиђе недоследности које су се огледале у томе што су доношене различите судске одлуке у истим или битно сличним чињенично правним ситуацијама. Овај план је садржао серију мера које се предузимају на разним нивоима судске надлежности и који између осталог садржи: усвајање правних мишљења на основу начела насталих у судској пракси Европског суда за људска права, ширење тих мишљења, редовну размену информација између судова, повећан број тематских расправа и програма обуке, усвајањем посебних акционих планова од стране судова на разним нивоима и израда разних ИТ алатки и интернет база података.

Начело правне сигурности гарантује између осталог и одређену стабилност у правним ситуацијама и доприноси поверењу јавности у судове. Истрајност доношења опречних судских одлука са друге стране може да створи стање правне несигурности које би вероватно смањило поверење јавности у правосудни систем, при чему је јасно да је то поверење једна од основних компоненти државе засноване на владавини права².

Међутим, потреба усаглашавања судске праксе, једнаког поступања у једнаким стварима, правне сигурности и предвидивости судских одлука према све присутнијим становиштима домаћих и међународних експерата не сме да угрози независност судије који поступа у одређеном предмету. Ово посебно, што усвојена правна схватања на седницама одељења и правни ставови Врховног касационог суда, изражени у одлукама суда нису обавезујући за нижестепене судове.

Правна схватања и правни ставови Врховног касационог суда, Уставног суда или Европског суда за људска права у Стразбуру, делују снагом својих аргумената и судија треба да их зна и узме у обзир приликом одлучивања, а ако одлучује супротно њима треба добро да образложи разлоге који су га навели на такво поступање, у супротном унутрашња судијска независност би била угрожена.

¹ Представка Цупара против Србије број 34683/08, Одлука од 12.07.2016. године, правноснажна 11.10.2016. године.

² Подунару против Румуније, представка број 63252/00.

II

Усвојена правна схватања и закључци Грађанског одељења Врховног касационог суда

У периоду између два Саветовања на седницама Грађанског одељења усвојено је више правних ставова у поступку решавања спорног правног питања, који ће бити изложени у овом реферату.

На Трећој седници Грађанског одељења од 23.03.2017. године, усвојен је правни став који гласи:

У ситуацији када је усвојен План реорганизације стечајног дужника и стечајни поступак обустављен, а поверилац, који није поднео пријаву потраживања у поступку стечаја, тужбом тражи исплату накнаде зараде делом за период до ступања на снагу Плана реорганизације, а делом после тога:

- запослени може да захтева утврђење постојања потраживања, која су настала до доношења Плана реорганизације,

- потраживања настала после правноснажности решења суда о усвајању Плана мере реорганизације треба да постави као захтев за исплату одређене суме новца.

Из образложења:

Основни суд у В. је поднео захтев за решавање спорног правног питања и као спорно правно питање поставио:

- Да ли се тужбени захтев за накнаду штете, може поставити као обавезујући или би морао бити постављен као утврђујући, имајући у виду да се потраживања односе на временски период пре покретања стечајног поступка? У захтеву је изнет и приказ битних чињеница:

- да је тужили престао радни однос код тужене 03.04.2008. године на основу отказа;

- да је непосредно по престанку радног односа тужила покренула спор ради поништаја решења о отказу и враћању на рад;

- да је над туженом 21.10.2009. године отворен стечајни поступак;

- да је 18.01.2011. године усвојен План реорганизације тужене као стечајног дужника који је ступио на снагу 21.02.2011. године;

- да је 05.03.2014. године стечајни суд донео решење да се стечајни поступак над туженом обуставља;

- да је 29.07.2015. године, у радном спору, суд донео правноснажну пресуду којом је поништио решење тужене о отказу уговора о раду тужиљи и тужену обавезао да тужиљу врати на рад;

- да је тужиља 11.09.2015. године дала изјаву да не жели да се врати на рад, а 29.10.2015. године против тужене поднела тужбу ради исплате накнаде штете због неостварених зарада и неисплаћеног регреса за период 2008 - 2015. године, и да своје потраживање није пријавила у поступку стечаја.

Основни суд је сходно члану 181. и обавезе која из те одредбе произлази уз захтев приложио и сопствено тумачење спорног правног питања.

С обзиром на чињеницу да је стечајни поступак над туженом обустављен тужиља није изгубила право да истиче потраживање према туженој само због чињенице да своје потраживање није пријавила у стечајном поступку. У тренутку отварања стечајног поступка тужиља није ни знала да има било какво потраживање према туженој, јер је у тренутку отварања поступка стечаја водила спор ради поништаја решења о отказу уговора о раду, па се не може прихватити тврдња тужене да је тужиља своје потраживање морала да пријави у стечајном поступку да би га касније могла истицати у парници.

Приликом одговора на постављено спорно правно питање треба имати у виду да је стечајни поступак над туженом обустављен 05.03.2014. године, да је План реорганизације туженог као стечајног дужника усвојен 18.01.2011. године, да је тужиља поднела тужбу 29.10.2015. године у којој потражује и регрес за период 2008 - 2015. година. Усвојени План реорганизације представља оквир за утврђивање односа парничних странака, то је нови уговор о регулисању обавеза између поверилаца стечајног дужника и стечајног дужника, али само за временски период до тренутка ступања Плана реорганизације на правну снагу. У конкретном случају тужиља потражује накнаду зараде и регреса делом за период до ступања на снагу Плана реорганизације, а делом за период после тога. Правноснажношћу Плана реорганизације стечајни дужник излази из посебног статуса који је имао од тренутка отварања стечајног поступка и наставља нормално да послује. Од тог тренутка тужена запосленима поново исплаћује зараде у новцу, па самим тим и тужиљи, уколико има право на накнаду за неисплаћене зараде, може поставити захтев за исплату зараде и регреса у новцу.

Начелно гледано сви повериоци правног субјекта над којим се спроводи реорганизација своја права могу остваривати само у оквирима усвојеног Плана реорганизације, у конкретном случају претварањем потраживања у капитал туженог, а не исплатом, с обзиром да је Планом реорганизације утврђено да стечајни повериоци (међу које спадају и запослени), своја потраживања намирују претварањем потраживања у капитал стечајног дужника, а не исплатом. Дакле, тужиља (као ни било који други поверилац тужене), не може тражити од тужене новчану накнаду за неостварене зараде и неисплаћени регрес до тренутка правноснажности Плана реорганизације.

Из наведеног произлази да тужбени захтев тужиље за период до правноснажности Плана реорганизације мора бити усмерен на признање права на удео тужиље у капиталу туженог, а потраживање за период после правноснажности решења суда о усвајању Плана реорганизације тужиља може да постави као обавезујући захтев, односно као захтев за исплату одређене суме новца на име накнаде штете због изгубљених зарада и регреса.

Наведено произлази и из одредбе члана 156. Закона о стечају ("Службени гласник РС" бр. 104/2009, 99/2011-др.закон, 71/2012-одлука УС, 83/2014), који прописује да План реорганизације, између осталог, садржи и одредбу којом се одређује да ће потраживање повериоца које није обухваћено Планом реорганизације бити намирено на исти начин као и она потраживања која јесу обухваћена Планом реорганизације.

Одредбом члана 167. истог закона прописане су правне последице потврђивања Плана реорганизације, па између осталог и то да се сва потраживања уређују искључиво према условима из Плана, а да усвојени План реорганизације представља извршну исправу. По изричитој одредби овог члана Закона о стечају доношењем решења о потврђивању усвајања Плана реорганизације престају и све последице отварања стечајног поступка. Посебан значај има став 5. тог члана, који индиректно изједначава повериоце који су обухваћени усвојеним Планом реорганизације са оним повериоцима чија потраживања су настала пре усвајања Плана, а која нису обухваћени Планом.

(Овај правни став верификован је потписима судија 15.11.2017. године).

На истој седници (23.03.2017. године) усвојен је правни став који гласи:

1.

На непокретности акционарског правног друштва у реструктурирању на којој је у јавној књизи извршен упис права својине мешовитог облика (тзв. мешовита својина), може се, и то у целини, одредити извршење ради наплате новчаног потраживања из радног односа.

2.

Извршни дужник који није правно лице из члана 54. став 5. раније важећег Закона о извршењу и обезбеђењу не може да ускрати суду давање изјаве о имовини, осим ако га на то не овлашћује посебан пропис.

3.

Може се одредити и спровести извршење на непокретностима привредног друштва које производи предмете и врши услуге од значаја за одбрану Републике Србије, а које нису намењене одбрани и безбедности државе.

Из образложења

Основни суд у Ч. покренуо је пред Врховним касационим судом поступак за решавање спорног правног питања на основу члана 180. Закона о парничном поступку, наводећи да је пред тим судом у току поступак извршења по предлогу различитих извршних поверилаца против истог извршног дужника Компаније "С" АД – АД "С.А" Ч. у реструктурирању, ради наплате новчаног потраживања због неисплаћених зарада. Овај привредни субјекат је решењем Владе РС одређен као друштво које производи предмете и врши услуге од значаја за одбрану Републике Србије. Постављена су следећа спорна питања:

1) Да ли се на непокретностима које се у јавном књигама воде на извршног дужника са обликом својине "мешовита" и врстом права "својина" може одредити предложено извршење забележбом, утврђивањем вредности такве непокретности и њеном продајом, при чињеници да из извештаја Републичког геодетског завода Службе за катастар непокретности од 10.11.2014. године произилази да је упис облика својине "мешовита" извршен у складу са структуром капитала, због тога што је Република

Србија власник већинског акцијског капитала Компаније "С" АД – А.Д. "С.А" из Ч., у реструктурирању, па ће се када се поступак приватизације оконча достављањем одговарајућих исправа у катастру непокретности извршити промена облика својине. Дирекција за имовину РС је дописом од 16.06.2014. године обавестила суд да се суд може обратити Министарству одбране као ресорном министарству за Компанију у реструктурирању за добијање сагласности да се изврши продаја непокретности извршног дужника, а да се Дирекција о овоме не може изјашњавати а Министарство такву сагласност није дало о чему је обавестило суд.

2) Да ли је предузеће које је решењем Владе Републике Србије одређено као друштво које производи предмете и врши услуге од значаја за одбрану Републике дужно да да изјаву о имовини по решењу суда, имајући у виду да Министарство одбране није дало сагласност законском заступнику извршног дужника да даје изјаву о имовини.

3) Да ли се у таквом привредном друштву може вршити продаја непокретности и попис покретних ствари имајући у виду члан 19. став 6. Закона о извршењу и обезбеђењу и члан 17. Закона о производњи и промету наоружања и војне опреме.

Позитивни прописи не познају термин "мешовита својина". Чланом 86. Устава Републике Србије прописана је равноправност свих облика својине и јемчи се задружна и јавна. Јавна својина је државна, својина АП и својина од јединица локалне самоуправе, а сви облици својине имају једнаку правну заштиту. Постојећа друштвена својина претвара се у приватну под условима и у роковима предвиђени законом. Устав Републике Србије из 1996. године у члану 56. јемчио је друштвену, државну, приватну и задружну својину и друге облике својине. Према члану 76. став 1. Закона о државном премеру и катастру ("Сл. гласник РС", бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – Одлука УС и 96/2015), право својине на непокретностима уписује се као: 1) својина; 2) сусвојина; 3) заједничка својина. Својина се уписује у корист искључивог власника целе непокретности а сусвојина у корист сувласника са одређеним уделима у односу на целину непокретности или у складу са законом којим се уређује стицање права на грађевинском земљишту. Заједничка својина на непокретности уписује се на име свих заједничара а друга стварна права се уписују у катастар према члану 77. истог закона, су право коришћења непокретности у случајевима предвиђеним Законом о јавној својини, право закупа грађевин-

ског земљишта ради изградње, право службености, хипотека и друга стварна права на непокретностима прописана законом.

Законом о јавној својини ("Службени гласник РС" бр. 72/2011, 88/2013, 105/2014), уређено је право својине Републике Србије – државна својина, право својине аутономне покрајине – покрајинска својина и право својине јединице локалне самоуправе – општинска, односно градска својина и њихова друга одређена имовинска права. Према члану 42. Закона, Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе могу улагати у капитал јавних предузећа и друштава капитала, која обављају делатност од општег интереса, с тим да на основу улагања носиоци јавне својине стичу акције, односно уделе, а унети улози су својина јавног предузећа или друштва капитала. На исти начин је одредбом члана 43. Закона прописана могућност улагања у капитал друштава капитала која не обављају делатност од општег интереса, тако да се вредност ствари и права која се улажу процењује на начин утврђен законом којим се уређује правни положај привредних друштава, унети улози у имовину друштва капитала који су својина тог друштва, а по основу улагања носиоци јавне својине стичу акције, односно уделе.

Чланом 9. став 5. **Закона о извршењу и обезбеђењу** ("Службени гласник РС" бр. 31/11, 55/14, 139/14), прописано је да се одредбе других закона које прописују прекид или одлагање извршног поступка неће примењивати у извршном поступку који се спроводи по предлогу за извршење ради наплате новчаног потраживања из радног односа. Ова одредба члана 9. став 5. унета је у Закон имајући у виду релевантне одлуке Европског суда за људска права и правно схватање Врховног касационог суда од 22.02.2011. године и одредбу члана 20. ж Закона о приватизацији.

Овим чланом који је у међувремену престао да важи, било је, између осталог, прописано да од дана доношења одлуке о реструктурирању до дана доношења одлуке о окончању реструктурирања не може се против субјекта приватизације, односно над његовом имовином, одредити или спровести принудно извршење, нити било која мера поступка извршења ради намирења потраживања, а поступак принудног извршења који је у току прекида се. Због тога је **Врховни касациони суд** 22.02.2011. године на седници Грађанског одељења усвојио **правно схватање** према коме извршни поступци који се односе на наплату новчаних потраживања из радних односа утврђених извршним исправама против дужника субјекта

приватизације у реструктурирању, неће се прекидати, а прекинути поступци ће се наставити и окончати.

III

У одговору на прво питање треба поћи од чињенице да су грађевински објекти – зграде у наведеном Листу непокретности уписани као својина извршног дужника и то са уделом 1/1. Извршни дужник је јавно акционарско друштво и његов правни положај, а нарочито оснивање, управљање, статусне промене, промене правне форме, престанак и друга питања од значаја уређени су **Законом о привредним друштвима** ("Службени гласник РС" бр. 36/11, 99/11). Према том закону, привредна друштва су правна лица која обављају делатност у циљу стицања добити, а правне форме друштва су: ортачко друштво, командитно друштво, друштво с ограниченом одговорношћу и акционарско друштво. Чланови друштва су лица која оснивају друштво (оснивачи) и лица која му накнадно приступе и у акционарском друштву се називају акционарима. Закон о привредним друштвима дефинише шта је имовина, а шта капитал друштва, па тако, према члану 44., имовину друштва чине ствари и права у власништву друштва, као и друга права друштва, а основни (регистровани) капитал друштва је новчана вредност уписаних улога чланова друштва у друштво која је регистрована у складу са законом о регистрацији. Законом је даље одређено да улози у друштво могу да буду новчани и неновчани и да се изражавају у динарима, те да лица која су оснивачким актом или на други начин преузела обавезу да уплате, односно унесу у друштво одређени улог одговарају друштву за извршење те обавезе, а по основу преузете обавезе стичу удео у друштву, односно акције друштва. По члану 245. Закона, акционарско друштво је друштво чији је основни капитал подељен на акције које има један или више акционара који не одговарају за обавезе друштва, осим у случају из члана 18. закона (пробијање правне личности), а акционарско друштво одговара за своје обавезе целокупном имовином. Дакле, на основу унетих улога у друштво акционари имају одговарајућа права на управљање и права да стичу добит на начин уређен законом, али они нису власници имовине, већ је то само акционарско друштво. У овом случају, имовина извршног дужника коју чини право својине на наведеним непокретностима је у целини својина друштва.

Према извештају РГЗ - Службе за катастар непокретности од 04.11.2014. године, на који се суд у захтеву позива, упис облика својине као "мешовита" извршен је у складу са структуром капитала, посебно с обзиром да је Република Србија власник одговарајућег акцијског капитала извршног дужника. Овакво изјашњење није најјасније, имајући у виду разлику која постоји између имовине друштва и капитала друштва на коју је указано, као и важећи концепт државне својине као својине у класичном смислу те речи. У пракси се под "мешовитом" својином најчешће подразумева комбинација приватне и друштвене својине (која, дакле, још увек није приватизована). Према наведеном доказу, учешће друштвеног капитала у капиталу извршног дужника је 45,07%, а око 55% представља приватизовани акцијски капитал. У сваком случају, независно од разлога уписа својине као "мешовите", непокретности су у својини извршног дужника, нису у јавној својини, а с обзиром да се ради о извршењу ради наплате новчаног потраживања из радног односа, ни учешће друштвеног капитала није препрека да се извршење спроведе на непокретностима у целини.

Са изнетих разлога усвојен је правни став под 1.

IV

Питања формулисана под тачком 2) и 3) сугеришу да је неспорна чињеница да је извршни дужник друштво које производи предмете и врши услуге од значаја за Републику Србију. Сама примена материјалног права према члану 16. став 3. Закона о јавној својини предмет принудног извршења не могу бити објекти, оружја и опрема намењени одбрани и државној и јавној безбедности.

Одредбом члана 17. **Закона о производњи и промету наоружања и војне опреме** ("Службени лист СРЈ" број 41/96..."Службени гласник РС" број 85/2005) прописано је да на инсталисаним капацитетима за производњу наоружања и војне опреме, произведеном наоружању и војној опреми, полупроизводима, склоповима, деловима, репродукционом материјалу, сировинама и другим стварима за производњу наоружања и војне опреме, не може се спроводити принудно извршење.

По **Закону о извршењу и обезбеђењу** ("Службени гласник РС" бр. 31/11... 139/14), предмети извршења не могу бити објекти, оружје и опрема

намењени одбрани и безбедности државе (члан 19. став 6). Исту одредбу садржи и сада важећи Закон о извршењу и обезбеђењу који у члану 55. став 2. прописује да предмет извршења не могу бити ствари изван промета, објекти, оружје и опрема који су намењени одбрани и безбедности Републике, нити ствари које су овим или другим законом изузете од извршења.

На седници Грађанског одељења од 31.05.2016. године усвојен је **правни став** који гласи: Дозвољено је извршење на покретним стварима извршног дужника који се налази на листи привредних субјеката, као привредно друштво које производи предмете од значаја за одбрану и безбедност Републике и то на оним покретним стварима које не служе производњи оружја и на опреми која није намењена одбрани и безбедности државе, као што су путнички аутомобили, канцеларијски намештај опрема (компјутери који не садрже поверљиве податке). Правни став са образложењем објављен је у Билтену Врховног касационог суда.

Дакле, да ли покретна и непокретна имовина привредног друштва које производи предмете од значаја за одбрану и безбедност Републике може делом да буде предмет извршења је фактичко питање које се утврђује у сваком конкретном случају у складу са наведеним ставом Врховног касационог суда.

Са изнетих разлога усвојен је и правни став под 3.

У погледу питања да ли је привредно друштво које производи предмете и врши услуге од значаја за одбрану Републике дужно да да изјаву о имовини, треба поћи од тога да су чланом 54. став 5. раније важећег Закона о извршењу и обезбеђењу од давања изјаве о имовини ослобођене само Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, као извршни дужници, а Закон о производњи и промету наоружања и војне опреме као посебан закон о овоме не садржи одредбе.

Поступак за добијање изјаве о имовини извршног дужника прописан је чланом 54. ЗИО, поступање суда у вези са добијањем изјаве о имовини уређено је чланом 55. Закона, с тим што је ставом 3. прописано да ако извршни дужник не поступи по налогу суда, односно ако не да потпуну изјаву о имовини суд ће донети решење о новчаном кажњавању и поступити на начин прописан чланом 51. који се односи на изрицање новчане казне физичком лицу и одговорном лицу у правном лицу или државном органу.

Из изнетих законских одредаба и раније усвојеног правног става Врховног касационог суда, произлази да би привредно друштво на које се питање односи било дужно да да изјаву о имовини, наравно оној која није законом изузета од извршења, у смислу већ наведених одредаба Закона о јавној својини, Закона о производњи и промету наоружања и војне опреме и Закона о извршењу и обезбеђењу.

Није никада сувишно напоменути да се владавина права остварује, између осталог и независном судском влашћу и повиновањем власти Уставу и закону, да уређење власти почива на подели власти на законодавну, извршну и судску, да се однос три гране власти заснива на равнотежи и међусобној контроли, да је судска власт независна, а судови самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других општих аката.

Са изнетих разлога усвојен је правни став под 2.

(Овај правни став верификован је потписима судија дана 23.04.2018. године).

На седници Грађанског одељења одржаној 19.09.2017. године, усвојен је правни став који гласи:

Одлука о оснивању Здравствене установе, Статут Здравствене установе, Закони, подзаконски и општи акти не представљају јавне, односно по закону оверене исправе које могу да служе као основ за прелаз потраживања и обавезе по члану 48. ЗИО.

Општина као оснивач нема статус извршног дужника у поступку извршења одређеног на основу извршне исправе где је као извршни дужник искључиво означена само здравствена установа чији је она оснивач, када таква обавеза у односу на њу није утврђена уговором или другом исправом из члана 48. Закона о извршењу и обезбеђењу.

Из образложења:

Основни суд у П. је у смислу члана 180. и 181. Закона о парничном поступку, доставио захтев овоме суду за решавање спорног правног питања које гласи:

Да ли су одлуке о оснивању Здравствене установе "Дома здравља у Ћ." и Статут Здравствене установе "Дома здравља Ћ" у Ћ. јавне исправе у смислу члана 48. Закона о извршењу и обезбеђењу, којима се може доказивати прелаз обавезе у смислу наведене одредбе члана 48. односно да је потраживање из извршне или веродостојне исправе са дужника који је означен у извршној исправи прешло на дужника наведеног у предлогу за извршење, а то је овде Општина Ћ., или се у недостатку таквог доказа у извршном поступку може применити Закон о јавним службама и здравственој заштити, који својим одредбама предвиђају обавезу оснивача да средства за обављање делатности, односно послова из области здравствене заштите обезбеди из буџета.

У захтеву је наведено да у поступцима пред Основним судом у П. извршни повериоци, запослени "Дома здравља Ћ." у Ћ. су поднели предлоге за извршење на основу извршних исправа-правноснажних пресуда, против извршног дужника "Дома здравља Ћ" у Ћ. и Општине Ћ. Општина Ћ. у извршној исправи није била тужена-дужник, јер у парничном поступку није била странка. У 284 предмета предлози су усвојени, решења о извршењу постала правноснажна и послата на наплату НБС-Одсеку за принудну наплату.

Извршни повериоци предлоге у делу који се односи на општину као извршног дужника заснивају на разлозима да су са дужником Дом здравља закључили Уговор о раду;

- да је извршни дужник установа - Дом здравља - чији је оснивач Општина,
- да они као извршни повериоци имају право на исплату зараде и не могу сносити штетне последице због неиспуњавања законске обавезе од стране установе и оснивача, конкретно извршних дужника, који нису испунили законску обавезу,
- да је извршни дужник – Установа Дом здравља постао неспособан за извршење доспелих обавеза и да је неспособност трајна,
- да се одговорност Општине као дужника заснива на Одлуци о оснивању Здравствене установе од 28.02.2006. године,
- став о постојању обавезе оснивача заснивају на члану 13. став 1. тачка 7. Закона о здравственој заштити, у вези члана 13. став 2. овог закона,

- и да је Општина као оснивач извршног дужника у обавези да због недостатка финансијских средстава у систему обавезног здравственог осигурања обезбеди између осталог исплату плата запослених, додатака и других накнада у складу са законом.

У овој ситуацији је спорно да ли својство извршног дужника има општина по основу прелаза обавезе у случају када у том својству није означена у извршној исправи већ је то само Дом здравља, да ли зато постоји основ у члану 48. ЗИО, односно посебним законима, који се односе на овог послодавца.

Одговор на спорно питање даје садржина члана 48. ЗИО. У складу са овом одредбом извршни поступак се води на предлог, и у корист лица које као извршни дужник није означено у извршној или веродостојној исправи ако јавном или по закону овереном исправом докаже да је потраживање из извршне или веродостојне исправе прешао на њега а ако такав доказ није могућ ако се прелаз потраживања докаже правноснажном или коначном одлуком, донетом у парничном прекршајном и управном поступку. На овај начин је одступљено од поступка формалног легалитета у смислу члана 5. ЗИО, али само у мери чији је обим одређен чланом 48. Ова одредба прописује основе промене титулара потраживања или обавезе. Овде се прелаз потраживања односно обавезе може доказивати само извршном исправом, јавном или по закону овереном исправом којом се доказује да је потраживање из извршне или веродостојне исправе прешло на лице које ступа на место извршног повериоца односно извршног дужника, а ако такав доказ није могућ правноснажном или коначном одлуком донетом у парничном, прекршајном или управном поступку.

На тај начин су одређени начини на који се мора доказати прелаз потраживања. Томе у прилог је аутентично тумачење ове одредбе (она не говори о основу прелаза потраживања и обавезе).

Имајући у виду изложено нема прелаза потраживања са извршног дужника означеног у извршној исправи на Општину као лице на кога прелази обавеза са извршног дужника у материјалном смислу, а који је у том својству означен у предлогу за извршење. Ово се не тврди ни у предлогу за решење спорног правног питања. Да је то тако потврђује и део текста из његовог садржаја који гласи: "Извршном дужнику није познато да ли је

такав посебан уговор накнадно закључен" (на који упућује члан 7. и 8. Одлуке о оснивању здравствене установе Дома здравља.

Ова Одлука о оснивању здравствене установе, као и Статут Здравствене установе ни по дефиницији из члана 238. ЗПП не представљају јавне исправе којима се доказује истинитост онога што се у њој потврђује и одређује, да би биле основ за прелаз потраживања у смислу одредбе члана 48. Закона о извршењу и обезбеђењу, на чему се између осталог и инсистира у предлогу за извршење.³

Ни Законом није прописан обавезан прелаз потраживања. То не прописује ни одредба члана 13а Закона о здравственој заштити. Ова одредба прописује факултативну обавезу, а то произилази из њене садржине: "Аутономна покрајина, општина, односно град може да обезбеди и средства за вршење оснивачких права над здравственим установама чији је оснивач, ради извршавања обавеза здравствених установа а по извршним судским одлукама, за обавезе које се не финансирају из средстава обавезног здравственог осигурања или на други начин у складу са законом, а за које обавезе здравствена установа не може да обезбеди средства у финансијском плану".

И под условом да је општина солидарни дужник по закону то није довољно за прелаз потраживања по члану 48. ЗИО, јер не постоји исправа из цитиране одредбе.

Правно је без значаја што по чл. 13. и 13а Закона о здравственој заштити:

- Аутономна покрајина, општина, односно град обезбеђује средства за рад здравствених установа из буџета оснивача;

- што постоји могућност да аутономна покрајина, општина, односно град преко својих органа, у складу с Уставом и законом оствари кадровску обезбеђеност и средстава за вршење оснивачких права над здравственим установама и што може да то учини и ради извршавања обавеза здравствених установа и по извршним судским одлукама, за обавезе које се не финансирају из средстава обавезног здравственог осигурања (такав карактер имају плате) или на други начин у складу са законом, а за које обавезе здравствена установа не може да обезбеди средства;

³ види одредбу члана 238. ЗПП ("Службени гласник РС" бр. 72/11, 55/14)

- зато што општина као оснивач може да обезбеди услове за бољу кадровску обезбеђеност здравствене установе чији је оснивач.

Ове одредбе закона не представљају основ за другачији закључак из разлога што ниједна од ових одредби с обзиром на своју садржину не упућује на то да је оснивач здравствене установе лице на кога је прешла обавеза извршног дужника из извршне исправе, па и за случај његове пла-тежне неспособности (блокаде рачуна);

2. Обавеза оснивача да обезбеди средства у буџету за рад здрав-ствених установа из општих аката не значи прелаз потраживања на општину јер нема појединачног акта из члана 48. ЗИО са здравствене установе као извршног дужника из извршне исправе на општину као оснивача.

3. Разлог који се односи на обавезу обезбеђења кадра под услови-ма из члана 13. став 1. тачка 7. закона, из става 1. овог члана, подразумева обезбеђивање средстава за плате запослених, додатке на плате и друге накнаде у складу са законом, односно колективним уговором, као и доприносе за обавезно социјално осигурање. Међутим на тај начин се не остварује прелаз обавезе из извршне исправе у смислу члана 48. ЗИО.

4. У одредбама чл. 13. и 13а Закона о здравственој заштити упо-требљен је израз: "може" што значи и да не мора. То је само могућност која према чињеничном стању није остварена у овом конкретном случају, јер таква обавеза није прописана одлуком о оснивању, односно уговором.

5. Код изложеног тврдња да је општина "законски јемац" је зато правно не прихватљиво посебно са становишта прелаза потраживања у смислу члана 48. ЗИО.

6. Такође и позивање на одредбу члана 20. став 1. тачка 16. Закона о локалној самоуправи не може бити од утицаја. Поред наведеног и зато што је обавеза општине да обезбеди функционисање здравствене заштите и право надзора над радом здравствене установе прописано одредбом чла-на 32. став 1. тач. 2. и 8. закона, и не значи прелаз потраживања са назна-ченог дужника из извршне исправе на општину као оснивача.

7. Када би се прихватило супротно становиште нарушило би се правило формалног легалитета прописано чланом 5. ЗИО. Ова одредба прописује ограничене услове за прелаз потраживања.

8. Овде није доказан прелаз обавезе на оснивача а наведени чланови закона за то не дају основа. У овој ситуацији извршни поверилац код изложеног није доказао да је обавеза прешла са извршног дужника означеног у извршној исправи на општину као њеног оснивача.

У овим случајевима оснивач је у обавези да издвоји средства у буџету за назначене намене применом правила из става 3. члана 13а Закона о здравственој заштити који прописује: "Аутономна покрајина, општина, односно град обезбеђује средства за остваривање друштвене бриге за здравље из става 1. овог члана у буџету аутономне покрајине, општине, односно града, у складу са законом".

Када се ради о обавезама из тачке 7. став 1. члана 13. закона обавеза је факултативна. На то упућује управо садржина ове одредбе, који у том делу прописује: може (општина и аутономна покрајина) да обезбеди услове за бољу кадровску обезбеђеност здравствене установе чији је оснивач, до норматива, односно стандарда прописаних у складу са законом и прописима донетим за спровођење закона, за које се, због недостатка финансијских средстава у систему обавезног здравственог осигурања, средства не могу обезбедити на основу уговора закљученог са организацијом за обавезно здравствено осигурање, односно због недостатка сопствених прихода здравствене установе, а до стварања услова да се кадровска обезбеђеност финансира из средстава обавезног здравственог осигурања, односно из сопствених прихода здравствене установе.

Даље је у одредби члана 13а став 2. овог закона прописано обезбеђивање кадра под условима из члана 13. став 1. тачка 7. закона, као и из става 1. овог члана, а то подразумева обезбеђивање средстава за плате, додатке на плате и друге накнаде у складу са законом, односно колективним уговором и доприносе за обавезно социјално осигурање. Међутим то се односи само на кадар под условима из члана 13. став 1. тачка 7. Такође када се ради о обезбеђењу средстава за вршење оснивачких права над здравственим установама чији су они оснивач, ради извршавања обавеза здравствених установа а по извршним судским одлукама, за обавезе које се не финансирају из средстава обавезног здравственог осигурања или на други начин у складу са законом, а за које обавезе здравствена установа не може да обезбеди средства у финансијском плану покрајина, општина, односно град може што значи и да не мора да обезбеди средства за ове намене. То је тек само могућност намирења и ништа више од тога.

Суд у извршном поступку нема овлашћење изван начина прописаног одредбом члана 48. ЗИО да одређује извршног дужника односно утврди лице које има улогу солидарног дужника.

На крају, због значаја спорног питања у сличним ситуацијама, треба истаћи да правне норме (прописи) које се доносе у форми закона, подзаконских аката и општих аката не представљају извршне исправе из члана 48. ЗИО јер се, због своје правне природе, не могу уподобити јавној исправи, приватној овереној исправи нити појединачним судским и управним актима. Зато законски солидарни (или супсидијерни) дужници по материјалном праву не могу аутоматски постати извршни дужници. Да би добили то својство законски солидарни дужник мора бити учесник судског управног или прекршајног поступка или да обезбеди да обавезе из извршне исправе пређе на њега на основу јавне исправе или приватне оверене исправе по правилу после настанка извршне исправе односно доношења решења о извршењу (цесија - члан 436. ЗОО-а, преузимања дуга - члан 446. ЗОО-а, приступање дугу - члан 451. ЗОО-а и предузимање испуњења - члан 453. ЗОО-а). У прилог изложеног сведочи нам начелни став који гласи: "Поверилац може од супсидијерних или солидарних дужника основано тражити извршење само пошто у парничном поступку издејствује судску одлуку или другу извршну исправу". Правила о промени извршног повериоца и извршног дужника у току извршног поступка суштински су непромењива, без обзира на чињеницу што је наслов уз члан 48. "Прелаз потраживања" уместо ранијег "Пренос и прелаз" и што су извршним исправама додате и веродостојне исправе. Очигледно је да је нови закон је оба појма ујединио у један. Због тога је изражени правни став применљив и данас (XI Заједничка седница свих судова од 25.01.1979. године).

Одлука предузећа или установе о оснивању или статусним променама није јавна исправа, а ни приватна исправа.

Јавна исправа је она исправа коју у прописаном облику издаје државни орган (или други овлашћени орган који врши јавна овлашћења) у границама своје надлежности (примера ради пореска уверења, изводи из књига грађанских стања, катастра, АПР-а, путне исправе, личне карте, apostille и др). Приватне исправе су оне исправе које настају заједничком сагласношћу воља (правни послови) или једностраном изјавом воље (јав-

но обећање награде, меница, чек и друге хартије од вредности, тестамент, заложна изјава и др).

Имајући у виду изложено јавна исправа није одлука о оснивању предузећа, нити одлука о спајању, раздвајању односно подели предузећа, а ни приватна исправа, без обзира да ли подлеже оверавању. Извод из АПР-а јесте јавна исправа као доказ статусних промена, али није јавна исправа о прелазу потраживања из члана 48. ЗИО јер се на основу извода неостварује аутоматски прелаз потраживања.

Према томе, прописи из области здравственог осигурања и здравствене заштите по којима држава, покрајина или локална самоуправа могу бити оснивачи здравствених центара или здравствених служби или других јавних предузећа са обавезом њиховог суфинансирања не представљају основ за принудно извршење, без обзира што је извршни дужник постао неспособан за плаћање, ако та обавеза није прешла на основу исправа које су набројане у члану 48. ЗИО.

На седници Грађанског одељења, одржаној 22.05.2018. године, усвојен је правни став који гласи:

**ДОЗВОЉЕНОСТ УГОВАРАЊА ТРОШКОВА КРЕДИТА,
КОЈИ ГЛАСИ:**

Банка има право на наплату трошкова и накнаду банкарских услуга, па одредба уговора о кредиту којом се корисник кредита обавезује да банци плати трошкове кредита није ништава под условом да је понуда банке садржала јасне и недвосмислене податке о трошковима кредита.

Трошкови обраде кредита и пуштање кредита у течај као и други трошкови које банка обрачуна кориснику приликом одобравања кредита или који су познати на дан обрачуна и које банка обрачунава кориснику у току реализације уговора о кредиту могу бити исказани у процентуалном износу и наплаћују се само кроз обрачун ефективне каматне стопе.

Сентенца овог правног става усвојена је на седници Грађанског одељења одржаној дана 22.05.2018. године, али до тренутка писања овог реферата образложење наведеног правног става није верификовано потписима судија.

III ПРАВНИ ЗАКЉУЧЦИ

НАДЛЕЖНОСТ СУДА У ВЕЗИ СА ПОРОДИЧНИМ ОДНОСИМА

ЗАКЉУЧАК

Основни суд је искључиво надлежан за спровођење извршења из свих породичних односа, па и за извршење одлуке о издржавању.

Образложење

Одредбом члана 4. став 2. прописано је да је суд искључиво надлежан за спровођење извршења одлука у вези са породичним односима.

У пракси је спорно: да ли је суд надлежан да доноси одлуку о предлогу за извршење свих одлука из породичних односа или је ограничено надлежан у три случаја (нормирана у члановима од 224-235. поверавање деце, одржавање личних односа и насиље у породици).

Пракса није јединствена.

Неки судови и већина јавних извршитеља сматрају да потраживање по основу издржавања представља новчану обавезу за чије је извршење искључиво надлежан извршитељ;

други судови и део јавних извршитеља сматрају да у овом случају треба дословно применити правило о "породичним односима" из Породичног закона (чл. 201-289) и правило из члана 4. ЗИО, па како су алиментације саставни део тзв. породичних односа, то је не само за доношење решења о предлогу за извршење већ и за спровођење извршења искључиво надлежан суд.

На саветовању у Врњачкој Бањи 2016. године у реферату судије М. Николића садржан је став да извршење одлука у вези издржавања (алиментације) спроводи суд, имајући у виду граматичко тумачење члана 3. став 2. "породични односи".

Схватање о искључивој надлежности извршитеља и једнаком третману алиментације са другим новчаним обавезама заснива се на тврдњи да је ЗИО у посебним правилима чл. 224. до 235. посебно нормирао надлежност суда у области породичних односа (поверавање деце, одржавање личних односа и насиља у породици), а да област извршења новчаних обавеза у породичним односима у том делу није посебно нормирана. Правило из члана

3. је начелног карактера, а посебна правила прецизније дефинишу надлежност суда у погледу извршења одлука из породичних односа. Не види се ни један разлог због којих би новчана потраживања принудно реализовали јавни извршитељи, а само област издржавања била ван тог режима.

По другом мишљењу, законодавац је у члану 4. одредио надлежност органа (разграничио га) и зато све правноснажне и извршне одлуке из породичних односа треба да принудно извршава суд, а не извршитељ. Правно политички разлог и циљ закона иду у прилог овог схватања, а то су појачана заштита и брига о интересима деце и поверилаца издржавања, као и уштеда трошкова у спровођењу извршења. Осим тога, посебна правила садржана у чл. 224. до 235. треба тумачити тако да се њима дефинишу и прецизирају одређене специфичности које постоје у тој материји, а не дерогацију правила о новчаним обавезама у материји издржавања.

На седници Грађанског одељења од 27.06.2017. године усвојено је друго становиште.

Овај закључак без образложења објављен је у Билтену Врховног касационог суда број 3/2018.

На седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 4. јула 2017. године усвојен је

ЗАКЉУЧАК

До почетка рада јавних извршитеља на подручју Републике Србије за које нису именовани послове чије обављање по Закону о извршењу и обезбеђењу ("Службени гласник РС", број 106/2015), спада у надлежност јавних извршитеља, обављаће надлежни суд.

На седници Грађанског одељења одржаној дана 14.11.2017. године, усвојени су закључци

ПРОБЛЕМ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ У ПРЕДМЕТИМА ТЗВ. "РЕЗЕРВИСТА ПРОТИВ ДРЖАВЕ"

1) Тужба за утврђење постојања дискриминације не застарева.

2) Потраживање ради накнаде штете (материјалне и нематеријалне) застарева у роковима из члана 376. ЗОО.

3) Рок застарелости захтева за накнаду штете по основу дискриминације која је претходно утврђена у посебном поступку почиње да тече од момента доношења Закључка Владе Републике Србије од 17.01.2008. године.

4) Цела територија Републике Србије се сматра подручјем на којем су вршена ратна дејства (ратиште).

5) За остваривање права на накнаду штете по основу дискриминације без значаја је чињеница да ли су се тужиоци претходно обраћали суду или органу управе.

6) Не постоји дискриминација ако су војни резервисти у потпуности остварили право на исплату ратних дневница које им по прописима припадају.

7) У предметима у којима је поред тужене Републике Србије означено Министарство одбране (или војна јединица), заступа Војно правобранилаштво.

8) У предметима у којима је као тужена означена Република Србија – Влада Републике Србије, заступа Државно правобранилаштво.

На седници Грађанског одељења одржаној дана 18.12.2017. године, донет је закључак

Тужени "Коридори Србије" ДОО, као наручилац радова је пасивно легитимисан у парници трећих лица – тужилаца ради накнаде штете настале у вези са извођењем радова на основу члана 207. ЗОО.

IV

УТВРЂЕНЕ СЕНТЕНЦЕ НА СЕДНИЦАМА ГРАЂАНСКОГ ОДЕЉЕЊА

У овом периоду у смислу члана 35. Пословника о уређењу и раду Врховног касационог суда ("Службени гласник РС", бр. 30/10, 51/14, 47/16 и 62/16), утврђен је одређени број сентенци које би требало да допринесу јединственој судској примени права у идентичним или битно сличним чињенично правним ситуацијама:

**ПРОЦЕСНО ПРАВО – ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК
СУКОБ НАДЛЕЖНОСТИ**

СУКОБ НАДЛЕЖНОСТИ

У споровима о накнади штете проузроковане објављивањем информација на територији Републике Србије стварно је надлежан Виши суд у Београду.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Р1 167/2017 од 20.4.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**КОНВАЛИДАЦИЈА ПРЕДЛОГА ЗА ПОНАВЉАЊЕ ПОСТУПКА
ПОДНЕТОГ ОД НЕОВЛАШЋЕНОГ ЛИЦА**

Предлог за понављање поступка странке која није адвокат не може се оснажити и постати дозвољен давањем накнадне изјаве адвоката да исти одобрава као пуномоћник подносиоца предлога кога је правно ваљано заступао до правноснажног окончања спора.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Прев 451/2017 од 28.12.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ЗАСТУПАЊЕ МИНИСТАРСТВА ОДБРАНЕ И ВОЈСКЕ СРБИЈЕ

Недопуштен је правни лек који је у име Министарства одбране и Војске Србије изјављен након 6.2.2015. године без одобрења Војног правобранилаштва од стране Државног правобраниоца или Дирекције за имовинскоправне послове Министарства одбране.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев 415/2017 од 19.7.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

УРЕДНОСТ ЕЛЕКТРОНСКОГ ДОКУМЕНТА

Неуредан је трошковник упућен електронском поштом без квалификованог електронског потписа његовог подносиоца.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 2919/2016 од 30.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

БЛАГОВРЕМЕНОСТ ПРЕПОРУЧЕНЕ ПОШИЛЈКЕ

Препорученом пошилјком се сматра свака пошилјка која је означена бар кодом, бројевима и ознаком Републике Србије, без обзира да ли носи ознаку Р или АА.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 668/2018 од 4.4.2018. године)

**ОЦЕНА БЛАГОВРЕМЕНОСТИ ПОДНЕСАКА
АДВОКАТА У ШТРАЈКУ**

Рок за благовремено достављање поднесака од стране адвоката у штрајку почиње да тече почетком првог наредног дана по престанку – обустави штрајка.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 1517/2017 од 22.6.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ДОЗВОЉЕНОСТ РЕВИЗИЈЕ ПРОТИВ НАЛОГА
ЗА ПОВРАТАК МАЛОЛЕТНОГ ДЕТЕТА**

Ревизија није дозвољена против решења о издавању налога за повратак малолетног детета у ванпарничном поступку.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев 880/2017 од 11.5.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ПОНАВЉАЊЕ ПОСТУПКА ЗБОГ ИЗМЕЊЕНЕ ПРАКСЕ ВКС

Измењена пракса ВКС не представља нов доказ због кога се може поновити правноснажно окончан поступак.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 788/2016 од 9.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

УТИЦАЈ И ВРСТЕ ОДЛУКЕ НА ПОНАВЉАЊЕ ПОСТУПКА

Понављање правноснажно окончаног поступка није условљено врстом одлуке којом је окончан поступак чије се понављање тражи.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев 2394/2015 од 14.4.2016. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО

НИШТАВОСТ УГОВОРА ЗАКЉУЧЕНИХ БЕЗ САГЛАСНОСТИ АГЕНЦИЈЕ ЗА ПРИВАТИЗАЦИЈУ

Привредно друштво које послује са већинским друштвеним капиталом не може захтевати утврђење апсолутне ништавости уговора због сопственог пропуста да пре закључења прибави сагласност Агенције за приватизацију јер се сходно закону такви уговори могу поништити само одлуком Агенције за приватизацију.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Прев 99/2017 од 13.4.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

СОЛИДАРНА ОДГОВОРНОСТ ЗА ПРУЖЕНЕ АДВОКАТСКЕ УСЛУГЕ

Окривљени и његов супружник су солидарно одговорни за пружене адвокатске услуге адвокату, кога су самостално ангажовали као браниоца окривљеног у кривичном поступку.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев 600/2016 Рж 83/2016. од 25.8.2016. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

НАКНАДА ШТЕТЕ У ВИДУ РЕНТЕ

Право на ренту не може стећи официр услед неоствареног напредовања у чин генерала коме је ускраћена могућност остварења зараде у висини генералске плате.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 716/2016 од 11.10.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ЕКСТРАДИЦИОНИ ПРИТВОР И ПРАВО НА НАКНАДУ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ

Нема незаконитог и неправилног рада државних органа у ситуацији када је тужиоцу одређен притвор као мера обезбеђења у

поступку извршења из замолнице правосудних органа Републике Италије.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев 1387/2017 од 7.9.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ОДГОВОРНОСТ ЗДРАВСТВЕНЕ УСТАНОВЕ
ЗА МЕДИЦИНСКУ ШТЕТУ**

Здравствена установа одговара за штету коју претрпе оштећени услед пружене медицинске услуге по основу кривице или одговорности за другог.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев 243/2016 од 16.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ПРАВО НА ИСПЛАТУ УГОВОРНЕ КАЗНЕ
НАКОН РАСКИДА УГОВОРА**

Законским установљењем права на исплату уговорне казне као претпостављене штете конституише се и право повериоца да на темељу одредбе члана 132. став 1. ЗОО захтева и оствари исплату уговором опредељеног износа уговорне казне и након скривљеног раскида уговора због неизвршења преузетих уговорних обавеза од стране дужника.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Прев 52/2017 од 2.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ПРАВО НЕЗАПОСЛЕНИХ ЛИЦА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ

Када се исплата кориснику врши по основу правноснажног решења органа управе нема противправности, па се не стичу услови за накнаду штете.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев 1807/2017 од 21.12.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ОДГОВОРНОСТ ДАВАОЦА СТАНА ЗА ШТЕТУ
ПРИЧИЊЕНУ ТРЕЋИМ ЛИЦИМА**

Давалац откупљеног стана одговоран је за штету причињену трећим лицима услед утврђене ништавости уговора о откупу стана и уговора о купопродаји.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев 1749/2015 од 16.12.2016. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ЗАСТАРЕЛОСТ ЗАКУПНИНЕ

Потраживања закупнине за стан у друштвеној и државној својини застарева у року од три године, а право из кога проистичу ова потраживања не застарева.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев 666/2015 од 7.4.2016. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ТУЖБА ЗБОГ СТИЦАЊА БЕЗ ОСНОВА И ПОСЕБАН РОК
ЗАСТАРЕЛОСТИ**

У случају када је посебним законом одређен рок застарелости не може се применити општи застарни рок без обзира на то што је поднета тужба ради стицања без основа.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 816/2016 од 9.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ОДРЕЂЕНОСТ ИМОВИНСКОПРАВНОГ ЗАХТЕВА
И ПРЕКИД ЗАСТАРЕЛОСТИ**

Истицањем имовинскоправног захтева у кривичном поступку и без опредељивања висине накнаде штете прекида се застарелост.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев 1890/2017 од 11.10.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ПРЕКИД ЗАСТАРЕЛОСТИ ПОДНОШЕЊЕМ
ИМОВИНСКОПРАВНОГ ЗАХТЕВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ**

Имовинскоправни захтев поднет у кривичном поступку прекида застаревање захтева за накнаду штете без обзира на исход кривичног поступка, ако је оштећени ради остваривања свог захтева упућен на парницу и ако је у року од три месеца од правноснажности пресуде кривичног суда покренуо парницу за накнаду штете.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев 2270/2017 од 22.11.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

РАДНО ПРАВО

ОСНОВИЦА ЗА ОБРАЧУН УВЕЋАНЕ ЗАРАДЕ

Запослени има право на обрачун увећане зараде, применом основице за коју је сагласно општем акту послодавца, одређено да елемент обрачуна основне зараде представља накнада за топли оброк и регрес за коришћење годишњег одмора.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 1488/2017 од 13.12.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ НЕПОШТОВАЊА
РАДНЕ ДИСЦИПЛИНЕ**

Послодавац може отказати уговор о раду запосленом због непоштовања радне дисциплине, ако запослени неоправдано одбије да ради на пословима на које је привремено премештен због хитности посла.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 636/2017 од 11.5.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**НАПУШТАЊЕ МЕСТА ПРЕБИВАЛИШТА
ЗА ВРЕМЕ ПРИВРЕМЕНЕ СПРЕЧЕНОСТИ ЗА РАД ЗАПОСЛЕНОГ**

Напуштање места пребивалишта за време привремене спречености за рад запосленог без дозволе стручно-медицинског органа матичне филијале Фонда здравственог осигурања не мора имати за последицу злоупотребу права на боловање и отказ уговора о раду.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 842/2017 од 30.11.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

НЕОСТВАРИВАЊЕ РЕЗУЛТАТА РАДА КАО РАЗЛОГ ЗА ОТКАЗ

Задатак који се поставља запосленом мора бити објективно изводљив – могућ у одређеном временском периоду (што се испитује у сваком конкретном случају), а да би отказ из овог отказног разлога био законит потребно је да запослени објективно могућ задатак није остварио својом кривицом- нечињењем или недовољним чињењем.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 341/2017 од 7.2.2018. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**НЕЗАКОНИТ ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПОВРЕДЕ
РАДНЕ ОБАВЕЗЕ**

Послодавац не може да откаже уговор о раду запосленом због повреде радне обавезе ако запослени одбије да ради на пословима који нарушавају његово здравље.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 304/2017 од 22.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**НЕЗАКОНИТОСТ ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПРЕСТАНКА
ПОТРЕБЕ ЗА РАДОМ УСЛЕД ОРГАНИЗАЦИОНИХ ПРОМЕНА**

Послодавац не може отказати уговор о раду запосленом који врши самостално родитељско право због организационих промена, ако је Програмом решавања вишка запослених због организационих

промена предвидео посебну заштиту родитељима који самостално врше родитељско право.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 2659/2016 од 23.2.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

РАЗРЕШЕЊЕ ДИРЕКТОРА УСТАНОВЕ

(Члан 126. став 1. Закона о социјалној заштити у вези члана 175. став 1. тачка 2. Закона о раду)

Нису испуњени услови за разрешење директора установе пре истека мандата због испуњења услова за престанак радног односа у погледу година живота и стажа осигурања прописаних одредбом члана 175. став 1. тачка 2. Закона о раду, уколико је директор са својим послодавцем постигао споразум о продужењу радног века до истека мандата.

(Сентенца из пресуде Вишег суда у Пироту П.2/15 од 31.3.2015. године и пресуде Апелационог суда у Нишу 9Гж1.708/15 од 10.9.2015. године)

ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ СМАЊЕНОГ ОБИМА ПОСЛА НА СИСТЕМАТИЗОВАНОМ РАДНОМ МЕСТУ

Послодавац не може отказати уговор о раду запосленом због смањеног обима посла на радном месту на коме је запослени био једини извршилац, када је то радно место систематизовано и није попуњено.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 469/2017 од 30.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ПРАВО ЗАПОСЛЕНОГ НА ДЕЛОТВОРНИ ПРАВНИ ЛЕК ПРОТИВ РЕШЕЊА О ОТКАЗУ УГОВОРА О РАДУ

Записник са седнице Школског одбора на којој је одлучено о приговору запосленог против решења уговора о раду, не може произвести правно дејство писмено израђеног и образложеног решења које се може побијати тужбом.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 2501/2017 од 26.10.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ПРОМЕНА РАДНОПРАВНОГ СТАТУСА ЗАПОСЛЕНОГ
СА ПРИСТАНКОМ**

Законом о јавном поретку и правилима морала није забрањена промена радноправног статуса запосленог са његовим пристанком из режима радног односа на неодређено време у радни однос на одређено време.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 2387/2016 од 24.5.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ПРАВА ЗАПОСЛЕНОГ КОЈИ ЗБОГ НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА
НЕ ЗАХТЕВА РЕИНТЕГРАЦИЈУ**

Запослени који због незаконитог отказа не захтева реинтеграцију има право на супституциону накнаду штете која не искључује право запосленог на накнаду штете због изостале зараде.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 411/2017 од 20.4.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ СУПРОТНЕ ОДЛУКЕ СУДА
И ОРГАНА УПРАВЕ**

Запослени не може да трпи штетне последице у ситуацији када се у погледу његовог радноправног статуса донете супротне одлуке од стране редовног суда и органа управе.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 889/2016 од 22.2.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ПРИВРЕДНО ПРАВО

**ОСТВАРЕЊЕ ПРАВА НА ОТКУП АКЦИЈА У ЗАПОЧЕТОМ
ПОСТУПКУ ПРЕУЗИМАЊА**

У започетом а неокончаном поступку преузимања акционарских друштава до дана ступања на снагу Закона о преузимању акционарских друштава ("Службени гласник РС" 99/2011), мањински акционари циљ-

ног друштва су овлашћени да подношењем захтева суду остваре откуп њихових акција са правом гласа под условима који су сагласно закону морали бити објављени у понуди за преузимање.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Прев 253/2016 од 23.2.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ПОБИЈАЊЕ ПРАВНОГ ПОСЛА ИЗ КОГА ЈЕ ДУГОВАНА КОРИСТ ИСПЛАЋЕНА ТРЕЋЕМ ЛИЦУ

Правно је допуштено побијање уговора о продаји непокретности по коме је уговорена купопродајна цена уместо продавцу уплаћена трећем лицу као извршење обавезе из компензационог правног посла продавца и трећег лица.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Прев 65/2017 од 16.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ГУБИТАК ПРАВА НА ПРЕБИЈАЊЕ ПОТРАЖИВАЊА У ПОСТУПКУ СТЕЧАЈА

Неподношењем пријаве потраживања са изјавом о пребијању до истека рока за пријаву потраживања у поступку стечаја гасе се повериочева права према стечајном дужнику, због чега поверилац неблаговремено пријављеног потраживања губи и право пребијања тог потраживања према стечајном дужнику.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Прев 237/2016 од 18.5.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

СТВАРНО ПРАВО

ПРЕДМЕТ ХИПОТЕКЕ

Хипотеком су обухваћени само уговором о хипотеци или заложном изјавом одређена или одредива главна и споредна потраживања.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев 1641/2016 од 7.9.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

НАСЛЕДНО ПРАВО

РАСКИД УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ ЗБОГ ТРАЈНО ПОРЕМЕЋЕНИХ ОДНОСА

Право на раскид уговора о доживотном издржавању због трајно поремећених односа није условљено узроком поремећаја односа и постојањем кривице једне од уговорних страна.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев 777/2016 од 22.6.2016. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ИЗВРШНИ ПОСТУПАК

ПОБИЈАЊЕ РЕШЕЊА У ПОСТУПКУ ИЗВРШЕЊА

Недопуштена је тужба за утврђење ништавости решења донетих у поступку извршења јер се такве одлуке могу правно ваљано побијати само правним средствима прописаних Законом о извршном поступку.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев 3072/2017 од 8.2.2018. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПОСТУПАЊА КРИВИЧНИХ СУДОВА

Различито поступање кривичних судова у одређеним фазама неправноснажно окончаног кривичног поступка не представља акт дискриминације.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев1 8/15 од 27.12.2016. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

УПРАВНО ПРАВО

**НАДЛЕЖНОСТ СУДА У ПРЕДМЕТУ ИСКЉУЧЕЊА
ИЗ ЧЛАНСТВА УДРУЖЕЊА ПЕНЗИОНЕРА**

За поступање у предмету искључења из чланства удружења пензионера стварно је надлежан основни суд.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Ус 19/2017 од 26.6.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**НАДЛЕЖНОСТ СУДА У ПРЕДМЕТИМА ЗАШТИТЕ
У ВЕЗИ СА УЗБУЊИВАЊЕМ**

За поступање у предмету заштите у вези са узбуњивањем, надлежан је виши суд.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Ус 27/2016 од 11.1.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

**ИЗРИЦАЊЕ МЕРЕ ЗБОГ ПОВРЕДЕ КОДЕКСА
ПРОФЕСИОНАЛНЕ ЕТИКЕ**

Изрицање мере због повреде кодекса професионалне етике не спада у судску надлежност.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Ус 15/2017 од 25.5.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ИНФОРМАЦИЈА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА

Бројност захтева за добијање информације од јавног значаја, не може бити разлог за одбијање захтева.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Прзз 6/2017 од 23.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ОДГОВОРНОСТ ИЗВОЗНИКА ПРИЛИКОМ УВОЗА РОБЕ
СА ПРЕФЕРЕНЦИЈАЛНИМ ПОРЕКЛОМ

Извозник је одговоран за тачност података унетих у фактури о преференцијалном пореклу робе.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Прзз 21/2017 од 23.11.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

ПРИМЕНА БЛАЖЕГ ПРОПИСА

На учиниоца прекршаја примењује се закон – пропис који је важио у време извршења. Ако је после извршеног прекршаја измењен закон једном или више пута, примењује се најблажи за учиниоца.

(Сентенца из решења Врховног касационог суда Прзз 1/2018 од 14.2.2018. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године)

V

УЈЕДНАЧАВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ

У вршењу своје законске обавезе обезбеђивања јединствене судске примене права и уједначавања судске праксе, судије Врховног касационог суда одржале су састанке са представницима апелационих судова и Привредног апелационог суда ради разрешења спорних правних питања и проблема решавања старих предмета, према Споразуму председника апелационих судова са председником Врховног касационог суда и распоредом утврђеним за сваку годину.

У периоду између два Саветовања одржани су састанци са представницима грађанских одељења и одељења за радне спорове апелационих судова и Привредног апелационог суда и то 28.09.2017. године у Крагујевцу, дана 08.12.2017. године у Београду, 23.03.2018. године у Новом Саду и 15.06.2018. године у Нишу.

На овим састанцима разматрана су спорна питања из области опште грађанске материје и материје радног права.

На заједничкој седници одржаној 28.09.2017. године, усвојени су **закључци** које су једногласно прихватили сви апелациони судови а који гласе:

1. Конвенција о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговачким стварима у члану 2. став 1. прописује да ће свака држава уговорница именовати централни орган који ће бити задужен да прими замолнице које потичу од судског органа друге државе уговорнице и да их доставља надлежном органу ради извршења и да ће свака држава организовати централни орган у складу са својим законодавством, ставом 2. наведеног члана је прописано да се замолница доставља централном органу замољене државе, уз посредовање других органа те државе. Чланом 3. је предвиђено шта замолница треба да садржи тј. какве податке. Наиме у ситуацији када Центар за социјални рад не може да прибави потребне податке суд свакако мора. Из напред наведеног потребно је применити члан 2 и члан 3. Хашке Конвенције о извођењу доказа у иностранству у грађанским и трговачким стварима, односно јесте обавеза суда да прибави доказе, извештај установе специјализоване за породичне односе, односно надлежног органа земље пребивалишта односно боравишта детета.

2. Законски заступник странке која нема парничну способност (малолетна лица, лица лишена пословне способности) не може да изда пуномоћје за заступање те странке у парници у којој се штите њени интереси, свом крвном сроднику у правој линији, брату, сестри или брачном другу, у смислу члана 85. став 2. ЗПП. Изузетак од овог правила је ситуација када лица ангажована од стране законског заступника спадају у круг лица из члана 85. став 2. ЗПП, у односу на заступано лице, односно ако се ради о крвном сроднику у правој линији, брату, сестри или брачном другу лица које нема парничну способност.

Апелациони судови се нису сагласили око става у вези препоручене пошिल्ке и благовремености поднеска, па се Грађанско одељење о овом спорном питању изјаснило на седници доношењем

ЗАКЉУЧКА

Врховни касациони суд налази да се препорученом пошљком има сматрати свака пошљка која је означена бар кодом, бројевима и ознаком Републике Србије, без обзира да ли носи ознаку Р или АА.

На заједничкој седници апелационих судова са Привредним апелационим судом и представницима Врховног касационог суда одржаној у Београду 08.12.2017. године усвојени су закључци о којима су се сви апелациони судови сагласили, а они су следећи:

1. У погледу застарелости потраживања у односу на предузетнике примењује се рок од 10 година прописан одредбом члана 371. Закона о облигационим односима.

У вези овог питања, Грађанско одељење Врховног касационог суда се на седници одржаној дана 18.12.2017. године изјаснило тако што је донело

Одлуку

да се не прихвата предлог за имену важеће судске праксе и примене члана 347. ЗОО о трогодишњем року застарелости на предузетнике за потраживања према њима проистекла из привредног пословања (промет роба и услуга).

На истој седници одржаној дана 08. децембра 2017. године у организацији Апелационог суда у Београду, донети су и **закључци које су прихватили сви апелациони судови:**

- **камата код регресних потраживања осигуравачу припада од дана исплате накнаде штете.**

- **Привредни суд је надлежан за поступање по тужби ради проглашења извршења недопуштеним када је тужба поднета после отварања поступка стечаја над тужиоцем.**

У вези постављеног питања које је било спорно између апелационих судова о праву на увећану зараду по основу социјалног програма, Грађанско одељење Врховног касационог суда на седници одржаној дана 24.10.2017. године изјаснило и донело

Одлуку

Социјални програм представља извор права у материји исплате зараде.

На заједничкој седници одржаној у организацији Апелационог суда у Новом Саду дана 23.03.2018. године у погледу питања застарелости наплате судске таксе, сви апелациони судови су се сагласили

- да се наплата судске таксе спроводи у судском а не административном поступку,
- да се приговор застарелости може истицати у правном леку против решења о извршењу донетог на основу члана 40.
- Апелациони судови се нису сагласили о томе да ли суд по службеној дужности пази на застарелост права наплате судске таксе,
- да ли се застаревање прекида достављањем опомене или налога за плаћање судске таксе у складу са чланом 388. ЗОО и око природе рока за наплату судске таксе.

Поводом питања око кога се апелациони судови и Привредни апелациони суд у Београду нису сагласили а то су:

- **ништавост одредбе уговора о кредиту којом се корисник обавезује да банци плати трошкове обраде у процентуланом износу од износа одобреног кредита.**

Грађанско одељење Врховног касационог суда је о том спорном питању дана 22.05.2018. године заузело

ПРАВНИ СТАВ

Банка има право на наплату трошкова и накнаду банкарских услуга па одредба уговора о кредиту којом се корисник кредита обавезује да банци плати трошкове кредита није ништава под условом да је понуда банке садржала јасне и недвосмислене податке о трошковима кредита.

Трошкови обраде кредита и пуштања кредита у течај као и други трошкови које банка обрачуна кориснику приликом одобравања кредита или који су познати на дан обрачуна и које банка обрачунава кориснику кредита у току реализације уговора о кредиту могу бити исказани у процентуалном износу и наплаћују се само кроз обрачун ефективне каматне стопе.

О питањима која су постављена на заједничкој седници апелационих судова и привредног апелационог суда 15. јуна 2018. године у Нишу се Грађанско одељење Врховног касационог суда није изјашњавало.

VI ЗАКЉУЧАК

Доследна и уједначена судска пракса, предвидивост судских одлука једнако поступање у једнаким стварима обезбеђује право на правично суђење и једнаку заштиту странака пред судом.

Због тога је и у овом периоду Грађанско одељење Врховног касационог суда своју активност усмерило на извршавање законске обавезе обезбеђивање јединствене судске примене права усвајањем правних ставова у поступцима решавања спорног правног питања, правних ставова и закључака, ставовима израженим у одлукама о ванредним правним средствима и сукобима надлежности, прихватање одлучивања о ревизијама као изузетно дозвољеним и утврђивачима одређеног броја сенценци из судских одлука. На овај начин разрешен је одређени број спорних питања од значаја за уједначавање судске праксе.

Начело правне сигурности јемчи између осталог одређену стабилност у правним ситуацијама и доприноси поверењу јавности у судове.

Истрајност доношења различитих судских одлука у истим или битно сличним чињенично правним ситуацијама а нарочито пред највишим судом може да створи правну несигурност која би смањила поверење у правосудни систем а оно је један од основних компоненти државе засноване на владавини права.

Врховни касациони суд у спровођењу законом прописане надлежности у суђењу и надлежности изван суђења обезбеђује јединствену судску примену права у циљу даљег унапређења институционалне ефикасности и делотворности правосуђа и остварења већег степена правне сигурности у Републици Србији као правној држави, заснованој на владавини права и социјалној правди, начелима грађанске демократије и људским и мањинским правима и слободама.

Гордана Ајншпицер Поповић,
судија Врховног касационог суда

УТИЦАЈ ОДЛУКА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У СТРАЗБУРУ НА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА У ВЕЗИ ПРИМЕНЕ СПОРАЗУМА О СУКЦЕСИЈИ

Распад СФРЈ условио је појаву многих проблема у вези са имовином чији су носиоци права коришћења били правна лица са седиштем ван територије републике на којој се непокретност налази, односно на територији друге републике бивше СФРЈ. Одмах по окончању сукоба, дошло је до покретања великог броја судских поступака, ради остварења права на наведеној имовини, па се тако пред судовима и појавио овај значајни проблем. Решавање проблема искомпликовало се и приватизацијом правних лица која су била носиоци права коришћења, а до које је дошло у републикама бивше СФРЈ које су постале самосталне државе, у циљу престанка друштвене својине. То је директно утицало на потребу свеукупног сагледавања и међусобног повезивања свих промена које су се дешавале и њиховог утицаја на права, која су ова правна лица имала на имовини на територији Републике Србије.

Анализа поступања у предметима којима би се решавало ово спорно правно питање указује пре свега да су постојале две врсте предмета, односно предмети са две различите врсте захтева.

То су пре свега предмети у којима су правна лица са седиштем на територији ван Републике Србије, а у бившим републикама СФРЈ, тражили да се утврди њихово право својине на непокретностима које се налазе на територији Републике Србије, а на којима су пре распада бивше СФРЈ имали право коришћења на средствима која су у друштвеној својини. У наведеним предметима тужиоци су били сада страна правна лица, односно правна лица са седиштем ван територије Републике Србије, а тужени су били правна лица основана у Републици Србији у складу са Уредбама које су важиле почетком 90-тих година, а која су формирана од пословних јединица тужилаца, која су пословала на територији Републике Србије

или лица која су у међувремену правним послом стекла наведеном имовином и сада се декларишу као носиоци права на истој.

Друга врста поступака покренута је захтевима управо правних лица основаних од пословних јединица правних лица са седиштем ван територије Републике Србије у складу са тада важећим Уредбама, а са захтевом да се утврди да су они носиоци права на наведеној имовини или да се утврди ништавост уговора којима је правно лице са седиштем ван територије Србије чија су пословна јединица били отуђило исту трећим лицима и то увек физичким лицима или правним лицима са пребивалиштем односно седиштем на територији Републике Србије.

Кратком анализом досадашњег поступања судова може се сагледати да су судови све до усвајања Споразума о сукцесији прекидали овакве поступке, те да су одмах по усвајању Споразума о сукцесији и његовој ратификацији, такође сматрали да наведене поступке треба прекинути све док се не закључе билатерални споразуми између Србије и других бивших југословенских република, а којим споразумима треба решити питања у погледу разграничења имовине и права, из разлога што је такав начин поступања према становишту судова и предвиђен Прилогом Г Споразума о сукцесији.

У правничкој јавности међутим дошло је до тумачења да се Споразум о сукцесији директно примењује и да стога нема основа и разлога за прекид наведених поступака до закључења билатералних споразума, што је и условило наставак највећег броја започетих поступака, односно мери торно одлучивање у истима. У наставку започетих поступака или у ново-започетим поступцима после заузимања оваквог правног става о директној примени Споразума о сукцесији, после дуготрајног усклађивања у одлучивању усвојено је правно схватање Врховног касационог суда. Текст наведеног закључка Врховног касационог суда из 2011. године гласи:

"Анекс Г Споразума о питањима сукцесије се примењује на питања имовине делова предузећа у Републици Србији која имају седи-

ите на територијама држава сукцесора бивше СФРЈ, под условима постојања фактичког реципроцитета."¹

После усвајања цитираног правног схватања Врховног касационог суда, у свим предметима усаглашено је одлучивано, тако што је утврђено да су уговори који су закључивани између правних лица са седиштем на територији ван Републике Србије, односно на територији бивших југословенских република, а који су имали право коришћења на непокретној имовини на територији Републике Србије и физичких или правних лица са територије Републике Србије као купаца, ништави из разлога што због недостатка фактичког реципроцитета, нашим правним и физичким лицима није признато право располагања правним лицима на територији других република на исти начин. Наведено се пре свега односило на спорове са правним лицима са седиштем у Републици Хрватској, јер су и били далеко ко најмногобројнији.

Одлуке свих судских инстанца поништене су међутим од стране Уставног суда, који није прихватио дато образложење и исказано правно схватање Врховног касационог суда у погледу непостојања фактичког реципроцитета, већ је подржавајући становиште о директној примени Споразума о сукцесији, и њиме успостављеним реципроцитетом, указао на потребу поновног суђења. Указано је да реципроцитет уговорен самим Споразумом о сукцесији и Прилогом Г истог споразума, те да у случају постојања дипломатског реципроцитета државе не могу одбијати да поступе у складу са одредбама споразума позивајући се на недостатак фактичког реципроцитета, и да је стога у спорним ситуацијама за решавање спорног односа неопходно решити питање дејства приватизације субјеката са седиштем на територији других бивших Република СФРЈ које су имале право коришћења на непокретностима у Републици Србији, од чега ће директно зависити и решавање наведених спорова. У одлукама Уставног суда исказано је становиште:

"Уставни суд налази да примена члана 2. Прилога Г Споразума о питањима сукцесије у суштини указује на неопходност утврђивања односа имовине приватизованог предузећа која је постојала у Републици

¹ Правни закључак усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 27.12.2010. године, преименован у правно схватање на седници одржаној 07.02.2011. године, верификовано 23.02.2011. године

Србији у моменту уписа дела предузећа на основу Уредбе о заштити имовине предузећа чије је седиште на територији бивших република СФРЈ (тужилац је организован у складу са наведеном Уредбом, и то од дела некадашњег Југословенског комбината гуме и обуће "Борово" из Борова) и актуелне имовине која постоји након пословања тог дела предузећа. Ово утолико пре што је то решење у складу са правилом међународног приватног права према коме је за статусна питања правног лица меродавно право државе чију државну припадност оно има, без претензија да је извршеном својинском трансформацијом повређен домаћи јавни поредак.

Уставни суд је мишљења да је са аспекта међународног приватног права, потребно расправити питање квалификације извршене својинске трансформације, односно да ли је реч о статусном питању (за које је меродаван *lex societatis*), или стварноправном питању (које се уређује према принципу *lex rei sitae*). У првом случају било би меродавно страно право (државе чију припадност има односно правно лице), а у другом – домаће право, као право државе места налажења (приватизоване) имовине."

...

Уставни суд налази да другостепени суд у оспореној пресуди није ценио квалификацију извршене својинске трансформације првотуженог, посебно имајући у виду садржину члана 2. Прилога Г Споразума о питањима сукцесије и примене меродавног права за решавање спорног случаја, што представља произвољно и арбитрерно закључивање редовног суда, те је оспореном пресудом повређено право подносилаца уставне жалбе на правично суђење, гарантовано одредбом члана 32. став 1. Устава. Стога је, на основу изложеног и одредбе члана 89. став 1. Закона о Уставном суду ("Службени гласник РС" бр. 109/07, 99/11 и 18/13 – Одлука УС), Суд уставну жалбу усвојио и одлучио као у тачки 1. изреке².

У складу са наведеним исказаним становиштем и у циљу поступања на указани начин Врховни касациони суд је разматрао могућност заузимања става у погледу решавања спорних правних ситуација, те су у том смислу дати на седници Грађанског одељења и предлози који су подразумевали посебну анализу спорних предмета у којима је тражено утврђење ништавости уговора закључених од стране правних лица са седиштем ван територије Републике Србије са физичким и правним лица-

² Одлука Уставног суда Уж 3570/2012 од 26.02.2015. године

ма са седиштем на територији Републике Србије, а којима се вршило отуђење наведених непокретности.

По анализи дејства приватизације на права правних лица са седиштем ван територије Републике Србије на њихова права на имовину у Републици Србији истакнути су и сумирани закључци према којима је као неспорно наведено:

1. Споразум о сукцесији не регулише питање трансформације друштвене својине у друге облике својине;

2. За регулисање питања трансформације друштвене својине у друге облике својине, односно приватне својине, на непокретностима на територији Републике Србије меродавно је право Републике Србије. Закони Републике Србије уз изузетак Закона о својинској трансформацији "Службени гласник РС" бр. 32/97 све до 2008. године нису садржали изричите одредбе о начину трансформације друштвене својине у приватну за имовину на којој су правна лица са седиштем ван територије Републике Србије били уписани носиоци права коришћења.

3. У периоду важења Закона о својинској трансформацији и почев од 03.01.2008. године трансформација друштвене својине на којој су носиоци права коришћења у релевантном тренутку 31.12.1990. године била правна лица са седиштем на територији бивших југословенских република, регулисана је Законом о приватизацији "Службени гласник РС" број 123/07 и могућа је само према одредбама цитираних Закона, односно закона који су уследили - Закона о приватизацији "Службени гласник РС" број 30/2010 и "Службени гласник РС" број 93/2012, као и Закон о приватизацији "Службени гласник РС" број 43/14.

4. Треба пружити правну заштиту савесним купцима који су се поуздали у податке из јавних књига у погледу уписаних права продавца;

5. Ако је пре извршене приватизације правног лица са седиштем ван Републике Србије, извршено располагање имовином на којој је наведено правно лице имало право коришћења, а иста се налазила на територији Републике Србије, и то располагање је било у складу са прописима Републике Србије, извршена приватизација у земљи седишта субјекта приватизације (бивше југословенске републике) не утичу на стечена права;

Спорно је остало међутим решење питања дејства приватизације правних лица са седиштем у бившим републикама СФРЈ на имовину која

је у Републици Србији. Као два предложена и анализирана понуђена решења су дата следећа решења:

- да приватизација имовине која је уписана као имовина у друштвеној својини са правом коришћења правних лица са седиштем ван територије Републике Србије у периоду до 2008. године није била могућа и дозвољена, па стога ни приватизације извршене у земљи седишта носиоца права коришћења нису довеле до промене својинског статуса наведених непокретности

или

- приватизација носилаца права коришћења непокретности које су на територији Републике Србије, а која је спроведена по праву земље седишта носиоца права коришћења доводи до промене-трансформације права коришћења наведеног субјекта у право својине на наведеним непокретностима.

По спорном правном питању није усвојено правно схватање од стране Гађанског одељења Врховног касационог суда, тако је проблем и даље остао, а кроз предмете су решаване конкретне ситуације.

Свака приватизација доводи до статусне примене субјекта приватизације али има за циљ и да утиче на промену власника имовине која је била обухваћена приватизацијом. Статусно-правне последице приватизације на субјекта приватизације према општим правилима међународног права регулишу се према закону земље седишта правног субјекта као меродавном по принципу *lex societatis* и прихватају се од стране других држава.

Спорно је међутим дејство наведене приватизације на имовину која се налази на нашој територији јер је опште прихваћен принцип да се на непокретности примењује правила *lex rei sitae*, односно закони земље где се непокретност налази. Стога, би за промену карактера својине са непокретности које се налазе на територији Србије било неопходно применити наше прописе који су регулисали могућност приватизације као начина трансформације друштвене својине у приватну. Како до Закона о приватизацији из 2008. године прописи Републике Србије осим Закона о својинској трансформацији "Службени гласник РС" број 32/97 који се примењивао од 30.07.1997. године до 07.07.2001. године, нису регулисали могућност и начин приватизације имовине на којој су носиоци права коришћења правна лица са седиштем на територији ван Републике Србије (у бившим републи-

кама СФРЈ) то се заправо за период у коме није било законске регулативе, појављује правна празнина коју је тумачењем потребно попунити.

- једно од могућих тумачења наведене правне празнине је да у том периоду до 30.07.1997. године и од 08.07.2001. године до 03.01.2008. године није била могућа нити дозвољена трансформација друштвене својине у приватну ако су носиоци права коришћења имовине у друштвеној својини на територији Републике Србије била правна лица са седиштем ван њене територије. У прилог овом тумачењу биле би и Уредбе које су у наведеном периоду регулисале да се не може мењати облик друштвене својине код правних лица која се организована од пословних јединица правних лица са седиштем ван Србије, и којима је било забрањено ма какво располагање наведеном имовином (осим припајања тако основаног друштвеног предузећа другом друштвеном предузећу, а чиме се и није мењао карактер својине, већ је иста остајала друштвена) а без посебног одобрења Владе Републике Србије.

Ово тумачење довело би до закључка да приватизација друштвених предузећа са седиштем ван територије Србије иако је довела до статусних промена субјекта приватизације, није могла довести до трансформације друштвене својине на непокретностима на којима је он имао право коришћења, а исте се налазе на територији Републике Србије, у приватну својину тог субјекта приватизације.

Евентуално прихватање оваквог става условило би принципијелан приступ у погледу дејства наведене приватизације, не искључујући међутим могућност да се у конкретном случају у коме је дошло до уписа права својине субјекта приватизације у јавне књиге Републике Србије решењем РГЗ, те потом и до продаје таквог објекта пружи заштита купцима као савесним трећим лицима који су поуздајући се у податке из јавних књига закључили уговоре о купопродаји са уписаним носиоцем права својине, а неретко се и сами уписали као власници купљених непокретности у јавне регистре у Републици Србији.

- правну празнину због непостојања законске регулативе којом би се у нашем систему предвидела могућност трансформације друштвене својине у приватну, за означене периоде, а за непокретности које се налазе на територији Републике Србије, а носиоци права коришћења су релевантног датума 31.12.1990. године, била правна лица са седиштем ван територије Србије (а која могућност је уведена кроз наведене измене

Закона о приватизацији из 2008. године, приватизацијом субјеката основаних од пословних јединица правних лица са седиштем ван територије Србије) могла би се попунити и тумачењем принципом аналогије. То би захтевало узимање у обзир начина на који су по нашим прописима приватизовани субјекти приватизације са седиштем на територији Републике Србије, односно да ли је при њиховој приватизацији узета у обзир и вреднована и имовина на територији других бивших југословенских република. Како је у контакту са Агенцијом за приватизацију утврђено да је при приватизацији субјеката приватизације са седиштем на територији Републике Србије уписивана и вреднована и имовина наведених лица на којој су они имали право коришћења, а налазила се у друштвеној својини на територији других бивших југословенских република, то би се применом принципа аналогије могло тумачити да је наш законодавац сматрао да ће се на исти начин, а то значи приватизацијом извршеном у земљи седишта носиоца права коришћења трансформисати друштвена својина на којој су право коришћења имала правна лица са седиштем ван Србије, те да из наведених разлога није ни регулисао у спорном периоду овакву могућност.³ Доследном применом овог тумачења с обзиром да је и Република Србија кроз приватизације својих субјеката приватизације располагала имовином ван територије Србије, са намером да се приватизацијом промени облик својине на наведеној имовини кроз промену својинског статуса субјекта приватизације, условило би потребу једнаког тумачења дејства приватизација које су извршене на носиоцима права коришћења на имовини на територији Републике Србије, а који су приватизовани по меродавном праву земље свог седишта.

³ **Напомена:** треба истаћи да постоје одређене специфичности у погледу Републике Хрватске, јер је она одмах по сукцесији донела пропис којим је сву имовину на којој су носиоци права били правна лица из Србије подржавила, а потом преко надлежног тела и отуђила. Применом правила *lex rei site* за имовину на њиховој територији меродавни би били прописи Републике Хрватске, па би стога и располагање наведеном имовином кроз процес приватизације, од стране наше Агенције за приватизацију било супротно меродавном Хрватском праву што би свакако имало последице и на пуноважност наведеног располагања. Међутим, сама околност да је Република Хрватска ту имовину пописала као имовину правних лица из Србије указивала би да је она прихватала да се ради о својини субјеката из Србије, осим уколико је при продаји вредновано само право коришћења, а што није могло да се провери на основу расположиве документације.

Суштинска примедбе оваквог тумачења је у чињеници да кроз поступак приватизације држава добија, продајом субјекта приватизације новчана средства у замену за трансформацију својине из друштвене у приватну (својина субјекта приватизације). У овом случају средства је кроз приватизацију добила страна држава (једна од република бивше СФРЈ на чијој територији је седиште субјекта приватизације), а не Република Србија на чијој би се територији трансформисао облик својине на непокретности.

- свакако да би чак се и евентуално прихватање дејства "стране приватизације" на статус имовине на територији Републике Србије могло би применити и важити само у ситуацијама у којима није у периоду до извршене приватизације, а у складу са важећим прописима Републике Србије као земље на чијој се територији непокретност налази дошло до располагања имовином, односно њене трансформације (нпр: уколико се друштвено предузеће основано од пословне јединице правног лица са седиштем на територији бивших југословенских република, припојило другом друштвеном предузећу, те кроз његову приватизацију спроведену по прописима Републике Србије трансформисало и карактер својине на имовини или у сличним ситуацијама).

Судска пракса је ишла у смеру укидања одлука нижестепених судова са захтевом да се утврде све наведене спорне чињенице у погледу дејства приватизације правних лица са седиштем на територији Републике Србије на статус имовине на територији Републике Србије и у поновним првостепеним или другостепеним поступцима доношене су различите одлуке. Наведено се поново поставља као питање пред Врховним касационим судом у поступцима по ревизији на одлуке донете у наведеним поновљеним поступцима.

Као изузетно значајна чињеница треба имати у виду да је у међувремену донета и одлука Европског суда за људска права у Стразбуру у предмету Младост турист АД против Хрватске број 73035/14, а којом је 30. јануара 2018. године одбачена представка предузећа из Србије Младост турист АД против Републике Хрватске из разлога недопуштености наведене представке у којој је изричито изнет став да Европски суд за људска права прихвата правно тумачење да сам Споразум по питањима сукцесије, односно Анекса Г истог Споразума не даје правним лицима правни основ за повраћај њихове предратне имовине већ ће такав повра-

ћај евентуално бити могуће тек када буде склопљен додатни билатерални уговор између Републике Хрватске и Републике Србије, којим би се конкретизовале одредбе Анекса Г. Из наведених разлога је Европски суд за људска права и дату представку прогласио очигледно неоснованом. Ради сагледавања аргумената Европског суда за људска права изнетог у наведеној представи даје се и део образложења из исте:

"Суд уочава да Хрватска није закључила било какав билатерални споразум или усвојила прописе у циљу примене члана 2. Анекса Г Споразума о питањима сукцесије. Стога, сматра да захтев предузећа подносиоца за утврђење својине права на предметном земљишту ни њен захтев за накнаду штете, нема довољан основ у домаћем праву, или у међународним споразумима који су део међународног правног поретка, да би се могао сматрати "имовином", а тиме и "власништвом", када се штити у смислу члана 1. Протокола бр. 1 уз Конвенцију"⁴.

Доношење наведене одлуке Европског суда за људска права која у поступку по представи предузећа из Републике Србије против Републике Хрватске директно указује да суд прихвата правно тумачење хрватских судова, да се сам Споразум о питањима сукцесије, односно Прилог-Анекс Г не може директно применити, већ да је потребно претходно закључење додатних билатералних уговора између Републике Хрватске и Републике Србије, директно утиче и на поступке одлучивања по захтевима предузећа покренутих од стране правних лица са седиштем на територији Републике Хрватске, а тиме евентуално и других бивших југословенских република у погледу права на имовину на територији Републике Србије и враћа поступке у готово првобитну фазу. Примена наведеног схватања условљава прекид и наведених поступака до закључења билатералних уговора између бивших југословенских република-потписница Споразума о цесији.

При заузимању става о поступањима у наведеним предметима важно је имати у виду да бивше републике СФРЈ различито поступају у погледу начина располагања са имовином правних лица са седиштем на територији Републике Србије, на њиховим територијама на којима су иста имала право коришћења и то тако, што неке признају право својине правним лицима са седиштем на територији Републике Србије док друге одбијају да признају наведено право у чему се посебно истиче Република

⁴ Одлука Европског суда за људска права у Стразбуру, по представи Младост турист АД из Србије против Републике хрватске бр. 73035/14

Хрватска која је чак преко посебно образованих владиних тела извршила и продају и отуђење имовине која су правна лица са седиштем на територији Републике Србије имала на територији Републике Хрватске и одбила све захтеве правних лица са територији Републике Србије за утврђивање права својине или коришћења на наведеној имовини.

Закључење међусобних билатералних споразума између држава потписница Споразума о сукцесији, омогућила би различита решења у наведеним конкретним споразумима, а она би уважавала конкретне фактичке ситуације и досадашње поступање потписница по овом путању. На тај начин би се свакако успоставили принципи поступања и највећи број спорова био би решен. Судовима би преостало да реше само спорне правне ситуације и уз применом принципа из билатералног споразума. Управо из тих разлога судови су првобитно и прекидали поступке до њиховог закључења.

Остаје међутим реална бојазан када ће доћи до закључења ових споразума, посебно када се има у виду да наведени процес усаглашавања готово није ни започет или је могло би се рећи и намерно опструисан. Прекид свих судских поступака тиме би на сасвим сигурно изузетно дуг период одложио решење спорова око имовине и оставио неизвесност у погледу права на исту, а то никада није добро, посебно код правних лица.

Ипак и спорови у Републици Србији морају се решити на исти начин као и у другим бившим републикама, а то значи прекидом поступка, до закључења билатералних споразума, а потом по закључењу истих и наставку поступка, зависно од њихове садржине.

Посебан проблем представља чињеница да се у тренутку када је нашој јавности постала доступна одлука Европског суда за људска права предмети у погледу захтева страних правних лица налазе у различитим фазама одлучивања, а неки већ и у фази извршења, те је потребно анализирати и сагледати како наведена одлука Европског суда за људска права утиче на те поступке.

Становишта смо да се у парницама које су још увек у току, а у којима се тражи утврђење права својине по тужбама правних лица са седиштем на територији Републике Хрватске у погледу имовине која се налази на територији Републике Србије, аналогном применом исказаних правних ставова Европског суда за људска права о немогућности директне примене Споразума о сукцесији и потреби закључења додатних билатералних уговора између Републике Србије и Републике Хрватске,

којим би се конкретизовале одредбе Анекса Г, сви наведени поступци морају прекидати до закључења наведеног билатералног споразума и спровођења процедуре која истим буде предвиђена. У наведеној ситуацији не би требало одлучивати ни тако што ће се у складу са досадашњом праксом, признавати тужиоцима-правним лицима са седиштем на територији ван Републике Србије, право коришћења на непокретностима на територији Републике Србије, као уже право од права својине, са образложењем да су наведена права имали на дан који је према Споразуму о сукцесији релевантан за утврђење обима права, (а то је 30.12.1990. године), јер и наведено представља директну примену Споразума о сукцесији, за шта с обзиром на изричити став Европског суда за људска права нема основа, односно услова. Поред наведеног такве одлуке доводе у пракси до утврђивања права коришћења правних лица са седиштем на територији Републике Хрватске, што одмах узрокује њихов захтев да им се непокретности предају у државину ради обезбеђења коришћења утврђених права на имовини, па и одпочињање поступака принудних извршења, а што све може довести до фактичког успостављања коришћења непокретности на територији Републике Србије од стране правних лица са седиштем на територији Републике Хрватске, што је директно супротно позицији правних лица са седиштем на територији Републике Србије у погледу имовине на територији других бивших република, посебно Републике Хрватске, чије право је оспорено кроз одлуке судова Републике Хрватске. Зато би до закључења билатералног споразума између Републике Србије и Републике Хрватске ови поступци требало да буду у прекиду.

Иако је одлука Европског суда за људска права донета у погледу представке против Републике Хрватске аналогijом исти принцип треба применити и за друге потписнице Споразума о сукцесији. Очигледно је да Споразум о сукцесији, према тумачењу Европског суда за људска права представља само оквирни споразум који се не може директно применити и за чију примену је потребно сачињавање додатних билатералних уговора између држава потписница, а који нису закључени до сада. Зато нема основа да се судским одлукама утврђује ни право коришћења наведених правних лица, јер нема ни дипломатског репроцититета који би се сходно изнетом могао успоставити, тек билатералним уговором, а ни фактичког репроцититета који би у недостатку дипломатског репроцититета могао бити основ за такво утврђење.

Остаје проблем парница које су окончане на наведени начин и којима је дошло до директне примене Споразума о сукцесији па су правним лицима са седиштем на територији Републике Хрватске и других држава насталих о република бивше СФРЈ призната права пре доношења наведене одлуке Европског суда за људска права и исказивања става о потреби закључења додатних билатералних уговора, а чији опстанак у правном животу би проузроковао успостављање права за које према становишту Европског суда кроз регулативу нису испуњени услови, доводе до различитог положаја у односу на наше субјекте, а и довела би до различитог одлучивања у погледу одлука донетих пре и у погледу одлука донетих по доношења и упознавању са одлуком Европског суда. Стога, као један од могућих видова усаглашавања судске праксе и нивоа зашћених права пре свега треба користити могућност подношења уставне жалбе. Може се размишљати и о подношењу захтева за понављање наведених поступака који су правноснажно окончани утврђивањем права правних лица са седиштем ван територији Републике Србије, а у погледу имовине на територији Републике Србије, без обзира да ли су утврђена права својине, (што је изузетно ретко и готово су појединачни случајеви) или су утврђена права коришћења, као ужег права од права својине на страни страних правних лица. Само поништај тих одлука у поступку по уставној жалби или понављање наведених поступака омогућило би да се и у њима примене иста правила, критеријуми и становишта која ће се применити и у поступцима који ће бити прекинути до закључивања билатералних уговора између Републике Хрватске и између земаља потписница Споразума о сукцесији, те да се одлучи на једнак начин на који ће се одлучивати и у споровима који још увек нису правноснажно окончани.

У погледу спорова у којима су домаћа правна лица по основу Уредби пословних јединица правних лица са седиштем на територији Републике Хрватске тражила утврђење ништавости уговора којима су страна правна лица отуђивала имовину, а у којима се за оцену ништавости наведених уговора поставља као претходно питање оцена дејства приватизације лица са седиштем на територији ван Републике Србије чини нам се да нема разлога за другачије становиште (немогућности директне примене) од Споразума о сукцесији и потребе закључења билатералних споразума, којима би се решило наведено претходно питање дејства приватизације правних лица са седиштем ван Републике Србије. Она не би могла

аутоматски да доведе до промене носиоца права својине на непокретностима на територији Републике Србије на којој су наведена правна лица имала уписано право коришћења на средствима у друштвеној својини. Како је право коришћења на средствима у друштвеној својини било право које је строго ограничено у погледу могућности отуђења и располагања истим, то се ни располагање од стране уписаних носилаца права коришћења не може прихватити аутоматски, већ само ако се билатералним уговорима споразумно прихвати такво дејство што би свакако подразумевало и успостављање реципроцитета (дипломатског), а успостављање дипломатског реципроцитета на наведени начин по том питању искључило би потребу разматрања постојања фактичког реципроцитета. Само у ситуацијама у којима је из било којих разлога, а најчешће погрешним поступањем наших органа, дошло до уписа права својине на наведеним непокретностима у корист правних лица са седиштем на територији бивших југословенских република, пре њиховог отуђења-продаје, мора се пружити правна заштита трећим лицима која су као савесни купци, поуздајући се у податке из јавних књига купили наведене непокретности, те такви уговори не могу бити обухваћени последицама ништавости.

У погледу свих држава, које су такође потписница Споразума о сукцесији, с обзиром да се сходном применом тумачења пресуде Европског суда за људска права не даје могућност њене директне примене и истим не успоставља реципроцитет, одлуке ће зависити од постојања фактичког реципроцитета све до евентуалног успостављања дипломатског реципроцитета закључењем додатних билатералних уговора између Републике Србије и других бивших југословенских република, а у погледу конкретизације одредба Прилога-Анекса Г.

Закључак

Имајући у виду све изнето, могло би се закључити да нема услова за директну примену Споразума о сукцесији и Прилог-Анекса Г у погледу утврђивања права на имовини на територији друге државе од државе седишта правног лица, те да се наведено питање мора решити склапањем додатних билатералних уговора између бивших југословенских република потписница Споразума о сукцесији, којима би се кроз конкретизоване одредбе споразума успоставио и дипломатски реципроцитет. Све до тада, дипломатског реципроцитета нема, па се питање може свести на постојање евентуалног фактичког реципроцитета који би по захтеву странака оне

и доказивале, односно који би био предмет утврђивања у сваком појединачном предмету и који би једини могао бити основ за утврђење права пре доношења билатералних уговора.

С обзиром на ставове Европског суда за људска права исказане кроз одлуку по представци број 73035/14 поступке по тужбама страних правних лица са захтевом за утврђивање њиховог права својине, требало би прекидати до закључења додатног билатералног споразума између Републике Србије и других република бивше СФРЈ, а уколико су правноснажно окончани утврђивањем права својине или утврђивањем права коришћења на страни правних лица са седиштем ван Републике Србије, у погледу имовине на територији Републике Србије, користи институт уставне жалбе или понављања поступка по ванредном правном леку и тиме омогућити једнако и усаглашено одлучивање. Опстанак неких од ових одлука указивао би на различито одлучивање и омогућавао другима да се позивају пред Уставним судом и Европским судом за људска права на наведене одлуке при доказивању повреде права на правично суђење.

Исход парница у којима правна лица основана у складу са Уредбом Републике Србије од пословних јединица правних лица са седиштем ван територије Републике Србије траже утврђење ништавости уговора којим су од стране правног лица са седиштем ван територије Републике Србије отуђена, односно продато право својине на непокретности физичким и правним лицима са пребивалиштем, односно седиштем на територији Републике Србије зависиће од тога да ли су у време продаје у земљишним књигама, односно катастру непокретности наведена страна правна лица била уписана као носиоци права коришћења или права својине. У ситуацијама у којима су они као продавци били уписани као носиоци права својине, нема основа за утврђење ништавости наведених уговора јер савесна трећа лица –купци не могу трпети последице поуздања у тачност уписа у јавне књиге. Тако где су међутим они били уписани као носиоци права коришћења на друштвеној својини, питање дејства њихове приватизације на њихова права на непокретности и дозвољеност располагања отуђењем при строго ограниченој могућности отуђења права коришћења средстава у друштвеној својини, има својство претходног питања. Решење наведеног претходног питања такође зависи од садржине закључених конкретних билатералних уговора између Републике Србије и других бивших југословенских република, којима ће се успостављањем дипломатског

репроцититета обезбедити једнак третман наших правних лица у погледу своје имовине ван територији Републике Србије. Све до тада само уз доказивање конкретног фактичког репроцититета у погледу решења наведеног спорног питања може бити по основу Споразума о сукцесији и фактичког репроцититета основ за признавање њихових права.

Овај рад закључујемо надом да ће Европски суд за људска права и у погледу представки које су поднете од стране правних лица са седиштем на територији Републике Хрватске против Републике Србије и других представки против Србије заузети идентичан став као по у предмету по представи Младост турист АД против Републике Хрватске, те да се неће као много пута до сада, у сличним ситуацијама, наћи другачија аргументација и образложење за заштиту права правних и физичких лица српске националности у односу на друга правна и физичка лица.

Допринос коју ми можемо дати у остварењу наведеног је да се у свакој одлуци без обзира да ли се ради о прекиду поступка или мериторном одлучивању изричито јасно позивамо на наведену одлуку Европског суда за људска права указујући на идентичност ситуације и изнето правно схватање о неопходности потребе постојања билатералних уговора, те да се тиме позовемо и на потребе једнаког поступања и једнаког тумачења права од стране наведене институције.

Остаје извесно да ће због прекида поступака у складу са Одлуком Европског суда, многи имовински спорови остати нерешени на неодређено али потпуно извесно дуго време, што је тешко прихватљиво са аспекта права на слободно располагање имовином приватних и правних лица.

Катарина Манојловић Андрић,
судија Врховног касационог суда

ПРАВО НА НЕПРИСТРАСАН СУД КАО ЕЛЕМЕНТ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

1. Независан и непристрасан суд

Универзална декларација о људским правима изражава начела једнакости пред законом, претпоставке невиности и права сваког лица на правично и јавно саслушање пред надлежним, независним и непристрасним судом, који је установљен на основу закона.

Јемства сваког лица да о његовим правима и обавезама, основано-сти сумње која је била разлог за покретање поступка или о оптужбама против њега одлучи независан, непристрасан и законом већ установљен суд, утврђена су и у члану 32. став 1. Устава Републике Србије.

У нашој земљи, у којој уређење власти почива на уставном начелу поделе власти на законодавну, извршну и судску, а однос ове три гране власти се заснива на равнотежи и међусобној контроли, судској власти је гарантована независност¹. Независност судске власти подразумева да су судови независни и самостални у свом раду² и да су судије независне у вршењу судијске функције³.

Независност суда у првом реду значи његову независност од извршне власти. Процена независности суда пре свега зависи од начина избора судија, састава органа који бира судије и постојања јемстава против спољних притисака на суд, а процена независности судија од дужине трајања њиховог мандата, разлога за престанак судијске функције, поступка разрешења и могућности њиховог премештаја. Основним начелима независности судства усвојеним на Седмом конгресу Уједињених нација 1985. године, утврђена је дужност свих установа, владиних и других, да пошту-

¹ Члан 4. Устава Републике Србије.

² Члан 142. став 1. Устава

³ Члан 149. став 1. Устава

ју независност судства и гарантовано је решавање судских случајева на основу чињеница и у складу са законом, без икаквих ограничења, недостојних утицаја, подстицаја, притисака, претњи или уплитања, посредних или непосредних, било од кога и из било којих разлога. И према члану 149. став 2. Устава, сваки утицај на судију у вршењу судијске функције је забрањен.

Док појам "независног" суда подразумева структурно анализирање уставних, законских и институционалних јемстава која штите од мешања других органа власти у судска питања, приликом одређивања појма "непристрасног" суда одлучујући је однос судија према странкама.

Концепти "независног" и "непристрасног" суда, нарочито "објективно непристрасног" суда, тесно су повезани⁴. Тешко је очекивати судску непристрасност у друштвима у којима су избор и положај судија диктирани првенствено политичким чиниоцима, због чега судови не одају утисак независности. Поред тога, највиши уставни принципи о судској независности не могу сами по себи гарантовати непристрасно суђење, уколико не постоји друштвени консензус о искључењу свих врста притисака и утицаја на суд без обзира на то да ли долазе од носилаца јавних функција, различитих интересних група и појединаца, невладиног сектора, медија или других субјеката. Развијање друштвене атмосфере у којој би се и институције и појединци уздржавали од вршења притисака на судије у циљу доношења одлука на одређени начин, представљало би додатну обавезу за судије да суде непристрасно како би сачувале достојанство своје функције. Циљ стварања институционалних, али и друштвених јемстава независног и непристрасног судства није и не сме бити арбитрарно суђење и одсуство одговорности судија у вршењу судијске функције, већ, напротив, одговорно суђење засновано на Уставу, закону и другим општим актима које ће сваком лицу обезбедити право на једнаку правну заштиту без дискриминације.

2. Правни оквир непристрасног суда

Непристрасност суда је *condicio sine qua non* правичног суђења. Уставом и законом установљена јемства која треба да обезбеде непри-

⁴ У пресуди *Langborger protiv Švedske* од 22.06.1989. године, бр. 11179/84, став 32, Велико веће Европског суда за људска права је закључило да је "у овом случају тешко раздвојити питање непристрасности од питања независности суда".

страсност суда заправо се односе на правни оквир судијске непристрасности. Не може се говорити о непристрасном суду уколико његове судије не обављају судијску дужност непристрасно. Ако у већу седи макар један пристрасан судија, то може довести до кршења захтева за непристрасношћу, чак и када нема разлога да се сумња у непристрасност других (или већине других) судија⁵.

Судија је дужан да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност, да води поступак по својој савести, у складу са властитом проценом чињеница и тумачењем права, уз обезбеђење правичног суђења и поштовање процесних права странака гарантованих Уставом, законом и међународним актима⁶.

2.1. Прва група јемстава судијске непристрасности односи се на прописивање деловања, функција и послова који су неспојиви са судијском функцијом. Устав забрањује политичко деловање судија, а законом се уређује које су функције, послови и приватни интереси неспојиви са судијском функцијом⁷.

Према члану 30. Закона о судијама, судија не може бити у органима који доносе прописе ни органима извршне власти, јавним службама и органима покрајинске аутономије и јединица локалне самоуправе. Судија се не може бавити било којим јавним или приватним плаћеним послом, нити пружати правне услуге ни давати правне савете уз накнаду. Са судијском функцијом неспојиве су и друге службе, послови и поступци који су опречни достојанству и независности судије или штете угледу суда. Судија може да се бави наставном и научном делатношћу, уз накнаду, држати наставу у институцији надлежној за обуку у правосуђу и, по одобрењу председника суда, учествовати у раду стручних тела образовних у складу са посебним прописима и радних група за израду закона и других аката. Одредбама члана 31. истог закона је прописано: да је судија дужан да писмено обавести Високи савет судства о свакој служби или послу за које постоји могућност да су неспојиви са судијском функцијом

⁵ Пресуда Европског суда за људска права *Sander protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, ст. 18-35.

⁶ Закон о судијама ("Службени гласник РС", бр. 116/08, 58/09 – УС, 104/09, 101/10, 8/12 – УС, 121/12, 124/12 – УС, 101/13, 111/14 – УС, 117/14, 40/15, 63/15 – УС, 106/15, 63/16 – УС и 47/17), члан 3. ст. 1. и 2.

⁷ Члан 152. Устава.

(став 1.); да Високи савет судства обавештава председника суда и судију о постојању неспојивости службе или посла са судијском функцијом (став 2.); да је председник суда дужан да поднесе дисциплинску пријаву чим сазна да судија врши службу или посао или чини поступке за које постоји могућност да су неспојиви са његовом функцијом (став 3)⁸.

Детаљно уређивање односа других служби, послова и поступака са судијском функцијом још увек није гаранција да ће судија своју функцију обављати непристрасно, односно у јавности одавати утисак непристрасног судије. Наиме, Уставом је сваком зајемчена слобода мишљења, савести, уверења и вероисповести, право да остане при свом уверењу или да га промени, као и слобода да говором и писањем изрази своје идеје.⁹ Поставља се питање да ли наведене слободе, које уживају и судије, могу или морају бити редуковане ради обезбеђивања непристрасног суђења.

Сврха уставних јемстава неотуђивих људских права и слобода је очување људског достојанства, али и остварење пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, засновано на начелу владавине права.¹⁰ Уставом зајемчена права неког лица, у овом случају судије, ограничена су правима других чланова друштва, у овом случају правом странака у судским поступцима да им суди непристрасан суд, а начело владавине права, поред осталог, захтева поштовање власти, па и судске, Уставу и закону. Из наведеног следи да су судије дужне да приликом суђења своја уверења подреде Уставу и закону и да својим понашањем и деловањем у суду и ван њега не изазивају сумњу у могућу пристрасност.

У образложењу једне од централних идеја свог правног учења, идеје о интегритету права, Роналд Дворкин¹¹ истиче да разлике у уверењима судија и заговарање појединих правних решења која произлазе из ових уверења, не смеју да наруше кохерентност и интегритет права који су изграђени на темељу општих уставних принципа у ранијим судским

⁸ Високи савет судства је поступајући по поднетим захтевима, на основу члана 30. Закона о судијама, донео и на свом сајту објавио послове које је у својим одлукама сматрао спојивим или неспојивим са судијском функцијом.

⁹ Члан 43. став 1. и члан 46. став 1. Устава

¹⁰ Члан 19. Устава.

¹¹ Роналд Дворкин (1931-2013.) амерички правни мислилац, професор права на Универзитету Државе Њујорк, писац више књига из правне и политичке филозофије, међу којима је и "Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution".

одлукама. Наведена идеја, базирана на јуриспруденцији Врховног суда САД, примењена на домаће судове значила би да судије своја уверења морају подредити не само Уставу и закону, већ и добро установљеној судској пракси заснованој на кохерентном тумачењу закона у ранијим судским одлукама како не би нарушиле принцип правне сигурности и право на једнаку заштиту права пред судовима.

Судије морају да се труде да у највећој могућој разумној мери избегну ситуације због којих би могле бити изузете из поступања у судским предметима. Да би обезбедиле утисак непристрасности, судије се морају уздржати од јавног коментарисања судских поступака – како оних у којима треба да донесу одлуку или су је већ донеле, тако и оних у којима одлучују њихове колеге јер би се давање таквих изјава могло сматрати врстом унутрашњег притиска и утицаја на суђење које би довело у питање непристрасност других судија. Посебно је питање да ли судије треба да се уздрже и од изјашњавања о појединим друштвеним појавама и догађајима, зато што би и то могло послужити као основ за подношење захтева за њихово изузеће у неком будућем судском случају.

Правни оквир непристрасности судија употпуњавају етички принципи и правила којих су судије дужне да се придржавају, а која на одређени начин ограничавају права и слободе судија. Њихова примена је ближе уређена тачком 2. Етичког кодекса судија¹². Примена правила о непристрасности, поред осталог, значи да је судија дужан да обавља судијску функцију објективно, без наклоности, предубеђења и предрасуда према странама у поступку заснованих на раси, боји коже, националној припадности, верским убеђењима, политичкој опредељености, полу, старосној доби и другим личним својствима. Судија је дужан да се уздржи од суђења у поступцима у којима постоје разлози који доводе у сумњу његову непристрасност. Сумњу у непристрасност судије нарочито подстичу породичне, пријатељске, пословне, социјалне и сличне везе са странкама и њиховим заступницима. Судија је дужан да ван суда, у својим личним односима са припадницима правне професије, избегава ситуације које би оправдано могле да изазову сумњу у његову непристрасност.

¹² Етички кодекс је донео Високи савет судства, на седници одржаној 14.12.2010. године.

У обављању своје функције судије морају тежити идеалу, о коме је писао Густав Радбрух¹³, да правничко знање и савест доведу у међусобну равнотежу, да морално испуњење дужности схвате као највиши циљ права, а да право схвате као право да испуњавају своје моралне дужности.

2.2. Друго значајно јемство непристрасног суда огледа се у уставној и законској забрани утицаја на суд.

Ради очувања ауторитета и непристрасности суда, одредбама члана 6. Закона о судијама забрањено је коришћење јавног положаја и јавно иступање којим се утиче на ток и исход судског поступка. Забрањен је и сваки други утицај на суд и притисак на учеснике у поступку.

Нажалост, нису ретки случајеви да политичари или државни функционери у својим јавним наступима прејудуцирају одлуке суда или критикују првостепене судске одлуке стављајући на знање да од другостепеног суда очекују доношење другачије одлуке. Негативна медијска кампања у вези са појединим судским поступцима, најчешће кривичним, такође може утицати на непристрасност суда, а тиме и на правичност поступка.

Иако се од судија основано очекује да су особе са интегритетом посвећене својој дужности у складу са највишим моралним начелима и да ће се стога одупрети овој врсти притисака и игнорисати представу о нечијој кривици или невиности створену у медијима, то још увек не значи да се не може довести у питање непристрасност суда који одлучује у таквим околностима. Поред тога, другачији исход судског поступка од најављиваног, очекиваног или захтеваног у изјавама носилаца јавних функција или у медијским кампањама, утиче на то да се у јавности ствара неповерење у судове. У пракси није заузет став о томе која врста позитивне обавезе настаје за судове у поменутих ситуацијама, али је свакако значајно да су Врховни касациони суд и Високи савет судства у таквим случајевима издавали саопштења за јавност осуђујући покушаје утицаја на судове и указујући на законску обавезу носилаца јавних функција да одржавају поверење у независност и непристрасност судова и судија.

¹³ Густав Радбрух (1878-1949.), немачки професор филозофије права на правним факултетима у Хајделбергу и Килу, писац значајних правно-филозофских текстова "Пет минута филозофије права", "Законско неправо и надзаконско право", "Нове партије – нови дух" и "Правда и милосрђе".

2.3. Трећу врсту гаранција непристрасног суда представља случајна додела предмета судијама.

Одредбама члана 5. Закона о судијама прописано је да се судија који суди одређује независно од тога ко су странке и какве су околности правне ствари, те да само судска власт може судијама да распоређује предмете, по унапред утврђеним правилима. Та правила се односе на поступак доделе предмета приликом пријема, доделе укинутих предмета враћених првостепеном суду на поновно одлучивање, доделе предмета по редовним и ванредним правним лековима, доделе предмета који су хитни, доделе предмета када су судије на одмору, боловању, спречене да поступају у предмету или када више не врше функцију у том суду.

Препоруком Комитета министара Савета Европе државама чланицама и судијама: независност, делотворност и одговорност утврђено је следеће начело: "Додељивање предмета у оквиру суда требало би да следи објективне и унапред утврђене критеријуме да би се заштитило право на независног и непристрасног судију. На њега не би требало да утичу жеље страна у предмету нити било ко други ко је на неки начин заинтересован за исход предмета."¹⁴

Поступак додељивања предмета методом случајне расподеле ближе је уређен Судским пословником¹⁵.

Према Судском пословнику, новопримљени предмети се најпре разврставају по хитности, врсти поступка, односно правној области, а затим распоређују према астрономском рачунању времена пријема, методом случајног одређивања судије, у складу са утврђеним годишњим распоредом послова. (члан 49. став 1) У судовима у којима постоје услови за вођење електронских уписника коришћењем ИКТ, расподела новопримљених предмета врши се коришћењем посебног програма (математичког алгоритма) који обезбеђује да на крају једног циклуса расподеле све судије имају подједнак број новопримљених предмета у раду и да буду подјед-

¹⁴ Препорука ЦМ/Рец (2010) 12 Комитета министара државама чланицама о судијама: независност, делотворност и одговорности, усвојена од стране Комитета министара 17.11.2010. године на 1098. састанку заменика министара, тачка 24.

¹⁵ "Службени гласник РС", бр. 110/09, 70/11, 19/12, 89/13, 96/15, 104/15, 113/15, 39/16, 56/16 и 77/16

нако оптерећене. Циклус расподеле предмета траје један месец, а изузетно може бити дужи, ако је број новопримљених предмета мањи од броја судија распоређених за одређену правну област. (члан 51. ст. 1. и 2) Када суд истовремено прими више иницијалних аката, ако у суду не постоје услови за вођење електронских уписника коришћењем ИКТ, иницијални акти се могу разврстати према: азбучном реду презимена или називу странака, па се након тога распоређују судијама у складу са чланом 49. овог пословника, док се у поступку по правним лековима, разврставање може вршити и према датуму пријема иницијалног акта. (члан 52. ст. 1. и 2) Посебном одлуком председника суда може се одступити од редоследа распоређивања предмета због оправдане спречености судије да поступа. (члан 54. став 1).

О спровођењу случајне доделе предмета стара се судска управа којом руководи председник суда, а примену Судског пословника надзире министарство надлежно за правосуђе¹⁶.

С обзиром на то да се посебном одлуком председника суда може одступити од редоследа распоређивања предмета због оправдане спречености судије да поступа, важно је обезбедити да се и та одступања врше по одређеним правилима и на устаљен начин како би се искључила свака сумња у могуће злоупотребе (нпр. правила о томе после колико времена боловања или одсуства из других разлога ће судији бити обустављен прилив предмета, односно када ће предмети судије који је спречен да врши функцију бити распоређени другим судијама, на који начин ће се расподељивати предмети у судовима са малим бројем судија, хитни предмети и др.). Врло је важно да се о годишњем распореду послова суда који утврђује председник суда прибавља мишљење судија¹⁷, јер председник суда може кроз смањење броја судија у појединим областима (испод броја два¹⁸) или повећање броја области (што више области то мањи број судија у њима) битно утицати на начело случајне расподеле предмета. Такође је важно омогућити странкама да што пре сазнају број предмета и име

¹⁶ Закон о уређењу судова ("Службени гласник РС", бр.116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закон, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15 – др. закон, 13/16, 108/16 и 113/17), члан 75.

¹⁷ Члан 34. Закона о уређењу судова

¹⁸ Случајне расподеле предмета нема ако у појединој области у суду нема најмање двоје судија.

поступајућег судије. Решење по коме странка која је предала иницијални акт има право да у року од три дана од дана његове предаје сазна број предмета, име судије који је одређен да поступа и место предузимања судских радњи¹⁹, може се сматрати задовољавајућим под условом да се странкама које сумњају да им је ускраћено право на природног судију омогући да увидом у уписник изврше преглед уписа свих предмета који су предати суду истог дана и редослед њихове доделе судијама.

2.4. Четврту гаранцију непристрасног суда представљају правила о изузећу судија. Таква правила треба да отклоне разумну сумњу у непристрасност судија, а тиме и суда, уклањањем могућих узрока пристрасности. Њихов циљ није само обезбеђивање одсуства фактичке пристрасности, већ и елиминација сваког утиска о пристрасности.

Разлози за изузеће судија и поступак изузећа уређени су процесним законима.²⁰ Постоје две врсте разлога за изузеће – разлози због којих се судија мора изузети (обавезно изузеће), који у парничном поступку доводе до искључења судије, и разлози због којих судија не мора, али може бити изузет ако постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност (факултативно изузеће). Судија се мора изузети када сам има одређену процесну улогу у поступку, када је у сродству или у другим блиским везама са странкама, њиховим законским заступницима и пуномоћницима и када је у истом предмету већ поступао у некој од фаза поступка наведених у закону. Када сазна да постоји неки од разлога за искључење или изузеће, судија је дужан да прекине сваки рад на том предмету и да о томе обавести председника суда, који одлучује о изузећу. Одредбе о искључењу и изузећу у парничном поступку сходно се примењују на председника суда и судију поротника, а у кривичном поступку, поред наведених лица, и на јавног тужиоца, записничара, преводиоца, тужиоца, стручно лице и вештака, како би се што потпуније обезбедило јемство непристрасног суда.

¹⁹ Члан 49. став 3. Судског пословника

²⁰ Одредбама чл. 66-73. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", бр.72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС и 55/14), одредбама чл. 37-42. Законика о кривичном поступку ("Службени гласник РС", бр.72/11, 101/11, 121/12, 32/03, 45/13 и 55/14) и одредбама чл. 112-117. Закона о прекршајима ("Службени гласник РС", бр. 65/13, 13/16 и 98/16 - УС).

Постоји недоумица да ли би разлоге за изузеће требало допунити навођењем још неких ситуација, односно околности у којима се може поставити питање недостатка судијске непристрасности. Ако се има у виду да је у богатој пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) и уставних судова установљен велики број врло различитих разлога због којих је утврђена повреда права на непристрасан суд, допуњавањем постојећих законских одредаба о изузећу не би могли бити обухваћени сви потенцијални разлози за сумњу у непристрасан суд, а одредбе о факултативном изузећу дају широке могућности да се у сваком конкретном случају оцени да ли постоје околности које угрожавају право на непристрасан суд.

3. Стандарди непристрасности и тест непристрасности

Правила о изузећу судија у домаћем законодавству представљају најзначајније јемство судијске непристрасности. Међутим, у великом броју судских предмета ова правила нису отклонила сумњу у непристрасност суда. Имајући у виду садржину права на правично суђење гарантованог чланом 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, ЕСЉП истиче да се стандарди непристрасности суда морају даље развијати. Тај суд сматра да је у демократском друштву од суштинске важности да судови уживају поверење јавности, а ако је реч о казненем поступку, онда и поверење окривљеног²¹. Постојање непристрасности проверава се у сваком конкретном случају применом теста субјективне и објективне непристрасности.

3.1. Субјективни тест непристрасности односи се на лична уверења и понашање судије. На основу њега се утврђује да ли је судија имао личне предрасуде или показао пристрасност у конкретном предмету. Субјективна непристрасност судије се претпоставља док се не докаже супротно. С обзиром на то да је пристрасност судије потребно утврдити с извесношћу, доказивање субјективне пристрасности је, по правилу, везано за низ тешкоћа.

3.2. У већини предмета у којима се до сада поставило питање пристрасности судија или суда у предметима Европског суда за људска права,

²¹ Пресуда *Padovani protiv Italije* од 26.02.1993. године, бр. 13396/87, став 22.

тај суд се ослонио на **тест објективне непристрасности**. ЕСЈП у том смислу утврђује постоје ли, сасвим одвојено од понашања судије, проверљиве чињенице које могу подстаћи сумњу у непристрасност судије, која се односи и на цело судско веће у чијем саставу се налази судија чија је непристрасност доведена у питање.

3.3. Када је реч **о односу субјективне и објективне непристрасности**, ЕСЈП наглашава да међу њима нема "непропусне" поделе – понашање судије може подстаћи објективну бојазан у постојање непристрасности са гледишта посматрача (објективни тест), али се у том контексту и светлу онда може поставити и питање личног уверења судије (субјективни тест)²². Да ли ће се у предмету применити субјективни или објективни тест, или оба, зависи од конкретних чињеница и околности које се испитују.

Уобичајена формулација коју ЕСЈП износи у својим пресудама и одлукама о субјективном и објективном тесту непристрасности може се наћи у пресуди *Parlov – Tkalčić protiv Hrvatske*²³ и она гласи: "Суд понавља да се, према његовој устаљеној судској пракси, постојање непристрасности у смислу члана 6. став 1. мора утврдити применом субјективног теста, при чему се мора узети у обзир лично уверење и понашање конкретног судије, тј. да ли је судија имао неке личне предрасуде или пристрасност у том предмету, а исто тако и применом објективног теста, тј. тако да се утврди да ли је сам суд, узимајући у обзир између осталих аспеката и његов састав, пружио довољно јемстава како би се искључила свака оправдана сумња у погледу његове непристрасности... У погледу субјективног теста, лична непристрасност судије мора се претпоставити док се не докаже супротно ... У погледу објективног теста, потребно је утврдити постоје ли чињенице које се могу доказати, а које могу побудити сумњу у непристрасност судије који је судио у предмету. То подразумева да кад се одлучује о томе постоји ли у одређеном предмету оправдани разлог за бојазан да суд није непристрасан, став странке је важан али не и одлучујући. Одлучујуће је може ли се та бојазан сматрати објективно оправданом...".

²² Пресуда *Kyprianou protiv Kipra* од 15.12.2005. године, бр. 73797/01, став 119.

²³ Пресуда ЕСЈП од 22.12.2009. године, број 24810/06, ст. 78-80.

4. Право на непристрасан суд у пракси ЕСЈП

Број предмета у којима је ЕСЈП разматрао представке поднете због повреде права на непристрасан суд је велики. Овом приликом биће указано само на неке пресуде и одлуке тог суда које су сликовити примери примене теста субјективне и објективне непристрасности. Оне треба да буду путоказ домаћим судовима како да избегну ситуације у којима би могла да буде доведена у сумњу њихова непристрасност.

4.1. Примери примене субјективног теста непристрасности

ЕСЈП увек истиче да мора постојати претпоставка личне непристрасности судије све док се не појави доказ о супротном²⁴. Када је у питању врста доказа, ЕСЈП тражи да се утврди да ли је судија изразио непријатељски став или недобронамерност из личних разлога²⁵. Али, "преоштро или чак репресивно понашање судије није обавезно одраз личних предрасуда"²⁶.

Раније поменути случај *Kyprianou protiv Kipra* тиче се увреде коју је бранилац окривљеног (Кургианов) упутио судијама. Судије су биле изложене критици браниоца у вези са начином на који су водиле кривични поступак. Бранилац је на претресу приговорио због тога што су га судије прекидале током унакрсног испитивања сведока. Када је приговор одбијен, рекао је да чланови већа причају међусобно и размењују поруке. Проглашен је кривим због непоштовања суда и осуђен на пет дана затвора. У представци поднетој ЕСЈП истакао је да му није судио независан и непристрасан суд пошто га је казнио исти суд коме се жалио на повреду.

У пресуди од 15.12.2005. године, ЕСЈП је прво констатовао да су исте судије донеле одлуку о оптужбама, пресуђивале у питањима која су проистекла из понашања подносиоца представке, одредиле његову кривицу и изрекле казну, у овом случају затворску. У таквој ситуацији, мешање улога између подносиоца тужбе, сведока, тужиоца и судије јасно је могло да изазове објективно оправдан страх у погледу сагласности поступка са давно успостављеним начелом да нико не може бити судија у свом сопственом случају, и сходно томе, у погледу непристрасности суда. ЕСЈП

²⁴ Види: Поред осталих, одлуку *Lindon, Otchakovsky – Laurens i July protiv Francuske* од 22.10.2007. године, бр. 21279/02 и 36448/02, став 76.

²⁵ Пресуда *Morice protiv Francuske* од 23.04.2015. године, бр. 29369/10, став 74.

²⁶ Одлука *Ranson protiv Ujedinjenog Kraljevstva* од 02.09.2003. године, део Б, бр. 14180/03.

је стога закључио, да према чињеницама случаја, и имајући у виду утврђени функционални недостатак, непристрасност кривичног суда може бити доведена у сумњу, па је затим разматрао тврдњу подносиоца представке да су судије деловале са личном пристрасношћу.

ЕСЈП је испитао низ аспеката понашања судија који могу да покрену питање у вези са оценом субјективности. Као прво, у одлуци којом су изrekli казну подносиоцу представке, судије су признале да их је подносилац представке "дубоко увредио" "као личности", а ова изјава сама по себи показује да су судије биле лично увређене речима и понашањем подносиоца представке и указује на њихову личну уплетеност. Као друго, категоричност у изражавању судија у целој одлуци указује на огорченост и шок, што је противно непристрасном приступу који се очекује од судија. Као треће, судије су изрекле затворску казну у трајању од пет дана која је одмах извршена и назвале су је "јединим адекватним одговором". По мишљењу судија "неодговарајућа реакција законитог и цивилизованог поретка, значила би нарушавање угледа судова". Као четврто, судије су у раној фази расправе с подносиоцем представке изразиле мишљење да га сматрају кривим за кривично дело увреде суда и подносиоцу представке дале избор да се или држи онога што је изјавио и да образложи зашто не би требало да му буде изречена казна, или да повуче изјаву. То значи да је у ствари од њега тражено да ублажи "штету коју је изазвао својим понашањем", а не да се брани. Иако ЕСЈП не сумња да је намера судија била заштита вршења судске функције и интегритета правосуђа, закључио је да судије нису успеле да се дистанцирају од ситуације у довољној мери и да стога суд није био непристрасан у оквиру значења члана 6. став 1. Конвенције.

Пресуда *Lavents protiv Litvanije* од 28.11.2002. године, бр. 58442/00, односи се на представку која је ЕСЈП поднета поводом кривичног поступка који је вођен против подносиоца представке због кривичног дела саботаже. Подносилац представке је током поступка у више наврата улагао приговор на рад председника већа судије III. и два члана судског већа оптужујући их за пристрасност и прикривање значајног дела ослобађајућег доказног материјала. Захтеви за изузеће су одбијени, а председница већа је у два дневна листа дала изјаве у којима је критиковала поступање одбране и алудирала на исход суђења.

ЕСЈП је констатовао да је у својим изјавама објављеним у штампани судија Ш. тврдећи да још није знала да ли ће доћи до осуде или до делимичног ослобађања "одбацила претпоставку потпуног ослобађања од кривице". Такође је изразила чуђење чињеницом да је подносилац представке упорно остајао при својој изјави да није крив ни по једном основу оптужбе и сугерисала му да докаже своју невиност. У очима ЕСЈП такве изјаве не представљају само обичну "негативну оцену предмета" подносиоца представке, већ истинско заузимање става о исходу процеса, уз јасно давање предности констатацији да је оптужени крив. Без обзира на разлоге који су судију Ш. навели да се изрази на тај начин, ЕСЈП не може сматрати да су њене изјаве у сагласности са чланом 6. став 1. Конвенције, па је подносилац представке имао веома добре разлоге да посумња у недостатак непристрасности те судије.

У наведеној пресуди, ЕСЈП је утврдио и повреду члана 6. став 2. Конвенције сматрајући да сугерисање оптуженима да треба да докажу да нису криви пред судом, с обзиром на своју општост, представљају изјаву у супротности са самим принципом претпоставке невиности.

Примењујући субјективни тест непристрасности, ЕСЈП процењује да ли је лична непристрасност судије утицала на правичност судског поступка у целини.

У једном случају²⁷ оцењено је да су ставови које је изнео поступајући судија били непримерени. Међутим, у вези с притиском који су изјаве судије могле да изврше на подносиоца представке да се изјасни кривим, из тока суђења следи, како се види у стенограму, да бранилац није био уистину застрашен од стране судије, јер је сам бранилац признао да није у стању да изјави да су опаске судије утицале на одбрану или спречиле браниоца да након тога ваљано износи аргументе одбране. Узимајући у обзир цео ток суђења, закључено је да није постојала повреда права подносиоца представке из члана 6. став 1. Конвенције на правично суђење пред непристрасним судом.

У другој одлуци²⁸, ЕСЈП најпре примећује да, иако су докази које су изнели лице С. и сам подносилац представке, а током чијег изношења

²⁷ Одлука Комисије за људска права X protiv Ujedinjenog Kraljevstva од 21.03.1975. године, ДР 3, 10, бр. 5574/72.

²⁸ Одлука CG protiv Ujedinjenog Kraljevstva од 19.12.2001. године, бр. 43373/98, ст. 41. и 42.

је дошло до мешања (судије) без сумње најважнији усмени докази изведени током главног претреса, они представљају само део поступка суђења, које је трајало три дана. Поред тога, иако је Апелациони суд установио да су неке од интервенција поступајућег судије биле неоправдане, за друге је утврђено да су биле оправдане. Иако ЕСЈП прихвата процену Апелационог суда да се заступник подносиоца представке осећао ометеним и збуњеним тим упадицама, заступник подносиоца представке није никада био спречаван да настави да користи стратегију одбране коју је покушао да развије било током унакрсног испитивања или предлагањем сопствених сведока. ЕСЈП придаје значај и чињеници да је заступнику подносиоца представке било омогућено да се обрати пороти у завршној изјави која је трајала 45 минута без прекидања, осим кратке упадице за коју је установљено да је била оправдана, и да је суштина одбране подносиоца представке била поновљена у завршној речи судије, додуше у веома скраћеном облику. У таквим околностима ЕСЈП не сматра да је мешање судије у овом предмету, иако је било претерано и непожељно, учинило суђење у целини неправичним.

4.2. Примери примене објективног теста непристрасности

За разлику од субјективног теста код кога се лична непристрасност судије мора претпоставити док се не докаже супротно, приликом примене објективног теста, у случају да подносилац представке тврди да је судија или судско веће прекршило начело објективне непристрасности, терет оповргавања те тврдње јесте на туженој држави, која мора да докаже да има довољне процесне гаранције да би заштитила објективну непристрасност. Ако држава нема такве гаранције, ЕСЈП ће прихватити наводну повреду начела објективне непристрасности²⁹.

Одлука о томе да ли постоје околности које указују на недостатак непристрасности суда мора се доносити у сваком случају појединачно, јер је чак и приликом примене објективног теста потребан довољан степен индивидуализације.

²⁹ Пресуда *Salov protiv Ukrajine* од 06.09.2005. године, бр. 65518/01, ст. 80-86. и пресуда *Farhi protiv Francuske* од 18.01.2007. године, бр. 17070/05, ст. 27-32.

Легитимна сумња у непристрасност суда може постојати:

- када је судија раније био запослен код једне од страна у поступку³⁰;
- у случају преплитања тужилачке и судијске функције исте особе у различитим фазама истог поступка³¹;
- у случају учешћа истог судије на различитим нивоима суђења³²;
- у случају постојања породичних, пословних или других врста веза између судије и странке у поступку³³;
- када странка у поступку и судија имају иста политичка уверења³⁴.

За утврђивање објективне непристрасности суда неопходно је да се чињенице на којима се заснива сумња у непристрасност суда могу и објективно проверити. Уколико се сумње покажу оправданим, судија се мора изузети. Из тог разлога субјективни став подносиоца представке, који тврди да суд није непристрасан, не играју одлучујућу улогу приликом утврђивања овакве тврдње³⁵.

Случај *Mežnarić protiv Hrvatske*³⁶ односи се на парнични поступак за накнаду штете у коме је подносилац представке као тужени изгубио спор. Подносилац представке г. Межнарић се након тога обратио Уставном суду уставном тужбом. У већу Уставног суда које је одбило уставну тужбу г. Межнарића био је судија М.В. који је у парничном поступку, као пуномоћник, заступао тужиоце (противнике подносиоца захтева), а касније је заступање преузела његова ћерка. Подносилац представке је тврдио да је судија М.В. морао бити изузет у предмету по уставној тужби јер се не може сматрати објективно непристрасним.

ЕСЈП је у пресуди најпре искључио могућност да би у конкретном случају могла постојати лична пристрасност судије М.В. Затим је приступио испитивању објективне непристрасности суда и констатовао следеће: "Истина је да је претходно суделовање судије М.В. било мање важно и временски удаљено будући да је противнике подносиоца захтева

³⁰ Пресуда *Piersack protiv Belgije* од 26.10.1984. године, бр. 8692/79

³¹ Пресуда *De Cubber protiv Belgije* од 14.09.1987. године, бр. 9186/80, ст 24-30.

³² Пресуда *Salov protiv Ukrajine* од 06.09.2005. године, бр. 65518/01, ст 80-86.

³³ Пресуда *Sigurdsson protiv Islanda* од 10.04.2003. године, бр. 39731/98, ст 37-46.

³⁴ Пресуда *Holm protiv Švedske* од 25.11.1993. године, бр. 14191/88, ст 30-33.

³⁵ Пресуда *Golubović protiv Hrvatske* од 27.11.2012. године, бр. 43947/10, став 50.

³⁶ Пресуда *Mežnarić protiv Hrvatske* од 15.07.2005. године, бр. 71615/01

заступао само два месеца, готово девет година пре одлуке Уставног суда, а његова је активност била ограничена на писање само једног скупа поднесака суду. Његова двострука улога односила се на различита правна питања: прво се бавио применом правила грађанског права као пуномоћник тужилаца у главном поступку, а после тога, као судија Уставног суда, питањем уставности пресуде донесене у том поступку. Исто је тако тачно да је ћерка судије М.В. престала да заступа противнике подносиоца захтева пре него што је Врховни суд донео своју одлуку која је потом била подвргнута испитивању уставности. Међутим, ... у овом предмету је реч о двострукој улози судије у само једном поступку. Та чињеница, оснажена суделовањем ћерке судије М.В, створила је, према мишљењу Суда, ситуацију која може подстаћи легитимну сумњу у погледу непристрасности судије М.В. У таквим околностима, Суд налази да је дошло до повреде члана 6. став 1. Конвенције с обзиром на услов непристрасности суда".

Оцена о томе да ли је учешће истог судије у различитим фазама парничног поступка у складу са захтевом непристрасног суда из члана 6. став 1. Конвенције, по налажењу ЕСЉП, треба вршити у сваком случају појединачно, при чему треба имати у виду околности конкретног случаја. Пука чињеница да је неки судија већ усвајао одлуке пре суђења не може се сама по себи сматрати оправдањем за забринутост да није непристрасан. Важни су обим и карактер мера које је судија предузео пре суђења. Исто тако, чињеница да је судија подробно упознат са списима предмета не подразумева да он гаји икакве предрасуде због којих се не може сматрати непристрасним приликом одлучивања о меритуму. Такође, прелиминарна анализа расположивих информација не значи да је коначна анализа прејудицирана. Важно је да се та анализа спроведе када се пресуда изриче и да је заснована на изведеним доказима и аргументима изнетим током расправе³⁷.

Нужно је размотрити да ли је веза између материјалних питања о којима се одлучује у разним фазама поступка толико тесна да баца сумњу на непристрасност судије који учествује у одлучивању у овим фазама. У пресуди *Toziczka protiv Poljske* у којој је изнет наведени став, ЕСЉП је закључио да се страх подносиоца представке у погледу недостатка непристрасности Врховног суда може сматрати објективно оправданим, јер је

³⁷ Пресуда *Morel protiv Francuske* од 06.06.2000. године, бр. 34130/96, став 45.

судија Д.З, који је учествовао у доношењу пресуде Врховног суда, као судија известилац у истом предмету у већу Апелационог суда, изнео правно гледиште које је било одлучујуће за исход предмета.

Када је у питању учешће истог судије у различитим фазама кривичног поступка, према ставу ЕСЈП, чињеница да је судија доносио одређене одлуке у вези са предметним поступком пре суђења, не може се узети као доказ повреде његове непристрасности, већ се мора размотрити предмет у целини тако што ће се узети у обзир и делокруг и природа спорних одлука.

У случају *Nortier protiv Holandije*, ЕСЈП је констатовао следеће: "Осим одлука о продужењу притвора подносиоцу представке, судија за малолетнике М. није изрицао никакве друге одлуке у предкривичном поступку осим одлуке којом је одобрио захтев тужиоца за психијатријски преглед подносиоца представке, који се на ту одлуку није жалио. Судија М. није користио никаква друга овлашћења истражног судије. Када је реч о његовим одлукама о продужењу притвора подносиоцу представке, има места за оправдану бојазан о непристрасности судије само у посебним околностима... у овом случају није постојало ништа такве природе. ... Питања на која је судија за малолетнике М. морао да одговори приликом доношења тих одлука нису била идентична са питањима која су била одлучујућа за коначну пресуду. Приликом утврђивања постојања "озбиљних показатеља" основане сумње против подносиоца представке, његов задатак је био само да по кратком поступку установи да оптужба има уверљиве основе за оптужницу против подносиоца представке... Штавише, оптужбе је подносилац представке већ био признао и у тој фази су већ биле поткрепљене другим доказима... У тим околностима, бојазан подносиоца представке да судија за малолетнике М. није непристрасан се не може сматрати објективно оправданом³⁸.

Супротно претходној одлуци, у пресуди *Perotte Pellon protiv Španije*, ЕСЈП сматра да би се у околностима овог предмета могло озбиљно посумњати у непристрасност суда који је донео пресуду, утолико пре што су и председник суда и судија известилац интервенисали у многим истражним радњама, нарочито у одбацивању жалбе против одлуке о подизању оптужнице против подносиоца представке, као и у одлукама о продужава-

³⁸ Одлука *Nortier protiv Holandije* од 24.08.1993. године, бр. 13924/88, ст. 34-37.

њу притвора подносиоца представке. Суд сматра да би бојазан подносиоца представке у том погледу могла да се сматра објективно оправданом³⁹.

Овом приликом ће бити указано само на још неколико примера повреде објективне непристрасности суда из праксе ЕСЉП, и то:

- у кривичном поступку је учествовао судија који је раније био шеф одсека тужилаштва и био задужен за гоњење туженог⁴⁰;

- судија који је раније учествовао у решавању финансијских проблема супруга подносиоца представке са једном банком касније је одлучивао о тужби против те банке⁴¹;

- блиске породичне везе између судије и адвоката противне стране (ујак – нећак)⁴²;

- изузетно отровна кампања у медијима у вези са суђењем двојици оптужених малолетника, као и одсуство делотворног учешћа окривљених⁴³;

- судија је одлучивао у два поступка по тужбама истог подносиоца (због отказа и рехабилитације) који су се заснивали на истим чињеницама⁴⁴;

- судија је био председник већа Апелационог суда у коме је одлучивао о жалби на сопствену одлуку⁴⁵.

ЕСЉП није утврдио повреду права на непристрасан суд када је судија одлучивао о више сличних или повезаних предмета и у том погледу установио одређену праксу⁴⁶, као и у случају када је судија био правни заступник странке која је била у спору са предузећем подносиоца представке у првом поступку и судија Апелационог суда у другом поступку, с обзиром на време које је протекло између та два поступка, различите материје на које су се поступци односили, као и на чињеницу да се функције заступника и судије нису временски преклапале⁴⁷.

³⁹ Пресуда Perotte Pellon protiv Španije од 25.07.2002. године, бр. 45238/99, став 51.

⁴⁰ Пресуда Piersack protiv Belgije од 26.10.1984. године, бр. 8692/79

⁴¹ Пресуда Sigurdsson protiv Islanda од 10.04.2003. године, бр. 39731/98

⁴² Пресуда Micallef protiv Malte од 15.10.2009. године, бр. 17056/06

⁴³ Пресуда T. i V. protiv Ujedinjenog Kraljevstva од 16.12.1999. године, бр. 24724/94 и 24888/94

⁴⁴ Пресуда Indra protiv Slovačke од 01.05.2005. године, бр. 46845/99

⁴⁵ Пресуда De Haan protiv Holandije од 26.08.1997. године, бр. 84/1996/673/895

⁴⁶ Пресуда Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva од 24.11.1986. године, бр. 9063/80

⁴⁷ Пресуда Ringeisen protiv Austrije од 23.06.1973. године, бр. 2614/65

Притисци који доводе у питање пристрасност суда односно судија могу долазити и из самог суда. У раније поменутој пресуди *Parlov-Tkalčić protiv Hrvatske* ЕСЈП је изложио концепт "унутрашње непристрасности судија".

Околности овог случаја су следеће: против подносиољке захтева био је покренут парнични поступак због стицања без основа пред Општинским судом у З., чији је председник био М.М; у вези с предметом о коме се расправљало у парници, председник суда је поднео кривичну пријаву против подносиољке; Врховни суд је након тога за суђење делегирао Општински суд у К; М.М. је затим именован на дужност председника Жупанијског суда у З, пред којим је вођен другостепени парнични поступак у предмету подносиољке. Подносиољка захтева је пред ЕСЈП приговорила да судије Жупанијског суда у З. нису биле непристрасне због претходног понашања председника тога суда М.М. према њој.

Да би утврдио да ли су околности везане за председника суда могле довести у питање непристрасност целог суда у овом случају, ЕСЈП је најпре анализирао меродавно хрватско законодавство о положају председника судова и њиховим овлашћењима везаним за судске предмете. Затим је испитао и евентуално постојање неких других елемената који су могли ограничити унутрашњу независност судија које су одлучивале о предмету подносиољке захтева. Посебно је размотрио питање да ли су положај и утицај председника судова у хрватском законодавству били такви да су могли довести до "обесхрабрујућег учинка" на изражавање властитих мишљења судија и тиме утицати на њихову унутрашњу непристрасност у смислу члана 6. став 1. Конвенције.

Након детаљне анализе свих прописа који су били на снази у време вођења парничног поступка и доношења пресуда у предмету подносиољке захтева, ЕСЈП је изнео следећу оцену овог случаја: "Из тога следи да су, посебно када је реч о напредовању у каријери и дисциплинском кажњавању, то јест на подручјима која су могла имати највећи утицај на унутрашњу независност судија, овлашћења председника судова била прилично ограничена. Из тих разлога Суд сматра да је хрватско законодавство у релевантно време имало одговарајуће механизме за спречавање непримерених мешања која су долазила из самог судства, те да се за овлашћења која су имали председници судова није могло оправдано сматрати да иду на штету унутрашње независности судија или да изазивају обес-

храбрујући учинак на изражавање властитог мишљења који је могао нарушити њихову унутрашњу независност. У светлу наведеног, Суд сматра утврђеним да су судије Жупанијског суда у З. које су испитивале жалбу подносиоце захтева биле довољно независне од председника тога суда. Стога Суд сматра да страхови подносиоце захтева у погледу поманкања непристрасности Жупанијског суда у З. нису били објективно оправдани." (ст. 93-95. пресуде).

4.3. Примери примене субјективног и објективног теста непристрасности

У случају *Šorgić protiv Srbije*⁴⁸, ЕСЈП је питање кршења права на непристрасан суд посматрао са два аспекта – субјективног и објективног.

Случај Шоргић односи се на више парничних поступака који су вођени између подносиоца представке, коме је уговором о доживотном издржавању отац пре смрти пренео своју имовину, и супруге његовог преминулог оца, која је у парници најпре тражила да се утврди да је наведени уговор фиктиван, затим ништав, а на крају раскид уговора. Правноснажном пресудом спорни уговор је делимично поништен, а у преосталом делу раскинут због неизвршења обавеза даваоца издржавања, а пресудом Врховног суда Србије одбијена је ревизија г. Шоргића. Након тога он је тражио понављање правноснажно окончаног парничног поступка. У представи поднетој ЕСЈП, г. Шоргић је тврдио да му је због непрописног састава суда повређено право на правично суђење из члана 6. став 1. Конвенције.

ЕСЈП је најпре применио субјективни тест и констатовао да подносилац захтева није предочио никакве доказе које би оборили претпоставку да су судије о којима је реч непристрасне. Чињеница да се судије нису изузеле из одлучивања у поступцима пред судовима више инстанце није, по налажењу ЕСЈП, довољан разлог за довођење у питање непристрасности суда у субјективном смислу, јер су одлуке на које се позива подносилац образложене, а судије нису показале било какву наклоност према странкама.

Међутим, примењујући објективни тест, ЕСЈП је констатовао да је судија Б. учествовао у доношењу две одлуке које су се односиле на

⁴⁸ Пресуда *Šorgić protiv Srbije* од 03.11.2011. године, бр. 34973/06, ст. 68-69.

исти скуп међусобно повезаних чињеница у вези са сложеним односом оставиоца са сином и супругом. Такође је констатовао да је судија Д. учествовао у доношењу одлуке Окружног суда и одлуке Врховног суда којом је одбијена ревизија подносиоца захтева и да су се обе одлуке односиле на раскид преосталог дела предметног уговора. На основу изложеног, ЕСЈП је закључио да у овом случају могу настати легитимне сумње у непристрасност судија и да се те сумње могу сматрати објективно оправданим, што је довело до повреде члана 6. став 1. Конвенције.

У случају *Olujić protiv Hrvatske*⁴⁹, била је реч о разрешењу председника Врховног суда Републике Хрватске. Подносилац представке је приговорио да су три члана Државног судбеног вијећа (ДСВ) изразила пристрасност у интервјуима објављеним у националним новинама у време када дисциплински поступак, који је против њега вођен пред ДСВ, још увек није био окончан.

ЕСЈП је подробно анализирао све изјаве и интервјуе које су спорни чланови ДСВ-а дали у медијима током трајања поступка. Након што је цитирао меродавне делове интервјуа, ЕСЈП је код председника ДСВ-а утврдио објективну пристрасност, а код члана ДСВ-а М.Х. постојање субјективне пристрасности. Своју одлуку је образложио на следећи начин: "Суд сматра да то што се председник ДСВ-а користио изразима који су подразумевали да је већ формирао неповољно мишљење о предмету подносиоца захтева пре него што је предмет правноснажно окончан, и којима је критиковао изјаве одбране, изгледа јасно неспојиво са његовим даљим суделовањем у обновљеном поступку, а након што је Уставни суд укинуо првобитну одлуку ДСВ-а. Изјаве које је дао председник ДСВ-а такве су да објективно оправдавају страх подносиоца захтева у погледу непристрасности председника ДСВ-а... Суд сматра да су изрази којима се користио М.Х. јасно показали његову несклоност подносиоцу захтева, те да је стога његово даље учествовање у поступку након објаве интервјуа о коме је реч било неспојиво са захтевом непристрасности по члану 6. став 1. Конвенције".

5. Право на непристрасан суд у пракси Уставног суда

Пракса Уставног суда се у односу на све елементе права на правично суђење, па и право на непристрасан суд, развијала у складу са прак-

⁴⁹ Пресуда *Olujić protiv Hrvatske* од 20.05.2010. године, бр. 61260/08, ст. 63-68.

сом ЕСЉП. То значи да је Уставни суд у својим одлукама прихватио стандарде непристрасности, као и субјективни и објективни тест непристрасности који су изграђени у јуриспруденцији ЕСЉП.

У Одлуци *Уж-3962/2015 од 05.04.2018. године*, Уставни суд констатује да подносилац за своје наводе није доставио доказе који би указивали да је право на непристрасан суд на било који начин доведено у питање. По налажењу Уставног суда, подносиочева оцена чињеничних и правних закључака судова и исказа саслушаних сведока, не представља довољан основ да би се оборила претпоставка о субјективној непристрасности судије. У вези са изнетим, Уставни суд указује и на праксу ЕСЉП, према којој се лична (субјективна) непристрасност судије претпоставља све док не постоји доказ којим се доказује супротно.

Уставни суд је и у другим одлукама нашао да су наводи подносиоца о повреди права на непристрасан суд неприхватљиви, јер су уопштени, необразложени и нису поткрепљени доказима⁵⁰.

У Одлуци *Уж-13/2008 од 21.01.2010. године*, Уставни суд је закључио да тврдња подносиоца уставне жалбе да му је у парничном поступку повређено право на непристрасно суђење јер је "он припадник мађарске националне мањине у Републици Србији" није поткрепљена конкретним доказима који би указивали на пристрасност судије, било субјективне, било објективне природе. Сама чињеница да је судија М.Л. у предметном парничном поступку неажурно и неодговорно поступала, по оцени Уставног суда, не може указивати на евентуалну повреду права подносиоца уставне жалбе на непристрасно суђење, јер су таквим поступањем подједнако "оштећене" обе парничне странке. Поред тога, Уставни суд је имао у виду да је оспорену пресуду Општинског суда у Новом Кнежевцу донело веће у чијем саставу није било судије тог суда М.Л. чије је изузеће тражено, да је другу пресуду која је оспоравана уставном жалбом донело веће Окружног суда у Зрењанину и да подносилац уставне жалбе није оспоравао непристрасност судија које су учествовале у доношењу оспорених пресуда. Стога, Уставни суд сматра да наводи подносиоца представљају последицу његове субјективне оцене о пристрасном деловању у наведеног судије у предметном парничном поступку.

⁵⁰ Види: поред осталих, одлуке Уж-273/2011 од 13.02.2014. године, Уж-690/2008 од 17.06.2009. године и Уж-1174/2011 од 14.04.2016. године.

Суседски односи првостепеног судије и супротне стране у поступку, по налажењу Уставног суда, не представљају довољан основ да би се оборила претпоставка о субјективној непристрасности судије, јер је неопходно да постоји доказ конкретне пристрасности, који подносилац уставне жалбе у предмету *Уж-914/2011* није пружио. У Одлуци коју је у овом предмету донео, за Уставни суд је било посебно значајно то што подносиоци нису користили процесна овлашћења да траже изузеће судије у редовном поступку због околности које су им и тада несумњиво биле познате, а које по њима доводе у питање непристрасност судије⁵¹.

У Одлуци *Уж-576/2011 од 26.03.2014. године*, Уставни суд констатује да тврдње о повреди права на независан и непристрасан суд нису поткрепљене било каквим доказом на основу кога би се могло закључити да су наведена права на било који начин доведена у питање и да је судско веће које је одлучивало у жалбеном поступку било пристрасно у односу на тужену Општину С.Г, односно да суд није био независан у односу на тужену Републику Србију. По оцени Уставног суда, и подносиоци уопштени наводи о природи аргумената које је дао другостепени суд и њено мишљење о начину на које је утврђено чињенично стање не представљају довољан основ да би се оборила претпоставка о субјективној непристрасности судија. У вези са изнетом оценом, Уставни суд указује и на праксу ЕСЈП, према којој, да би се довела у сумњу субјективна непристрасност судије захтева се доказ конкретне пристрасности ... који у овом случају није пружен. Надаље, Уставни суд указује и на став ЕСЈП у погледу постојања објективних чињеница у вези пристрасности, који је изнет у пресуди *Fey protiv Austrije* од 24.02.1993. године... Позивање подносиоце на пресуду ЕСЈП *De Cubber protiv Belgije* од 26.10.1984. године није адекватно у конкретном случају, јер подносиоца, за разлику од питања које се поставило у том предмету, није истакла да је неко од чланова судског већа другостепеног суда претходно поступао у првостепеном поступку. Такође је неадекватно и позивање на пресуду *Borgers protiv Belgije* од 30.10.1991. године у којој је у контексту повреде права на једнакост оружја, а не повреда права на непристрасан суд истакнуто "да се посебан значај мора дати утиску правичности у спровођењу правде".

Уставни суд се у Одлуци *Уж 4431/2015 од 10.05.2018. године* бавио питањем непристрасности суда са становишта унутрашње незави-

⁵¹ Одлука Уж-914/2011 од 29.05.2014. године.

сности судија. Уставни суд указује да је ЕСЈП у пресуди *Daktaras protiv Litvanije* од 10.10.2000. године, поред осталог, истакао да унутрашња независност судија захтева да судије не буду изложене притисцима других судија и оних који руководе судском управом нпр. председника суда и судског одељења, а да је у пресуди *Morice protiv Francuske* од 23.04.2015. године истакао да се објективни тест односи и на хијерархијске и друге везе између судија и других учесника у поступку. Имајући у виду да се уставном жалбом уопште не указује да су судије које су учествовале у доношењу оспорених пресуда биле изложене притисцима судије пред којом је оверен спорни уговор чији је поништај тражен, као и да та судија, с обзиром на свој положај, није хијерархијски надређена судијама жалбеног већа које је донело оспорену другостепену пресуду, Уставни суд налази да се сумња подносиоца не може сматрати објективно оправданом. Наиме, околност да је предмет конкретног спора било утврђење ништавости правног посла овереног пред судијом једног од месно надлежних судова за територију града Београда, сама по себи не представља оправдан разлог за сумњу у непристрасност свих судија које судијску функцију врше у свим стварно и месно надлежним судовима за територију Града Београда.

У неколико одлука донетих по уставним жалбама Уставни суд је испитивао наводе подносилаца да им је ускраћено право на непристрасан суд због учешћа судије у више поступака у којима је подносилац био странка или учешћа истог судије у доношењу више одлука у различитим фазама истог поступка.

Уставни суд у Одлуци *Уж-9811/2016 од 24.05.2018. године* закључује да нема основа за тврдње да је у предметном парничном поступку подносиоцу уставне жалбе на било који начин ускраћено право на непристрасан суд. Судија Б.С. није имао двоструку улогу у поступку у коме су донете оспорене пресуде, иако јесте учествовао као члан судијског већа у другој парници, због чега му је свакако била позната природа спора, али се у том поступку судови нису бавили питањем ништавости наведене одредбе члана 6. уговора о купопродаји непокретности, већ питањем ништавости самог уговора из потпуно других законских разлога, што, по оцени Уставног суда, не доводи у сумњу да постоји његова непристрасност.

У Одлуци Уставног суда *Уж-8/2008 од 25.12.2008. године* је наведено да сама чињеница да је у кривичном предмету Општинског суда у Кучеву К 83/06, који је вођен по оптужници подносиоца уставне жалбе, поступао исти судија који је подносиоца уставне жалбе огласио кривим у предмету тог суда К 72/04 није, међутим, довољна да се аутоматски закључи како је реч о кршењу права на непристрасан суд зајемченог чланом 32. став 1. Устава, јер ни у захтеву за изузеће, нити у уставној жалби нису наведени докази који би несумњиво указивали на пристрасност судије у предмету Општинског суда у Кучеву К 83/06. Поред тога, Суд је имао у виду да је оспорено решење Општинског суда у Кучеву Кб 4/07 од 30.03.2007. године донело веће у чијем саставу није било судије тог суда Љ.П. чије изузеће је тражено, а да је друго решење које се оспорава уставном жалбом донело веће Окружног суда у Пожаревцу. Подносилац уставне жалбе није оспоравао пристрасност судија које су учествовале у доношењу оспорених решења.

Свакако најзначајнија одлука Уставног суда у којој је разматрана повреда права на непристрасан суд је донета у предмету *Уж-4461/2010 дана 12.12.2013. године*. Уставну жалбу је поднео С.Р, који се налазио на издржавању вишегодишње казне затвора по правноснажној пресуди Апелационог суда у Београду оспореној уставном жалбом.

Против подносиоца уставне жалбе и још 17 лица је пред Окружним судом у Београду – Већем за ратне злочине вођен кривични поступак због кривичног дела ратни злочин против ратних заробљеника, који је правноснажно окончан оспореном пресудом Апелационог суда у Београду. Подносилац је уставну жалбу поднео због повреде права на правично суђење из члана 32. став 1. Устава и члана 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, као и због повреде посебних права окривљеног из члана 33. став 1. Устава. У уставној жалби је, поред осталог, навео да је у доношењу оспорене другостепене пресуде, као председник већа, учествовао судија који је по закону морао бити изузет, јер је "активно учествовао у више наврата у доношењу одлука првостепеног суда које су директно утицале на првостепену пресуду", и то у доношењу решења о продужењу притвора против подносиоца и решења о давању статуса сведока сарадника окривљеном С.П. на чијем исказу је, по мишљењу подносиоца, заснована осуђујућа пресуда против њега.

Након анализе свих чињеница и околности овог случаја и одредаба Законика о кривичном поступку, који је био на снази у време пресуђења, а које се односе на изузеће судије, одређивање и продужење притвора и давање статуса сведока сарадника окривљеном у кривичном поступку, Уставни суд је анализирао праксу ЕСЈП која се односи на примену теста објективне непристрасности суда. У погледу праксе ЕСЈП у одлуци је констатовано следеће: "У својој досадашњој пракси ЕСЈП прешао је пут од чисто објективне концепције засноване на строгој раздвојености функције гоњења, истраге и суђења, до концепције која је више субјективна, јер претпоставља анализу околности конкретног случаја у ком судија није поштовао раздвојеност наведених функција. Основна карактеристика првог периода јесте настојање ЕСЈП да применом строге дефиниције објективне непристрасности отклони било какав ризик који би, услед претходног вршења функције гоњења или спровођења истраге, довео у питање пристрасност судије у фази суђења (*De Cubber protiv Belgije*, 26.10.1984, ст. 24, 30). На другој страни, садашње поступање ЕСЈП одликује захтев да објективна повреда начела раздвојености функција гоњења, спровођења истраге и суђења мора бити праћена пристрасним понашањем судије. При томе, неопходно је испитати да ли се субјективне бојазни окривљеног могу прихватити као објективно оправдане, будући да је то одлучујући елеменат приликом оцене непристрасности (*Hauschildt protiv Danske*, 24.05.1989, став 50; *Ferrantelli i Santagelo protiv Italije*, 07.08.1996, став 58.). Другим речима, некадашња апстрактна оцена замењена је оценом околности конкретног случаја, при чему се узима у обзир становиште окривљеног, али оно нема одлучујући значај (*Perote Pellon protiv Španije*, 25.07.2002, став 44).

Уставни суд је у наведеној одлуци оценио да се вишеструке процесне улоге које је судија С.В. имао у првостепеном поступку, било у својству председника Окружног суда у Београду када је одлучивао о захтевима за изузеће поступајућих судија, било као члан ванпретресног већа које је донело одлуку о додељивању окривљеном С.П. статуса сведока сарадника и, уз то, одлучивао о продужењу притвора оптуженима не може се оправдати на начин на који је то учинио заменик в.ф. председника Апелационог суда у Београду у решењу од 02.06.2010. године којим је одбијен као неоснован захтев бранилаца оптужених за изузеће. Наиме, иако је неспорно да "је судија, у складу са својом функцијом и по самом

закону, дужан да у свакој прилици одржи поверење у своју независност и непристрасност", то се, према оцени Уставног суда, у околностима конкретног случаја не може сматрати довољним да отклони постојање објективне оправдане бојазни у непристрасност судије С.В. Другим речима, Уставни суд налази да, вишеструко процесно ангажовање судије С.В. у првостепеном поступку и одлуке које је том приликом доносио, представљају околности које, сагледане кроз његово учешће у истом предмету као председника жалбеног већа Апелационог суда у Београду изазивају сумњу у пристрасност у смислу члана 40. тачка 6) ЗКП. На основу изложеног, Уставни суд је оценио да је учествовањем судије С.В. као председника већа, у поступку доношења оспорене пресуде Апелационог суда у Београду повређено право подносиоца уставне жалбе на непристрасан суд, као саставног елемента права на правично суђење из члана 32. став 1. Устава, то је уставну жалбу у овом делу усвојио налазећи да се штетне последице због утврђене повреде права на правично суђење могу отклонити налагањем Апелационом суду да поново одлучи о жалби коју је подносилац изјавио против пресуде Окружног суда у Београду. Уставни суд је оценио да је утврђена повреда права на непристрасан суд такве природе да се односи и на сва остала лица која се налазе у истој правној ситуацији као и подносилац уставне жалбе, па је, сагласно одредби члана 87. Закона о Уставном суду, проширио правно дејство своје одлуке и према свим осталим лицима из наведеног кривичног предмета.

Бранко Станић,
судија Врховног касационог суда

ЈАВНА СВОЈИНА

Устав Републике Србије јемчи три облика својине. Јемчи се приватна, задружна и јавна својина. Сви облици својине имају једнаку правну заштиту.

Према Уставу, постојећа друштвена својина, претвара се у приватну својину под условима и на начин и у роковима предвиђеним законом.

Закон о јавној својини, који је донет 2011 године а измењен и допуњен 2017. године ("Службени гласник РС", бр. 72/2011... 113/2017) уређује у складу са Уставом, право јавне својине и одређена друга имовинска права Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе. Закон о јавној својини је усклађен са прописима који важе у државама чланицама Европске уније.

Јавну својину према члану 2. Закона, чини право својине Републике Србије -државна својина; право својине аутономне покрајине – покрајинска својина и право својине јединице локалне самоуправе – општинска, односно градска својина. Јавна својина је нови облик својине који до доношења Закона о јавној својини, није био уређен законом. Овај облик својине, у пракси је био познат и пре доношења овог закона и углавном је био везан за државу, односно државну својину.

Претходно важећи Закон о средствима у својини Републике Србије је предвиђао да сва добра која користе државни органи Републике Србије, покрајина, град, општине, јавна предузећа чији су оснивачи држава, покрајина или јединице локалне самоуправе су државна својина. Овим законом је био успостављен централистички систем тако што је Република Србија била једини својински титулар ове имовине. Корисници државне својине, општине, градови су за све акте располагања имовином, морале прибављати сагласност Републике Србије, односно, надлежне Дирекције за имовину, што је отежавало економски развој јединица локалне самоуправе.

Законом о јавној својини (у даљем тексту Закон) промењен је концепт ранијег Закона о средствима у својини Републике Србије. Сада, Република Србија није више једини носилац права јавне својине. Као што је претходно наведено, јавна својина има **три облика и три носиоца права јавне својине** а то су:

- право својине Републике Србије - државна својина,
- право својине аутономне покрајине - покрајинска својина и
- право својине јединице локалне самоуправе - општинска, односно градска својина.

Јавна својина се користи за остваривање функција Републике, аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе и за обављање делатности јавних служби чији су оснивачи носиоци права јавне својине. Титулар јавне својине може да исту користи за обављање делатности и ради стицања добити у складу са законом.

Предмет јавне својине су ствари које имају велики јавни значај и јавни интерес. То су општа добра намењена за коришћење већег (неодређеног) броја лица, посредно или непосредно. Због таквог значаја ствари у јавној својини захтевају да правни режим вршења својинских овлашћења буде посебно уређен.

У јавној својини су природна богатства, добра од општег интереса и добра у општој употреби, за која је законом утврђено да су у јавној својини, ствари које користе органи и организације Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, установе, јавне агенције и друге организације чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе и друге ствари које су, у складу са законом, у јавној својини. Под јавном својином не сматрају се ствари организација обавезног социјалног осигурања.

Посебан режим за одређене непокретности

Законом о јавној својини је прописан посебан режим за одређене непокретности, тако да је правни режим грађевинског земљишта, пољопривредног земљишта, водног земљишта, шума и шумског земљишта у јавној својини уређен посебним законом.

Законом о планирању и изградњи уређују се услови и начин уређења простора, уређивање и коришћење грађевинског земљишта и изград-

ња објеката; вршење надзора над применом одредаба овог закона и инспекцијски надзор; друга питања од значаја за уређење простора, уређивање и коришћење грађевинског земљишта и за изградњу објеката.

Одредбе овог закона не односе се на планирање и уређење простора, односно изградњу и уклањање објеката који се у смислу закона којим се уређује одбрана сматрају војним комплексима, односно војним објектима, као и на изградњу објеката који се у смислу закона којим се уређује рударство сматрају рударским објектима, постројењима и уређајима.

Законом о пољопривредном земљишту, уређује се планирање, заштита, уређење и коришћење пољопривредног земљишта, надзор над спровођењем овог закона и друга питања од значаја за заштиту, уређење и коришћење пољопривредног земљишта као добра од општег интереса.

Законом о водама, уређује се правни статус вода, интегрално управљање водама, управљање водним објектима и водним земљиштем, извори и начин финансирања водне делатности, надзор над спровођењем овог закона, као и друга питања значајна за управљање водама.

Законом о шумама, уређује се очување, заштита, планирање, гајење и коришћење шума, располагање шумама и шумским земљиштем, надзор над спровођењем овог закона, као и друга питања значајна за шуме.

Предмети јавне својине

Закон у одредби члана 3. одређује предмете јавне својине. То су:

- **природна богатства:** воде, водотоци и њихови извори, минерални ресурси, ресурси подземних вода, геотермални и други геолошки ресурси и резерве минералних сировина, и друга добра која су посебним законом одређена као природна богатства, у својини су Републике Србије;

- **добра од општег интереса и добра у општој употреби у јавној својини,** у смислу овог закона су ствари, које су законом одређене као добра од општег интереса (пољопривредно земљиште, шуме и шумско земљиште, водно земљиште, водни објекти, заштићена природна добра, културна добра и др.), због чега уживају посебну заштиту.

Добрима у општој употреби у јавној својини, у смислу овог закона, сматрају се оне ствари које су због своје природе намењене коришћењу свих и које су као такве одређене законом (јавни путеви, јавне пруге,

мост и тунел на јавном путу, прузи или улици, улице, тргови, јавни паркови, гранични прелази и др);

- **мреже** у смислу овог закона су непокретна ствар са припацама, односно збир ствари, намењених протоку материје или енергије ради њихове дистрибуције корисницима или одвођења од корисника, а чији је појам ближе утврђен посебним законом.

Мрежа којом се обавља привредна делатност пружања услуга од стране правних лица основаних од носилаца јавне својине је у јавној својини. Изузетно, посебним законом може бити утврђено да мреже могу бити и у својини правног лица које је основала Република Србија за пружање услуга или његовог зависног друштва.

Мрежа, односно део мреже који служи искључиво за потребе једног или више лица може бити у својини тог, односно тих лица;

- **ствари које користе органи и организације**, Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, у смислу овог закона, чине непокретне и покретне ствари и друга имовинска права, која служе за остваривање њихових права и дужности. То су:

- непокретности које непосредно служе извршавању надлежности

- комерцијалне непокретности којима се остварује приход
- непокретности које служе обављању делатности од општег интереса а нису уложене у капитал Јавних предузећа
- непокретности које су уложене у капитал Јавних предузећа

- **друге ствари и имовинска права** Под другим стварима у јавној својини подразумевају се ствари које не спадају у природна богатства, добра од општег интереса, мреже или ствари које користе органи и организације(грађевинско земљиште у јавној својини, друге непокретности и покретне ствари у јавној својини). Друга имовинска права, у смислу овог закона, јесу: право на патент, право на лиценцу, модел, узорак и жиг, право коришћења техничке документације и друга имовинска права утврђена законом чији је носилац права Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе;

- **улагање у капитал и пренос права коришћења**, Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе могу сред-

ства у јавној својини улагати у капитал јавног предузећа и друштва капитала, у складу са овим и другим законом.

По основу улагања Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе стичу уделе или акције у јавним предузећима и друштвима капитала и права по основу тих акција, односно удела.

Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе могу установама и јавним агенцијама и другим организацијама, изузев јавних предузећа и друштава капитала чији су оснивачи, преносити право коришћења на стварима на којима имају право јавне својине.

Сусвојина на ствари у јавној својини

На ствари у јавној својини, према одредби члана 15. Закона, може постојати сусвојина заснована између различитих носилаца јавне својине, као и између носилаца јавне својине и других правних и физичких лица, у складу са законом. Носиоци права јавне својине могу заједнички или са другим лицима инвестирати у изградњу добара од општег интереса, добра у општој употреби и других добара и по том основу, у складу са овим и другим законом, стицати право коришћења или друго право (концесија и сл.) и убирати приходе по том основу.

Аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе не могу стећи својину, односно сусвојину на стварима, односно добрима које по овом или другом закону могу бити искључиво у својини Републике Србије

Носиоци права јавне својине и корисници ствари у јавној својини

Носиоци права јавне својине, одређени су у члану 18. Закона. То су: Република Србија, аутономна покрајина и општина. Градска општина има право коришћења на стварима у својини града у чијем је саставу.

На стварима које прибави градска општина, право својине стиче град у чијем је саставу градска општина, а градска општина има право коришћења.

Статутом града може се предвидети да градска општина има право јавне својине на покретним и на непокретним стварима, неопходним за рад органа и организација градске општине.

Месне заједнице и други облици месне самоуправе имају право коришћења на стварима у јавној својини јединице локалне самоуправе, у складу са законом и прописом, односно другим актом јединице локалне самоуправе.

Установе и јавне агенције и друге организације (укључујући и Народну банку Србије) чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, које немају статус државног органа и организације, органа аутономне покрајине, односно органа јединице локалне самоуправе или јавног предузећа, односно друштва капитала, имају право коришћења на непокретним и покретним стварима у јавној својини које су им пренете на коришћење.

Корисници ствари у јавној својини

Ствари у јавној својини могу се користити само на начин који је прописан овим законом и подзаконским актима којима се регулише примена закона. Према одредби члана 19. Закона, корисници ствари у јавној својини су:

1. државни органи и организације;
2. органи и организације аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе;
3. јавна предузећа, друштва капитала чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, као и њихова зависна друштва, на основу уговора закљученог на основу акта надлежног органа, а којим нису пренете у својину тог јавног предузећа, односно друштва.

Ствари у јавној својини могу се дати на коришћење и осталим правним лицима, концесијом или на други начин предвиђен законом.

Носиоци права коришћења имају право да ствар држе и да је користе у складу са природом и наменом ствари, да је дају у закуп и да њоме управљају у складу са овим и другим законом.

Давање у закуп ствари у својини Републике Србије, осим ствари које користи Народна банка Србије, врши се по претходно прибављеној сагласности Дирекције.

Поступак, услови и начин располагања, управљања, начин чувања и преузимања непокретних и покретних ствари, као и других имовинских права, која су у јавној својини, ближе се уређује уредбом Владе.

Право јавне својине и право коришћења на непокретностима у јавној својини уписују се у јавне књиге о непокретностима и правима на њима, у складу са законом којим се уређује упис права на непокретностима.

Прибављање, располагање и управљање стварима у јавној својини

Ствари у јавној својини су од посебног значаја па је тако поступак прибављања, располагања и управљање стварима у јавној својини, посебно регулисан у одредбама чл. 26. до 45. Закона и подзаконским актима за спровођење Закона о јавној својини, а то су за сада, седам Уредби које је донела Влада Републике Србије;

- Уредба о поклонима који остају у јавној својини
- Уредба о непокретностима за репрезентативне потребе Републике Србије
- Уредба о службеним зградама и пословним просторијама у јавној својини које користе органи Републике Србије
- Уредба о евиденцији непокретности у јавној својини
- Уредба о начину коришћења службених возила
- Уредба о одређивању опреме веће вредности и утврђивање случајева и услова под којима се покретне ствари из јавне својине могу отуђивати непосредном погодбом
- Уредба о условима прибављања и отуђења непокретности непосредном погодбом, давања у закуп ствари у јавној својини и поступцима јавног надметања и прикупљања писмених понуда.

Располагањем стварима у јавној својини сматра се; давање ствари на коришћење; давање ствари у закуп; пренос права својине на другог носиоца јавне својине (са накнадом или без накнаде) укључујући и размењу; отуђење ствари; заснивање хипотеке на непокретностима; улагање у капитал и залагање покретних ствари.

Надлежност органа који доноси одлуку о прибављању ствари и располагању стварима у јавној својини је регулисана је у одредбама члана 27. Закона.

Према наведеној одредби о прибављању ствари и располагању стварима у својини Републике Србије, под условима прописаним законом, одлучује Влада, ако законом није другачије одређено. Исто тако о отуђењу непокретности у својини Републике Србије на којима постоји право коришћења као и о заснивању хипотеке на тим непокретностима одлучује Влада.

О прибављању непокретности у својину Републике Србије за потребе носиоца права коришћења чији је оснивач Република Србија, одлучује надлежни орган тог носиоца права коришћења, уз претходну сагласност Дирекције.

О давању у закуп непокретности укључујући и отказ уговора, одлучује надлежни орган носиоца права коришћења на непокретности.

Изузетно, о располагању стварима које користи Народна банка Србије одлучује орган утврђен законом којим се уређује положај и надлежности Народне банке Србије, с тим што о отуђењу непокретности и о заснивању хипотеке на тим непокретностима одлучује Влада.

Овом одредбом је прописана и надлежност органа који доносе одлуке о прибављању ствари и располагању стварима у својини аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе.

О прибављању и располагању старима у јавној својини одлучује орган аутономне покрајине одређен у складу са статутом аутономне покрајине.

О прибављању ствари и располагању стварима у својини јединице локалне самоуправе под условима прописаним законом, одлучује орган јединице локалне самоуправе одређен у складу са законом и статутом јединице локалне самоуправе.

Аутономној покрајини као и јединици локалне самоуправе, дато је овлашћење да одлуком ближе уреди начин, услове и поступак прибављања, располагања и управљања стварима које су у јавној својини аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, на којима има посебна својинска овлашћења, као и начин, услове и поступак прибављања, располагања и управљања другим имовинским правима.

Закон у одредби члана 32. изричито прописује да је ништав је акт о прибављању и располагању стварима у јавној својини који је донео ненадлежни орган, као и уговор закључен на основу таквог акта.

Ствари у јавној својини могу се дати у закуп у поступку јавног надметања, односно, прикупљањем писмених понуда, полазећи од тржишне вредности висине закупнине.

Надлежност за закључивање уговора о прибављању и располагању стварима у јавној својини је прописана у одредби члана 36. Закона.

Према наведеној одредби уговоре о прибављању и располагању стварима у својини Републике Србије у случајевима када је акт о прибављању и располагању донела Влада, у име Републике Србије, закључује директор Дирекције или лице из Дирекције које он за то овласти, ако законом није другачије одређено.

Уговор о прибављању и располагању покретним стварима за посебне намене (опрема за војску и МУП) закључује руководилац органа.

Уговор о прибављању непокретности у својину Републике Србије за потребе носиоца права коришћења, у име Републике Србије закључују директор Дирекције или лице из Дирекције које он за то овласти и овлашћено лице носиоца права коришћења за чије се потребе непокретност прибавља у својину Републике Србије.

Уговор о давању у закуп непокретности у својини Републике Србије на којој постоји право коришћења, на основу важеће сагласности Дирекције, закључује овлашћено лице носиоца права коришћења на тој непокретности.

Уговор о прибављању, отуђењу, узимању и давању у закуп непокретности које се користе за потребе дипломатских и конзуларних представништава Републике Србије у иностранству закључује министар надлежан за спољне послове или лице које он овласти, а за потребе војних представништава - министар одбране или лице које он овласти.

Лице надлежно за закључивање уговора о прибављању и располагању стварима у својини аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, у име аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, одређује се прописом аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе.

Закон у последњем ставу одредбе члана 36. изричито прописује да уговор закључен супротно одредбама овог члана је ништав.

Закон прописује да уговори о прибављању, отуђењу и размени непокретности у својини Републике Србије, као и уговори о преносу пра-

ва јавне својине на непокретностима са Републике Србије на друге носиоце права јавне својине, закључују се по претходно прибављеном мишљењу Државног правобранилаштва.

Државно правобранилаштво је дужно да да мишљење у року од 30 дана од дана пријема захтева.

Дирекција је дужна да примерак закљученог уговора достави Државном правобранилаштву у року од 15 дана од дана закључења уговора.

Улагање у јавна предузећа и друштва капитала

Одредбама чл. 42. и 43. Закона о јавној својини регулисано је располагање средствима у јавној својини, улагањем у јавна предузећа и друштва капитала која обављају делатност од општег интереса и друштва капитала која не обављају делатност од општег интереса.

По основу улагања, носиоци јавне својине стичу акције, односно уделе, а унети улози су својина јавног предузећа или друштва капитала.

Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе могу улагати у капитал јавних предузећа и друштава капитала која обављају делатност од општег интереса:

- 1) новац и хартије од вредности;
- 2) право својине на стварима у јавној својини, изузев природних богатстава, добара у општој употреби, мрежа које могу бити искључиво у јавној својини и других непокретности које могу бити искључиво у јавној својини;
- 3) друга имовинска права која се по општим прописима могу уложити у капитал.

Вредност ствари и права процењује се на начин утврђен законом којим се уређује правни положај привредних друштава.

По основу улагања носиоци јавне својине стичу акције, односно уделе. Унети улози (непокретности или покретне ствари) постају својина јавног предузећа или друштва капитала.

Шуме и шумско земљиште, водно земљиште и водни објекти у јавној својини као и друга добра од општег интереса у јавној својини којима, сагласно посебном закону, управља (газдује) јавно предузеће не улазе у капитал тог предузећа.

Закон је омогућио да Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе могу улагати и у капитал друштава капитала која не обављају делатност од општег интереса а оснивачки улог може бити;

- 1) новац и хартије од вредности;
- 2) право својине на стварима у јавној својини, изузев природних богатстава, добара од општег интереса (укључујући и мреже) и добара у општој употреби;
- 3) друга имовинска права која се по општим прописима могу уложити у капитал.

Вредност ствари и права процењује се на начин утврђен законом којим се уређује правни положај привредних друштава. Унети улози у имовину друштва капитала својина су тог друштва.

По основу улагања носиоци јавне својине стичу акције, односно уделе на основу којих врше управљачка права, односно сва права која имају као оснивачи.

Закон у одредби члана 44 посебно прописује улагање грађевинског земљишта у капитал јавних предузећа и друштва капитала. Према овој одредби право својине на грађевинском земљишту у јавној својини може се улагати у капитал јавног предузећа и друштва капитала, у складу са законом којим се уређује грађевинско земљиште.

У капитал јавног предузећа и друштава капитала основаних од Републике Србије, аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе може се улагати право својине на изграђеном грађевинском земљишту на коме су изграђени објекти који се по овом закону улажу у капитал тих правних лица.

Право својине на неизграђеном грађевинском земљишту може бити уложено у капитал јавног предузећа и друштава капитала основаних од Републике Србије, аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, уколико је то неопходно за обављање делатности ради које је то предузеће, односно друштво основано и да је сврха коришћења због које се земљиште улаже у складу са наменом предвиђеном важећим планским актом.

Јавно предузеће и друштво капитала које стекне својину на грађевинском земљишту по одредбама овог закона, не може отуђити то земљи-

ште, нити га дати у дугорочни закуп, без претходне сагласности оснивача тог јавног предузећа, односно тог друштва капитала, с тим што се отуђење, односно давање у дугорочни закуп врши по поступку за отуђење, односно давање у закуп грађевинског земљишта у јавној својини, прописаном законом којим се уређује грађевинско земљиште.

Стицање својине јавног предузећа и друштва капитала

Према одредби члана 45. Закона, Јавно предузеће и друштво капитала чији је оснивач, односно члан Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, које на дан ступања на снагу овог закона има право коришћења на непокретностима у државној својини, односно неограничено право искоришћавања других имовинских права, а које чини део или укупан капитал тих правних лица, стиче право својине на тим непокретностима, односно постаје једини искључиви носилац тих других имовинских права у односу према Републици Србији, аутономној покрајини или јединици локалне самоуправе, сагласно претходно наведеним одредбама чл. 42, 43. и 72. Закона.

Ова одредба се сходно се примењује и на непокретности на којој је право коришћења сагласно закону пренето на зависна друштва капитала правних лица, као и на друга имовинска права која су без ограничења пренета на та зависна друштва.

Јавна предузећа и друштва капитала, извршиће по потреби, одговарајуће промене оснивачког акта, односно статута, везане за измене у капиталу и улозима, промене у пословној евиденцији и упис у регистар привредних субјеката.

Одредбе овог члана не примењују се на непокретности које је Република Србија, односно аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе поверила јавном предузећу, односно друштву капитала, (комерцијалне непокретности).

Закон садржи и одредбе које регулишу управљање добрима од јавног интереса.

За управљање добрима од општег интереса и добрима у општој употреби у јавној својини оснивају се јавна предузећа, јавне агенције и друштва капитала.

Под управљањем добрима од општег интерес, подразумевају се, зависно од природе добра, узгој, старање, изградња, одржавање, унапређивање, искоришћавање и одређивање начина коришћења добра од општег интереса у јавној својини, у складу са посебним законом.

Јавна предузећа, јавне агенције и друштва капитала, дужни су да њима управљају савесно, законито и штитећи искључиво јавни интерес. Забрањено је поверена добра од јавног интереса користити у приватне, партијске или друге недозвољене сврхе.

Разграничење надлежности у примени закона између суда и органа управе

Успостављање јавне својине – надлежност органа управе

Право јавне својине и право коришћења на непокретностима у јавној својини успоставља се уписом у јавне књиге о непокретностима и правима на њима, у складу са законом којим се уређује упис права на непокретностима.

Поред носиоца права јавне својине може се уписати и корисник непокретности, ако је то актом надлежног органа одређено.

Орган надлежан за вођење јавне евиденције о непокретностима и правима на њима извршиће, по службеној дужности, упис права јавне својине Републике Србије на непокретностима.

Аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе подносе захтев за упис права јавне својине у року од пет година од дана ступања на снагу овог закона.

Одредбом члана 72. Закона, одређена су основна правила за успостављање јавне својине. Према овој одредби непокретности, покретне ствари и друга средства која су, на основу Закона о средствима у својини Републике Србије, на дан ступања на снагу овог закона у државној својини, постају средства у јавној својини Републике Србије, ако овим законом није друкчије одређено.

Природна богатства, добра од општег интереса, добра у општој употреби у државној својини (изузев добара која по овом закону припадају аутономној покрајини Војводине и јединици локалне самоуправе), као и средства која на дан ступања на снагу овог закона користе Република

Србија, државни органи и организације, установе и друге организације чији је оснивач Република Србија, даном ступања на снагу овог закона постају средства у јавној својини Републике Србије.

На средствима (укључујући и средства у иностранству) која користе аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе успоставља се право јавне својине аутономне покрајине, односно право јавне својине јединице локалне самоуправе, под условима и на начин прописан овим законом.

Средства која користе аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе а сматрају се средства у државној својини на којима су на дан ступања на снагу овог закона уписани као корисници аутономна покрајина, органи и организације аутономне покрајине, односно јединица локалне самоуправе и органи и организације јединице локалне самоуправе, као и средства која аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе и ови органи и организације користе на основу правног основа који може представљати основ за њихов упис у јавну књигу као корисника средстава, успоставља се на њима право јавне својине покрајине или јединице локалне самоуправе.

Ако је као корисник средстава у државној својини уписана месна заједница, односно друга организација са одговарајућим називом (месни народни одбор и сл.), право јавне својине стиче јединица локалне самоуправе, а месна заједница право коришћења.

На непокретностима у државној својини на којима право коришћења има јавно предузеће и друштво капитала чији је оснивач или члан Република Србија, аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе, успоставља се, под условима и на начин прописан овим законом, својина тог јавног предузећа односно друштва капитала, изузев на комуналним мрежама, на непокретностима из члана 20. став 2. овог закона и на непокретностима које се на основу овог закона не могу улагати у капитал, односно која могу бити искључиво у јавној својини. То исто важи и за непокретности код којих је право коришћења пренето сагласно закону на зависна друштва капитала.

Одредбе члана 72. у погледу стицања јавне својине аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, не примењују се на добра од општег интереса која нису наведена у ставу 2 овог члана и на грађевинско земљиште које је на дан ступања на снагу овог закона у државној својини.

Конституисање права јавне својине на грађевинском земљишту у државној својини уређује се посебним законом. (Закон о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду ("Службени гласник РС", број 64/15).

Начин стицања јавне својине на непокретностима и подношење захтева

Према члану 76. Закона, право јавне својине аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе на непокретностима стиче се уписом права јавне својине у јавну књигу о непокретностима и правима на њима.

Надлежни орган аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе подноси надлежном органу за упис права на непокретностима (Катастар) захтев за упис права јавне својине аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе на основу одредаба овог закона.

Уз захтев се подноси извод из јавне књиге у коју се уписују права на непокретностима или друга исправа којом се доказује право коришћења, односно својство корисника непокретности, као и потврда Републичке дирекције за имовину да су непокретности пријављене за јединствену евиденцију непокретности у државној својини сагласно закону.

Рок за подношење захтева и поступак уписа

Према члану 77. Закона аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе подносе захтев за упис права јавне својине у року од пет година од дана ступања на снагу овог закона.

Уколико се захтев за упис права јавне својине за одређену непокретност не поднесе у овом року надлежни орган за упис права на непокретностима, извршиће, по службеној дужности, на тој непокретности упис права јавне својине Републике Србије, уз задржавање постојећег уписа права коришћења, односно корисника.

Уколико аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе не поднесе захтев за упис права јавне својине у року од 10 година од дана ступања на снагу овог закона, **надлежни орган за упис права на непокретностима извршиће, по службеној дужности, брисање права коришћења, односно корисника.**

Надлежни орган за упис права на непокретностима дужан је да по службеној дужности, по сили закона, изврши упис права јавне својине јединице локалне самоуправе на непокретностима из члана 72. став 5. алинеја 3, а то су улице, тргови, јавни паркови који се налазе на територији јединице локалне самоуправе.

По захтеву за упис надлежан орган доноси решење, које доставља подносиоцу захтева и Државном правобранилаштву. Против овог решења може се изјавити жалба у року од 30 дана од дана пријема решења. Упис права врши се на основу правоснажног решења.

Према члану 79 закона, уколико захтев за упис права јавне својине аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе буде правноснажно одбијен, сматраће се да је непокретност у јавној својини Републике Србије и надлежни орган извршиће, по службеној дужности, упис тог права.

Упис права својине јавног предузећа и друштва капитала

Право својине јавног предузећа и друштва капитала на непокретностима, стиче се уписом у јавну евиденцију о непокретностима и правима на њима.

Уз захтев за упис права својине подноси се извод из јавне књиге у којој се уписују права на непокретностима или друга исправа којом се доказује право коришћења, акт о сагласности надлежног органа оснивача, измена оснивачког акта и потврда Дирекције да су непокретности пријављене ради уписа у јединствену евиденцију непокретности у складу са законом.

Јавно предузеће односно друштво капитала, као и њихова зависна друштва подnose захтев за упис права својине у року од пет година од дана ступања на снагу овог закона.

Неће се дозволити упис права својине јавног предузећа и друштва капитала на:

- 1) природним богатствима;
- 2) добрима у општој употреби;
- 3) мрежама у јавној својини;

4) непокретностима из члана 20. став 2. овог закона које су поверене јавном предузећу, односно друштву капитала, односно њиховом зависном друштву ради давања у закуп односно на коришћење;

5) непокретностима које користе органи и организације носиоца права јавне својине на тим непокретностима;

6) пољопривредном и грађевинском земљишту и другим непокретностима које нису уложене, нити се могу уложити у капитал јавног предузећа и друштва капитала, односно које могу бити искључиво у јавној својини.

Упис права својине јавног предузећа и друштва капитала на непокретностима не може се извршити без писане сагласности оснивача, коју даје надлежни орган аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, а за јавна предузећа и друштва капитала чији је оснивач Република Србија - Влада, на предлог министарства надлежног за област којој припада делатност јавног предузећа, односно друштва капитала.

Упис права својине јавног предузећа и друштва капитала неће се дозволити и у другим случајевима постојања забране уписа, односно стицања својине јавног предузећа и друштва капитала.

Уколико се захтев за упис права својине за одређену непокретност не поднесе у року од пет година од дана ступања на снагу закона, или тај захтев буде правоснажно одбијен, орган надлежан за упис права на непокретностима извршиће, по службеној дужности, упис права јавне својине Републике Србије - ако је реч о захтеву јавног предузећа, односно друштва капитала чији је оснивач Република Србија. Ако се ради о захтеву јавног предузећа односно друштва капитала чији је оснивач аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе - орган надлежан за упис извршиће, по службеној дужности, упис права јавне својине аутономне покрајине односно јединице локалне самоуправе ако су за то испуњени услови прописани овим законом.

До уписа права својине подносиоца захтева за упис, односно права јавне својине јавно предузеће и друштво капитала који имају право коришћења задржавају право коришћења на предметним непокретностима са правима и обавезама које имају на дан ступања на снагу овог закона. Отуђење овог права не може се извршити без сагласности оснивача, а акт о отуђењу супротно овој одредби ништав је.

***Упис непокретности и упис права на непокретности
– Служба за катастар непокретности***

Према Закону о поступку уписа у катастар непокретности и водава ("Службени гласник РС" број 41/18) Служба за катастар непокретности је надлежна за вођење евиденције о непокретностима и правима на непокретности.

***Посебна евиденција ствари у јавној својини
- надлежност дирекције***

Одредбом члана 64. Закона, прописана је обавеза органа Републике Србије, покрајине и јединица локалне самоуправе да воде посебне евиденције непокретности у јавној својини, коју користе.

Евиденција непокретности се доставља и Дирекцији за имовину Републике Србије, која води јединствену јавну и електронску базу података осим за непокретности за посебне намене које користи војска и МУП. Дирекција води евиденцију и за одређене покретне ствари у јавној својини. Дирекција обавља послове државне управе који се односе на прибављање ствари у својини републике, располагање стварима у својини републике путем закупа или улагања у капитал и друге послове у складу са законом.

Судска надлежност

Носиоци права јавне својине, корисници ствари у јавној својини и јавна предузећа, агенције и друштва капитала која управљају добрима од општег интереса и добрима у општој употреби, дужни су да штите ствари и добра у јавној својини и да њихову правну заштиту остварују пред судом у складу са законом и у границама овлашћења која су им прописана овим или другим законом или одлуком надлежног органа.

У реферату су наведени посебни облици заштите јавне својине, који овај закон прописује а који се остварују у поступку пред судом.

Поступак извршења и обезбеђења

Немогућност принудног извршења

Законом је регулисана заштићеност јавне својине, тако што се предвиђа немогућност принудног извршења. Јавни извршитељи су у циљу

наплате потраживања поверилаца спроводили извршење и на стварима у јавној својини и тако вршили попис, односно пленидбу напр. службених или амбулантних возила, кревете и апарате у болницама, домовима здравља и апотекама.

Законом о извршењу и обезбеђењу, предвиђено је да предмет извршења не могу бити ствари изван промета, објекти, оружје и опрема који су намењени одбрани и безбедности РС, нити ствари које су овим или другим законом изузете од извршења. Један од тих закона је и Закон о јавној својини.

Закон у члану 16. прописује да природна богатства, добра у општој употреби, мреже у јавној својини, водно земљиште и водни објекти у јавној својини, заштићена природна добра у јавној својини и културна добра у јавној својини, не могу бити предмет принудног извршења.

На непокретностима у јавној својини које, у целини или делимично, користе органи Републике Србије, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе за остваривање њихових права и дужности не може се спровести принудно извршење.

Предмет принудног извршења не могу бити објекти, оружје и опрема намењени одбрани и државној и јавној безбедности.

Предмет принудног извршења не могу бити ни удели, односно акције које јавна предузећа и привредна друштва чији је власник Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе имају у привредним друштвима, осим уколико постоји сагласност Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе на успостављање залогa на тим уделима, односно акцијама.

Предмет принудног извршења не могу бити ни покретне и непокретне ствари које користе здравствене установе из Плана мреже здравствених установа.

Добра из става 1. члана 16. Закона, не могу се отуђити из јавне својине.

Како је овом одредбом заштићена јавна својина од принудног извршења, суд неће дозволити извршење на средствима у јавној својини али се поставља питање, шта се дешава у предметима где је пре ступања на снагу овог закона дозвољено извршење на средствима која су изузета

од извршења по цитираном члану 16. Закона. Мишљење аутора реферата је да поступак у тим случајевима треба обуставити.

Немогућност заснивања хипотеке

Чланом 17. Закона је прописано да се на стварима из члана 16. овог закона не може стећи право својине одржајем, нити се може засновати хипотека или друго средство стварног обезбеђења.

Дакле, не може се засновати хипотека или друго средство обезбеђења на стварима која су: природна богатства; добра од општег интереса и добра у општој употреби у јавној својини; мреже; непокретностима у јавној својини које у целини или делимично користе органи РС, АП, ЈЛС за остваривање њихових права и дужности; објектима, оружју, и опрема намењена одбрани и државној безбедности.

Међутим, Законом о хипотеци је прописано да предмет хипотеке може бити, између осталог и право на земљишту које садржи овлашћење слободног правног располагања, а нарочито право грађења, право прече градње, или располагања у државној, односно друштвеној својини (члан 5. Закона).

Након ступања на снагу овог закона, постаје спорно питање, може ли право располагања на земљишту у државној својини бити предмет хипотеке.

Са становишта хијерархије прописа, Закон о јавној својини када су у питању добра у јавној својини искључује примену свих других закона и прописа којима се модификује или прописује други режим својине па и у случају када се ради о специјалном пропису. То произлази из одредбе члана 4. Закона, којом се прописује да одредбе посебних закона којима се уређује режим ствари у јавној својини не могу бити у супротности са овим законом.

То би значило да предмет хипотеке не може бити право располагања на земљишту у државној својини.

Потребно је нагласити да Закон о јавној својини дозвољава тзв. двојни режим државне својине. Двојни режим својине значи да постоји јавна својина као облик својине за који важе посебна правила али држава на неким стварима покретним или непокретним, може да има и право својине која се не разликује од приватне својине која имају физичка лица па

је режим приватне својине уређен другим прописима. У случају да држава има у својину ствари које не спадају у јавну својину, заснивање хипотеке, па и принудно извршење, у таквим случајевима би било могуће.

Парнични поступак

Тужба за побијање уговора

Закон о јавној својини у одељку којим регулише прибављање, располагање и управљање стварима у јавној својини, предвиђа тужбу за побијање уговора који се закључи супротно одредбама којима је прописано прибављање, располагање и управљање стварима у јавној својини.

Одредбом члана 38. Закона је прописано да је Државно правобранилаштво дужно је да поднесе тужбу за поништење уговора који је закључен супротно прописима, као и случају ако уговорена накнада одступа од прописане накнаде или од накнаде која се могла остварити у време закључења уговора.

Тужба за побијање уговора подноси се у законом утврђеном року, а ако тај рок није утврђен законом - у року од једне године од дана закључења уговора.

Сходна примена одредаба о закључењу и побијању уговора, предвиђена је и код закључења и побијања уговора о прибављању и располагању непокретностима у својини аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе. Код располагања непокретностима у својини аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе мишљење даје, односно тужбу подноси јавно правобранилаштво аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, односно други орган или лице које сагласно одлучи аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе које обавља послове правне заштите имовинских права и интереса аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе.

Као што је претходно наведено, закон предвиђа ништавост уговора који је закључен супротно одредбама које регулишу прибављање, располагање и управљање стварима у јавној својини и тужбу за побијање таквог уговора.

Закон не прави разлику између института ништавости, поништења и побијања. Тако у одредби члана 38. прописује "подношење тужбе за поништење уговора" па ће се тужба за побијање уговора поднети у року

од године дана од дана закључења спорног уговора. Шта то значи! Ако је уговор ништав, јер је закључен противно принудним прописима у том случају нема рока за подношење тужбе, како је то прописано у одредби члана 110 Закона о облигационим односима.

Међутим, како се ради о специфичним уговорима, који се закључују на начин и по поступку прописаним овим законом и одговарајућом уредбом, у којима је једна уговорна страна носилац права на ствари у јавној својини, где је предмет уговора ствар у јавној својини, такви уговори имају елементе управних уговора. Због тога одредбу која прописује подношење тужбе за побијање уговора треба применити како она гласи, јер се ради о специфичном институту побијања уговора по тужби која се подноси на основу овог закона, па је у овом делу ограничена примена одредби Закона о облигационим односима које регулишу апсолутну ништавост и рушљивост уговора.

Тужба за побијање је као правно средство позната и прописана Законом о привредним друштвима и овом врстом тужбе се побијају одлуке скупштине друштва пред надлежним привредним судом. Пресудом се поништава или побија одлука и у пракси привредних судова не прави се разлика између ових појмова, јер је циљ да се странки у поступку омогући адекватна заштита. Иначе појам побијања уговора у пракси суда има елементе ништавости и рушљивости. Уговор или одлука када се побије, делује према свима не само према учесницима поступка и у томе је сличност са институтом ништавости али, обзиром да постоји рок за подношење тужбе, ту постоји сличност са институтом рушљивости, па се и спорна одредба овог закона може тумачити и примењивати и на овај начин.

Тужбе за утврђење права својине

Циљ овог закона је да се успостави виши степен заштите јавне својине у односу на друге облике својине - приватну својину, па је стога ограничена примена и одредби Закона о основама својинско правних односа у делу који се односи на стицање својине на ствари.

У парничним поступцима који се воде по тужби за утврђење права својине, својина на стварима из члана 16. овог закона, не може се стећи одржајем, како је то изричито прописано овим законом. Суд у овим случајевима се неће упуштати у оцену савесности државине.

Исто тако из одредби Закона о јавној својини произлази да на земљишту у јавној својини се не може стећи право својине грађном, без обзира на однос вредности објекта и земљишта.

Закључак

Јавна својина је облик својине који је Уставом одређен. Јавну својину могу да имају само држава, покрајина, град и општина. Други субјекти могу имати право коришћења на стварима и добрима у јавној својини, само под условима који су законом одређени. У јавној својини могу бити ствари и добра која су од посебног друштвеног значаја и за која постоји јавни интерес због чега су она под посебном заштитом.

Ствари односно добра у јавној својини могу бити у промету само на начин предвиђен законом. На стварима и добрима у јавној својини ограничена је могућност заснивања различитих стварних права.

С обзиром на значај ствари и добара који су у јавној својини, судови би у поступцима у којима се расправља о јавној својини, морали по службеној дужности да воде рачуна о свим ограничењима у промету и посебним мерама заштите јавне својине, који су овим законом предвиђени.

Катарина Манојловић Андрић,
судија Врховни касациони суд
Пане Марјановић,
саветник у Врховном касационом суду

**ЗАШТИТА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ
КРОЗ ПРАКСУ ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА**
- Нови правни пут заштите који се гради на старој траси -

**1. Опште напомене о судској заштити права на суђење
у разумном року**

У периоду од 2007. до 2014. године уставна жалба пред Уставним судом је била једино правно средство за заштиту права на суђење у разумном року, зајемченог одредбама члана 32. став 1. Устава Републике Србије и члана 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Од 22. маја 2014. године почела је примена одредаба члана 8а, 8б и 8в Закона о изменама и допунама Закона о уређењу судова ("Службени гласник РС", број 101/13), којима су уведена нова средства заштите права на суђење у разумном року у судским поступцима који су у току - захтев за заштиту права на суђење у разумном року непосредно вишем суду и жалба против решења о захтеву за заштиту права на суђење у разумном року Врховном касационом суду. На тај начин је надлежност највишег суда у Републици Србији проширена и на заштиту права на суђење у разумном року и знатно повећан број предмета у његовом раду¹. У надлежности Врховног касационог суда је у првом степену решавање захтева који се односе на поступке који су у току пред апелационим судовима, Привредним апелационим судом, Прекршајним апелационим судом и Управним судом, а у другом степену одлучивање по жалбама против првостепених решења о захтевима за заштиту права на суђење у разумном

¹ У периоду мај-децембар 2014. године у Врховном касационом суду је примљено 1117 предмета у материји разумног рока.

року. Проширење надлежности Врховног касационог суда захтевало је установљивање првостепених и другостепених судских већа која ће одлучивати у материји разумног рока, као и Одељења за заштиту права на суђење у разумном року.

Одредбе о новим правним средствима за заштиту права на суђење у разумном року садржане у само три члана закона нису ближе регулисале правила поступка. Норма која је упућивала на сходну примену одредаба закона којим се уређује ванпарнични поступак није била довољна да се уреди специфичан поступак судске заштите права на суђење у разумном року, па се у пракси појавио читав низ спорних питања процесног карактера. Ради обезбеђивања јединствене примене права у поступцима заштите права на суђење у разумном року, Врховни касациони суд је у току 2014. године, на заједничким седницама Грађанског и Кривичног одељења и на седницама Одељења за заштиту права на суђење у разумном року усвојио више правних ставова и закључака и утврдио више сенценци, и јавно их објавио на свом сајту и публикувао².

Када је реч о материјалноправном аспект у права на суђење у разумном року, Врховни касациони суд је прихватио критеријуме и стандарде изграђене у пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП), које је у својој пракси већ раније преузео Уставни суд приликом оцено постојања повреде права на суђење у разумном року у поступцима по уставним жалбама. Очигледна разлика у пружању заштите због повреде права на суђење у разумном року у пракси Врховног касационог суда и Уставног суда постоји само у погледу досуђивања новчане накнаде због утврђене повреде права. С обзиром на то да је сврха захтева за заштиту права на суђење у разумном року првенствено убрзање судског поступка, Врховни касациони суд је на становишту да се примерена новчана накнада не мора одредити у свим случајевима када је утврђена повреда права на суђење у разумном року, ако се налагањем убрзања поступка та сврха може остварити³. Пракса поменутих судова, поред тога,

² Публикација "Заштита права на суђење у разумном року у судском поступку" је објављена у оквиру пројекта "Континуирана подршка судству у Србији у примени Европске конвенције о људским правима" који финансира Савет Европе.

³ Сенценца из решења Врховног касационог суда Ржг 294/2014 од 11.12.2014. године, утврђена на седници Одељења за заштиту права на суђење у разумном року од 19.03.2015. године.

показује да су износи новчане накнаде досуђивани у поступцима судске заштите права на суђење у разумном року нижи од оних које је утврђивао Уставни суд у својим одлукама, јер је циљ подношења захтева за заштиту права на суђење у разумном року, за разлику од уставне жалбе, првенствено убрзање поступка а не компензација за учињену повреду.

Заштита права на суђење у разумном року странака у судским поступцима на свеобухватан начин је први пут уређена Законом о заштити права на суђење у разумном року ("Службени гласник РС", број 40/15), који се примењује од 01. јануара 2016. године. Сврха овог закона јесте да пружи судску заштиту права на суђење у разумном року и тиме предупреди настајање повреде права на суђење у разумном року. Закон предвиђа три правна средства за заштиту овог права: приговор, жалбу и захтев за правично задовољење.

Приговор и жалба су средства за убрзање поступка и могу се поднети док се поступак не оконча. Приговор се подноси суду који води поступак, односно суду пред којим се води поступак, а о њему одлучује председник суда. Странака има право на жалбу председнику непосредно вишег суда у случајевима, из разлога и у роковима прописаним одредбама члана 14. Закона. Годишњим распоредом послова се може одредити један судија или више судија који ће поред председника суда одлучивати о приговорима, односно жалбама.

Странке којима је утврђена повреда права на суђење у разумном року стичу право на правично задовољење које се остварује пред судом у парничном поступку подношењем тужбе за новчано обештећење (накнаду нематеријалне штете) или тужбе за накнаду имовинске штете (накнаду материјалне штете), односно пред Државним правобранилаштвом закључењем поравнања о исплати новчаног обештећења, о издавању и објављивању писмене изјаве Правобранилаштва којом се утврђује да је странци повређено право на суђење у разумном року или о објављивању пресуде којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року.

У члану 4. Закона о заштити права на суђење у разумном року наведена су мерила за оцену трајања суђења у разумном року, која су преузета из праксе ЕСЈП а које је у својој пракси раније већ имплементирао Врховни касациони суд поступајући по захтевима и жалбама поднесеним на основу члана 8а, 8б и 8в Закона о уређењу судова. Захваљујући активностима Одељења за заштиту права на суђење у разумном року у првим годинама након

увођења судске заштите наведеног права, установљена је добра судска пракса у материји разумног рока, која у великој мери олакшава и примену Закона о заштити права на суђење у разумном року. Стога, нови правни пут судске заштите права на суђење у разумном року регулисан важећим законом наставља да се гради старом трасом на темељима постојеће судске праксе, која се само допуњава новим правним ставовима.

2. Неки правни ставови Врховног касационог суда у материји разумног рока

У овом тексту подсетићемо на два правна става установљена у пракси Врховног касационог суда које нижестепени судови често занемарују - да приликом оцене повреде права на суђење у разумном року судски поступак треба посматрати као јединствену целину и да се приликом утврђивања повреде права на суђење у разумном року у управном спору не сме занемаривати дужина трајања управног поступка који са управним спором чини интегралну целину приликом решавања управне ствари. Указаћемо и на једну одлуку Врховног касационог суда, додуше донету у поступку по Закону о уређењу судова, али која може бити значајна за примену Закона о заштити права на суђење у разумном року јер се бави питањима злоупотребе права на заштиту и могућношћу прекида поступка заштите. Најзад, приказаћемо и Закључак Грађанског одељења Врховног касационог суда о правилима парничног поступка која се примењују по тужби за накнаду имовинске штете изазване повредом права на суђење у разумном року.

2.1 Приликом оцене повреде права на суђење у разумном року судски поступак се посматра као јединствена целина.

Начелно посматрано, време трајања поступка представља његово укупно трајање од дана подношења иницијалног акта којим се поступак покреће, односно дана доношења акта или предузимања радње којима се поступак сматра покренутим, па до достављања правноснажне одлуке, односно одлуке донете по делотворном ванредном правном леку.

Врховни касациони суд је у већем броју предмета у којима је одлучивано применом одредаба чл. 8а, 8б и 8в Закона о уређењу судова изразио став да се приликом оцене права на суђење у разумном року судски поступак посматра као јединствена целина, укључујући и део поступка поводом кога је захтев изјављен. Полазећи од тога да је овај став утвр-

ђен и у пракси ЕСЈП, није било разлога да он буде промењен ни након почетка примене Закона о заштити права на суђење у разумном року.

Анализа суђења у разумном року мора бити свеобухватна, јер кашњење у току одређене фазе поступка може бити допустиво под условом да укупно трајање поступка није прекорачено⁴. С друге стране, околност да су радње у одређеној фази поступка (нпр. жалбеног) предузимане у разумно прихватљивим размацама, нема значаја за предлагача ако се неразумно дуго суди у другој фази поступка или ако поступак у целини неразумно дуго траје⁵. Изузетак може постојати онда када предлагач изричито захтева да му се повреда права на суђење у разумном року утврди због неактивности суда само у одређеној фази судског поступка⁶.

У случају подношења приговора због дугог трајања стечајног поступка коме је претходио извршни поступак обустављен због отварања стечаја, у укупно трајање стечајног поступка мора се урачунати и време од када је покренут поступак извршења, јер се извршење потраживања у овом случају не окончава обуставом извршног поступка, већ се наставља подношењем пријаве потраживања у стечајном поступку ради наплате потраживања.

2.2 У поступку судске заштите права на суђење у разумном року управни поступак и управни спор представљају интегралну целину.

Врховни касациони суд је на седници Одељења за заштиту права на суђење у разумном року од 15.09.2014. године усвојио правни став да се почетак разумног рока у управном спору рачуна од подношења тужбе Управном суду и не узима се у обзир време трајања поступка пред органима управе. Овај правни став био је утемељен на језичком значењу одредбе члана 8а став 1. Закона о уређењу судова⁷, али је напуштен након

⁴ Став 36. у пресуди ЕСЈП од 08.12.1983. године у предмету *Preto i drugi protiv Italije*, број 7984/77.

⁵ Види: решење Врховног касационог суда Рж1 п 5/18 од 12.04.2018. године.

⁶ ЕСЈП је у пресуди *Markoski protiv Makedonije* од 02.11.2006. године, став 38, број 22928/03, утврдио да је одлучивање Врховног суда по ревизији у трајању од две године и седам месеци било предуго, с обзиром да се одлучивало само о правним питањима, без потребе да се изводе докази или предузима било која друга процесна активност.

⁷ Одредба члана 8а став 1. Закона о уређењу судова гласи: "Странка у судском поступку која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, може непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року".

ступања на снагу Закона о заштити права на суђење у разумном року, у коме је чланом 4. прописано да се при одлучивању о правним средствима којима се штити право на суђење у разумном року уважавају све околности предмета суђења, између осталог, и целокупно трајање поступка.

Уколико се заштита права на суђење у разумном року тражи у управном спору, почетак рока се рачуна од дана подношења тужбе Управном суду, али се не сме занемарити трајање поступка који је претходио подношењу тужбе, нарочито у случају када је у истом предмету већ вођен управни спор који је довео до поништаја решења донесених у управном поступку. Како поступак у управним стварима започиње пред управним органима или другим органима управног решавања, а у случају подношења тужбе се правноснажно окончава пред Управним судом, све то време до доношења правноснажне одлуке постоји за странку одређена правна несигурност, па се приликом оцене повреде права на суђење у разумном року у управним стварима управни поступак и управни спор посматрају као интегрална целина.

Након почетка примене Закона о заштити права на суђење у разумном року, Врховни касациони суд је у већем броју одлука изразио став да утврђивање повреде права на суђење у разумном року у управном спору не искључује оцену временског трајања управног поступка. Илустративан пример за то је решење Врховног касационог суда Рж1 у 26/2017 од 01.06.2017. године, којим је усвојена жалба предлагача и преиначено решење Управног суда тако што је усвојен приговор предлагача и утврђено да је предлагачима повређено право на суђење у разумном року у поступку који се водио пред Управним судом. У образложењу овог решења наведено је, између осталог, следеће: "Врховни касациони суд налази да је ожалбено решење у делу у коме је тај суд нашао да нема повреде права на суђење у разумном року неправилно и незаконито, с обзиром на то да првостепени суд није имао у виду целину поступка када је одлучивао о приговору. Предлагачи су 17.04.2008. године пред органом управе покренули поступак за признавање права из радног односа. Ни после девет година није правноснажно одлучено о њиховом захтеву... Управни поступак и даље траје, због чега су предлагачи у дугогодишњој неизвесности о кончаном правноснажном исходу тражене правне заштите. Стога је првостепени суд оцени суђења у разумном року морао да приступи са становишта целокупне дужине трајања управног и судског

поступка ... Наиме, ефикасно поступање суда у управном спору не искључује оцену временског аспекта управног поступка, јер он представља интегрални део поступка у коме се одлучује о праву предлагача".

Управни суд у поступцима заштите права на суђење у разумном року и даље искључиво оцењује дужину трајања управног спора занемарујући трајање управног поступка, што је најчешћи разлог за подношење жалби Врховном касационом суду. Овакво поступање Управног суда је мотивисано чињеницом да, у складу са одредбом члана 32. Закона о заштити права на суђење у разумном року, новчано обештећење исплаћује Управни суд и у случају када је до повреде права на суђење у разумном року превасходно дошло због неразумно дугог трајања управног поступка који је претходио управном спору. Међутим, то не сме бити разлог за ускраћивање судске заштите Уставом зајемченог права на суђење у разумном року странкама, већ основ за иницирање поступка измена и допуна Закона о заштити права на суђење у разумном року.

2.3 Врховни касациони суд је у решењу Ржр 35/17 од 01.02.2018. године изразио следеће ставове:

1. Природи поступка у коме се тражи заштита права на суђење у разумном року није примерен институт прекида поступка;

2. Понашање предлагача које је очигледно супротно сврси због које су установљена правна средства заштите права на суђење у разумном року представља злоупотребу права на представку.

Из образложења:

"Према утврђеном чињеничном стању, предлагачи су преко пуномоћника 07.05.2013. године поднели Уставном суду уставну жалбу због повреде права на суђење у разумном року у предмету Општинског суда у Вучитрну П1 311/92, захтевајући да се Основном суду у Краљеву наложи да у најкраћем року оконча парнични поступак, као и да се подносиоцима одреди примерена накнада због повреде права на суђење у разумном року у износу од 10.000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан исплате. Уставни суд је списе предмета доставио Апелационом суду у Крагујевцу на даље поступање. Решење Апелационог суда у Крагујевцу Р4 р 403/15 од 24.09.2015. године којим је захтев предлагача одбачен као непотпун, укинуо је Врховни касациони

суд решењем Рж р 52/16 од 25.05.2016. године и предмет вратио истом суду на поновно одлучивање.

У поднетој уставној жалби о којој је Апелациони суд у Крагујевцу наставио да поступа као по захтеву за заштиту права на суђење у разумном року, предлагачи су навели: да су 16.12.1991. године поднели тужбу Основном суду удруженог рада у Приштини ради поништаја одлуке о престанку радног односа; да је тужба 17.04.1992. године прослеђена Општинском суду у Вучитрну; да по њиховој тужби није поступано све до 1995. године, када им је враћена на уређење, и да након тога није заказано ниједно рочиште.

Из списка предмета произлази да је Апелациони суд у Крагујевцу 29.08.2014. године затражио од Основног суда у Краљеву списе предмета Општинског суда у Вучитрну П1 311/92, који се изјаснио да се тај предмет не налази међу примљеним и нерешеним предметима у Основном суду у Краљеву. Решењем Апелационог суда у Крагујевцу од 28.04.2017. године дат је налог Основном суду у Краљеву да изврши обнављање списка предмета Општинског суда у Вучитрну П1 311/92. Основни суд у Краљеву је дописом од 22.05.2017. године обавестио Апелациони суд у Крагујевцу да је од Основног суда у Митровици – Огранак у Вучитрну прибавио обавештење да се спис предмета налази у том суду. Како Основни суд у Краљеву није доставио обновљени спис предмета, Апелациони суд у Крагујевцу је донео ожалбено решење о прекиду поступка, позивајући се на сходну примену одредаба члана 30. став 2. Закона о ванпарничном поступку и сходну примену члана 223. Закона о парничном поступку.

Врховни касациони суд налази да се под сходном применом одредаба Закона о ванпарничном поступку, односно Закона о парничном поступку, у поступку заштите права на суђење у разумном року подразумева примена само оних одредаба тих закона које одговарају природи поступка у коме се одлучује о заштити права на суђење у разумном року и то на начин који је прилагођен том поступку. Природи поступка у коме се тражи заштита права због тога што неки судски поступак неразумно дуго траје, не одговара да се тај поступак прекине јер то води даљем одуговлачењу поступка. Губитак списка предмета који има за последицу да суд годинама не одлучује о тужби или другом захтеву, по правилу, представља разлог да се утврди повреда права на суђење у разумном року и суду наложи да у најкраћем року обнови списе предмета и оконча поступак, а не разлог да се

поступак прекине. Чињеница да је судски предмет био изгубљен скоро две године у извршном поступку је, између осталог, била разлог да Европски суд за људска права утврди прекорачење разумног рока у предмету *Буловић против Србије (пресуда ЕСЉП од 01.04.2008. године, став 52, број представке 14145/04)*. Међутим, у овом конкретном случају, несумњиво је утврђено да предмет Општинског суда у Вучитрну П1 311/92 није изгубљен, да се налази у Основном суду у Митровици - Огранак у Вучитрну и да никада није достављен Основном суду у Краљеву, па је стога, по оцени Врховног касационог суда, дат погрешан налог Основном суду у Краљеву да изврши обнављање списка предмета.

Из личних података предлагача произлази да сви предлагачи имају пребивалиште на територији Вучитрна, те су лако могли доћи до информације и сазнања да се предмет по њиховој тужби налази у суду у Вучитрну, а не у Краљеву. У сваком случају, на основу чињеница наведених у ожалбеном решењу, предлагачи сада несумњиво знају да предмет по њиховој тужби није никада примљен у Основном суду у Краљеву, али и даље остају при захтеву да им се утврди повреда права на суђење у разумном року у поступку пред тим судом наводећи у жалби да је "обавеза и дужност судова да чувају списе предмета". Сагласно пракси Европског суда за људска права, овакво понашање предлагача се може оценити као очигледно супротно сврси због које су установљена правна средства за заштиту права на суђење у разумном року. Европски суд за људска права је изразио став да свако понашање подносиоца представке које је очигледно супротно сврси права на појединачну представку како је то право прописано Конвенцијом и које омета ваљано функционисање Суда или ваљано вођење поступка пред Судом, представља злоупотребу права на представку (*Mirolubovs and Others v. Latvia, st. 62. i 65*).

2.4 На седници Грађанског одељења Врховног касационог суда од 19.06.2018. године, Врховни касациони суд је поводом сукоба надлежности у предмету Р1 546/2017 између Вишег суда у Лесковцу и Апелационог суда у Нишу за одлучивање по жалби против првостепене пресуде, разрешио недоумице о томе да ли се у парници по тужби за накнаду имовинске штете изазване повредом права на суђење у разумном року из члана 31. Закона о заштити права на суђење у разумном року увек сходно примењују одредбе о споровима мале вредности, а самим тим и који суд

је стварно надлежан за одлучивање по жалби у спору по тој тужби, и усвојио следећи:

З а к љ у ч а к

У спору за накнаду имовинске штете изазване повредом права на суђење у разумном року, у зависности од висине постављеног тужбеног захтева, могу бити примењена како правила поступка у споровима мале вредности, тако и правила општег парничног поступка.

О б р а з л о ж е њ е:

Закон о заштити права на суђење у разумном року ("Службени гласник РС", број 40/15) предвиђа могућност да се због утврђене повреде права на суђење у разумном року поднесу две врсте тужби у парничном поступку - тужба за новчано обештећење и тужба за накнаду имовинске штете.

Претпоставке за подношење тужбе за новчано обештећење, поступак по тој тужби и стварна и месна надлежност судова да по њој поступају прописани су одредбама чл. 26-28. у пододељку 5. главе III наведеног закона. У члану 30. став 1. пододељка 7. истог закона прописано је да се новчано обештећење признаје у висини од 300 евра до 3.000 евра у динарској противвредности на дан исплате према средњем курсу Народне банке Србије по предмету.

Одредбама члана 27. Закона о заштити права на суђење у разумном року прописано је да се у поступку по тужби за новчано обештећење, независно од врсте и висине тужбеног захтева, сходно примењују одредбе о споровима мале вредности из закона којим се уређује парнични поступак, да суд не може досудити новчано обештећење у висини већој од оне одређене овим законом (члан 30. став 1.) и да ревизија није дозвољена. Према одредби члана 28. став 1. наведеног закона, за одлучивање по тужби за новчано обештећење месно је надлежан основни суд на чијем подручју тужилац има пребивалиште, боравиште или седиште.

Тужба за накнаду имовинске штете уређена је одредбама члана 31. пододељка 8. главе III Закона о заштити права на суђење у разумном року. У наведеном члану закона прописан је рок у коме се може поднети тужба за накнаду имовинске штете и меродавно право које се примењује на основ и висину накнаде имовинске штете, али не и правила које суд примењује у поступку по овој тужби. Новчани износ који се може захтевати и

досудити по тужби за накнаду имовинске штете није лимитиран, нити је искључено право на изјављивање ревизије.

С обзиром на то да су у Закону о заштити права на суђење у разумном року правила поступка пред судом уређена само одредбом члана 27. став 1. у пододељку 5. који се односи на тужбу за новчано обештећење, а да је тужба за накнаду имовинске штете посебно регулисана у пододељку 8, систематским тумачењем ових норми према месту које заузимају у глави III наведеног закона, долази се до закључка да је сходна примена одредаба о споровима мале вредности обавезна само у поступку по тужби за новчано обештећење (накнаду нематеријалне штете), а не и у поступку по тужби за накнаду имовинске штете (накнаду материјалне штете).

Према одредби члана 468. став 1. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", бр. 72/11 ... 55/14), спорови мале вредности јесу спорови у којима се тужбени захтев односи на потраживање у новцу које не прелази динарску противвредност 3.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе.

Законом о уређењу судова, поред осталог, прописано је: да основни суд у првом степену суди у грађанскоправним споровима ако за поједине од њих није надлежан други суд (члан 22. став 2); да виши суд у првом степену суди у грађанскоправним споровима кад вредност предмета спора омогућује изјављивање ревизије, а у другом степену одлучује о жалбама на пресуде у споровима мале вредности (члан 23. став 1. тачка 7. и став 2. тачка 2); да апелациони суд одлучује о жалбама на одлуке виших судова и на пресуде основних судова у грађанскоправним споровима, ако за одлучивање о жалби није надлежан виши суд (члан 24. став 1. тач. 1. и 3.).

Правила поступка у спору по тужби за накнаду имовинске штете изазване повредом права на суђење у разумном року одређује висина постављеног тужбеног захтева, што значи да могу бити примењивана како правила у споровима мале вредности, тако и правила општег парничног поступка. За одлучивање по тужби у овим споровима у првом степену може бити стварно надлежан основни суд или виши суд, а по жалби виши суд или апелациони суд. Ревизија у овим споровима може бити дозвољена, ако су испуњени услови из члана 403. ст. 2. и 3. Закона о парничном поступку.

3. Ефекти примене Закона о заштити права на суђење у разумном року

У пресуди *Skordino protiv Italije*⁸ ЕСЈП је у вези са повредом права на суђење у разумном року утврдио следеће принципе:

- Држава треба да организује свој правни систем тако да судови могу да испуне обавезе из члана 6. Европске конвенције, укључујући и обавезу да се поступци спроводе у разумном року (став 183);

- Правни лек треба да буде делотворан, адекватан и доступан (став 195);

- Држава треба да обезбеди делотворне правне лекове за заштиту људских права, па тако и за заштиту права на суђење у разумном року, при чему је најбоља заштита комбинација правних лекова - за спречавање и заустављање даље повреде и за накнаду штете када до повреде дође (ст. 186-189), а делотворност прописаних правних лекова цениће се с обзиром на то колико они стварно утичу на убрзање доношења судске одлуке (став 184);

- Принципи "правичности" из члана 6. Европске конвенције треба да се поштују и у поступку одлучивања о правичном задовољењу (став 200);

- У случајевима када домаћи судови не досуде уопште или досуде знатно мањи износ обештећења, такву одлуку морају уверљиво да образложе (став 204);

- Приликом одређивања висине износа накнаде на националном нивоу, као мере за убрзање поступка, домаћи судови могу да одступе од износа који ЕСЈП уобичајено додељује, али они не могу да буду неразумни, узимајући у обзир правну традицију и стандард живота у земљи (став 206).

Закон о заштити права на суђење у разумном року почео је да се примењује пре непуне две године, али је већ показао своје позитивне ефекте у домену убрзања судских поступака применом правних лекова који су тим законом предвиђени. Наиме, сврха приговора за убрзање поступка је да се убрза суђење и да се предупреди повреда права на суђење у разумном року. У великом броју предмета изјављени приговори су довели до убрзања суђења и окончања судског поступка и пре доношења одлуке о приговору. У судској пракси Врховног касационог суда евиден-

⁸ Пресуда Великог већа ЕСЈП од 29.03.2006. године, број 36813/97

тиран је већи број одлука у којима је одбијен приговор а жалба против те одлуке одбачена⁹, јер је након изјављивања приговора предузета делотворна процесна радња којом је окончано суђење¹⁰. Овакво дејство приговора објашњава се његовим притужбеним карактером, као легитимним средством "притиска" на суд да убрза суђење.

Међутим, да би Закон о заштити права на суђење у разумном року у потпуности испунио своју сврху, неопходно је да странке којима је утврђена повреда права добију одговарајуће и довољно задовољење, што подразумева и исплату накнада без непотребног одлагања након правноснажности одлуке о накнади. ЕСЈП је у пресуди *Савић и други против Србије*¹¹ подсетио да се "у предметима који се односе на дужину трајања поступка, једна од карактеристика довољног обештећења, која може да отклони статус жртве странке, односи на додељени износ. Овај износ зависи, посебно, од карактеристика и делотворности правног лека. Стога су земље, као Србија, које су изабрале правно средство и за убрзање поступка и за одређивање обештећења, слободне да доделе износе који, иако су нижи од оних које додељује Суд, нису неразумни". ЕСЈП је истакао да се "оцена тога да ли се додељени износ може сматрати разумним мора сагледати у светлу свих околности случаја. Ово укључује не само трајање поступка у конкретном случају, већ и вредност досуђеног износа у светлу животног стандарда државе у питању и чињенице да ће накнада штете на основу националног система генерално бити досуђена и исплаћена много брже него што је то случај ако о предмету одлучује Суд на основу члана 41. Конвенције". ЕСЈП је закључио да се износи који су досуђени подносиоцима не могу сматрати довољним, односно да не представљају одговарајуће обештећење за претрпљене повреде, због чега подносиоци представке нису изгубили статус жртве.

С обзиром на то да, према одредбама Закона о заштити права на суђење у разумном року, странке којима је утврђена повреда права на суђење у разумном року, стичу право на правично задовољење које се

⁹ Види: нпр. решења Врховног касационог суда Рж1 у 70/18 од 30.05.2018. године и Рж1 р 5/16 од 16.06.2016. године.

¹⁰ Одредбом члана 5. став 1. Закона о заштити права на суђење у разумном року је прописано да приговор и жалба могу да се поднесу док се поступак не оконча.

¹¹ Пресуда ЕСЈП од 05.04.2016. године, бр. 2208/09, 56465/13, 73656/14, 75791/14, 626/15, 629/15, 634/15 и 1906/15.

остварује пред судом у парничном поступку подношењем тужбе за новчано обештећење или тужбе за накнаду имовинске штете, изузетно је важно да у одлукама које буду доношене у тим поступцима висина штете буде одмерена у складу са стандардима утврђеним у пракси ЕСЈП јер ће само у том случају странке којима је утврђена повреда права изгубити статус жртве, те ће се тиме избећи њихово евентуално обраћање ЕСЈП. У том смислу требало би ускладити износе накнаде које утврђује Уставни суд у поступцима по уставним жалбама и редовни судови у парничном поступку. Битно је и то да исплата накнаде буде вршена без непотребног одлагања након правноснажности одлуке о накнади, што подразумева благовремено обезбеђивање неопходних средстава у Буџету за те намене.

Како странке право на новчано обештећење могу остварити и закључењем поравнања са Државним правобранилаштвом, од великог значаја за делотворну заштиту права на суђење у разумном року ће бити примена Упутства за унапређење и промоцију поступка закључења и извршења вансудског поравнања у поступцима за заштиту права на суђење у разумном року, које су 18.07.2018. године потписали Државни правобранилац, председник Врховног касационог суда и Високог савета судства, министар правде и директор Правосудне академије. Начин на који је донето и на који ће бити спровођено ово упутство, показује да за потпуну примену Закона о заштити права на суђење у разумном року није довољно само ангажовање судија и судова, већ и других државних органа и институција у Републици.

Боривоје Гајић,
судија Апелационог суда у Новом Саду

ОДНОС ЗАКОНА И КОЛЕКТИВНОГ УГОВОРА

Увод

Начело владавине права као основни уставни принцип сваке демократске државе првенствено подразумева повиновање регулативи Устава и закона, али поставља законодавцу и обавезу да закони буду одговарајућег квалитета у формалном и садржинском смислу. Закон мора у довољној мери бити прецизан, јасан и предвидив, тако да сваки појединац може своје понашање ускладити са њим, без страха да ће због тога, нејасних и непрецизних одредби бити ускраћен у остваривању зајамчених права или да због тога сноси одређене последице **(1)**. Спорови из радних односа припадају појму грађанских права и обавеза, а тиме и регулати члана 6 став 1 Европске конвенције о људским правима **(2)**. Стога, повреда права на правично суђење има карактер конвенцијске повреде и у односу на радне спорове, чиме квалитет закона као део владавине права и хијерархијски однос истих у односу на аутономну регулативу путем колективних уговора могу бити предмет оцене Европског суда за људска права кроз примену члана 6. став 1. Европске конвенције о људским правима **(3)**. Хармонизација радног права нажалости и након обимних измена Закона о раду којима је у односу на исте измене престала могућност примене постојећих колективних уговора није дала очекиване резултате **(4)**. Покушај да се положај запослених у различитим областима друштвеног живота на различите начине регулише несумњиво не доприноси хармонизацији радног права. Ово посебно када је и посебним законима остављена могућност да се поједина питања, права, обавеза и одговорности запослених уреде на другачији начин не само у односу на општи режим радних односа, него и на режим у одговарајућој области (нпр. јавном сектору) у склопу одговарајуће реформе истог. Таква регулатива сигурно у даљњем не доприноси хармонизацији радног права и уједначеном положају запослених у остваривању права, обавеза и одговорности. Одсуство Општег колективног уговора као елемента уређења минималних права запослених

указује не само на недостатак одговарајућег социјалног дијалога између уније послодаваца и синдиката, него и на неодговарајућу вољу државе да кроз законодавну активност на јединствен начин уреди минимална права, обавеза и одговорност запослених без обзира на област друштвеног живота у коме се исти налазе. Стога колективно преговарања и регулатива колективних уговора (нажалост посебних и појединачних у одсуству општег) у односу на Закон о раду, али и у односу на посебне законе има посебан значај за остваривање минималних права, обавеза и одговорности запослених без обзира на делатност коју послодавац обавља. Хијерархијски однос у радном праву нужно је регулисати материјом колективног преговарања, првенствено ради заштите запослених од спровођења самовоље послодаваца, са једне стране, а са друге јасног одређења права и обавеза запослених у односу на послодавца. Полазан и нужан основ за остварење права на колективно преговарање је слободан и независан синдикат и право на штрајк као облик борбе запослених за остварење права из радних односа која су гарантована како одговарајућим међународним документима тако и националним законодавством. Без обзира на јасне одредбе Закона о раду у делу уређења односа истог закона према аутономним општим актима послодаваца (Колективни уговор или Правилник о раду), односно уговора о раду исте одредбе у судској пракси стварају бројне дилеме, које су биле предмет како оцене у редовном судском тако и у уставно судском поступку пред Уставним судом РС. Због значаја ове теме овај реферат је покушај да се неке проблеме укаже и да се неке евентуалне дилеме у судској пракси отклоне.

Кључне речи: колективни уговор, аутономна регулатива, закон, општи и посебни закони.

Међународни оквир

Колективни уговор као облик аутономне регулативе права, обавеза и одговорности запослених у односу према послодавцу регулисан је детаљно у међународним оквирима кроз три међународна документа која регулишу ову материју:

- Конвенција МОР-а бр. 87 - којом су регулисана питања синдикалних слобода и заштита синдикалних права. Чланом 4. исте Конвенције предвиђено је да се потписнице обавезују да унапреде ширење и развој добровољних преговора путем колективних уговора између послодаваца

и организација послодаваца, са једне стране и организација радника са друге стране. Наведена Конвенција првенствено се бави синдикалним организовањем радника и могућим утицајем послодаваца на исто организовање, а не самим колективним преговарањем.

- Конвенција МОР-а бр. 98 (1949) - којом су регулисана права радника на организовање и колективне уговоре. Чланом 4. исте предвиђено је да је циљ доношења исте унапређење развоја и ширења процедуре преговора путем колективних уговора између послодаваца и организација послодаваца а једне стране и организација радника са друге стране.

- Препорука бр. 91 (1951) - којом је регулисана материја колективних уговора у најширем смислу и препорука бр. 163 - којом је регулисана материја колективног преговарања. Наведене препоруке нису обавезујуће и немају значај међународних уговора, али представљају одговарајуће смернице за државе о којима исте морају повести рачуна у националном законодавству уређењем материје синдикалног организовања и колективног преговарања.

- Конвенција МОР-а бр. 154. којом је регулисана материја колективног преговарања. Чланом 4. исте Конвенције прописано је да у сврху ове Конвенције појам колективног преговарања је проширен на све преговоре који се воде између послодаваца, групе послодаваца или једне или више организација послодаваца, са једне стране и једне или више организација радника са друге стране ради:

- а) утврђивања услова рада и услова запошљавања и/или
- б) регулисања односа између послодаваца и радника и/или
- с) регулисања односа између послодаваца и њихових организација и радничке организације или радничких организација.

Иста конвенција примењује се путем националних закона и прописа уз обавезу да национални органи и поступци за решавање радних спорова морају да допринесу колективном преговарању.

Без обзира на различита правна схватања колективних уговора који се по својој правној природи могу посматрати као екстерни општи акт (општи и посебни-грански колективни уговори), интерни општи акт (појединачни колективни уговор), ценећи њихову правну природу као уговор са елементима пуномоћства, уговора у корист трећег и уговора о приступу или с обзиром на циљеве који се истим желе постићи као уговор

јавноправног, нормативног и облигационог карактера, однос између различитих врста колективних уговора и однос са Законом о раду добија посебно на значају због остваривања права, обавеза и одговорности запослених путем колективног преговарања и примене законом регулисаних, права, обавеза и одговорности запослених (5).

Национално право

Законом о раду се као матичним законом уређује садржина права на рад, сагласно уставној одредби да се право на рад јамчи у складу са законом, и прописано је: да се права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, уређују овим законом и посебним законом, у складу са ратификованим међународним конвенцијама, да се права, обавезе и одговорности из радног односа уређују и колективним уговором и уговором о раду, а правилником о раду, односно уговором о раду - само ако је овим законом одређено (члан 1); да се одредбе овог закона примењују на запослене у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, ако законом није другачије одређено: да се одредбе овог закона примењују и на запослене код послодаваца у области саобраћаја, ако посебним прописом није другачије одређено(члана 2); колективни уговор и правилник о раду (у тексту: општи акт) и уговор о раду не могу да садрже одредбе којима се запосленом дају мања права или утврђују неповољнији услови рада од права и услова који су утврђени законом. Општим актом и уговором о раду могу да се утврде већа права и повољнији услови рада од права и услова утврђених законом, као и друга права која нису утврђена законом, осим ако законом није другачије одређено (члан 8). Ако општи акт и поједине његове одредбе утврђују неповољније услове рада од услова утврђених законом, примењују се одредбе закона (члан 9). Поједине одредбе уговора о раду којима су утврђени неповољнији услови рада од услова утврђених законом и општим актом, односно које се заснивају на нетачном обавештењу од стране послодавца о појединим правима, обавезама и одговорностима запосленог-ништаве су (члан 9). Посебним колективним уговором не могу се утврдити мања права и неповољнији услови рада запосленом од права и услова утврђених општим колективним уговором који обавезује послодавце који су чланови удружења послодаваца који закључују тај посебан колективни уговор. Колективним уговором код послодавца не могу се утврдити мања права и неповољнији услови рада запосленом од

права и услова утврђених општим, односно посебним колективним уговором који обавезује тог послодавца (члан 10). Ништавост одредаба уговора о раду утврђује се пред надлежним судом. Право да се захтева утврђивање ништавости не застарева (члан 11).

Колективним уговором, у складу са законом и другим прописом, уређују се права, обавезе и одговорности из радног односа, поступак измена и допуна колективног уговора, међусобни односи учесника колективног уговора и друга питања од значаја за запосленог и послодавца. Колективни уговор закључује се у писаном облику (члан 240). Колективни уговор може да се закључи као општи, посебан и код послодавца (члан 241). Општи и посебан колективни уговор за одређену грану, групу, подгрупу или делатност закључују се за територији Републике Србије (члан 242). Посебан колективни уговор закључује се за територију јединице територијалне аутономије или локалне самоуправе (члан 243). Општи колективни уговор закључују репрезентативно удружење послодавца и репрезентативни синдикат основани за територију Републике Србије (члан 244). Посебни колективни уговор за грану, групу, подгрупу или делатност закључују репрезентативно удружење послодаваца и репрезентативни синдикат основани за грану, групу, подгрупу или делатност (245). Посебан колективни уговор за територију јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе закључују репрезентативно удружење послодаваца и репрезентативни синдикат основани за територијалну јединицу за коју се закључује колективни уговор (став 2. члана 245). Посебан колективни уговор за јавна предузећа и јавне службе закључују оснивач, односно орган који он овласти, и репрезентативни синдикат (став 1. члана 246). Посебан колективни уговор за територију Републике за јавна предузећа и јавне службе чији је оснивач аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе може да закључи Влада и репрезентативни синдикат, ако постоји оправдани интерес и у циљу обезбеђивања једнаких услова рада (став 2. члана 246). Посебан колективни уговор за јавна предузећа и друштва капитала чији је оснивач јавно предузеће закључују оснивач јавног предузећа, односно орган који он овласти и репрезентативни синдикат (став 3. члана 246). Посебан колективни уговор за лица која самостално обављају делатност у области уметности или културе (самостални уметници) закључују репрезентативно удружење послодаваца и репрезентативни синдикат (став 4. члана 246). Колективни уговор код послодавца за јавна предузећа, друштва капитала чији је оснивач јавно предузеће и јавне

службе закључују оснивач, односно орган који он овласти, репрезентативни синдикат код послодавца и послодавац. У име послодавца колективни уговор потписује лице овлашћено за заступање послодавца (члан 247). Колективни уговор код послодавца закључују послодавац и репрезентативни синдикат код послодавца. У име послодавца колективни уговор потписује лице овлашћено за заступање послодавца (члан 248). У поступку преговарања ради закључивања колективног уговора код послодавца репрезентативни синдикат је дужан да сарађује са синдикатом у који је учлањено најмање 10% запослених код послодавца, ради изражавања интереса запослених који су учлањени у тај синдикат (члан 252). Учесници у закључивању колективног уговора дужни су да преговарају (став 1. члан 254) Ако се у току преговора не постигне сагласност за закључивање колективног уговора у року од 45 дана од дана започињања преговора, учесници могу да образују арбитражу за решавање спорних питања (став 2. члана 254). За делатности од општег интереса, спорови у закључивању, измени и допуни и примени колективних уговора решавају се у складу са законом (став 3. члана 254) Влада може да одлучи да се колективни уговор или поједине његове одредбе примењују и на послодавце који нису чланови удружења послодавца - учесника колективног уговора (члан 257). Услови под којима се иста Одлука може донети прописани су ст. 2. и 3. истог члана. Послодавци које обавезује колективни уговор чије се дејство проширује и број њихових запослених, утврђује се на основу податка органа који води регистар колективних уговора, односно другог надлежног органа у складу са законом. Колективни уговор код послодавца обавезује и запослене код послодавца који нису чланови синдиката - потписника колективног уговора (члан 262). Колективни уговор се закључује на период од три године (став 1 члана 263). По истеку рока из става 1. овог члана, колективни уговор престаје да важи, ако се учесници колективног уговора друкчије не споразумеју најкасније 30 дана пре истека важења колективног уговора (став 2. члана 263).

Посебни колективни уговори који су закључени у Републици Србији могу се поделити на уговоре у чијем закључењу није учествовала Влада РС и уговоре чији је потписник и учесник у преговорима била Влада РС. Тако, су Колективни уговори чији је потписник Влада РС:

1) Колективни уговор за Јавно предузеће "Пошта Србије", Београд ("Службени гласник РС" број 9/2018)

2) Посебан колективни уговор за запослене у установама предшколског васпитања и образовања чији је оснивач РС, АП и јединица локалне самоуправе ("Службени гласник РС" број 43/2017),

3) Посебан колективни уговор за запослене у установама студенског стандарда чији је оснивач РС ("Службени гласник РС" број 100/2015),

4) Колективни уговор Јавног предузећа "Службени гласник" ("Службени гласник РС" број 77/2015),

5) Посебан колективни уговор за јавна предузећа у комуналној делатности на територији РС ("Службени гласник РС" бр. 27/2015, 36/2017, 5/2018 и 21/2018))

6) Посебан колективни уговор за државне органе ("Службени гласник РС" бр. 25/2015, 50/2015, 20/2018, 34/2018),

7) Посебан колективни уговор за полицијске службенике ("Службени гласник РС" бр. 20/2015 и 17/2018),

8) Посебан колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика ("Службени гласник РС" бр. 21/2018 и 16/2018),

9) Посебан колективни уговор за Електропривреду Србије ("Службени гласник РС" бр. 15/2015, 38/2018),

10) Посебан колективни уговор за социјалну заштиту у РС ("Службени гласник РС" бр. 11/2015 и 8/2018),

11) Посебан колективни уговор за социјалну заштиту у РС ("Службени гласник РС" бр. 11/2015 и 8/2018),

12) Посебан колективни уговор за установу културе чији је оснивач РС, АП и јединица локалне самоуправе ("Службени гласник РС" бр. 10/2015 и 8/2018),

13) Посебан колективни уговор за здравствене установе чији је оснивач РС, АП и јединица локалне самоуправе ("Службени гласник РС" бр. 1/2015 и 3/2018),

Колективни уговор у чијем закључењу није учествовала Влада РС су:

1) Посебан колективни уговор за делатност путне привреде РС ("Службени гласник РС" бр. 14/2018 и 46/2018),

2) Посебан колективни уговор за јавна комунална и друга јавна предузећа Града Новог Сада ("Службени гласник РС" број 80/2017),

3) Посебан колективни уговор за хемију и неметале Србије ("Службени гласник РС" број 77/2016),

4) Посебан колективни уговор за грађевинарство и индустрију грађевинског материјала Србије ("Службени гласник РС" број 77/2016),

5) Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије ("Службени гласник РС" број 76/2016).

6) Посебан колективни уговор за јавна и јавна комунална предузећа Града Суботице ("Службени гласник РС" број 83/2015),

7) Посебан колективни уговор за јавна предузећа у комуналној делатности Града Пожаревца ("Службени гласник РС" бр. 69/2015 и 45/2018),

8) Посебан колективни уговор за јавна комунална предузећа чији је оснивач Град Чачак ("Службени гласник РС" број 62/2015),

9) Посебан колективни уговор за јавна и јавна комунална предузећа Града Панчева ("Службени гласник РС" бр. 59/2015 и 15/2015 и 57/2018),

10) Посебан колективни уговор за предшколске установе чији је Град Београд ("Службени гласник РС" број 47/2015),

11) Посебан колективни за радно ангажовање естрадно-музичких уметника и извођача у угоститељству ("Службени гласник РС" бр. 23/2015 и 13/2018 и 37/2018).

Радноправни положај запослених, према важећој правној регулативи Републике Србије, подразумева постојање једног општег и више посебних режима радних односа. Општи режим уређен је Законом о раду а посебни режими радних односа односе се на поједине категорије запослених као што су, на пример, запослени у локалној самоуправи, јавном сектору и државни службеници и намештеници. За њих важе посебни закони који регулишу њихов радноправни статус, а Закон о раду примењује се супсидијарно **(6)**. Када је реч о радним односима у државној управи, основни закон који регулише радноправни положај запослених јесте Закон о државним службеницима којим је на општи начин уређен положај, права и обавезе државних службеника и намештеника. Поред општег режима, положаја, права и обавеза службеника који је овим Законом регулисан, постоји већи број закона који уређују положај појединих категорија државних службеника, као на пример службеника у војсци, полицији, пореској управи, царини, НБС и др. С обзиром да је радно правни положај

запослених у јавном сектору регулисан посебним законом, као и положај запослених у аутономним покрајинама и локалној самоуправи у склопу опште реформе јавног сектора нужно је указати и на регулативу ових закона у односу на аутономну регулативу које је предмет колективног преговарања. Стога је за тему овог чланка одлучна поред регулативе Закона о раду и регулатива Закона о државним службеницима, Закона о платама државних службеника и намештеника, Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, Закона о платама службеника и намештеника у органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе, Закона о запосленима у јавним службама и Закона о систему плата запослених у јавном сектору (7).

Поред наведених закона права обавезе и одговорности запослених у појединим областима друштвеног живота регулисани су и посебним законима било из области јавног сектора или привредних субјеката чији су оснивачи држава или органи локалне самоуправе (агенције, управе, и сл). Сама чињеница да ја Влада РС припремила Предлог Закона о изменама и допунама Закона јавним агенцијама и платама запослених у истим указује на жељу законодавца да на потпун и целовит начин уреди положај, права и обавеза запослених у јавном сектору који се финансира из буџета (8).

Реформа радних односа и плата у јавним службама део је реформског процеса јавног сектора који се показао као нужан и неопходан првенствено због потребе уређења система и вредновања рада у областима које су од примарног значаја за свако друштво (здравство, просвета, социјална заштита и др), а које се одражавају и ниво уређења и ефикасности државе, са једне стране, а са друге стране на целовитост буџетског система и буџета из кога се исте службе првенствено финансирају. Због свега напред наведеног, наметнула се неопходност уређења радних односа у јавним службама путем препознавања њихових специфичности у односу на основни пропис о раду, које треба да прати и адекватно уређење плата, кроз доношење закона којим ће се уредити радни односи и плате у јавним службама и који треба да уважи специфичности рада у јавним службама кроз регулисање појединих института који нису препознати у Закону о раду или кроз дефинисање појединих права и обавеза запослених на другачији начин. Такође, овај закон треба да уреди равноправне институте на тај начин да њихова примена одговора свим јавним службама али и да препозна особености радних односа које су својствене само неким јавним

службама. Стога одредбе посебних закона којима се уређује рад јавне службе на другачији начин, који одговара природи послова коју та јавна служба врши остају и даље предмет уређења тих закона (стручно усавршавање, професионално напредовање, стицање лиценце за рад, особености избора органа управљања и улога органа руковођења, рад на одређено време својствен тој јавној служби, особен конкурсни поступак због специфичних услова за стицање стручних звања запослених и сл.). Доношење посебног закона којим ће на целовит начин бити уређени сви аспекти радноправног статуса запослених у јавним службама условљено је нормативном инструкцијом системског закона о платама, односно члана 39. став 3. Закона о систему плата запослених у јавном сектору ("Службени гласник РС бр. 18/16 и 108/16), којим се прописује обавеза да се до 01.01.2018. године донесе, у складу са одредбама овог закона, закон којима се уређује радноправни статус, плате и друга примања запослених у јавним службама. Потреба за доношењем овог закона је и превазилажење проблема које у пракси изазива примена различитих правних прописа о радноправном положају запослених у јавним службама. С једне стране су то општи прописи о раду који се примењују на већину аспеката радноправног статуса запослених у овом подсистему, али је њихова примена искључена у сегменту који се односи на плате и друга примања запослених у јавним службама, осим за ситуације када неко питање није уређено посебним законом у овој области. Целовитим уређењем свих аспеката радноправног статуса запослених у јавним службама омогућава се стварање једног заокруженог система који унутрашњом флексибилношћу уважава специфичности овог дела јавног сектора. Наведени разлози су у образложењу предлога реформе јавног сектора и руководили законодавца да положај запослених у јавном сектору покуша да уреди на јединствен начин.

Законом о запосленима у јавном сектору предвиђено је да се њиме уређују права, обавезе и одговорности из радног односа запослених, односно права и обавезе по основу рада, у јавним службама које је основала Република Србија, аутономна покрајина и локална самоуправа у складу са законом којим се уређује оснивање и рад јавних служби, осим у јавним предузећима и привредним друштвима основаним за обављање делатности у којима се оснивају јавне службе. Исти закон се такође примењује и на запослене у организацијама обавезног социјалног осигурања. При томе је радноправни положај наставника и сарадника који је уређен Законом о

високом образовању ("Службени гласник РС" број 88/2017) изузет од одредби истог закона, док се на остала питања која се тичу њихових права, обавеза и одговорности примењују одредбе истог закона, као и запослених у јавним службама за које је законом или актом надлежног органа у складу са законом предвиђена обавезна приватизација (члан 1. закона). Наведеним законом као системским законом у јавном сектору уређен је положај, права и обавезе запослених у јавном сектору али је остављена могућност да се положај запослених уреди с обзиром на одговарајуће специфичности сваке јавне службе понаособ и посебним законом.

Из наведеног законског оквира на које је нужно указати произилази да се на права, обавезе и одговорности запослених у општем режиму радног односа примењују општи прописи о раду, дакле пре свега Закон о раду, осим у погледу оних права, обавеза и одговорности које су посебним законима посебно уређена, у коме случају се примењују одредбе тог посебног закона. Бројност посебних прописа којима су поједина, права обавезе и одговорности на другачију начин уређена ствара посебан проблем не само у примени одредаба Закона о раду већ отвара и проблем односа посебних закона у односу на Закон о раду. Наведена регулатива делује јасна и наводи на закључак да у судској пракси однос Закона о раду према посебним прописима из одговарајућих области друштвеног живота, као и однос истог према КУ и општим актима послодаваца (Правилника о раду и уговора о раду) не ствара посебан проблем. Међутим, исти однос због бројних спорова запослених у односу на послодавце у остваривању права по основу рада и радног односа ипак је изражен и у основи тражи одговор на два основна питања: - односа аутономних општих аката према Закону о раду и односа истих према посебним законима којима су уређена права, обавезе и одговорности запослених у појединим областима друштвеног живота.

Цитираним одредбама Закона о раду афирмисано је начело хијерархије извора радног права, према коме, поред осталог општи акти (Колективни уговори и Правилници о раду) и уговори о раду могу да утврде већа права запосленим и повољније услове рада од права и услова утврђених законом, као и друга права која нису утврђена законом, осим ако законом није другачије одређено. Дакле, наведени закон који регулише радне односе у општем радноправном режиму је оставио могућност аутономној регулативи (Колективном уговору и Правилнику о раду), као и уговор о раду да предвиди запосленом већи опсег права и боље услове

рада од минимума радних права зајамчених законом, осим у случају постојања законских одредби императивног карактера. Одредба члана 3. став 1. и члана 8. став 2. Закона о раду јасно упућују да предмет колективног преговарања или уређења права запослених у ширем смислу (Правилником о раду или уговором о раду) могу бити искључиво права запослених која су материјално правне природе. То значи да правила процедуре као што су нпр. Програм решавања вишка запослених и сам поступак отказа уговора о раду не може бити предмет аутономне регулативе **(9)**.

Са гледишта утврђивања већих права и повољнијих услова рада интересантне су три ситуације.

1. да се већа права и услови рада могу утврдити јер је то законом дозвољено (нпр. дуже трајање плаћеног одсуства и шири круг чланова уже породице - члан 77. став 6. Закона или права за време неплаћеног одсуства - члан 78. став 2. Закона - увећање зараде по основу рада у сменама - члан 108. став 4. Закона и сл);

2. да се та права и услови рада могу утврдити јер то закон не забрањује (нпр. - друга примања приправника по члану 109. Закона или зајма запосленим, односно помоћ деци умрлог запосленог) - **(10)**;

3. да се та права и услови рада не могу утврдити на другачији начин од законом регулисаног (нпр. члан 24. став 3 - два степена стручне спреме у Правилнику или дужи период за исплату отпремнине по члану 158. став 5. Закона).

Општи колективни уговор који нажалост није закључен је национални и општи (генерални) колективни уговор, јер се закључује за целу територију РС и у вези са свим запосленим и у односу на све послодавце, без обзира на прописе којима се радно правни однос запослених успоставља. Овај уговор има најјачу правну снагу и сви остали колективни уговори (посебни, грански или појединачни) морају бити у складу са њим. Стога је закључење истог основни предуслов за закључење посебних колективних уговора у појединим областима, или гранама делатности и основ за хармонизацију основних права запослених без обзира на послодавца и делатност којом се исти бави.

Уставно судска пракса

Уставни суд РС у бројним поступцима по уставним жалбама изјашњавао се о повредама права из радног односа запослених, првенствено

због повреде права на правично суђење, повреде права на суђење у разумном року или оцене постојања дискриминације. Одлуке у којима се исти суд изјашњавао о односу аутономне регулативе (Колективних уговора, Правилника о раду и Појединачних колективних уговора) и закона нису тако бројне, јер се исти суд кроз сагласност подзаконских аката са Уставом и законом првенствено бавио актима локалне самоуправе или актима јавних служби, а само спорадично изјашњавао о односу закона и аутономне регулативе у општем режиму радних односа.

Стога је од посебног значаја за тему овог чланка одлука Уставног суда IYz број 1447/2010 од 12.05.2011. године у којој је предмет уставно судске оцене била одредба члана 51. ст. 5. и 6. Колективног уговора којима је предвиђено да зарада запослених представља пословну тајну, а кршење исте обавезе отказни разлог због повреде радне обавезе, као и одредба члана 64. став 1. тач. 3. и 4. којима је предвиђено да се основна зарада запослених увећава за рад ноћу - за 45% и за рад у смени за 26% на основну зараду као производ коефицијента посла радног места, вредности радног сата и месечног фонда часова рада. Након анализе одредби Закона о раду ("Службени гласник РС" бр. 24/05 и 61/05) Уставни суд налази да из истих одредби следи да се права, обавезе и одговорности запослених из радног односа и по основу рада не уређују само законом, већ и колективним уговорима, при чему Закон оставља широк простор учесницима колективног преговарања да низ питања везаних за права, обавезе и одговорности запослених уреде слободном вољом, с тим што су границе њихове слободне воље одређене тиме да колективни уговор не може да садржи одредбе којима се запосленом дају мања права или утврђују неповољнији услови рада од права и услова који су утврђени законом, а да се запосленом могу дати већа права и уредити повољнији услови рада од оних који су дати, односно утврђени законом, ако је самим законом тако одређено. То дакле значи да сва права, обавезе и одговорности запослених из радног односа и по основу рада, која нису уређена законом могу бити предмет уређења у колективном уговору, и то на начин да се учесници колективног преговарања споразумеју, те да се колективним уговором запосленима могу дати већа права и утврдити повољнији услови рада у свим случајевима у којима императивним одредбама закона није другачије одређено.

Полазећи од наведених општих ставова Уставни суд у истој одлуци "налази да питање зараде запослених као пословне тајне није уређено

законом, чиме исто право не представља право запосленог из радног односа, односно право којим се утврђују услови рада, већ питање које је у домену пословне политике послодавца са којом се сагласио и синдикат, па се по оцени оваквом регулативом запосленим не дају мања права, нити се утврђују неповољнији услови рада од права која су дата и услова рада који су утврђени Законом, чиме иста регулатива КУ није несагласна са Законом о раду. Како се Колективним уговором послодавца могу утврдити повреде радних обавеза у смислу члана 179 став 1 тачка 2 Закона о раду иста регулатива и у делу да кршење тајности података о зарадама запослених као повреде радне обавезе није супротна Закону о раду".

Оцењујући оспоравање одредби члана 64. став 1. тач. 3. и 4. Колективног уговора којима је предвиђено увећање основне зараде запослених за 45%% за рад ноћу, односно за 26% за рад у сменама Уставни суд утврђује да рад ноћу није посебно вреднован у коефицијентима радних места закључује да увећање основне зараде за рад ноћу од 45%% основне зараде није противно одредби члана 108. став 1. тачка 2. Закона о раду, којом је предвиђено увећање зарада по основу ноћног рада за најмање 26% од основице за обрачун зарада, јер је исто увећање изнад минимума прописаног законом, и минимума предвиђеног одредбама ОКУ. Насупрот томе у односу на увећање зарада запослених за рад у сменама за 26% основне зараде код утврђења да је исти рад већ вреднован приликом утврђења основне зараде запослених Уставни суд налази да је таква регулатива супротна изричитој одредби члана 108. став 1. тачка 2. Закона о раду чиме није сагласна са регулативом истог законског члана и на основу одредбе члана 195. став 1. Устава ни са Уставом.

Наведена одлука Уставног суда јасно прави разлику између права запослених која нису уређена Законом о раду у односу на права у односу на која се може утврдити већи обим права, односно повољнији услови рада од законом предвиђених, према правима која су ограничена по самом закону изричитом регулативом било у форми услова за остваривање истих права или изричитом забраном истих права. Због ограниченог простора није могуће дати потпуну анализу одлука Уставног суда у којима се исти суд бави односом општих аката и закона. Стога само упућујем на одлуке Уставног суда које се баве овим питањем (ИУо-246/2011 од 22.03.2012.г. - различито вредновање стажа запосленог код послодавца и укупног стажа при обрачуна отпремнине - утврђена повреда једнакости

пред законом-ИУо-18/2010 од 17.03.2011.г. - ускраћивање представницима синдиката плаћених часове рада-(члан 211 став 1 Закона). Утврђена повреда начела члана 8 и 10 Закона-ИУо-364/2013 од 24.11.2016. године - повреда права на једнаку зараду по члану 104 у вези члана 106 Закона-ИУо-888/2012 од 26.09.2013.г.-круг лица који се сматрају чланом породичног домаћинства не може се другачије регулисати - члан 77 став 4 Закона-ИУо-125/2011 од 13.06.2013.г. - зарада и регрес представља део зараде и не може се другачије регулисати основна зарада противно члану 105 Закона-ИУо-916/2010 од 19.06.2012.г. - забрана дискриминације кроз критеријуме отпуштања по основу технолошког вишка)-(11)

Однос посебних колективних уговора и закона

Одредбама члана 8 став 1 и 2, члана 9 и члана 10 Закона о раду уређен је однос истог закона према аутономној регулативи запослених, (Колективном уговору, правилнику о раду и уговору о раду), међутим исти однос уређују и посебни колективни уговори задржавајући општи принцип садржан у Закону о раду о хијерархији прописа који регулишу права, обавезе и одговорности запослених у радном односу. Тако Посебан колективни уговор за државне органе у члану 1 став 2 предвиђа да се "Колективним уговором утврђују већа права и повољнији услови рада од права и услова који су утврђени законом, као и права која нису утврђена законом, уколико законом није одређено другачије". Посебан колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика у члану 2 став 3 предвиђа да се "Колективним уговором код послодавца могу се утврдити већа права од права утврђених Уговором, као и друга права која нису утврђена Уговором, у складу са законом". Посебним колективним уговором за здравствене установе чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе у члан 2 став 2 и 3 прописује да Колективни уговор код послодавца, односно правилник о раду (у даљем тексту: општи акт) и уговор о раду не могу да садрже одредбе којима се утврђују мања права и неповољнији услови рада запосленог од права и услова утврђених законом и овим уговором. (3) Колективним уговором код послодавца, односно уговором о раду могу се утврдити већа права и повољнији услови рада од права и услова утврђених законом и овим уговором, као и друга права која нису предвиђена овим колективним уговором, у складу са законом. Одредбом члана 1 став 2 Посебног колективног уговора за електропривреду Србије прописано је

да "Колективни уговор закључен код Послодавца у ЈП ЕПС, у Јавним предузећима са Косова и Метохије или Привредном друштву чији је оснивач ЈП ЕПС не може да садржи одредбе којима се запосленом дају мања права или неповољнији услови рада од права и услова који су утврђени овим колективним уговором, односно њиме могу да се утврде већа права и повољнији услови рада и друга права која нису утврђени овим колективним уговором". Члан 6. Посебног колективног уговора за јавна предузећа у комуналној делатности на територији РС је предвиђено да "Општим актом и говором о раду не могу се утврдити мања права и неповољнији услови рада и обавезе од права, услова рада и обавеза утврђених законом и овим уговором. Општим актима, односно уговором о раду могу се утврдити већа права и повољнији услови рада запосленог од права и услова утврђених законом и овим уговором, као и друга права која нису предвиђена овим уговором, у складу са законом. Посебним колективним уговором за запослене у установама предшколског васпитања и образовања чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе у члану 7 прописује да "Колективним уговором, Правилником о раду и уговором о раду могу да се утврде већа права и повољнији услови рада од права и услова утврђених овим уговором и законом, осим ако законом није другачије утврђено."

Изјашњавајући се о односу уговора о раду и Посебног колективног уговора Врховни касациони суд у одлуци Рев2.1018/2018 од 09.05.2018. године наводи: "према члану 256 Закона о раду (Службени гласник РС бр. 24/05), општи и Посебан колективни уговор непосредно се примењују и обавезују све послодавце који су у време закључивања Колективног уговора чланови удружења послодаваца-учесника колективног уговора (став 1). Надаље исти суд цитирајући одредбе члана 257 до члана 259 Закона о раду закључује да "Имајући у виду цитиране законске одредбе грански колективни уговор је у конкретној ситуацији морао бити непосредно примењен без обзира што тужени није ускладио одредбе свог Колективног уговора са њим, јер запослени не може да трпи штетне последице, а послодавац да извлачи корист из чињенице да појединачни колективни уговор није усклађен са посебним (Гранским) који хијерархиски има већу правну снагу. Усклађивање коефицијената за исплату зарада извршио је вештак. Због тога се не може прихватити закључак нижестепених судова да би примена гранског Колективног уговора представљало

оријентационо сврставање у одређену групу занимања и платни коефицијент који не одговара стварном стању." Наведеном ставу у основи се не може ставити ни једна примедба, јер исти одговара општем начелу односа гранског колективног уговора према појединачном колективном уговору и непосредној примени истих, али не даје одговор на који начин се може иста примена непосредно остварити ако нема критеријума по којима се исти непосредно примењује и по којима суд може рангирати одговарајуће послове радних места ако су исти послови дати у групама и различитим распонима коефицијената. При томе треба указати да да је колективно преговарање резултат заједничких напора репрезентативног синдиката са једне стране као представника запослених и послодавца, па се неуспех преговарања не може у свим случајевима превалити на послодавца. **(12)**

О могућности да се општим актом, односно уговором о раду предвиде већа права и повољнији услови рада од права и услова прописаних законом изјаснило се у свом мишљењу од 16.10.2014. године и Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања кроз исказ да "Уколико је општим актом, односно уговором о раду утврђено да се висина накнаде зараде (по члану 114 став 1, члану 115 и члану 116 Закона о раду - примедба аутора) обрачунава на основу просечне зараде у претходна три месеца и ако је тако обрачуната накнада зараде већа од накнаде зараде обрачунате на основу одредаба Закона о раду (дванаестомесечног просека зарада запосленог), она се може сматрати повољнијим правом, сходно члану 8 став 2 Закона о раду"-**(13)**

Због специфичног положаја јавних предузећа посебно је интересантан однос аутономне регулативе (Колективног уговора) послодавца и посебних прописа којим је уређен положај јавних предузећа. Разматрајући однос обавезе послодавца да на основу својих аутономних аката - у конкретном случају колективног уговора којим се обавезао да ће запосленима у спорном периоду на име трошкова регреса за коришћење годишњег одмора исплаћивати 75% од просечне зараде по запосленом у привреди РС Врховни касациони суд у одлуци Рев2.861/2018 од 10.05.2018. године, укидајући пресуду Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж1.2685/17 од 27.11.2017. године заузео је следећи став: "По налажењу ВКС, без значаја је позивање нижестепених судова на то да је чланом 8 уговора о раду од 19.06.2012. године било предвиђено право тужиоца на исплату трошкова регреса у складу са важећим Програмом пословања. Ово стога што је у исто

време био на снази Колективни уговор код туженог од 18.08.2011. године којим је утврђено право запослених на накнаду трошкова регреса у висини 75% од просечне зараде по запосленом у привреди РС, а чланом 9 став 2 Закона о раду је прописано да су ништаве одредбе уговора о раду којима су утврђени неповољнији услови рада од услова утврђених законом и општим актом. Поред тога Анексом уговора о раду од 30.03.2014. године измењена је одредба члана 8 уговора о раду из 2012. године и утврђено је право тужиоца на регрес за коришћење годишњег одмора у висини прописаној Колективним уговором код туженог (5%) од просечне зараде по запосленом у Републици Србији)." Наведеном ставу не може се у основи ставити примедба погрешно схваћеног односа уговора о раду и регулативе Колективног уговора ценећи одредбу члана 9 став 2 Закона о раду, међутим исти однос тужиоца као запосленог и туженог као његовог послодавца (јавног комуналног предузећа) није сагледан у односу на посебне прописе којима је у спорном периоду уређен начин рада и пословања туженог као јавног комуналног предузећа у коме је исплата зарада и других примања (регреса и накнаде трошкова) који по члану 105 имају карактер зарада и директно утичу на масу зарада, која је принудним прописима на основу члана 50 Закона о јавним предузећима (Службени гласник РС бр. 119/12 и 44/14) и Уредбом о начину и контроли обрачуна и исплата зарада у јавним предузећима коју је донела Влада РС, а која је објављена у Службеном гласнику РС бр. 50/06 и 27/14) којима је у конкретном случају маса средстава за исплату зарада у јавним предузећима била ограничена и тиме и тужени онемогућен на исплату веће масе од утврђене одговарајућим програмима пословања. На наведено је нужно указати јер се члан 9 став 2 Закона о раду о односу регулативе уговора о раду према Колективном уговору као општем акту и закону односи на Закон о раду, а не на однос регулативе посебних прописа којима су уређена права, обавезе и одговорности запослених у посебним областима на које се примењују посебни прописи.

На овакав став без обзира на другачију регулативу прописа али из истог чињеничног и правног основа јасно указује Уставни суд у одлуци Уж-1779/2011 од 18.12.2013. године заузимајући јасан став да сваки запослени има право на исплату зараде, у висини која се утврђује законом, актом из аутономне регулативе послодавца и уговором о раду. Међутим, у конкретном случају својство туженог имао је не било који послодавац, већ јавно предузеће чији је оснивач јединица локалне самоуправе – Општина

Беоцин, у коме је пословање, укључујући и обрачун и исплату зарада, било регулисано принудним прописима – Законом о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса и уредбама које је Влада доносила за сваку пословну годину, а путем којих су били уређени начин и контрола обрачуна исплате зарада у јавним предузећима. Цитиране одредбе Закона и уредби ограничавале су туженог, под претњом прописаних санкција, да самостално доноси опште акте којима се уређује питање зарада и да врши обрачун и исплату зарада без претходно добијене сагласности оснивача. По схватању Уставног суда, овде није реч о једностраном умањењу зарада, најпре из разлога што је одредбама чл. 22, 22а и 22б Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса прописано да јавно предузеће послује на основу претходно донетог Програма пословања, на који сагласност даје оснивач, а који обавезно садржи све позиције расхода за читаву наредну календарску годину, и то по наменама, дакле и за зараде, као и елементе за целовито сагледавање политике зарада и запослености у истом предузећу. Додатно, планирана политика зарада се мора утврдити у складу са политиком пројектованог раста зарада коју утврђује Влада. Коначно, Влада је на основу изричитог законског овлашћења уредбама прецизно уређивала питање зарада у јавним предузећима. Из изнетог следи да је у погледу утврђивања зарада у јавном предузећу однос послодавца и запосленог уговорни однос, али само у оквиру прописаних правила и ограничења. По оцени Уставног суда, оснивач јавног предузећа мора строго водити рачуна приликом давања сагласности на предложени програм пословања, јер исти подлеже контроли од стране одговарајућих министарстава. Уколико се утврди да је надлежни орган јединице локалне самоуправе дао сагласност на програм са елементима који нису у складу са политиком пројектованог раста цена и зарада, министар надлежан за послове финансија је овлашћен да изда налог за привремену обуставу преноса трансферних средстава из буџета Републике Србије јединици локалне самоуправе, на који начин се директно доводи у питање финансирање, а самим тим и функционисање јединице локалне самоуправе. Уредбе су такође предвиђале и начин контролисања висине исплаћених зарада у једном месецу, дајући право да се изврши умањење зарада за више исплаћени износ наредног месеца за који се врши исплата зарада. С тим у вези, Уставни суд констатује да се оваквом правном регулативом тежи очувању масе зарада планиране Програмом пословања за одређену пословну годину, што додатно потврђује горе изнету оцену, да је однос јавног предузећа, као

послодавца и запосленог у јавном предузећу уговорни однос, који је битно ограничен императивним прописима". Наведени став Уставни суд је иска-
зао у бројним одлукама из истог чињеничног и правног основа у односу на
исплату зарада и других примања јавних предузећа као и директних и
индиректних корисника буџета РС или аутономне покрајине, односно орга-
на локалне самоуправе.(14)

Општи је принцип да одредбе општег акта (колективни уговор,
одн. правилник о раду) и уговора о раду могу прописивати већа права од
оних уређених Законом, осим ако законом није друкчије одређено. Ово
значи да се, осим у три посебна у чланку анализирана случаја, сва остала
права запослених, за која је дат основ у Закону (да се уређују општим
актом) могу уредити у већем обиму или на повољнији начин од онога што
је прописано Законом.

При томе треба указати да је чланом 117. Закона о изменама и допу-
нама Закона о раду (Службени гласник РС, бр. 75/14), утврђено да одредбе
колективног уговора, односно правилника о раду који је на снази на дан
ступања на снагу овог закона (29.07.2014.) а које нису у супротности са
овим законом, остају на снази до истека важења колективног уговора, одно-
сно до доношења правилника о раду у складу са овим законом, а најдуже
шест месеци од дана ступања на снагу овог закона. Ово значи да су важећи
колективни уговори, односно правилници о раду, без обзира на период на
који су закључени, у примени најдуже до 29.01.2015. год. и то само у делу
који нису супротни закону. У међувремену, могу са анексирати (општи акт)
ради усаглашавања са одредбама Закона о раду. Интенција законодавца је
била да сви послодавци најкасније до горе наведеног датума донесу нови
општи акт (колективни уговор, односно правилник о раду). Одредбом чла-
на 111. Измена и допуна Закона о раду, уређено је да послодавац може са
запосленима који су засновали радни однос закључно са 28.07.2014. године
да закључи уговор о раду или анекс уговора, у року до 27.09.2014. године
при чему се истим (уговором) не заснива радни однос. Ако послодавац са
наведеним запосленим не закључи уговор о раду или анекс уговора у сми-
слу наведеног, уговори о раду закључени закључно са 28.07.2014. године
остају на снази у делу у коме нису у супротности са овим законом. Значи,
до закључења новог или анекса уговора о раду (а ради усаглашавања са
Законом) примењују се само одредбе уговора о раду, у делу у коме нису у
супротности одредбама Закона. Одредбе уговора о раду које су у супротно-

сти са Законом о раду се не примењују, већ се директно примењују одредбе Закона и општег акта. Према томе, у случају императивних одредби Закона, права запослених се не могу општим актом и уговором о раду другачије утврђивати, односно у том случају се не може утврђивати повољнији обим права од права утврђеног Законом. С тим у вези, одредбама важећег Закона о раду, утврђене су три императивне одредбе у односу на које нема могућности другачијег регулисана односа запосленог и његовог послодавца и то: одредбе члана 158. којом се прецизира период за обрачун отпремнине за случај технолошког вишка; отказни рок од стране запосленог који не може бити дужи од 30 дана (члан 178. Закона) и висина накнаде зараде синдикалног представника која не може бити већа од његове просечне зараде у претходних 12 месеци (члан 214. Закона).

Ово значи да сва остала права запослених, за које је дат основ у Закону о раду (да се уређују општим актом), могу се у већем обиму или на повољнији начин уредити. Тако је нпр. чланом 108. став 1. тачка 4) Закона, утврђено је да запослени има право на увећану зараду у висини утврђеној општим актом и уговором о раду, по основу временаведеног на раду за сваку пуну годину рада остварену у радном односу код послодавца (у даљем тексту: минули рад) – најмање 0,4% од основице. Такође, ставом 2. истог члана утврђено је да се при обрачуну минулог рада рачуна и времеведено у радном односу код послодавца претходника из члана 147. Закона, као и код повезаних лица са послодавцем у складу са законом. Наведена, одредба по ступању на снагу измена и допуна Закона о раду од 29.07.2014. године одмах је отворила дилему, да ли послодавац може уговорити већи износ минулог рада од законом прописаног (најмање 0,4% од основице) и у односу на дужи временски период у односу на укупан стаж запосленог, дакле не у односу на радни однос последњег послодавца, послодавца претходника и повезаних лица. Министарство за рад, борацка и социјална питања изјашњавајући се о минулом раду цитирајући одредбе члана 8 став 2 Закона о раду у вези члана 108 став 1 тачка 4 Закона о раду налази да "Имајући у виду наведено, одредбама општег акта може се утврдити и већи проценат по години рада наведеној у радном односу од 0,4%, као и дужи период за обрачун минулог рада од периода утврђеног Законом (нпр.: све времеведено у радном односу). У конкретном случају ово значи да одредба Колективног уговора којом је утврђено право на увећање зараде по основу минулог рада "за све времеведено у радном односу"

утврђује повољније право за запосленог (сходно члану 8 став 2. Закона) и као таква може се даље примењивати"(15).

При томе треба нагласити да запослени у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, примају плату у складу са посебним прописима. Овим прописима уређено је право запослених на додатак на плату по основу минулог рада, а не увећања зараде. У члану 5. став 1. тачка 1) Закона о платама у државним органима и јавним службама (Службени гласник РС бр. 34/01, 62/06-др.зак, 116/08-др.зак, 92/11, 99/11-др.зак, 10/13, 55/13 и 99/14) утврђено је да додатак на плату припада за време проведено у радном односу (минули рад) – у висини од 0,4% од основице за сваку пуну годину рада остварену у радном односу, код послодавца, у смислу члана 1. овог закона. Такође, у ставу 2. истог члана, утврђено је да све установе у истој делатности обухваћене истим планом мреже, односно основане од истог нивоа власти сматрају се истим послодавцем у смислу става 1. овог члана. У члану 23. Закона о платама државних службеника и намештеника (Службени гласник РС бр. 62/06, 63/06-испр. 115/06-испр, 101/07, 99/10, 108/13 и 99/14) уређено је да државни службеник има право на додатак на основну плату од 0,4% основне плате за сваку навршену годину рада у радном односу код послодавца, без обзира у ком државном органу је био запослен (минули рад.). Значи, да се на запослене у државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе и јавним службама, не примењују одредбе Закона о раду, већ одредбе посебних закона. С тим у вези напомињем да је за тумачење одредби наведених посебних прописа надлежно Министарство за државну управу и локалну самоуправу.

У члану 114. став 1. Закона о раду, утврђено је право запосленог на накнаду зараде у висини просечне зараде у претходних 12 месеци, у складу са општим актом и уговором о раду, за време одсуствовања са рада на дан празника који је нерадни дан, годишњег одмора, плаћеног одсуства и одсуства због војне вежбе или одазивања на позив државног органа. Сходно члану 115. Закона, запослени има право на накнаду зараде за време одсуствовања са рада због привремене спречености за рад до 30 дана, најмање у висини 65% просечне зараде у претходних 12 месеци пре месеца у којем је наступила спреченост за рад, ако је спреченост за рад проузрокована болешћу или повредом ван рада, односно 100% ако је спреченост за рад проузрокована повредом на раду или професионалном боле-

шћу, ако законом није другачије одређено. Такође, у складу са чланом 116. Закона, запослени има право на накнаду зараде најмање у висини 60% просечне зараде у претходних 12 месеци, с тим да не може бити мања од минималне зараде утврђене у складу са овим законом, за време прекида рада, односно смањења обима рада до којег је дошло без кривице запосленог, најдуже 45 радних дана у календарској години. У свим напред наведеним случајевима основица за обрачун накнаде зараде је просечна зарада у претходних 12 месеци. Уколико је општим актом, односно уговором о раду утврђено да се висина накнаде зараде обрачунава на основу просечне зараде у претходна три месеца и ако је тако обрачуната накнада зараде, већа од накнаде зараде обрачунате на основу одредаба Закона о раду (12-то месечног просека зараде запосленог), иста се може сматрати повољнијим правом, сходно члана 8. става 2. Закона и може се примењивати. У складу са чланом 119. став 1. тачка 1) Закона послодавац је дужан да запосленом за случај одласка у пензију исплати отпремнину најмање у висини две просечне зараде према последњем објављеном податку Републичког органа за статистику, а не најмање три, као што је то до измена овог закона било уређено. Под просечном зарадом, у смислу члана 119. става 1. тачка 1) Закона сматра зарада коју објављује Републички завод за статистику. Значи, за обрачун отпремнине за одлазак у пензију (старосна, превремена старосна, породична или инвалидска) користи се (брuto) зарада, тј. зарада која у себи садржи припадајуће доприносе за обавезно социјално осигурање и порез из зараде. Како се отпремнина за одлазак у пензију исплаћује, у складу са општим актом и уговором о раду, а законом је утврђен само најнижи износ отпремнине, могуће је да се наведеним актима, утврди и веће право запосленог од минимума који је предвиђен Законом. Значи, Закон прописује најмањи износ отпремнине за одлазак у пензију (две просечне зараде у Републици), тако да одредбе општег акта и уговора о раду, којима се висина отпремнине за одлазак у пензију утврђује у већем износу, представља веће право запосленог. Тако, нпр. колективним уговором може се утврдити отпремнина за одлазак у пензију у висини од пет просечних зарада по запосленом исплаћених у Републици Србији према последњем објављеном податку републичког органа надлежног за послове статистике, односно пет просечних зарада у предузећу и сл. Подсећамо да је отпремнина државних службеника уређена посебним прописом. Тако је чланом 51 Уредбе о накнади трошкова и отпремнина државних службеника и намештеника (Службени гласник РС бр. 98/07-преч.

текст и 84/14), утврђено да се државном службенику или намештенику који одлази у пензију исплаћује отпремнина у висини 125% од плате коју би остварио за месец који претходи месецу у коме се исплаћује отпремнина, с тим што она не може бити нижа од две просечне зараде у Републици Србији, према последњем коначном објављеном податку републичког органа надлежног за послове статистике на дан исплате.

У члану 158. Закона о раду, прописана је обавеза послодавца да запосленом исплати отпремнину ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба послодавца за ангажовањем запосленог који обавља одређени посао, или ако дође до смањења обима посла, па не постоји потреба за даљим ангажовањем запосленог који већ обавља наведене послове (члан 179. став 5. тачка 1) Закона). Висина отпремнине утврђује се општим актом или уговором о раду. Законом је утврђен најнижи износ отпремнине по години рада код последњег послодавца. Отпремнина по свакој години рада не може бити нижа од збира трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу код послодавца код кога остварује право на отпремнину. Према томе, Законом је утврђена најнижа висина отпремнине по години рада код послодавца (1/3 зараде), док се општим актом или уговором о раду, може утврдити и већи износ отпремнине по години (нпр. 1/2 зараде и сл). Међутим, Законом је изричито наведено да се општим актом или уговором о раду не може утврдити дужи период за исплату отпремнине од периода утврђеног у члану 158. став 2. и 3. (радни однос код последњег послодавца, послодавца претходника и повезаних лица). Ово значи да би део одредби општих акта и уговора о раду, које се односе на утврђивање година рада на основу којих се обрачунава отпремнина супротно Закону био у супротности са његовим изричитим одредбама, уколико је период за обрачун отпремнине утврђен на другачији начин (тј. за дужи период) од законског решења. Дакле, уколико је општим актом утврђено право запосленог на обрачун отпремнине за све године проведене у радном односу, овај део одредби општег акта је супротан Закону и исте се не могу примењивати, већ се директно примењују одредбе члана 158. став 2-3. и 5. Закона. Чланом 211. Закона, утврђено је да представник синдиката има право на плаћено одсуство ради обављања синдикалне функције, у складу са колективним уговором или споразумом послодавца и синдиката, сразмерно броју чланова синдиката. Сходно члану 214. Закона, синдикални пред-

ставник који одсуствује са рада у складу са чл. 211-213. Закона има право на накнаду зараде која не може бити већа од његове просечне зараде у претходних 12 месеци у складу са општим актом и уговором о раду. Ово значи да за време одсуства са рада због обављања синдикалне функције, синдикални представник има право на накнаду зараде највише у висини његове просечне зараде у претходних 12 месеци. Имајући у виду да је чланом 8. став 2. Закона, прописано да се општим актом могу утврдити повољнија права, осим ако законом другачије није одређено, односно како је чланом 214. Закона утврђен максимални износ накнаде зараде на који синдикални представник има право за време одсуства са рада због обављања синдикалне функције, одредбе колективних уговора којима се та накнада утврђује у већем износу су у супротности са законом. Према томе, уколико је накнада зараде синдикалног представника обрачуната на основу одредби општег акта, већа од накнаде зараде синдикалног представника која се утврђује на основу одредби члана 214. Закона, оваква одредба је у супротности са Законом, односно не може се примењивати. Наведена три случаја регулативе Закона о раду императивне природе искључују могућност да се аутономном регулативом права запослених уреде другачије.

При томе треба указати да је одредбом члана 110 Закона о раду прописано је да се "зарада исплаћује у роковима утврђеним општим актом и уговором о раду, најмање једанпут месечно, а најкасније до краја текућег месеца за претходни месец, Зарада се исплаћује само у новцу, ако законом није другачије одређено". Уставни суд усвајајући уставну жалбу у најновијом одлуци Уж-842/2015 од 27.03.2017. године кроз "констатује да запослени има право на одговарајућу зараду, да се зарада одређује за обављени рад и време проведено на раду и да се зарада исплаћује само у новцу најмање једанпут месечно до краја текућег месеца за претходни месец. Из одредбе члана 186. истог закона произлази да је послодавац дужан да запосленом у случају престанка радног односа исплати све неисплаћене зараде, накнаде зараде и друга примања која је запослени остварио до дана престанка радног односа у складу са општим актом и уговором о раду. Уставни суд налази да је одредба члана 186. Закона о раду императивног карактера и да обавеза послодавца на исплату неисплаћене зараде у случају престанка радног односа, не може бити предмет споразумевања између послодавца и запосленог. Право на исплату неисплаћене зараде до дана престанка радног односа укључује у себи право запосленог да потражује неисплаћену зараду од послодавца, те се запослени не може

одређи ни овог свог овлашћења. Уставни суд такође налази да се рок који је предвиђен чланом 186. Закона о раду не може одлагати на штету радника, јер неповољнији рок не може бити предмет уговора и споразума, што само по себи произлази из наведене законске одредбе, те стога ни тужба којом се тражи исплата ових потраживања не може бити преурањена, јер постојање споразума и уговора треба третирати као признање дуга, које постоји и траје. Из наведеног произлази да послодавац и запослени на основу своје слободне и сагласно изражене воље не могу одложити испуњење обавезе по основу зараде до исплате зараде осталим запосленима за исти период. Уставни суд посебно истиче да се не може прихватити ставиште другостепеног суда да споразум послодавца и запосленог представља слободну вољу и да је због тога захтев подносиоца за исплату заосталих зарада неоснован. Ово из разлога што је смисао и циљ одредбе члана 186. Закона о раду у томе да запослени своја права по основу рада и њихову заштиту остварује сагласно закону. Надаље закључује да је «из наведених разлога, оспореном пресудом произвољно и арбитрерно примењено материјално право, те је повређено право подносиоца уставне жалбе на правично суђење гарантовано одредбом члана 32. став 1. Устава». Исти став Уставни суд је заузео у Одлуци Уж-4222/2012 од 20.11.2014. године и Одлуци Уж-3819/2013 од 8.10. 2015. године (видети интернет страницу на: www.уставни.суд.rs).

Наведене одлуке садрже јасан и јединствен став Уставног суда да је право на зараду запосленог уставно право кога се запослени не може одређи нити му послодавац исту може ускратити, мимо законом прописаних услова, те да споразум послодавца и запосленог којим би противно условима утврђених законом регулисана исплата доспелих зарада води ништавости истог споразума. Стога би и евентуално уговарање исплате зарада у Колективном уговору, Правилнику о раду и уговору о раду супротно одредбама члана 110 и члана 186 Закона о раду било ништаво.

Одредбом члана 1 става 2 Закона о раду прописано је да права, обавезе и одговорности из радног односа уређују се и колективним уговором и уговором о раду, а правилником о раду, односно уговором о раду - само када је то истим законом одређено. Одредбом члана 107 став 3 Закона о раду прописано је да се општим актом уређују елементи за обрачун и исплату основне зараде и зараде по основу радног учинка из става 1 и 2 истог члана.

Стога је за могућност уређења радног учинка одговарајућим општим актом од посебног значаја одлука Уставног суда IУо-364/2013 од 24.11.2016. године. Наиме у истој одлуци Уставни суд оцењујући основаност иницијативе за оцену сагласности са законом Правилника о процени радног учинка запослених у продајној мрежи од 25.01.2013. године који је донео директор привредног друштва из Београда полазећи од одредби члана 1 став 2 и члана 8 став 1 Закона о раду налази да: "Полазећи од наведеног законског оквира, Уставни суд оцењује да, у конкретном случају, послодавац није имао законско овлашћење да питања која се односе на дефинисање радног учинка запослених, процену радног учинка и стицање права на увећање основне зараде по основу оствареног радног учинка, односно санкционисање радног учинка умањењем основне зараде и чак покретањем поступка који у крајњем води отказу уговора о раду, с што су сва питања из корпуса права, обавеза и одговорности из радног односа, уреди било којим другим општим правним актом, осим правилником о раду (и то под условима да нису испуњени Законом о раду прописани услови за закључење колективног уговора." Анализом одредаба оспореног Правилника Уставни суд закључује "да се на начин како је то нормирано Правилником не обезбеђује законска гаранција да ће сви запослени на истим пословима и за исти рад, односно за рад исте(укупне) вредности имати једнаку зараду, будући да њихова зарада заправо зависи од тога да ли су успели да продају одређену количину тачно одређене робе. Према схватању суда, основна зарада запосленог продавца уопште не би могла да зависи од оствареног промета на продајном месту на коме ради, а посебно основна зарада не може зависити од врсте робе коју је током месеца продао, будући да Закон о раду основну зараду не условљава радним учинком, пошто је зарада за радни учинак према одредби члана 106 закона, посебан део зараде, као што, сагласно истој законској одредби, увећана зарада није део зараде за радни учинак, већ је посебан вид зараде. Полазећи од наведеног Суд оцењује да оспорене одредбе Правилника начелно доводе у питање законско право запосленог на основну зараду, с обзиром да неостваривањем "продајних норматива" има за последицу умањење основне зараде, из чега следи да доносилац оспореног акта није ни предвидео ситуацију у којој запослени остварује основну зараду. "Надаље Уставни суд закључује да се оспореним одредбама Правилника доводи у питање остваривање права запосленог на зараду у свим елементима које Закон о раду прописује, будући да оспорени акт не пружа извесност, предвидљивост и унапред познате

све елементе од којих зависи месечна зарада запосленог, било да се ради о њеном увећању, било о умањењу, а која мора бити конкретно одређена уговором о раду који је запослени закључио са послодавцем.", налазећи да оспорени Правилник, ни са формалног, нити са материјалног становишта, није у сагласности са законом.

Иста одлука од посебног је значаја не само с обзиром на могућност уређења радног учинка запослених, него и у односу на примену одредбе члана 1 Закона о раду којом је прописано да се права и обавезе запослених првенствено уређују колективним уговором и уговором о раду а само изузетно према условима прописаним Законом о раду, Правилником о раду, односно уговором о раду - само ако је то истим законом одређено.

У односу на јавни сектор од значаја је и одлука Уставног суда број IУо-61/2017 од 24.05.2018. године у којој суд оцењујући однос одредби Закона о раду према посебном закону уз цитирање меродавних одредби Закона о раду налази да "Из наведеног законског оквира произилази да се на права, обавезе и одговорности здравствених радника и здравствених сарадника примењују општи прописи о раду, дакле, пре свега закон о раду, осим у погледу оних права, обавеза и одговорности које су Законом о здравственој заштити посебно уређене, када се примењују одредбе тог закона." Констатујући да је у односу на специјализацију као облик стручног усавршавања уређена Законом о здравственој заштити, с тим што је министар здравља овлашћен да уреди, између осталог, трајање и садржину специјализације, програме обављања специјализације, начин обављања специјалистичког стажа и начин признања временаведеног на рада као дела специјалистичког стажа.

Због ограниченог простора и природе овог чланака није могуће навести све одредбе посебних колективних уговора које у односу на Закон о раду утврђују већи обим права запосленим, те се само као пример наводе одредбе Посебног колективног уговора за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије којима је односу на Закон о раду уговорено да запослени имају право на увећану зараду по основу: рада на дан државног празника за најмање 120% од основице (110%); за рад ноћу – најмање 30% од основице (26%); минули рад – 0,5% (0,4%), с тим да се општим актом код послодавца могу утврдити и већи износи, изражени у процентима, увећања зараде. Уговорена је могућност исплате 13 плате по основу доприноса пословном успеху

послодавца, која не може да буде виша од 100% новембарске зараде код послодавца, као и добит у износу до 10% нето добити по годишњем обрачуна, при чему се учешће сваког запосленог у добити утврђује на основу учешћа његове годишње зараде у укупној годишњој маси зарада. Колективним уговором регулисано је право на накнаду зараде у висини најмање 65% основице за време прекида рада до кога је дошло наредбом надлежног државног органа или наредбом надлежног органа послодавца, као и за време прекида рада до кога је дошло без кривице запосленог. (Законом 60%). Код накнаде трошкова, иста је уговорена, у висини од 3% дневно, од просечне месечне зараде по запосленом у привреди Републике, накнада трошкова смештаја и исхране за време рада и боравка на терену (теренски додатак). Накнада трошкова за исхрану у току рада (топли оброк) уговорена је у висини од најмање 20% минималне зараде (за 174 часа) утврђене на месечном нивоу за пун фонд часова, увећане за припадајуће порезе и доприносе. Регрес за коришћење годишњег одмора уговорен је најмање у висини минималне зараде, а исплаћује се једнократно или у месечним износима, најкасније до 31.12. текуће године. Код других примања послодавац је дужан запосленом да исплати отпремнину за одлазак у пензију најмање у висини његове три просечне зараде; накнаду трошкова погребних услуга члановима уже породице (брачни друг и деца) у случају смрти запосленог или запосленом у случају смрти члана уже породице у висини реалних трошкова погребних услуга; јубиларну награду најмање у висини 50% просечне зараде код послодавца у месецу који претходи исплати; поклон деци запослених за Нову годину или Божић старости до 15 година. Наведена регулатива јасно указује да је кроз исту у односу на запослене на које се исти уговор примењује искориштена могућност из члана 8 став 2 Закона о раду о утврђењу већих права и повољнијих услова рада од права и услова утврђених законом.

Закључак

Због значаја аутономне регулативе путем колективног преговарања за остваривање уједначених права запослених у односу на послодавце у свим областима друштвеног живота уз уважавање специфичности појединих делатности или положаја послодаваца у односу на запослене, а ценећи и међународне обавезе које националном законодавству намећу међународни уговори, посебно у процесу усаглашавања радног права у односу на право ЕУ у процесу придруживања Републике Србије, однос

закона и аутономне регулативе добија посебно на значају. При томе треба јасно правити разлику између различитих режима радних односа запослених посебно у јавном сектору и у односу на запослене у јавним предузећима у односу на општи режим радних односа који је уређен Законом о раду као системским законом чија примена је у односу на посебне законе супсидијарна. Несумњиво да пажљивија анализа како одредби посебних колективних уговора, тако и одговарајуће регулативе садржане у бројним законима недвосмислено упућује на потребу хармонизације радног права и утврђења минималних права запослених којих се запослени не могу одрећи и која на могу бити предмет другачије регулативе послодаваца, било у поступку колективног преговарања или кроз регулативу садржану у уговору о раду, односно једностраном акту послодавца. Изостанак општег колективног уговора којим би се на националном нивоу утврдио минимум права запослених доприноси неуједначеном положају запослених и не осигурава остварење законом гарантованих права запослених у односу на послодавце чији је положај према запосленима привилегован.

Напомене:

- 1) Одлука Уставног суда РС бр. IУз-252/2002 од 26.12.2013.г.- (Службени гласник РС бр. 65/2014 од 27.06.2014. године).
- 2) Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода коју је Србија ратификовала 2003. године (Службени лист СЦГ-Међународни уговори бр.9/20013).
- 3) види пресуду Милојевић и други против Србије-представке 43159/07, 43524/07 и 45247/07-пресуда од 12.01.2016.г. став 62-69-сајт ВКС
- 4) Измене и допуне Закона о раду (Службени гласник РС бр. 74/2014)-ступиле на снагу почев од 29.07.2014. године.-види члана 123 Закона о раду.
- 5) Зоран М. Ивошевић-Коментар Закона о раду, Службени гласник-Београд 2017.страна 523-526.,
- 6) Закон о раду (Службени гласник РС бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14).
- 7) Закон о државним службеницима (Службени гласник РС бр. 70/2005....94/2017), Закон о платама државних службеника и намештеника (Службени гласник РС бр. 62/2006....99/2014), Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе (Службени гласник РС бр. 21/2016 и 113/2017) Закон о платама службеника и намештеника у органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе (Службени гласник РС бр. 113/2017), Закон о запосленима у јавним службама (Службени гласник РС бр. 113/2017), Закон о систему плата запослених у јавном сектору (Службени гласник РС бр.18/2016, 108/2016 и 113/2017).
- 8) види сајт Народне скупштине РС

- 9) Одлука Уж-4590/13 од 17.11.2016 године-предмет оцене уставно судске контроле била је пресуда ВКС Рев2.872/2012 од 05.12.2012. године.
- 10) види члана 64 КУ ЈП "Службени гласник" РС-(Службени гласник РС бр. 77/2015 од 25.08.2017. године) и члан 97 КУ ЈП "Пошта Србије"- (Службени гласник РС бр. 2/2018 од 28.01.2018. год.)
- 11) све одлуке се налазе на сајту Уставног суда-због могуће фрагментарности нужно је видети одлуке у целости.
- 12) види одлуку Уставног суда Уж-4934/2010 од 14.11.2013. године-сајт истог суда.
- 13) Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад бр. 011-00-607/2014-02 од 16.10.2014. године-(Билтен бр. 1/2015, страна 71).
- 14) види одлуке Уставног суда нпр. број: Уж-1932/2010 од 11.11.2010. године, Уж.1501/2009 од 10.05.2012. године, Уж-3597/2011 од 03.07.2014 године, Уж-1516/2009 од 22.06.2010. године и Уж-2128/2011 од 25.09.2014. године-сајт истог суда.
- 15) Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад бр. 011-00-607/2014-02 од 16.10.2014- године- (Билтен бр. 1/2015, страна 58).

Надежда Видић,
судија Апелационог суда у Крагујевцу

ПОЈЕДИНА СПОРНА ПИТАЊА У ПРИМЕНИ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

Уводни део

За имплементацију сваког новог закона потребно је време како би нови институти заживели, па и за Закон о парничном поступку (ЗПП "Службени гласник РС" број 72/2011, 49/2013-одлука Уставног суда, 74/2013-одлука Уставног суда, 55/2014), који је веома често мењан у кратком временском периоду. Посебни проблеми у примени овог закона настали су увођењем правила о терету доказивања и напуштањем начела материјалне истине коју није пратило адекватно и интензивно усавршавање свих судија који овај закон примењују и припремање пуномоћника адвоката и других учесника у поступку за овакву системску измену, како би се сви лакше и брже прилагодили новој ситуацији. Закон о парничном поступку прилагођен је постизању циља суђења у разумном року, па је потребна посебна вештина да се доследно примени а у исто време испоштује принцип правичног суђења у свим његовим сегментима и обезбеди владавина права **и то је основно спorno питање у примени овог закона.**

Међутим, поједине одредбе овог закона не примењује се увек доследно без посебног разлога, на пример у делу који се односи на претходно испитивање тужбе, (уредности, благовремености и оцено правног интереса за подношења тужбе), већ се то често чини у одмаклој фази поступка када већ настану трошкови за странке и буде изгубљено драгоцено време, што даље продукује друге предмете у вези са заштитом права на суђење у разумном року, а са тим у вези и трошкове на терет буџета Републике Србије.

Насупрот томе, поједине одредбе овог закона, ради убрзања поступка решавања предмета, нарочито старих и програмских, не примењују се у складу са принципом правичног суђења што утиче касније на квалитет одлуке која по правним лековима буде укинута чиме се даље

губи време због поновног суђења у првостепеном поступку, а уколико је одлука већ била укидана то захтева додатно време у жалбеном поступку због отварања расправе пред другостепеним судом уколико утврђено чињенично стање не даје основ за преиначење одлуке, па се доводи у питање и наведени основни циљ овог закона.

Жалбени суд, уколико отвара главну расправу, суочава се и са другом врстом проблема због тога што је његова одлука најчешће коначна, а не може увек бити у складу са успостављеним принципом владавине права и права на правично суђење које подразумева закониту, правичну и аргументовану одлуку у складу са стандардима поштовања основних људских права, због немогућности другостепеног суда да приликом разматрања правних лекова без отварања главне расправе, другачије оцени изведене материјалне доказе, али и због законом наметнутих ограничења другостепеног суда услед којих није увек могуће донети квалитетну одлуку која гарантује поштовање принципа правичног суђења.

Узрок проблема у примени ЗПП веома често је и у недоследној примени или непримењивању јасних одредби ЗПП које су у складу са правом на правично суђење али и због ригидног тумачења појединих одредби овог закона на штету права на правично суђење и владавине права, дакле уз повреду основних људских права, а најчешће због тога да би одлука била донета у оквиру разумног рока.

Концепција Закона о парничном поступку усмерена је на постизање циља суђења у разумном року, али у појединим својим одредбама овај закон није у складу са правом странака на правично суђење задовољењем стандарда квалитетне и правичне одлуке. Право на правично суђење је шири појам и не подразумева само право странке да се о њеном захтеву одлучи у кратком року, већ и право на квалитетан поступак који ће резултирати аргументованом и правичном одлуком, па би судије требале овај проблем у примени ЗППа да превазиђу непосредном применом одредби Устава Републике Србије и Конвенције о заштити људских права и основних слобода како би били задовољени и други критеријуми права на правично суђење.

Необазривост судија првог степена и судија виших инстанци у примени Закона о парничном поступку може довести до повреде права странака на правично суђење што је често и у корелацији са њиховим правом на мирно уживање имовине, јер кршење наведених права у поступку изазива и

увећање њихових издатака за трошкове поступка, који коначно падају на терет једне или друге стране, без обзира шта је проузроковало непримерено дуго трајање поступка или некавалитетну одлуку и без обзира што су већ платили судске таксе које, према својој висини, оправдавају очекивање странке да се њен проблем реши не само брзо већ и квалитетно.

Анализа појединих спорних правних питања у примени ЗПП
- Припремно рочиште, преклузија доказа
и временски оквир -

Законом о парничном поступку ("Службени гласник РС" бр. 72/11, 49/13, 74/13 и 55/14), извршене су значајне промене у односу на раније одредбе закона који су регулисали овај поступак, најпре у циљу ефикасности и убрзања поступка, па су прописани јасни законски рокови услед чијег непоштовања наступају преклузије за странку, односно губитак права на предузимање парничних радњи (уз могућност подношења предлога за враћање у пређашње стање). Странке углавном настоје да ове рокове не пропусти, али ни странке ни судови нису увек у прилици да доследно испоштују рокове који се односе на њих.

Одређивање временског оквира за окончање поступка у смислу члана 10. став 2. ЗПП подразумева јасно разрађен план тока поступка а тиме и обавезу суда да проучи предмет пре него што поступак отпочне. Како се овај оквир дефинише у споразуму са странкама то подразумева да ни странке и њихови пуномоћници неће у поступак кренути без припремљене концепције и доказа, посебно када се има у виду њихова обавеза да на припремном или на првом рочишту за главну расправу ако припремно рочиште није одржано, обавезно изнесу све чињенице које треба утврдити током поступка, да предложи доказе и изјасне се о доказима супротне стране а суд има обавезу да на припремном рочишту или на првом рочишту за главну расправу, ако се припремно рочиште не одржава, одлучи које ће доказе да изведе на главној расправи, рочишта на којима ће се ти докази изводити и рокови за предузимање других парничних радњи и која правна питања треба расправити.

Међутим, институт временског оквира, иако га је законодавац добро осмислио, није заживео у пракси у пуном капацитету. Често се своди на одређивање укупног времена трајања поступка, па се и то време прекорачи.

Дакле, ове коректне норме нису могле брзо да заживе због диспаритета жељеног и могућег и изазвале су низ спорних правних питања. Имплементација ових одредби захтева обучене и искусне судије, добре услове рада, правилну оптерећеност суда и судија, али и обучене и искусне пуномоћнике, правилно формулисане тужбене захтеве, прилагођено понашање странака у поступку које су спремне да предвиде развој поступка и схвате значаја овог института. Ово посебно када се има у виду да је временски оквир потребно одредити не само на почетку парничног поступка већ и касније, након преиначења тужбе (члан 199. став 7. ЗПП), након укидања пресуде (члан 398. став 1. ЗПП) пред другостепеним судом уколико отвори главну расправу (члан 383. став 5. ЗПП), у поступку по предлогу за понављање поступка (члан 431. став 2. ЗПП).

Како ове норме нису заживеле у пуном капацитету, па ни под претњом дисциплинске одговорности судија, јасно је да се мора успоставити склад између задатог циља и реалних могућности уз сагледавање свеукупних материјалних и кадровских ресурса којима располаже правосуђе, укључујући и адвокатуру као део правосуђа, али и правничког потенцијала грађана који се обраћају суду, уз уважавање чињенице да сви учесници у поступку нису савршени стратегији за планирање тока парничног поступка и прилагођени новим принципима суђења које је оптерећено и превеликим бројем задатих рокова.

Грађанима треба обезбедити образовање о правосудном систему како би прилагодили своје грађанскоправне односе и унапред обезбедили доказе за случај спора пред судом. У супротном, уколико би се инсистирало на брзој или савршеној примени ове норме иако нису обезбеђени сви услови за њену имплементацију ризиковали би да повредимо друга основна људских права у корист само једног права - на суђењу у разумном року. Поставља се питање да ли судија који је задужен са 200 а често и више предмета може одговорити на ове захтеве и да ли је доношењу ове норме претходила анализа услова рада и оптерећеност сваког појединог суда и судије и припрема судија и других учесника у поступку кроз образовање и обуку или се то чини накнадно и селективно.

Закон према својој садржини и у примени не треба да одвраћа грађана да затраже судску заштиту нити би судски поступак требало посматрати као "суђење ради суђења" током којег би судија углавном био само неми посматрач који ће на крају "оценити изведене доказе" у чијем изво-

ђењу није могао довољно активно да учествује и простом рачуницом утврдити чињенично стање у које ни сам не верује и исписати одлуку без ваљане и прихватљиве аргументација а странке бити незадовољне судом као органом власти који он види испред себе.

Припремно рочиште или прво рочиште за главну расправу уколико се припремно не одржава, треба да буде у функцији свестране и темељне припреме главне расправе. На том рочишту суд би требало да разграничи спорне и неспорне чињенице, усвоји доказне предлоге за утврђивање спорних чињеница и расправи спорна правна питања, како би се трасирао пут за суђење у разумном року али не и на штету свеукупног права на правично суђење.

Међутим, ригидном применом одредбе ЗПП које се односе на припремно рочиште или прво рочиште за главну расправу, странкама може бити ускраћена квалитетна, аргументована, законита и правична одлука, на пример у неретким ситуацијама, када првостепени суд без ваљане процене, решењем против кога није дозвољена жалба, одбије предлог за извођење предложених доказа.

Такође, прописана преклузија за предлагање доказа након припремног рочишта или рочишта за главну расправу, погрешном применом може довести у питање примену правила о терету доказивања. Ово због тога што ни суд ни странке не могу увек да процене у ком правцу ће ићи доказни поступак и када ће на коју странку да пређе терет доказивања. Наиме, приликом подношења тужбе тужилац предлаже доказе који потврђују наводе у тужби, а тужени доказе којима се ти наводи оспоравају, али се примена правила о терету доказивања ту не завршава, јер, ако ништа друго, не можемо унапред знати какав ће исказ дати предложени сведок и да ли ће се током поступка ипак појавити потреба да друга страна предложи неки други доказ који може дискредитовати доказ супротне стране.

Претерани формализам и инсистирање на примени правила о преклузији доказа може искључити примену других начела Закона о парничном поступку и то право странке на закониту, једнаку и правичну заштиту својих права (члан 2), расправно начело (члан 4. став 1) и није увек у складу са другим сегментима права на правично суђење. Због тога, у примени члана 314. став 1. ЗПП, ради правилне примене правила о терету доказивања, суд не треба странкама да припише кривицу неблаговременог предлагања доказа којима настоје да дискредитују доказе друге стране чију

доказну снагу нису могле предвидети. Суд треба о преклузији доказа да одлучи зависно од тога да ли је током доказног поступка настала потреба супротне стране за предлагањем противдоказа. Ово је посебно значајно у ситуацији када једна од странака током поступка приложи нови доказ који суд прихвати уз оцену да га није могао, без своје кривице, изнети раније, чиме се не може ускратити другој страни право да предложи противдоказ иако га није приложио на припремном рочишту, дакле у случају када спорне ситуације настану након одржаног припремног рочишта или првог рочишта за главну расправу, уколико припремно није одржано.

Већина судија у свом поступању, како је уочено у пракси, поштује правило о преклузији доказа, али су уочене и ситуације неправилне примене овог института непрописним ускраћивањем странкама да током поступка предложе нове доказе само због тога што их нису предложили на припремном рочишту, претерано уским тумачењем шта је то нови доказ, док мањи број судија, на штету правила о суђењу у разумном року, прешироко тумачи ове одредбе. Међутим, свеукупно гледано судови решавају огроман број предмета (само у претходној 2017. години решили су око 3.000.000 предмета), па им се не може ставити на терет да не остварују циљ суђења у разумном року у складу са овим законом и без обзира на наведене проблеме у примени појединих норми.

(Не)преклудираност за одбачај тужбе

Чињеница је да судови често пропусте да у току претходног испитивања тужбе оцене благовременост или дозвољеност тужбе, недостатак правног интереса за покретање парничног поступка и друге процесне сметње за вођење поступка и тужбу одбаце применом члан 294. ЗПП ако те сметње постоје. Али када је већ тако, па у некој фази поступка ипак уоче те недостатке, и поред одредбе члана 306. став 2. ЗПП којом је прописано да одлуку о приговорима о процесним сметњама суд може да донесе заједно са одлуком о главној ствари, у пракси судова је спорно да ли тужбу треба одбацити или одбити тужбени захтев. Иако није у складу са принципима владавине права да суд тужбени захтев одбије, уместо да тужбу одбаци како је прописано, јер су последице различите, судије се углавном одлучују да тужбени захтев одбију.

Одлучивање у раној фази поступка о процесним сметњама за вођење парнице у складу је са чланом 10. став 2. ЗПП и правом странака

на ефикасно поступање суда, а одлучивање о томе тек на крају првостепеног или чак током другостепеног поступка, када су странкама проузроковани велики трошкови због непотребног извођења доказа и одлагања рочишта, на штету је њихове имовине и права на ефикасан поступак. Због тога, одлука суда о процесним сметњама у раној фази поступка треба да буде правило док одредбу члана 306. ЗПП треба примењивати изузетно, али и тада треба одбацити тужбу уколико постоје наведене процесне сметње.

Достављање

Законодавац је проширио круг субјеката преко којих се може вршити достављање (члан 128. став 1. ЗПП) али је успешност дискутабилна, тако да је достављање и даље један од озбиљних извора спорних правних питања али и неефикасности у парничном поступку. Судови и грађани се и даље највише ослањају на ЈП "Поште Србије" на коју су пренета јавна овлашћења у вези са достављањем у судским и управним поступцима као резервисаним пошиљкама а Законом о поштанским услугама ("Службени гласник РС" бр. 18/05, 30/10 и 62/14) и Правилником о општим условима за обављање поштанских услуга детаљно је регулисан начин достављања ових пошиљки. Међутим, те одредбе се не спроводе доследно јер је изостала имплементација закона, посебно обука достављача, па се непотребно трага за алтернативним начином достављања и инсистира на тзв. претпоставци уредног достављања прибијањем на огласну таблу суда и у ситуацији када нисмо сигурни да је достављач добро обавио свој посао, дакле, уз ризик ускраћивања права странкама да расправљају пред судом и наметањем обавезе да оне доказују пропусте достављача а из праксе је познато колико таквих пропуста има.

Странкама би се морало поуздано обезбедити макар упознавање са иницијалним актом, а након што тужени буде упознат да је покренут парнични поступак против њега може сносити последице уколико суд не обавести о промени адресе али не може сносити последице уколико нпр. достављач доставу врши само у време када је странка на послу или одсутна из места пребивалишта из других разлога, уколико не испоштује специјалну процедуру достављања за судске и управне пошиљке. То значи да се мора успоставити баланс између потребе ефикасног вођења поступка и права странке на правично суђење али и слободу кретања.

Било би корисно, након што странка прими иницијални акт, на припремном рочишту расправити питање начина достављања у даљем току поступка тако што ће суд упознати странке са правима и обавезама у вези пријема пошиљки током поступка, па и о праву да, у складу са Законом о поштанским услугама, може издати пуномоћје неком лицу за пријем пошиљки током поступка или дела поступка уколико намерава да одсуствује са дате адресе.

Главна расправа

Главна расправа је пре напуштања начела материјалне истине и новелираних одредби о припремном рочишту била централни стадијум парничног поступка, али и према садашњој регулативи представља важан стадијум током којег се изводе докази. Регулисана је бројним законским одредбама којима се усмерава ток доказног поступка и прописују последице неактивности странака ради ефикасности поступка као што је последица изостанка са главне расправе. Међутим, у пракси су уочене ситуације игнорисања аргументованих захтева странака за одлагање рочишта, поткрепљених доказима, на пример медицинском документацијом, па се догађало да суд у таквој ситуацији одбије и предлог за враћање у пређашње стање, што никако није у складу са правом странака на правично суђење нити са принципом владавине права, јер би странка могла изгубити спор без своје кривице, а у неким ситуацијама могла би коначно изгубити и права.

Поштовањем судских рокова током главне расправе одређених у временском оквиру, суд треба да испуни своју законску обавезу и остварује важан циљ постизања концентрације доказа и све је мањи број судија који о томе не воде рачуна, па се може констатовати да је углавном напуштена ранија пракса одлагање рочишта без ваљаног разлога и на дужи временски период. Такође су све ређе ситуације одлагања због спречености адвоката да присуствује рочиштима, јер га може заменити други адвокат уз пренос пуномоћника или адвокатски приправник, али је дискутабилно да ли се то може чинити и у ситуацији када је адвокат уредно обавестио суд о коришћењу годишњег одмора, посебно у време судских ферија, или у случају болести или других изненадних догађаја због којих адвокат није могао пренети пуномоћје на другог адвоката, а у пракси срећемо и игнорисање таквих разлога.

Прописана обавеза странака да поднеске достављају искључиво пре рочишта и то најкасније 15 дана пре његовог одржавања (члан 98. став 5. ЗПП) доприноси ефикасности и квалитету поступка, али је нужно уважити изузетке нпр. уколико прекорачење рока није настало из објективних разлога и настале спорне ситуације у вези са поднеском друге стране, предложеним новим доказом и сл. Међутим, уколико је због тога нужно одлагање рочишта, суд би морао одредити време и место одржавања наредног уз одређивање новог временског оквира. Уочено је кроз праксу да судови углавном тако и поступају.

Закон о парничном поступку налаже обавезу суду да странке подстичу на медијацију (чл. 11, 305. став 3, 340. и 341. ЗПП), па уколико странке то прихвате суд може да застане са поступком и странке упутити на медијацију али ће да закаже рочиште за главну расправу уколико странке не реше спор на тај начин, по протеку рока од 30 дана од дана када странка обавести суд да је одустала од медијације. Према Закону о посредовању ("Службени гласник РС" број 55/2014) странке могу покренути поступак посредовања пре или након покретања судског поступка. Уколико је судски поступак покренут, а странке реше спор путем посредовања, закон даје могућност бенефита кроз ослобађање плаћања судских и административних такси. Спорно је у пракси на који начин и у којој мери судови могу, да се залажу за решење спора посредовањем.

Медијација није заживела у очекиваном капацитету и поред више покушаја законодавне власти, најпре због необавештености грађана о томе зашто је овај поступак за њих бољи од судског спора. Странке које имају спор око неког права, треба пре покретања поступка тужбом пред судом да буду довољно информисане о могућностима посредовања посебно о томе колико је и зашто тај поступак за њих повољнији у економском и сваком другом погледу, па би тиме требало углавном да се баве посебно обучени и припремљени посредници, администрација институције која је задужена да организује систем посредовања, јер то захтева посебне вештине које обуком нису стекле све судије. Поред тога, грађани који имају спор упуте суда и судија на поступак медијације обично схватају као настојање судија да на други начин реше предмет и често имају резерву да ће чињенице које изнесу пред посредником ипак некако доспети до судије који је поступао или ће у случају неуспеха медијације поступати у његовом предмету. Не може се очекивати значајан допринос медијацији

од стране судије који поступа у парничном поступку чија се улога углавном завршава поуком странкама о законским могућностима медијације, па би требало размишљати да се у ситуацији када је спор већ покренут, подстицањем посредовања у суду баве специјализоване судије у припремном одељењу које ће странкама предочити значај и могућности посредовања, па тек уколико странке у било којој фази поступка покажу интересовање, било би корисно дати им детаљније информације зависно од захтева из иницијалног акта, јер је основно правило посредовања да не треба убеђивати странке које не показују никакво интересовање или су искључиве у својим захтевима и тврдњама. За грађане који још увек нису покренули парнични поступак ради решавања спора значајно је да буду упознати где се тачно и непосредно могу информисати о предностима медијације, под којим условима могу приступити том поступку и да ли је и због чега погоднија за њих од парничног поступка. У таквим случајевима где странке показују интересовање пре подношења тужбе, улога суда, свела би се на обавештавање о томе како се и пред ким тај поступак започиње, какве су његове предности и како се окончава (члан 9. став 2. Закона о посредовању у решавању спорова).

Институт посредовања требало би углавном да промовишу институције задужене за организацију тог система уз учешће суда у делу који није некомпатибилан судском поступку, али би све судије требало да узму учешће у стицању вештина посредовања јер то може бити од велике помоћи за постизање споразумног решавања спора у току судског поступка, судским или вансудским поравнањем.

Међутим, у пракси би могла бити спорна примена члан 26. став 5. Закона о посредовању у решавању спорова којим је прописано да чињенична питања обухваћена сагласношћу воља страна у поступку ће се сматрати неспорним у судском или другом поступку. Према садржини ове норме, уколико су у поступку посредовања чињенична питања разрешена, суд би требало да доноси одлуку решавајући само правно питање, па ћемо тако добити комбинацију вансудске и судске одлуке, која ће на крају ипак бити судска без гаранција њеног квалитета јер суд може имати проблем да примени материјално право на чињенично стање у чијем утврђивању је учествовала друга институција, без обзира што је неспорно, али ће пракса у имплементацији овог закона, с обзиром да није значајно заживела, дати коначне одговоре.

Настављање прекинутог поступка

Спорна питања настају и у ситуацији када је потребно одлучити о настављању прекинутог парничног поступка. Запажено је у пракси да судови често одлуче да се поступак настави без претходне оцене да ли су лица која траже наставак за то легитимисана у том тренутку и да ли ће уопште бити легитимисана да истакну тај захтев а (посебно када се ради о наследницима), и у односу на кога га наставити (нпр. у случају када оставински поступак није спроведен, није расправљено неко претходно питање као што је важност тестаментa или уговора о доживотном издржавању и сл). Посебно је проблематично како испоштовати одредбу ЗПП којом је прописано да суд одлучује у границама истакнутог тужбеног захтева када правни следбеници раније странке у поступку траже наставак поступка а не уредe тужбу у складу са новонасталом ситуацијом, на пример тако што ће уместо својинских удела у стицању тражити утврђење састава заоставштине правног претходника. У пракси су судови ово спорно питање разрешили ширим тумачењем одредбе Закона о парничном поступку о везаности суда тужбеним захтевом, тако што захтев за утврђење права својине или сусвојине сматрају захтевом за утврђење састава заоставштине.

Када су у питању правна лица над којима је покренут поступак стечаја, а затечене су парнице пред редовним судом, проблеми настају због оцене када су се стекли услови за наставак поступка према фази у којој се налази стечајни поступак и у односу на који део тужбеног захтева се поступак може наставити, с обзиром да се у стечајном поступку оспорава или утврђује потраживање а у затеченим парницама по којима је поступак прекинут садржан је обавезујући тужбени захтев. Даље следе проблеми када судови по захтеву странке углавном наставе поступак у односу на цео тужбени захтев о коме и одлуче, најчешће у жалбеном поступку уколико је већ била изјављена жалба пре покретања стечајног поступка, тако да пресуда садржи и обавезујући део иако се у стечајном поступку само утврђује потраживање, па странка добије правноснажну пресуду на основу које може тражити директно извршење обавезе од стечајног дужника или стечајне масе ван прописаног редоследа намирења.

Приликом одлучивања о предлогу за наставак поступка судови би требало да разреше сва наведена спорна питања како би правилно оценили да ли су се уопште стекли услови за наставак, ко треба да се нађе у улози парничне странке а понекад је нужно оценити и на којој страни-

тужиоца или туженог. У пракси судова срећемо одлуке којима се дозвољава наставак поступка иако се за то нису стекли услови, па даље настаје проблем око процесне улоге странака у поступку. Најчешће се прекинути поступак наставља и када се за то нису стекли услови под притиском захтева за суђење у разумном року, јер се предмети у којима је поступак прекинут не сматрају коначним решеним, односно веома често се стављају на терет суду и судијама као нерешен програмски предмет.

Извођење доказа

С обзиром да је акценат законодавца на примену правила о терету доказивања, **појављује се као спорно правно питање улога судија у поступку извођења доказа.** Према одредби чл. 313 ЗПП судија треба да се постављањем питања стара да се у току расправе пружи потребна објашњења да би се утврдиле чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева. У пракси је честа појава вођења и окончања поступка без активног учешћа судије због претерано формалистичког приступа примени правила о терету доказивања без сагледавања сваке конкретне ситуације током поступка ради процене када је тај терет прешао на другу страну, што приликом доношења одлуке представља проблем за правилну примену материјалног права јер је за то потребно и правилно утврђено чињенично стање како правилном оценом изведених доказа тако и правилном применом правила о терету доказивања, што све није могуће без активне улоге суда приликом извођења доказа саслушањем странака и сведока, увиђаја, разматрања предложених писаних доказа и вештачења. Због тога се и намеће јасан одговор како ово спорно питање треба разрешити.

Последице неактивности суда најбоље се виде на примеру извођења доказа вештачењем. Углавном се срећемо са кратким задатком судије вештаку да "према правилима струке сачини налаз и мишљење о основу и висини тужбеног захтева" ако се ради о новчаном потраживању, а задаци вештаку и у споровима по другом правном основу нису много садржајнији. Веома често срећемо у пракси да је суд одредио задатак вештаку а да претходно није расправио спорна правна питања, па када вештак сачини налаз и мишљење према свом схватању спорног правног питања, тада је или касно да га судија разреши другачије или се поступак враћа на почетак. (Овај проблем ипак не треба мешати са потребом да се вештак приликом израде налаза и мишљења користи правним нормама или стандардима који се односе на његово поље рада и струку). Одредбама ЗПП о

вештачењу није искључена активна улога суда, већ је напротив чланом 269. прописано да суд одређује вештачење посебним решењем којим одређује предмет спора и предмет вештачења.

Спорна питања у примени ЗПП и квалитет судских одлука

Законодавац је јасно прописао шта судска одлука треба да садржи, али у пракси, као последица неактивног учешћа суда у појединим стадијумима поступка, суд није у могућности да одговори на захтев ове норме и изради квалитетну одлуку. Како је у пракси спорно и правно питање улоге судије у поступку, судије које сматрају да је због примене правила о терету доказивања њихова улога минорна, налазе се пред проблемом да приликом израде мериторне одлуке из чињеничне грађе раздвоје битно од небитног за решење конкретног спора, оцене који су докази релевантни, правилно оцене изведене доказе, примене правила о терету доказивања и том методом утврде чињенично стање на које треба да правилно примене материјално право и изведу чињеничноправни закључак. Тако због неактивне улоге у појединим стадијумима поступка, наметнутог убрзања поступка и неквалитетно спроведеног поступка судија се по његовом окончању сусреће са проблемом израде аргументоване одлуке.

Пропусти у поступку, посебно приликом извођења доказа, коначно дођу на наплату када треба израдити одлуку, која треба да садржи све оно што налажу стандарди правичног суђења и законодавац, иако нам је претходно у поступку ограничио могућности прикупљања чињеничне грађе која је потребна за квалитетну одлуку. Због тога у пракси све чешће срећемо одлуке у којима су преписани, а у складу са могућностима савремене технологије и "пресликане" садржине изведених доказа, посебно искази сведока и странака само уз навођење садржине тих исказа, веома често и без икакве конкретне оцене доказа, уз ослањање на фразе "суд је овом сведоку поклатио веру јер је оставио утисак да говори истину.....", чиме се доводи у питање и правилна примена одредбе ЗПП о слободном судијском уверењу јер своје уверење суд треба да јасно образложи а не да се испомаже уобичајеним фразама и тако овај значајан институт обесмисли.

Поступак по жалби

Закон о парничном поступку прописује забрану да након другог укидања првостепене пресуде предмет буде враћен првостепеном суду на

поновно суђење, осим у ситуацији прекорачења тужбеног захтева, што је у складу са захтевом за суђење у разумном року и не доводи у питање друге сегменте права на правично суђење. Међутим, проблем може настати у поступку пред другостепеним судом у ситуацији када је нужно да отвори расправу и донесе мериторну одлуку након спроведеног поступка ограниченог капацитета (чл. 383-385. ЗПП) због чега је понекад тешко отклонити све пропусте првостепеног суда из поступка који је он спровео, па је спорно правно питање да ли другостепени суд треба да поступак спроведе у складу и са другим захтевима права на правично суђење, како би донео квалитетну одлуку, водећи рачуна да не доведе у питање ефикасност поступка.

Законом о парничном поступку ограничена је могућност другостепеног суда да првостепену одлуку укине и тужбу одбаци. Иако је та могућност предвиђена чланом 387. тачка 4. ЗПП којим је прописано да другостепени суд може да укине првостепену пресуду и одбаци тужбу, према одредби члана 391. став 2. истог закона практично може да одбаци тужбу само у ситуацији када је учињена битна повреда поступка из члана 374. став 2. тачка 2 (ако је одлучено у захтеву који не спада у судску надлежност) или је суд одбио да одлучује о захтеву за који је надлежан, из тачке 3 (ако је одлучено о захтеву по тужби која је подигнута после рока прописана законом), из тачке 5 (ако је противно одредбама овог закона суд засновао своју одлуку на недозвољеним располагањима странака) и тачке 10 (ако је одлучено о захтеву о ком је раније правноснажно пресуђено или у коме је раније закључено судско поравнање). Дакле, није предвиђена могућност да другостепени суд одбаци тужбу као неуредну или због недостатка правног интереса, па је спорно како одлучити у тој ситуацији. Део судске праксе стоји на становишту да и у овом случају суд може да укине првостепену пресуду и тужбу одбаци јер би одбијање тужбеног захтева било на штету права на правично суђење.

Изузетна ревизија

Интенција законодавца приликом увођења института изузетне ревизије (раније посебне ревизије) је да се овим ванредним правним леком значајно допринесе правилној примени материјалног права и једнаком тумачењу права у ситуацији правних празнина или колизији норми, па је ово ванредно правно средство садржински и процесно ближе уставној жалби и практично је средство којим се одлучивање о основном људском правом на правично суђење а са тим у вези и о другим основним

људским правима која се повређују уколико је суђење неправично, враћа у процедуру редовних судова и тиме релаксира Уставни суд али и утиче на смањење броја обраћања грађана суду у Стразбуру. Ово је значајан институт који треба јачати како би се допринело уједињеној примени и тумачењу права и једнакости странака пред законом.

Међутим, проблем у пракси у имплементацији ове одредбе настаје око питања да ли судови треба да наплаћују судску таксу поводом овог правног лека која је обично висока и може да га обесмисли. Закон о судским таксама прописује обавезу плаћања судске таксе за ревизију али не и за изузетну ревизију. Судови у пракси ипак наплаћају таксу за овај ванредан правни лек и то у истој висини као и за редовну ревизију иако су могућности странака за успех у спору по овом ванредном правном леку у односу на ревизију редуковане, па се поставља питање да ли се на овај начин обесхрабљују странке да се обраћају Врховном касационом суду изузетном ревизијом као важним механизмом за уједињавање судске праксе и остваривања права на правично суђење и да ли је непрописивање судске таксе посебно за овај правни лек интенција законодавца да се и не наплаћује.

Закључак

Даље формализовање парничног поступка и инсистирање на ригидној примени одредби које се односе на убрзање поступка може бити на штету других сегмената права на правично суђење. То не значи да не треба инсистирати на примени оних одредби које нису некомпатибилне праву странака на квалитетан поступак и на квалитетну судску одлуку, већ треба успоставити правилан баланс између ових захтева и захтева за решавањем предмета у разумном року који не треба напустити. Право је рефлекс живота а живот није само форма, па грађанима треба омогућити да у тачно прописаном поступку остваре максимум правде и у том контексту разрешити главна спорна правна питања која настају у примени ЗПП.

Зорица Вељић,

судија Вишег суда у Београду

Зоран Рогич,

судија Вишег суда у Београду

Јелена Динчић,

судијски помоћник Вишег суда у Београду

ПОЈЕДИНА СПОРНА ПИТАЊА У ПРИМЕНИ ЗАКОНА О ИЗВРШЕЊУ И ОБЕЗБЕЂЕЊУ

Закон о извршењу и обезбеђењу¹ (у даљем тексту ЗИО), у највећем делу, ступио је на снагу и почео да се примењује дана 01.07.2016. године, изузев појединих одредаба које уређују питања поступања Коморе јавних извршитеља, те примене и новог обрачуна трошкова извршног поступка на основу Јавноизвршитељске тарифе, чија примена је почела дана 29.12.2015. године. Непосредно након ступања на снагу новог ЗИО, аутори овог текста су покушали да укажу на новине које нам доноси текст новог закона, са посебним освртом на повратак Жалбе као редовног правног лека у извршном поступку, имајући у виду чињеницу да је према Закону о извршењу и обезбеђењу из 2011. године, приговор био једино правно средство доступно странкама. Након пуне две године инкорпорисања новог ЗИО у судски и јавноизвршитељски систем Републике Србије, аутори ће у даљем тексту направити кратак осврт на нека од спорних питања која су се јавила у пракси Вишег суда у Београду, а поводом примене новог ЗИО.

Наиме, мањкавост Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011. године најочигледније се исказала у одлучивању другостепених судова, односно ИПВ већа, по приговорима странака у извршном поступку, које је изнедрило богату, широку и разнолику праксу. Подношење уставне жалбе често је била једина солуција која би преостајала странкама у поступку, ради заштите њихових права и интереса. То је био једини начин контроле основних судова у поступцима извршења, и није постојала могућност

¹ "Службени гласник РС" број 106/15

контроле од стране Виших или Апелационих судова. У том смислу се враћање жалбе, која је као редовни правни лек била предвиђена још Законом о извршном поступку из 2004. године, јавља као ефикасније решење ради постизања циља који је постављен приликом ступања на снагу новог закона, а то је даље повећање ефикасности извршног поступка, уз појачану судску контролу и веће учешће странака и трећих лица.

Најпре, значајну новину у погледу другостепеног одлучивања представља одредба члана 26. ЗИО, која се односи на забрану укидања првостепеног решења и упућивања предмета на поновно решавање првостепеном суду. У досадашњој примени ЗИО ова одредба се показала као спорна у другостепеном поступку, у случајевима када је одлучивано о жалбама изјављеним од стране извршних поверилаца на решења којима је Предлог за извршење одбациван као неуредан или одбијан као неоснован. Језичким тумачењем ове одредбе долази се до закључка да нови ЗИО не познаје институт укидања и враћања на поновно одлучивање, што је у складу и са заузетим ставом Врховног касационог суда од 23.01.2017. године, по коме одлучујући о приговору и жалби суд не може првостепено решење да укине и предмет врати на поновно одлучивање, већ може да првостепено решење потврди и жалбу одбије, или да првостепено решење преиначи усвајањем жалбе или, на крају, да првостепено решење укине без враћања на поновни поступак и решавање. Међутим, наведени правни став Врховног касационог суда не бави се случајем када је жалба изјављена против решења којим је одбачен предлог за извршење, или је предлог за извршење одбијен као неоснован. Виши суд у Београду, суочен у пракси са применом наведеног члана 26. ЗИО и у циљу уједначавања судске праксе, доставио је Врховном касационом суду у Београду захтев за решавање спорног правног питања у вези примене одредбе члана 26. ЗИО.

По мишљењу Вишег суда у Београду, у овом случају је неопходно циљно тумачење одредбе члана 26. ЗИО на тај начин да се забрана укидања првостепеног решења примењује код решења о извршењу, онако како је то дефинисано чланом 2. став 1. тачка 7. ЗИО, односно код одлука којима је усвојен предлог за извршење. Ово стога што је решење о одбачају предлога за извршење регулисано одредбама ЗИО које чине посебну целину под поднасловом "Жалба против осталих решења суда и јавног извршитеља", којим одредбама се посебно регулише поступак по тим жалбама, а чланом 84. ЗИО, којим се регулише поступање другостепеног

суда, упућује се само на сходну примену одредаба о жалби против решења о извршењу, и то члана 78. ЗИО. У одсуству посебних одредаба којима се регулише врста одлука у поступању другостепеног суда по жалбама против осталих решења, у конкретном случају се намеће примена одредбе члана 39. ЗИО, односно сходна примена закона којим се уређује парнични поступак. ЗИО није изричито прописао одлучивање другостепеног суда о жалби извршног повериоца изјављеној против решења о одбацивању или одбијању предлога за извршење, већ је одредбом члана 78. прописано поступање другостепеног суда по жалби извршног дужника. Одредбама члана 82. и 84. наведеног закона, прописан је поступак одлучивања по жалбама против осталих решења суда и јавног извршитеља, па је тако чланом 84. став 2. ЗИО прописано да је другостепени суд дужан да оцени да ли су повреде поступка које су наведене у жалби заиста и утицале на законитост и правилност решења, само ако се побија решење о одбацивању или одбијању предлога за извршење на основу извршне исправе, при чему није изричито прописано шта следи ако другостепени суд оцени да таква повреда постоји. Стога се, по мишљењу Вишег суда у Београду, само у тим случајевима, у складу са чланом 39. ЗИО, морају сходно применити одредбе Закона о парничном поступку о укидању. Ради се о ситуацији када жалбу није изјавио извршни дужник против решења о извршењу, већ извршни поверилац против решења о одбачају предлога за извршење као неуредног. Дакле, реч је о процесном решењу, а како Законом о извршењу и обезбеђењу није изричито прописан поступак одлучивања другостепеног суда по жалби извршног повериоца којим побија решење о одбачају предлога за извршење, у конкретном случају би требало применити одредбу члана 39. ЗИО, односно сходно применити одредбе Закона о парничном поступку које се односе на поступање по жалби. Другачије тумачење ове одредбе довело би до процесне ситуације да решавајући о жалби изјављеној против наведених решења другостепени суд одреди извршење по предлогу за извршење који извршном дужнику није ни достављен, односно преиначи решење о одбијању предлога за извршење, а против којих решења, као другостепених, извршни дужник не би имао право жалбе. Такво поступање би даље довело до повреде права на жалбу, које је зајемчено чланом 36. став 2. Устава Републике Србије и чланом 13. Европске конвенције о људским правима и слободама.

Новину у ЗИО представља и одредба члана 30. која се односи на идентификационе податке извршног повериоца и извршног дужника.

Наведеном одредбом, између осталог, прописано је да су идентификациони подаци о извршном повериоцу и извршном дужнику који је физичко лице: име и презиме, пребивалиште, јединствени матични број грађана и датум рођења, а идентификациони подаци о извршном повериоцу и извршном дужнику који је правно лице: пословно име, матични број и порески идентификациони број. Одлуке које су доносили првостепени судови, у првим данима примене новог ЗИО, односиле су се управо на примену члана 30., као и члана 59. ЗИО, који прописује обавезну садржину предлога за извршење. Предлог за извршење на основу извршне исправе који не садржи идентификационе податке о извршном повериоцу и извршном дужнику је неуредан и, уколико је исти поднет од стране пуномоћника из реда адвоката, одбацује се без враћања на допуну, односно исправку извршном повериоцу. У тим случајевима, Виши суд у Београду је одбијао као неосноване жалбе извршних поверилаца изјављене против решења првостепених судова. Са друге стране, велику дилему је створило и прописивање датума рођења као обавезног елемента предлога за извршење, у случајевима када су извршни поверилац и извршни дужник физичка лица. Став Вишег суда у Београду је да се предлог за извршење, у коме су наведени ЈМБГ извршног повериоца и извршног дужника, али нису наведени датуми рођења, не може сматрати непотпуним, односно неуредним, с обзиром на то да јединствени матични број грађана, поред осталог, садржи датум рођења. У том смислу, одлучујући по жалбама, Виши суд у Београду је укидао решења првостепених судова којима су одбачени предлози за извршење који не садрже датум рођења извршног повериоца, односно извршног дужника, и предмете враћао на поновно одлучивање.

Дилема се појавила и у случајевима када су извршни поверилац и извршни дужник предузетник или физичко лице које обавља делатност, с обзиром да су у првим данима примене новог закона првостепени судови одбацивали као неуредне предлоге за извршење у којима су извршни поверилац или извршни дужник предузетници или физичка лица која обављају делатност, јер у предлогу за извршење нису означени ЈМБГ и датум рођења. Извршни повериоци су у жалбама истицали да није постојала њихова законска обавеза да означе податке који се односе на физичка лица, него управо на правна лица, јер је у извршној исправи на основу које је поднет предлог за извршење као лице коме се има исплатити новчани износ означен адвокат, а не физичко лице. У тим предметима, у дру-

гостепеним одлукама већа грађанског одељења Вишег суда у Београду, изложено је мишљење да идентификациони подаци о извршном повериоцу и извршном дужнику који је предузетник или физичко лице које обавља делатност нису датум рођења и јединствени матични број грађана, већ, у складу са одредбом члана 30. став 4. ЗИО, пословно име или име и презиме, матични број и порески идентификациони број.

У погледу оцене уредности предлога за извршење од стране првостепених судова, поставило се и питање које се односи на обавезу првостепених судова да пре одбацивања предлога за извршење закажу рочиште на коме ће омогућити извршном повериоцу да се изјасни о одбацивању предлога за извршење. Наиме, првостепени суд је, одлучујући о предлогу за извршење поднетом од стране пуномоћника из реда адвоката, наведени одбацио, јер није садржао све елементе прописане чл. 30. и 59. ЗИО да би се по њему могло поступати, односно предлог за извршење није садржао идентификационе податке. У жалби је пуномоћник извршног повериоца истакао да је првостепени суд, пре доношења одлуке о одбачају предлога за извршење, био дужан да одржи рочиште на коме ће бити омогућено извршном повериоцу да се изјасни о предлогу за извршење. Мишљење Вишег суда у Београду, изражено у другостепеним одлукама грађанског одељења, је да не постоји обавеза извршног суда да пре него што одбаци предлог за извршење закаже рочиште на коме ће омогућити извршном повериоцу да се изјасни о предлогу за извршење. Ово стога што је чланом 14. став 2. ЗИО изричито прописано да се у извршном поступку рочиште одржава код заснивања заложног права на непокретностима и покретним стварима, а може да се одржи код извршења одлука у вези са породичним односима и при одлучивању о предлогу за одређивање привремене мере. Имајући у виду наведену законску одредбу, као и начело хитности извршног поступка, првостепени суд нема обавезу да у поступку извршења и обезбеђења одржава рочиште на ком би се извршном повериоцу омогућило да се изјасни о одбацивању предлога за извршење, а у смислу члана 294. став 2. Закона о парничном поступку, нити постоји обавеза да се пуномоћнику из реда адвоката наложи уређење предлога за извршење.

Виши суд у Београду, на седницама другостепеног грађанског одељења, усвојио је и правни став према коме се поднесак пуномоћника адвоката - независно од тога да ли је иницијални акт или накнадни подне-

сак - који не садржи потпис, већ је снабдевен само факсимилом и печатом адвоката, сматра непотпуним, те је правилна одлука првостепених судова којом се исти одбацује, без враћања на уређење. Наведени правни став је заузет имајући у виду одредбу члана 98. став 3. Закона о парничном поступку, која прописује да поднесци морају бити разумљиви и садржати све да би се по њима могло поступати, што се односи, између осталог, и на потпис подносиоца; потом, одредбу члана 101. став 5. Закона о парничном поступку, којом је прописано да ће суд одбацити неразумљив или непотпун поднесак који је у име странке поднео пуномоћник; те одредбу члана 29. став 2. Закона о адвокатури, којом је прописано да је адвокат дужан да на сваку исправу, допис или поднесак који је саставио стави свој потпис и печат. Наведена обавеза се, сходном применом одредаба Закона о парничном поступку, а на основу члана 39. ЗИО, односи како на иницијалне акте у извршном поступку, односно предлоге за извршење, тако и на остале поднеске. Дужност је адвоката да на сваки свој поднесак стави сопствени потпис и печат, па је непотпун поднесак који уз печат не садржи потпис. Стога је правилна одлука првостепених судова да се такви поднесци одбацују без враћања на уређење.

На крају, спорно питање које се тиче уредности предлога, јавило се у пракси Вишег суда у Београду и у случајевима одлучивања о жалбама изјављеним против решења првостепених судова којима су одбачени предлози за одређивање привремене мере у којима извршни поверилац није назначио конкретно одређеног и месно надлежног јавног извршитеља који ће спроводити одређену привремену меру, а предлог за одређивање привремене мере је поднела правно неука странка, којој такав предлог није претходно враћен на уређење. У описаној ситуацији, извршни повериоци су у жалбама указивали да првостепени суд, без доношења закључка којим би наложио извршном повериоцу као правно неукој странци уређење предлога (тако што ће означити конкретног јавног извршитеља који ће спроводити привремену меру), није имао овлашћење да одбаци такав предлог, а у смислу члана 416. ЗИО. Наиме, наведеном одредбом је прописано да се предлог за одређивање привремене мере одбацује решењем ако не садржи средство и предмет извршења, без претходног враћања на допуну. Следствено наведеној законској одредби, Виши суд у Београду је мишљења да, у случајевима када је извршни поверилац означио предмет и средство извршења привремене мере, првостепени суд није имао законско овлашћење да одба-

ци предлог за одређивање привремене мере, без претходног налагања уређења. С обзиром да такво овлашћење није прописано одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу, који је *lex specialis*, у том случају се, у складу са чланом 39. ЗИО, примењују одредбе Закона о парничном поступку. Следствено томе, сходном применом одредаба члана 101. став 1. у вези члана 98. став 3. Закона о парничном поступку, у случајевима у којима извршни поверилац није имао пуномоћника, првостепени суд је имао обавезу да врати странци поднесак ради исправке, односно допуне, или да наложи допуну предлога за одређивање привремене мере закључком.

За разлику од Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011. године, који је познавао само клаузулу правноснажности, нови ЗИО враћа институт потврде извршности, па је тако одредбом члана 59. став 2. ЗИО прописано да се уз предлог за извршење прилаже извршна исправа у оригиналу, овереној копији или препису, као и друга исправа одређена овим законом, с тим што извршна исправа мора садржати потврду извршности, а ставом 3. истог члана је прописано да ако се предлог за извршење подноси суду који је у првом степену одлучивао о потраживању извршног повериоца, уз њега се не прилаже извршна исправа, а ако се приложи не мора да садржи потврду извршности. У случајевима када је постојала обавеза достављања извршне исправе са потврдом извршности, па иста није приложена, а предлог за извршење је био поднет од стране пуномоћника из реда адвоката, првостепени судови су такве предлоге за извршење одбацивали као неуредне, са позивом на одредбу члана 101. став 5. Закона о парничном поступку, у вези са чланом 39. ЗИО. У другостепеном поступку, одлучујући о жалбама извршних поверилаца, Виши суд у Београду је таква решења првостепених судова потврђивао и жалбе одбијао као неосноване. У појединим предметима, извршни повериоци су се у жалбама позивали на одредбу члана 59. став 3. ЗИО, указујући да није постојала обавеза прилагања извршне исправе са потврдом извршности, с обзиром да је суд коме су поднели предлог за извршење одлучивао у првом степену о потраживању извршног повериоца, а имајући у виду да је након 01.01.2014. године установљена нова мрежа судова у Републици Србији, те је предмет у коме је донета извршна исправа пре тог датума прешао у надлежност суда коме је поднет предлог за извршење. Међутим, и у овим ситуацијама, у другостепеним одлукама Вишег суда у Београду, изложено је мишљење да такав жалбени навод извршног повериоца није основан, с обзиром на одредбу члана 59. став 3. ЗИО. Наиме, узмимо да је извршну исправу раније донео, на пример, Први основни суд у Београду, који је одлучивао у првом

степену, а не, на пример, Други основни суд у Београду, коме је поднет предлог за извршење. Иако би предмет у коме је донета извршна исправа сада формално прешао у надлежност Другог основног суда у Београду, извршни поверилац је, у датој ситуацији, био дужан да, уз предлог за извршење, достави извршну исправу у оригиналу, овереној копији или препису, са потврдом извршности.

Још једна спорна ситуација у пракси настајала је у случајевима када су извршни повериоци подносили предлоге за извршење на основу извршне исправе и у прилогу достављали извршне исправе снабдевене клаузулом правноснажности, која је стављена у време важења Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011. године. Према ставу Вишег суда у Београду, исправно су првостепени судови у тим случајевима одбацивали предлоге за извршење као неуредне, с обзиром да су исти подношени од стране пуномоћника из реда адвоката, јер је одредбом члана 59. став 2. ЗИО изричито прописано да извршна исправа на основу које се предлаже одређивање извршења мора бити снабдевена потврдом извршности. У том смислу су без утицаја жалбени наводи извршних поверилаца у којима се истиче да су уз предлог за извршење доставили суду исправу са клаузулом правноснажности, а којом је извршна исправа снабдевена у време важења Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011. године. Наведено произилази отуда што је предлог за извршење поднет у време важења Закона о извршењу и обезбеђењу из 2015. године, који је ступио на снагу 01.07.2016. године, и који се мора примењивати у конкретном случају.

Поред тога, у одређеном броју одлука првостепених судова, примећено је да су предлози за извршење одбацивани због недостављања потврде извршности, иако се у конкретном случају радило о извршењу у складу са чланом 368. Закона о парничном поступку, у вези са чланом 43. став 4. ЗИО. Наиме, одредбом члана 368. Закона о парничном поступку прописано је да жалба нема одлажуће дејство када је изјављена против првостепене пресуде којом се физичком лицу налаже исплата потраживања чија главница не прелази износ од 300 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења одлуке, односно којом се предузетнику или правном лицу налаже исплата потраживања чија главница не прелази износ од 1000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења одлуке. Ставом 2. истог члана је прописано да ако се у пресуди налаже

само накнада трошкова поступка у висини која не прелази износ из става 1. овог члана, жалба против решења о накнади трошкова поступка, такође, не одлаже извршење. Одредбом члана 43. став 4. ЗИО прописани су услови за извршност судске и управне одлуке и јавнобележничке исправе која има снагу извршне исправе у ставу један, два и три, али је одредбом става 4. прописан изузетак од правила тако што је прописано да се решење о извршењу доноси и када судска одлука није постала правноснажна или управна одлука није постала коначна, ако је законом одређено да жалба или други правни лек не одлажу извршење. Дакле, недостатак потврде извршности на одлуци чије се извршење тражи у складу са чланом 368. ЗПП не чини предлог за извршење неуредним и исти се не може одбацити.

Такође, у овим случајевима, Виши суд у Београду је мишљења да само одређивање извршења пре правноснажности извршне исправе не може довести до злоупотребе института извршења пре правноснажности пресуде. Ово стога што, у случају да првостепена пресуда буде у евентуалном поступку по жалби преиначена, извршни дужник може поднети предлог за противизвршење пред извршним судом.

У погледу примене члана 368. Закона о парничном поступку, правно је занимљива и ситуација када је, у поступку извршења, предлог за извршење поднет ради наплате главног дуга и трошкова парничног поступка, при чему главни дуг по извршној исправи не прелази износ предвиђен одредбом члана 368. став 1. Закона о парничном поступку, а трошкови парничног поступка прелазе износ предвиђен одредбом члана 368. став 1. Закона о парничном поступку. У бројним другостепеним одлукама Вишег суда у Београду изражено је мишљење да су трошкови парничног поступка споредно потраживање, уколико главни дуг испуњава услове из члана 368. Закона о парничном поступку, тј. не прелази износ од 300 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења одлуке, односно износ од 1000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења одлуке. У том случају, ако трошкови парничног поступка прелазе износ од 300, односно 1000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења одлуке, исто је без утицаја на правилност и законитост донетог решења. Одредбом члана 368. став 2. Закона о парничном поступку прописано је да ако се у пресуди налаже само накнада трошкова поступка у висини која не прелази

износ из става 1. овог члана, жалба против решења о накнади трошкова поступка не одлаже извршење. Стога када се налаже само исплата трошкова парничног поступка као главног потраживања, износ трошкова не може прелазити износ од 300, односно 1000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења одлуке.

Новина у поступку извршења су и правни лекови који су стављени странкама на располагање ради побијања одлука донетих у извршном поступку. Наиме, чланом 24. став 1. ЗИО прописано је да су правни лекови у извршном поступку жалба и приговор. Ставом 2. прописано је да се жалбом побија решење првостепеног суда или јавног извршитеља, ако овим законом није одређено да жалба није дозвољена или да се такво решење побија приговором, док је ставом 3. прописано да се приговор подноси против решења донетог о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе, против других решења првостепеног суда или јавног извршитеља одређених овим законом, и као приговор трећег лица. Жалба и приговор могу се изјавити у року од осам дана од дана достављања решења, изузев приговора трећег лица. У пракси Вишег суда у Београду, поставило се питање благовремености поднете жалбе у случајевима када је жалба изјављена телеграфским путем. Првостепени суд је, одлучујући о жалби извршног повериоца изјављеној против решења о извршењу, која је поднета телеграфским путем, а потом је, након истека рока за жалбу, образложење исте достављено препорученом пошљицом, сматрао да је жалба непотпуна, јер она која је упућена телеграмом не садржи потпис жалиоца нити је оверена његовим печатом, па самим тим, према ставу првостепеног суда, жалба не садржи све што је потребно да би се по њој могло поступати. Виши суд у Београду је мишљења да се овакав став не може прихватити, јер у конкретном случају првостепени суд није применио одредбу члана 104. Закона о парничном поступку, која прописује да ако је поднесак упућен телеграфским путем, сматраће се да је поднет у року ако уредан поднесак накнадно буде поднет суду или упућен суду препорученом пошљицом у року од три дана од дана предаје телеграма пошти. Будући да Закон о извршењу и обезбеђењу, на основу члана 39. ЗИО, упућује на сходну примену Закона о парничном поступку, у ситуацији када је жалба у извршном поступку упућена телеграфским путем, сматраће се да је поднета у року ако уредна жалба накнадно буде поднета суду или буде упућена суду препорученом пошљицом у року од три дана од дана предаје телеграма пошти.

Поред наведеног, у другостепеном поступању Вишег суда у Београду све је уочљивији проблем да првостепени судови, у случајевима када је предлог за извршење поднет на основу веродостојне исправе, у поуци о правном леку својих решења погрешно упућују странке на изјављивање жалбе уместо приговора. Првостепени суд је одбацио предлог за извршење као неуредан, против ког решења је извршни поверилац правилно изјавио приговор, иако је поуком о правном леку погрешно упућен на изјављивање жалбе. Одредбом члана 24. ЗИО прописано је да су правни лекови у извршном поступку жалба и приговор. Одредбом члана 85. став 1. ЗИО прописано је да извршни поверилац може приговором да побија решење о одбацивању или одбијању предлога за извршење на основу веродостојне исправе, а одредбом члана 86. став 2. ЗИО да о приговору одлучује веће суда. Применом члана 17. став 1. Закона о парничном поступку, у вези члана 39. ЗИО, Виши суд у Београду је мишљења да није стварно надлежан да одлучује о приговору изјављеном против решења извршног суда без обзира што је у таквом решењу дата правна поука да је против решења дозвољена жалба Вишем суду, с обзиром на чињеницу да је против решења о одбацивању или одбијању предлога за извршење поднетог на основу веродостојне исправе, једини дозвољени правни лек приговор, а да о приговору одлучује веће првостепеног суда, односно веће суда који је донео побијано решење.

Кроз одлучивање Вишег суда у Београду по изјављеним жалбама, поставило се и питање трошкова за састав пуномоћја у извршном поступку. Дакле, то питање се првенствено јавило у оним случајевима где је пуномоћник извршног повериоца изјавио жалбу на решење о трошковима којим му нису признати трошкови за састав пуномоћја и за оверу специјалног пуномоћја којим га је извршни поверилац овластио да наплати његове трошкове у његово име и за његов рачун. На седници другостепеног грађанског одељења Вишег суда у Београду заузет је правни став да трошкови за састав и оверу пуномоћја нису нужни и неопходни трошкови извршног поступка који падају на терет супротне стране. Законом о извршењу и обезбеђењу није прописано да пуномоћје којим извршни поверилац овлашћује адвоката да га заступа у извршном поступку мора бити специјално и оверено од стране суда. Достављање пуномоћја уз предлог за извршење има процесноправни значај који се испољава према суду и супротној страни и значи да радње које је предузео пуномоћник у оквиру датог пуномоћја имају дејство као да их је предузела сама странка. Сачи-

њавање специјалног пуномоћја између извршног повериоца и његовог пуномоћника је ствар њиховог уговорног односа, а по својој правној природи уговор о налогу по коме је пуномоћник дужан да врши заступање савесно и по свом најбољем знању, држећи се упутстава странке. Како ти трошкови нису нужни и неопходни за вођење овог поступка, то супротна страна не треба да их сноси, у смислу члана 154. Закона о парничном поступку, који члан се примењује на основу одредбе члана 39. ЗИО. Осим тога, ови трошкови, као посебни, не припадају адвокату у извршном поступку ни у складу са Тарифним бројем 75. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, по којој за састављање уговора и изјава воља у непроцењивим стварима адвокату припада награда према врсти правног посла, независно од означене вредности. Ово стога што је тарифа прописана наведеним тарифним бројем одређена за састав пуномоћја када се исто саставља као самостална исправа, а не као овлашћење за заступање у извршном поступку, за које адвокат има право на награду за заступање странке, односно за све предузете радње, у складу са Тарифним бројевима од 18. до 21. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката.

Један од најважнијих чланова у новом ЗИО, налази се у прелазним и завршним одредбама. Реч је о члану 547. који се односи на изјашњење извршних поверилаца. Наиме, овом одредбом је прописано да су извршни повериоци у чију корист је пре почетка рада извршитеља у Републици Србији донето решење о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе или решење о обезбеђењу, и који на дан 01.05.2016. године још воде извршни поступак или поступак обезбеђења, дужни да се у року од 01.05.2016. године до 01.07.2016. године изјасне о томе да ли су вољни да извршење спроведе суд или јавни извршитељ, а ако се не изјасне у року, извршни поступак се обуставља. Ова одредба је императивног карактера и извршни повериоци на које се иста односи били су у обавези да се недвосмислено изјасне у сваком појединачном предмету на ту околност, у периоду предвиђеном за изјашњење. У супротном, првостепени судови су били овлашћени да донесу решење о обустави поступка, против кога је дозвољена жалба у року од 8 дана од дана пријема, у складу са одредбама новог ЗИО. Приликом одлучивања о изјављеним жалбама извршних поверилаца, а везано за примену члана 547. ЗИО, у другостепеним одлукама Већа грађанског одељења Вишег суда у Београду изнето је мишљење да су извршни повериоци обавезу изјашњавања имали независно од тога да ли их је у поступку извршења заступао пуномоћ-

ник из реда адвоката или у поступку нису имали пуномоћника, с обзиром да се ради о дужности која је установљена законом. Такође, није од значаја за примену овог члана ни чињеница да су се извршни повериоци евентуално изјаснили пре 01.05.2016. године да извршење у одређеном предмету настави да спроводи суд, имајући у виду да је ЗИО ту обавезу прописао у периоду од 01.05.2016. године до 01.07.2016. године, и то у ситуацији када је решење о извршењу донето пре почетка рада јавних извршитеља у Републици Србији, односно пре 01.06.2012. године, када су први извршитељи почели са радом, и уколико је извршни поступак још увек у току. С друге стране, није било места обустави поступка извршења од стране првостепених судова у случајевима када је предлог за извршење поднет пре 01.06.2012. године, али је решење о извршењу донето након 01.06.2012. године, односно након почетка рада извршитеља у Републици Србији. Као битан елеменат за утврђивање постојања законске обавезе изјашњења, у смислу члана 547. ЗИО, одређен је дан када је донето решење о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе, без обзира када је предлог за извршење поднет суду. Исто тако, изјашњењем у смислу члана 547. ЗИО не би се могло сматрати обавештење извршног повериоца да је вољан да у свим започетим поступцима, који се воде пред одређеним судовима и судским јединицама изван седишта тог суда, извршење спроведе суд, уколико такво обавештење не би садржало изјашњење о сваком појединачном предмету извршења са тачним означавањем броја предмета. Такође, такав начин изјашњења био би основ за доношење одлуке о обустави поступка извршења, у смислу одредбе члан 547. ЗИО.

У одређеном броју предмета, посебно када су у питању Јавна комунална предузећа као извршни повериоци, решења о извршењу донета су на основу веродостојне исправе ради намирања новчаног потраживања насталог из комуналних услуга и сродних делатности, пре почетка рада извршитеља у Републици Србији. Од стране првостепених судова донета су решења о обустави поступка на основу члана 547. ЗИО, иако је у жалбеном поступку од стране Вишег суда у Београду утврђено да су се ти извршни повериоци изјаснили у смислу наведеног члана, и у складу са Упутством за спровођење ЗИО Врховног касационог суда, Министарства правде Републике Србије и Високог савета судства од 26.04.2016. године. Наиме, у овим случајевима, уз жалбу су били достављени одговарајући писмени докази на ту околност, и то, најчешће, изјашњење једним поднеском где је у електронској форми био достављен одговарајући списак предмета са појединачним изјашњењима, а који од стране првостепених судова нису били здружени списима предмета.

У тим предметима, од стране Вишег суда у Београду, доношене су другостепене одлуке, којима су или жалбе усвајане и укидана првостепена решења о обустави поступка, или су списи враћани првостепеном суду на допуну поступка, како би та изјашњења поверилаца, са евентуалним прилозима и одговарајућим службеним белешкама, здружио списима и након тога вратио Вишем суду ради одлучивања о изјављеној жалби.

На крају, правну дилему у примени члана 547. ЗИО, изазвао је и предмет у коме је поступак извршења започет по Закону из 2011. године, али је дошло до смрти извршног дужника, поступак је у прекиду и у моменту ступања на снагу новог ЗИО, да би након наставка поступка првостепени суд донео решење којим обуставља поступак извршења, с обзиром да се извршни поверилац није изјаснио у периоду од 01.05.2016. године до 01.07.2016. године, а на основу члана 547. ЗИО. Када се говори о прекиду због смрти извршног дужника, који прекид траје и у периоду постојања законске обавезе извршних поверилаца да се изјасне у смислу члана 547. ЗИО, мишљење, изнето на седници другостепеног грађанског одељења Вишег суда у Београду, је да треба правити разлику да ли су разлози за прекид и даље постојали или нису. Ако је у том периоду, када је извршни поверилац био дужан да се изјасни, постојало оставинско решење на основу кога су означени правни следбеници извршног дужника, онда је извршни поверилац имао законску обавезу изјашњавања на основу члана 547. ЗИО. С друге стране, ако се нису стекли услови за наставак поступка извршења, ако оставински поступак није правноснажно окончан или ако из других разлога није могао да искористи и употреби оставинско решење, у тим случајевима првостепени суд није могао да донесе решење о обустави поступка због неизјашњавања извршног повериоца.

Измене и допуне Закона о судским таксама су донеле новину у погледу надлежности за спровођење поступка принудне наплате судске таксе. Наиме, чланом 40. Закона о судским таксама прописано је да ако физичко лице, као таксени обвезник, не плати дуговану таксу у року одређеном у члану 37. овог закона, суд у наредних пет дана доноси решење о извршењу у коме обавезује таксеног обвезника да у року од пет дана од дана пријема решења плати дуговану таксу и казнену таксу од 50% од висине таксе, и у коме не одређује средство и предмет извршења, решење о извршењу доставља извршитељу, а у спису забележава да је решење достављено извршитељу. Уз решење о извршењу суд прилаже и доказ о

томе да је таксеном обвезнику достављен налог, односно опомена о плаћању таксе. Извршитељ доставља решење о извршењу таксеном обвезнику. Ставом 2. прописано је да редовни правни лек против решења о извршењу, који може да се изјави у року од осам дана од дана достављања решења, не одлаже извршење решења, док је ставом 3. прописано да се поступак извршења спроводи према закону којим се уређује извршење и обезбеђење. И на крају, ставом 4. је прописано да извршитеља који спроводи извршење одређује председник суда, тако што решење о извршењу доставља извршитељу чије се седиште налази на подручју суда који је донео решење о извршењу, а ако више извршитеља има седиште на подручју тог суда, решење о извршењу доставља се равномерно, према редоследу по коме су извршитељи уписани у Именик извршитеља и заменика извршитеља.

У другостепеном одлучивању Вишег суда у Београду, јавила се правна недоумица у свим оним случајевима у којима је извршни дужник - таксени обавезник, у жалби изјављеној против решења о принудној наплати судске таксе истакао приговор застарелости потраживања. Одредбом члана 8. Закона о судским таксама прописано је да наплата таксе застарела у року од три године по истеку календарске године у којој је настала таксена обавеза, а одредбом члана 3. истог закона прописано је када обавеза плаћања таксе настаје. Ради се о такозваној "апсолутној застарелости" која спречава не само доношење решења о извршењу, већ и спровођење извршења ради принудне наплате таксе. То значи да се у предвиђеном року од три године мора донети решење о извршењу које се мора и спровести. Дакле, само доношење решења о извршењу не прекида застарелост, већ она тече и у фази спровођења извршења. Ово произилази из наведене одредбе члана 8. Закона о судским таксама која не везује застарелост за тренутак доношења решења о извршењу, већ за чињеницу наплате, што значи да се у оквиру прописаног рока мора спровести извршење по решењу о извршењу. Одредбом члана 74. ЗИО таксативно су набројани разлози за побијање решења о извршењу који спречавају спровођење извршења, а ставом 1. тачка 10. ЗИО прописано је да је разлог који спречава спровођење извршења застарелост потраживања које је досуђено у извршној исправи. Како је наплата судске таксе застарела, у смислу одредбе члана 8. Закона о судским таксама, то је другостепени суд дужан да цени истакнути приговор застарелости у жалби и у ситуацији када пре тога такав приговор није истакнут, те да усвоји жалбу и обустави извршни поступак принудне наплате судске таксе, који је покренут по службеној дужности.

Надаље, у пракси великог броја судова, пореске управе оспоравају надлежност за принудну наплату такси уз напомену да су за спровођење извршења надлежни јавни извршитељи у складу са изменама Закона о судским таксама. По мишљењу Вишег суда у Београду израженог у бројним одлукама, у конкретном случају, за принудну наплату таксе за таксене обавезнике - физичка лица - уведена је надлежност јавних извршитеља. Наиме, чланом 545. прелазних и завршних одредаба Закона о извршењу и обезбеђењу прописано је да се извршни поступци и поступци обезбеђења који су почели пре ступања на снагу овог закона настављају према Закону о извршењу и обезбеђењу из 2011. године, а да Закон о извршењу и обезбеђењу из 2011. године престаје да важи почев од 01.07.2016. године. Законом о изменама и допунама Закона о судским таксама, и то одредбом члана 3, који је ступио на снагу 01.01.2016. године, измењен је члан 40, који гласи да ако физичко лице као таксени обавезник не плати таксу у року одређеном у члану 37. овог закона, суд у наредних 5 дана доноси решење о извршењу којим обавезује таксеног обавезника да плати дуговану таксу, а одредбом става 3. да се поступак извршења спроводи према Закону којим се уређује извршење и обезбеђење. Када је решење о извршењу судске таксе донето након ступања на снагу новог Закона о извршењу и обезбеђењу, мишљење Вишег суда у Београду је да је правилно првостепени суд одредио начин извршења у складу са тим законом, а у вези одредбе члана 40. став 3. Закона о изменама и допунама Закона о судским таксама.

При одлучивању Виши суд је ценио као неосноване жалбене наводе извршног дужника да је првостепени суд погрешно применио одредбу члана 52. Закона о судским таксама, те да је поступак принудне наплате таксе могао да буде спроведен само преко надлежног органа пореских прихода. Ово стога што се одредба члана 52. став 1. Закона о судским таксама, по налажењу Вишег суда у Београду, односи на добровољно плаћање таксе таксеног обавезника, а одредба члана 40. Закона о изменама и допунама Закона о судским таксама на поступак принудне наплате неплаћене таксе, којом одредбом је у ствари измењен поступак принудне наплате исте, на начин што је уместо органа надлежног за послове јавних прихода, уведена надлежност јавних извршитеља за спровођење извршења по решењу о извршењу наплате судске таксе.

Надаље, у одлучивању другостепеног грађанског одељења Вишег суда у Београду поставило се и питање оправданости преиначења решења

о извршењу наплате судске таксе и обуставе извршног поступка, у случајевима када извршни дужник - таксени обвезник – у току извршног поступка достави суду доказ о томе да је измирио дуговану таксу и то пре доношења решења, а на ком доказу нема пријемног печата суда који је донео ожалбено решење. Иако се таксеним обвезницима у налогу, односно у опомену за плаћање судске таксе, наглашава да је потребно да доказ о уплати дуговане таксе доставе суду, околност да извршни дужник-таксени обвезник тек у жалби достави доказ о уплати таксе, али без пријемног печата суда који је донео ожалбено решење, мора се ценити у сваком конкретном случају. Уколико другостепени суд нађе да је извршни дужник-таксени обвезник заиста платио дуговану таксу пре доношења решења о извршењу принудне наплате судске таксе, околност да доказ није предат суду који је донео ожалбено решење не може бити од утицаја на усвајање жалбе извршног дужника-таксеног обвезника.

Једно од најспорнијих питања од самог почетка примене Закона о изменама и допунама Закона о судским таксама је питање доставе решења о извршењу принудне наплате судске таксе, односно питање по одредбама ког закона се има вршити достава налога за плаћање судске таксе. У сваком конкретном случају треба водити рачуна о којој врсти поступка се ради. Ако се ради о извршном поступку, у коме је настала таксена обавеза, онда треба применити одредбе ЗИО које говоре о достављању. Ако се ради о парничном поступку или поступцима у којима се сходно примењују одредбе ЗПП, онда на радњу достављања треба применити одредбе тог закона. Када странка има пуномоћника такса се доставља пуномоћнику, а у складу са Законом о судским таксама.

Даља примена овог закона ће свакако указати и на нека друга спорна питања. Приликом поступања како првостепених, тако и другостепених судова, потребно је водити рачуна не само о заштити права на суђење у разумном року (као делу заштите права на правично суђење), већ и о заштити права на правично суђење, због чега је неопходно омогућити оптималне услове за функционисање другостепених судова. На тај начин би добра решења из овог закона, у погледу хитности и ефикасности, заживела у пракси.

Татјана Матковић Стефановић,
судија Привредног апелационог суда

ДЕРИВАТИВНА ТУЖБА У ПРАКСИ ПРИВРЕДНОГ СУДСТВА

Уводни део

У круг субјеката који по Закону о привредним друштвима ("Службени гласник РС", бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014-др. закон, 5/2015 и 44/2018) имају посебне дужности према друштву сврстани су: 1) ортаци и комплементари; 2) чланови друштва са ограниченом одговорношћу који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или члан друштва са ограниченом одговорношћу који је контролни члан друштва; 3) акционари који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или акционар који је контролни акционар друштва; 4) директори и чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи и 5) ликвидациони управник, с тим што се исти може проширити зависно од правне форме друштва, оснивачким актом или статутом и на друга лица.

Лица са посебним дужностима морају да делују у интересу друштва, поштујући законом прописане посебне дужности и то дужност пажње, пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне и поштовање забране конкуренције. У случају повреде истих закон прописује судску заштиту кроз подношење прописаних тужби због повреде посебних дужности, које могу поднети само друштво, члан друштва (индивидуална тужба) или члан друштво у своје име, а за рачун друштва (derivativна тужба).

Наведене тужбе дају право на накнаду штете, од лица из члана 61. закона, која су извршила повреду дужности, а у одређеним случајевима и од повезаних лица са њима, као и друга права предвиђена законом.

Првенствено је на друштву право и интерес за подношење тужбе због повреде посебних дужности. Међутим, уколико друштво не користи своја права по овом основу и не поднесе тужбу против лица из члана 61.

која су повредила посебне дужности, а у одређеним случајевима и против повезаних лица, закон овлашћује члана друштва да поднесе деривативну тужбу по испуњењу услова из члана 79. Закона о привредним друштвима.

Посебни услови за подношење деривативне тужбе

Према наведеном члану закона, један или више чланова друштва могу поднети тужбу за повреду посебних дужности у своје име, а за рачун друштва ако у тренутку подношења тужбе: 1) поседује уделе или акције који представљају најмање 5% основног капитала друштва, независно од тога да ли је основ за подношење деривативне тужбе настао пре или након стицања својства члана друштва и 2) ако су пре подношења тужбе писаним путем захтевали од друштва да поднесе тужбу по том основу, а тај захтев је одбијен, односно по истом није поступљено у року од 30 дана од дана подношења захтева. Наведени услови морају да буду кумулативно испуњени у моменту подношења тужбе.

Закон о привредним друштвима из 2004. године прецизирао је да право на подношење деривативне тужбе припада командитору, члану друштва и акционару, али не и ортацима, сем ако оснивачким актом или уговором ортака друштва није другачије одређено. Нови закон у члану 79. то право даје члановима друштва и акционарима, а како је члан друштва заједнички назив за ортаке, комплементаре и командиторе и акционаре могло би се закључити да ово право припада не само члану друштва са ограниченом одговорношћу, односно акционарима, већ и члановима друштва других правних форми под условом да поседују удео који представља најмање 5% основног капитала.

Ортачко друштво нема основни капитал, јер је то друштво лица, а ортаци неограничено солидарно одговарају целокупном својом имовином за обавезе друштва. Међутим, и ортаци имају обавезу уношења улога у друштво по правилу једнаке вредности и стичу уделе у друштву сразмерно својим улозима, ако уговором о оснивању није другачије одређено. По чл. 105. и 113. Закона друштво и сваки ортак је овлашћен да поднесе тужбу са захтевом за одузимање овлашћења за пословање ортака, односно овлашћења за заступање, ако за то постоје оправдан разлози, а нарочито: неспособност ортака да правилно води послове друштва, односно да заступа друштво или тежа повреда дужности према друштву, односно неки други оправдан разлог. На основу наведеног намеће се закључак да

ортаци имају право на подношење деривативне тужбе, а што би се односило на комплементарне и командиторе као чланове командитног друштва. Досадашња пракса показује да су подносиоци деривативне тужбе акционари и чланови друштва са ограниченом одговорношћу.

Својство члана друштва, односно акционара са прописаним цензусом капитала доказује се изводом из привредног регистра, односно потврдом коју издаје Централни регистар. Прописани цензус од најмање 5% основног капитала може да поседује један члан или више чланова заједно.

Члан друштва право на подношење деривативне тужбе изводи из права друштва да поднесе тужбу против лица из члана 61. закона због повреде посебних дужности, па је сходно томе дужан да се претходно обрати друштву са захтевом да друштво поднесе тужбу по овом основу, па тек ако његов захтев буде одбијен, односно друштво по истом не поступи у року од 30 дана од дана кад му је такав захтев достављен, стичу се услови за подношење тужбе од члана друштва. У противном тужба се одбацује као недозвољена због недостатка процесне претпоставке, а који став је заузет и у судској пракси.

Из образложења решења Привредног апелационог суда 4149/16 од 14.07.2016. године произлази "да је у конкретном случају тужиља поднела деривативну тужбу, па је првостепени суд пре одлучивања о предложеној привременој мери био дужан да оцени да ли су испуњени законом прописани услови за подношење наведене тужбе, односно да ли је тужиља имала право да поднесе такву тужбу. Посебно ако се има у виду да тужиља није доставила захтев којим се обраћала друштву да поднесе тужбу против тужене и да је друштво тај захтев одбило, односно да је протекао рок од 30 дана од дана подношења захтева".

Законом о привредним друштвима из 2004. године прописано је да се писмени захтев подноси у командитном друштву свим комплементарима, у друштву са ограниченом одговорношћу и акционарском друштву директору или члановима управног одбора или другим лицима која имају овлашћење да поднесу тужбу.

Из образложења решења Привредног апелационог суда Пж 1253/2010 произлази да је конкретна примена наведене норме резултирала ставом да "достављање писаног захтева привредном друштву да поднесе тужбу не врши се на начин предвиђен чланом 128. став 3. Закона о парничном поступку, о достављању правном лицу у просторијама правног

лица, лицу овлашћеном за пријем писмена. Законом је изричито предвиђено да се у акционарском друштву овакав захтев подноси одређеним физичким лицима: директору или члановима управног одбора или другим лицима која имају овлашћење да поднесу тужбу. Првостепени суд није утврдио да ли су тужиоци овакав захтев поднели управо означеним лицима у правном лицу друштву у коме поседују акције, па није на правилан начин испитао да ли се стекао услов за подношење тужбе", иако из образложења одлуке произлази да је првостепени суд утврдио да су тужиоци поднели захтев АД "А" дописом од 28.03.2007. године и да је исто примило допис од 02.04.2007. године. Наведена одредба је изостављена из члана 79. новог закона који предвиђа обавезу достављања захтева друштву, тако да је избегнута могућност горе наведеног тумачења у погледу испуњености овог услова.

Ако у току спора подносилац дериватне тужбе отуђи удео или акције, односно изгуби својство члана друштва, последица тога не би била одбацивање тужбе, јер закон предвиђа да стицалац удела или акције може уз сагласност преносиоца ступити на његово место у спору по тој тужби до његовог правноснажног окончања, као у поступку по ванредном правном леку.

Члан друштва деривативну тужбу подноси у своје име, а за рачун друштва, јер истом штити права друштва против туженог - лица које је повредило посебне дужности са захтевом да се накнада штете плати друштву. Међутим, у пракси се дешава да се по поднетој деривативној тужби тражи исплата накнаде штете тужиоцу, члану друштва.

У таквом случају не долази до аутоматског одбацивања тужбе, јер члан друштва може да понесе и индивидуалну тужбу за накнаду штете, при чему треба да докаже да је због повреде посебних дужности претрпео штету. Наведено схватање је изражено и у решењу Привредног апелационог суда Пж 7811/13 од 06.03.2014. године.

Код повреде правила о одобравању послова у којима постоји лични интерес, друштво може да поднесе тужбу за поништај тог правног посла, односно радње и накнаду штете од лица из члана 61. овог закона које има лични интерес у том послу односно правној радњи. Ако друштво пропусти да поднесе тужбу са захтевом за поништај правног посла ако није прибављено одобрење правног посла, односно правне радње, само чланови друштва могу у своје име, а за рачун друштва да поднесу дерива-

тивну тужбу за поништај правног посла. Члан друштва не би могао индивидуалном тужбом да тражи поништај правног посла због повреде наведене посебне дужности, будући да у своје име и за свој рачун може да поднесе само тужбу за накнаду штете против лица из члана 61. које је повредило посебне дужности према друштву, у ком случају је дужан да докаже да је претрпео штету и да су лица из члана 61. Закона о привредним друштвима одговорна за исту.

У пракси се поставило питање да ли тужилац има правни интерес за поднету деривативну тужбу из члана 41. Закона о привредним друштвима ("Службени гласник РС", број 125/2004) када је друштво накнадно брисано из регистра привредних субјеката на основу решења стечајног суда применом члана 153. Закона о стечају услед дугорочне неспособности за плаћање. У погледу наведеног питања Привредни апелационо суд изразио је став у пресуди Пж 9574/11 од 03.10.2013. године. Наиме, из образложења наведене одлуке произилази "да је првостепени суд нашао да би у конкретном случају утужено потраживање тужиоца за штету настало услед нелојалне конкуренције након закључења поступка стечаја и брисања истог из регистра, представљало накнадно пронађену имовину стечајног дужника, да је поступак стечаја закључен применом члана 153. Закона о стечају, па тужилац као бивши власник предузећа не може накнадно тражити да се спроведе деоба накнадно пронађене имовине из које би добио део сразмерно свом уделу у брисаном привредном друштву, јер имовина стечајног дужника прелази у својину Републике Србије и то како она која је нађена у време спровођења стечаја, тако и накнадно пронађена имовина у смислу члана 154. став 5. Закона о стечају, па је првостепени суд утврдио да тужилац нема правни интерес за вођење поступка против првотуженог за накнаду штете проузроковану нелојалном конкуренцијом као ни против друготуженог који је брисан из регистра привредних субјеката применом члана 153. Закона о стечају, па је одбацио тужбу тужиоца у односу на првотуженог и друготуженог којом је тражио да суд обавезе првотуженог да друготуженом исплати на име стварне штете тражене износе."

Другостепени суд налази "да се ради о дериватној тужби за накнаду штете из члана 41. Закона о привредним друштвима јер је поднета од стране члана друштва у своје име и за рачун друштва. Када тужилац изводи своје право на подношење ове тужбе из права друштва чији је члан а реше-

њем стечајног суда закључен је стечајни поступак над друготуженим након чега је друготужени брисан из регистра привредних субјеката, те у таквој ситуацији стекли су се услови за прекид поступка према друготуженом по члану 214. став 1. тачка 5. Закона о парничном поступку, што није учињено а имовина стечајног дужника над којим је закључен поступак стечаја прешла је у својину Републике Србије, па постоји могућност за наставак прекинутог поступка с обзиром да Република Србија може ступити уместо стечајног дужника у парницу која се води по његовој тужби за наплату потраживања према тада важећем члану 154. став 2. Закона о стечају јер остварена накнада штете по дериватној тужби припада привредном друштву, а лице које је поднело тужбу има право на накнаду трошкова сагласно члану 41. став 6. Закона о привредним друштвима. То значи да би средства која би евентуално припала таквом друштву да постоји уколико буде установљена повреда правила сукоба интереса и забране конкуренције, требало усмерити на одређени рачун као за случај са новопронађеном имовином након стечаја а тужилац би тад имао право на накнаду трошкова. Поред тога постојање правног интереса за подношење тужбе за накнаду штете цени се у тренутку подношења тужбе на основу навода и чињеница у тужби па се не може прихватити став првостепеног суда да тужилац нема правни интерес за подношење тужбе у своје име а за рачун друштва које је накнадно брисано из регистра привредних субјеката".

Међутим, мишљења сам да у конкретној правној ситуацији очигледан правни интерес тужиоца за даље вођење поступка због трошкова поступка није битан и не оправдава даље вођење поступка по деривативној тужби којом се превасходно штити интерес друштва, а које је брисано, при чему у складу са чланом 154. став 2. Закона о стечају, имовина стечајног дужника прелази у својину Републике Србије која не одговара за обавезе друштва, па произлази да тужилац не би имао правног интереса за даље вођење поступка по деривативној тужби. Република Србија не може да ступи у парницу на место стечајног дужника јер тужилац није стечајни дужник, већ члан друштва који своје право на подношење тужбе изводи управо из чињенице да је друштво одбило да поднесе деривативну тужбу, при чему тужени по дериватној тужби не може бити друштво за чији рачун се тужба подноси, већ је тужени лице које има дужности према друштву, па самим тим ни Република Србија на коју прелази имовина стечајног дужника не може бити странка у поступку који је покренут по дериватној тужби.

Рок за подношење деривативне тужбе

За подношење дериватне тужбе није посебно прописан рок, али је чланом 77. Закона о привредним друштвима ("Службени гласник РС", бр. 36/11, 99/11, 83/14, - др. закон, 5/15 и 44/18) предвиђено да друштво може тужбу због повреде посебних дужности од стране лица из члана 61. поднети у року од шест месеци од дана сазнања за учињену повреду, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде. Прописани субјективни и објективни рок важи и за подношење дериватне тужбе, јер члан друштва који подноси дериватну тужбу своје право црпи из права друштва на подношење тужбе за накнаду штете па за њега важе исти рокови. Када је подношење тужбе везано за рок, иста мора да буде благовремено поднета у прописаном року да би суд могао да поступа по тужби, а у противном се одбацује као неблаговремена.

Закон о привредним друштвима из 2004. године не прописује рок за подношење деривативне тужбе, али прописује рок за остваривање права по основу повреде сукоба интереса и правила конкуренције и регулише застарелост потраживања.

Чланом 37. Закона о привредним друштвима из 2004. године предвиђено је да права које привредно друштво има по основу повреде сукоба интереса и правила конкуренције може остваривати привредно друштво и ортак, члан или акционар који има или заступа најмање 5% основног капитала друштва, у року од 60 дана од дана сазнања за учињену повреду односно три године од дана учињене повреде. Код повреде ових дужности ако је тужба поднета по истеку прописаних рокова у досадашњој судској пракси, тужбени захтев се одбијао јер је протекао рок за остваривање права на потраживање по основу накнаде штете.

Наведени рок се у пракси примењује и за остваривање права по основу повреде сукоба интереса и правила конкуренције деривативном тужбом, па ако је тужба поднета по истеку рока за остваривање права тужбени захтев се одбија.

Члан 47. Закона из 2004. године регулише застарелост потраживања, тако да потраживања чланова и акционара према привредном друштву док имају то својство застаревају у року од 180 дана од дана сазнања за разлог подношења тужбе а најкасније у року од три године од дана доспелости ако законом за поједина потраживања није другачије одређено, док потраживање поверилаца привредног друштва према ортацима,

члановима и акционарима застаревају у року од 180 дана од дана сазнања за разлог подношења тужбе а најкасније у року од три године од дана престанка друштва или од дана престанка својства ортака члана и акционара ако законом за поједина потраживања није одређен други рок застарелости. Наведени рокови застарелости примењују се и на потраживања привредног друштва према ортацима, члановима и акционарима као и члановима органа друштва, заступнику и ликвидационом управнику. Сходно наведеном, и за застарелост потраживања накнаде штете по деривативној тужби примењује се субјективни рок од 180 дана од дана сазнања за разлог подношења тужбе и објективни рок од три године који тече од дана доспелости потраживања. Рок из члана 47. закона је од утицаја за одлучивање о приговору застарелости потраживања, као материјалноправном приговору, а не за оцену благовремености тужбе.

Садржина деривативне тужбе

Предмет тужбеног захтева по деривативној тужби је накнада штете која је причињена друштву од стране лица која имају посебне дужности према друштву с тим што тужилац поред накнаде штете може да, зависно од посебне дужности која је повређена, захтева и друга прописана права друштва у таквој ситуацији, а која представљају последице повреде посебних дужности из чл. 67, 71, 74. и 76. Закона и то: поништај правног посла, односно радње код повреде дужности пријављивања послова и радње у којима постоји лични интерес, искључење лица као члана друштва ако је повредило дужност чување пословне тајне, односно правила о забрани конкуренције.

Деривативном тужбом у пракси најчешће се захтева накнада штете коју је друштво претрпело услед непоштовања закона, статут оснивачког акта, или одлуке скупштине од стране лица која имају посебне дужности при чему оцена одговорности за штету захтева и примену одредаба Закона о облигационим односима. Свакако да се штета за друштво огледа у умањењу имовине друштва као и спречавању њеног повећања, применом члана 155. Закона о облигационим односима. Опште је правило из члана 154. Закона о облигационим односима да ко другом проузрокује штету дужан је да је надокнади, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице. Лице које је повредило посебне дужности може одговара за накнаду штете по принципу субјективне одговорности на основу претпостављене кривице. На тужиоцу је терет доказивања основа и виси-

не потраживања накнаде штете да је тужени предузео радње којим је извршио повреду посебних дужности према друштву, при чему је у обавези да наведе све битне чињенице о радњама којима је извршена повреда дужности према привредном друштву, да је услед тих радњи настала штета за друштво, односно да постоји узрочно-последична веза између радњи туженог и умањења имовине друштва на основу које се претпоставља постојање кривице, а на туженом је терет доказивања да је штета настала без његове кривице.

Закон о привредним друштвима посебно прописује да се код повреде дужности пажње тужени – одговорно лице може ослободити одговорности за настану штету ако докаже да је послове из своје надлежности предузимало савесно са пажњом доброг привредника и у разумном уверењу да су одлуку донели у најбољем интересу друштва, а код повреде дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, ако докаже да је правни посао, односно правна радња била усмерена у интересу друштва.

Из члана 558. Закона о привредним друштвима произлази да се одредбе члана 63. до 80. овог закона о посебним дужностима директора примењује и на директоре контролног и контролисаног друштва. У случају да су закључени уговори о контроли и управљању којим друштво поверава управљање и вођење послова другом друштву, контролно друштво има право да даје обавезујућа упутства зависном друштву о начину вођења послова руководећи се интересима друштва, при чему је директор контролног друштва дужан да наведена упутства даје са пажњом доброг привредника.

Искључена је одговорност директора, односно чланова надзорног одбора контролисаног друштва за штету која је настала као последица повреде посебних дужности из чл. 63. до 80. Закона ако докажу да су поступали по упутствима контролног друштва.

У пракси је често доказивање постојања одговорности за настале штете повезано за тешкоћама, а може бити и спорно шта се сматра насталом штетом за друштво.

Из пресуде Привредног суда у Београду П. бр. 7390/13 од 26.08.2016. године произлази "да је предмет тужбеног захтева накнада штете коју је тужени причинио привредном друштву тако што је неовлашћено и неоправдано употребљавао средства тог друштва, а што произи-

лази из решења Пореске управе. Суд је оценио да у спроведеном доказном поступку није несумњиво утврђено да је овде тужени нанео штету привредном друштву нити да је за друштво настала штета у висини износа која се тужбом потражује. Тужиља пре свега тврди да је тужени неовлашћено користио новчана средства друштва и тако стекао корист коју је друштву дужан надокнадити али из приложене пореске документације посебно из записника о извршеним контролама којим је констатовано фактичко стање пословања друштва се види да су спорна решења настала пре свега услед чињенице да се исплаћени новац из благајне друштва није могао оправдати исправама које је друштво поседовало у рачуноводственом смислу. Стога је у том поступку чији је циљ наплата пореза такав расход узиман као приход власника друштва и опорезован. Наведено значи да у поступку пред пореским органом није било утврђено да је тужени за себе присвојио средства која су предмет тужбе већ да исплате из благајне друштва није пратила одговарајућа документација, јер приложени рачуни нису одговарали рачуноводственим исправама које би у смислу наплате пореза били основ за плаћање, па пореска решења са пратећом документацијом сама по себи нису основ одговорности туженог за предметну штету нити из приложене пореске документације произилази одговорност туженог те висине штете чија се накнада тражи".

Наведена пресуда је преиначена пресудом Привредног апелационог суда Пж 7100/2016 од 14.06.2018. године из чијег образложења произилази "да другостепени суд налази да је првостепени суд погрешно квалификовао доказе из којих је утврђено неспорно чињенично стање наводећи да у поступку пред пореским органима није било утврђено да је тужени за себе присвојио средства која су предмет тужбе, већ само да исплате из благајне друштва није пратила одговарајућа документација јер приложени рачуни нису одговарали рачуноводственим исправама који би у смислу наплате пореза били основ за вршење плаћања из чега је и даље извео закључак да тужиља није доказала основаност тужбеног захтева. Управо супротно поступајући у првостепеном поступку на утврђен начин тужени је повредио и посебне дужности одређене цитираном чл. 61. и 63. Закона о привредним друштвима пошто није смео да одобрава подизање исплату готовог новца са пословног рачуна предузећа без правно ваљане и веродостојне документације која из утврђеног чињеничног стања није постојала услед чега је пореска управа и донела наведена решења, те услед тога како је првостепени суд погрешном применом материјалног права на пра-

вилно утврђено чињенично стање донео ожалбену одлуку то је другостепени суд применом цитираних прописа нашао да је тужила доказала основаност тужбеног захтева у смислу да је несумњиво доказала да је тужени нанео штету друштву чији директор је био и да из приложених доказа произилази његова одговорност. Такође, Привредни апелациони суд налази да се из доказа у виду приложене пореске документације који су у првостепеном поступку изведени, јасно и неспорно може утврдити висина штете коју је тужени причинио привредном друштву".

Мишљења сам да у наведеној правној ситуацији пореска решења са пратећом документацијом без оцене навода туженог и доказа на које се позива не могу по аутоматизму бити основ за одговорност директора, а поготово не у погледу висине штете из пореских решења, јер исплатом наведеног износа не значи да је друштво и претрпело штету у том износу код обавезе друштва плаћања пореза у складу са пореским законом, а штета за друштво би могла да се огледа у плаћању казни од стране друштва, камата, а што се утврђује у сваком конкретном случају.

Одлука о захтеву по деривативној тужби

Закон о привредним друштвима из 2004. године предвиђао је да остварена накнада штете по дериватној тужби припада привредном друштву а лице које је поднело тужбу има право на накнаду трошкова поступка. Из члана 79. Закона о привредним друштвима ("Службени гласник РС", бр. 36/11, 99/11, 83/14 – др. закон, 5/15 и 44/18) произилази да један или више чланова друштва могу поднети тужбу из чл. 64, 67, 71, 74. и 76. овог закона у своје име а за рачун друштва, што има за последицу да остварена корист – накнада штете припада друштву, а не подносиоцу тужбе.

Ако тужилац по деривативној тужби успе у спору има право на накнаду потребних трошкова, у складу са одредбама Закона о парничном поступку које регулишу трошкове поступка од туженог - лица које је повредило посебне дужности. У случају одбијања тужбеног захтева тужилац је у обавези на основу члана 153. Закона о парничном поступку, да противној страни надокнади трошкове за које не може да се регресира од друштва у чију корист је тужба поднета. Свакако да овакав процесни положај тужиоца утиче на то да дериватне тужбе не буду у већој мери заступљене у пракси, будући да исти сноси ризик губитка спора кроз плаћање трошкова поступка.

Остали основи подношења деривативне тужбе

Поред деривативне тужбе због повреде посебних дужности Закон предвиђа и друге случајеве у којима се може поднети деривативна тужба. Једна од могућности подношења деривативне тужбе прописана је и чланом 275. Закона о привредним друштвима који регулише ограничење плаћања акционарима.

Друштво не може да врши плаћања акционарима ако је према последњем годишњем финансијском извештају нето имовина друштва мања, или би услед такве исплате постала мања од уплаћеног основног капитала увећаног за резерве које је друштво у обавези да одржава у складу са законом и статутом, ако такве резерве постоје осим у случају смањења основног капитала.

Укупан износ исплата акционарима за пословну годину не може бити већи од добити на крају те пословне године, увећане за нераспоређену добит из претходних периода и износе резерви предвиђених за расподелу акционарима, а умањене за непокривене губитке из претходних периода и износе резерви које је друштво у обавези да одржава у складу са законом или статутом ако такве резерве постоје.

Ако је друштво исплатило добит акционарима противно овим забранама наступају одређене последице за акционаре и друштво. Акционари које су примили добит, односно којима је дивиденда исплаћена без поштовања законског ограничења дужни су да наведене износе врате друштву под условом да су били несавесни, односно да су знали или су морали знати да се плаћање врши у супротности са датим ограничењем.

У случају недопуштене исплате друштво може да поднесе тужбу за повраћај исплаћеног износа који захтев застарева у року од пет година од дана када је исплата извршена. Ако друштво не поднесе тужбу, сваки акционар који испуњава услове из члана 79, да поседује акције које представљају најмање 5% основног капитала друштва, при чему се претходно обратио друштву писменим захтевом да друштво поднесе тужбу по том основу, а тај захтев је одбијен, односно по том захтеву друштво није поступило у року од 30 дана од дана подношења захтева, може поднети дериватну тужбу против туженог-акционара којем је такво плаћање извршено, с тим што остварена добит припада друштву. Како захтев друштва за исплату незаконито исплаћене дивиденде застарева у року од пет годи-

на од дана извршене исплате и захтев тужиоца за исплату по деривативној тужби застарева у року од 5 година од дана када је исплата извршена.

Право на тужбу којом се штити интерес друштва предвиђено је и у члану 49. који регулише одговорност у случају преноса удела и акција као и у члану 471. који регулише располагање имовином велике вредности. Закон у овим члановима изричито не предвиђа да се подноси деривативна тужба као у члану 275, али су друштво и чланови друштва који поседују или представљају најмање 5% основног капитала овлашћени да поднесу тужбу надлежном суду одређене садржине. Тужба из члана 49. подноси се против преносиоца и стицаоца удела који солидарно одговарају према друштву за обавезе преносиоца у вези са улогом насталим до тог преноса.

Према члану 471. Закона о привредним друштвима одлуку о одобравању стицања, односно располагању имовине велике вредности доноси скупштина $\frac{3}{4}$ већином гласова присутних акционара са правом гласа, а одбор директора односно надзорни одбор ако је управљање друштва дводомно припрема предлог одлуке којом Скупштина одобрава стицање, односно располагање имовине велике вредности. Чланови одбора директора односно чланови надзорног одбора ако је управљање друштва дводомно, солидарно су одговорни друштву за штету које то друштво претрпи услед стицања, односно располагања имовином велике вредности ако је то стицање односно располагање спроведено без одлуке којом га скупштина одобрава. У том случају друштво и акционар који поседује или представља најмање 5% основног капитала друштва може поднети тужбу за накнаду штете против истих. За подношење ове тужбе, као и тужбе из члана 49. не произилази да је потребно претходно обраћање друштву, већ само да акционар, члан друштва поседује или представља најмање 5% основног капитала. Специфичност тужбе из члана 471. односи се и на рок у коме се иста може поднети тј., у року од 6 месеци од дана одржавања седнице скупштине на којој је разматран извештај о пословању за пословну годину у којој је извршено стицање односно располагање имовином велике вредности, а најкасније у року од три године од дана стицања односно располагања имовином велике вредности.

Закон овлашћује друштво и акционаре који поседују и представљају најмање 5% основног капитала друштва да могу поднети тужбу за поништај правног посла или правне радње стицања, односно располагање имовином велике вредности под условом да је наведени цензус капитала

поседовао на дан закључења тог правног посла, односно правне радње ако није прибављено одобрење скупштине за закључење правног посла или предузимање правне радње које представљају располагање имовином велике вредности.

Закључак

Као општи закључак свега наведеног може се извести да деривативна тужба представља значајни институт судске заштите којим се омогућава члановима друштва са мањинским учешћем у основном капиталу, односно мањинским акционарима, да штите интересе друштва, а тиме и своје интересе, када то већински чланови друштва или управа друштва пропусти из својих посебних интереса. Кроз оправдано подношење деривативне тужбе друштво се штити од могућих злоупотреба од стране већинских чланова или управе друштва, али није искључена ни могућност злоупотребе наведеног института од стране подносиоца. Међутим, из анализе судске праксе не произлази да су спорови по деривативној тужби значајније заступљени, односно да је овај институт нашао пуну примену, а кроз овај рад покушано је да се укаже на овај сегмент судске праксе у привредном судству.

Јелена Вилдовић Живковић,
судија Привредног апелационог суда

АКТУЕЛНИ ПРАВНИ СТАВОВИ У ПРАКСИ ПРИВРЕДНОГ АПЕЛАЦИОНОГ СУДА

Увод

Привредни апелациони суд, почев од 2016. године, представља своје правне ставове и правна схватања на Годишњем саветовању судија, у организацији Врховног касационог суда.

Обзиром да Привредни апелациони суд има законом прописану обавезу да уједначава судску праксу првостепених привредних судова, а потом и да исту усаглашава са праксом осталих Апелационих судова, ради поштовања уставом гарантованог права странака на правично суђење, то је овај аспект рада од изузетног значаја.

Привредни апелациони суд врши усаглашавање судске праксе привредних судова путем усвајања правних схватања о спорним правним питањима, давањем одговора на постављена питања првостепених судова, који се разматрају на годишњем саветовању судија привредних судова на Златибору, пре усвајања на седницама Одељења за привредне спорове и Одељења за привредне преступе, као и објављивањем сентенци из одлука Привредног апелационог суда.

За ово саветовање, издвојено је правно схватање о форми пуномоћја за заступање, које је усвојено на седници Одељења за привредне спорове дана 22.12.2017. године.

Такође су дати и поједини одговори на постављена питања из области парничног поступка, материјалног права, извршења и обезбеђења, стечајног права и привредних преступа, који су усвојени на седницама Одељења за привредне спорове и Одељења за привредне преступе, одржаним 16, 17, 20. и 30. новембра 2017. године.

Остали усвојени одговори на питања привредних судова, поред наведених у овом реферату, објављени су у Билтену судске праксе привредних судова бр. 3/2017.

**ПРАВНО СХВАТАЊЕ
УСВОЈЕНО НА СЕДНИЦИ ОДЕЉЕЊА ЗА ПРИВРЕДНЕ СПОРОВЕ
22.12.2017. ГОДИНЕ**

ФОРМА ПУНОМОЋЈА ЗА ЗАСТУПАЊЕ

(члан 90. у вези са чланом 100. Закона о парничном поступку)

Пуномоћје, сагласно члану 90. Закона о парничном поступку, странка издаје у писаном облику. Пуномоћје је исправа и може бити приложено у изворнику или препису у смислу одредбе члана 100. став 1. истог закона.

Ни пуномоћје достављено у изворнику, ни у копији као савременој замени ручног преписа, не мора бити оверено, па се поднесак уз који се прилаже не може одбацити.

На захтев супротне стране или по службеној дужности, суд може наложити подносиоцу доставу пуномоћја у изворнику.

О б р а з л о ж е њ е

Овлашћење за заступање у парници заснива се једностраном изјавом воље странке.

Странка пуномоћје издаје у писаном облику, како је прописано одредбом чл. 90 Закона о парничном поступку, оно се мора доставити суду при предузимању прве радње у поступку и не мора бити оверено, односно властодавац није у обавези да свој потпис на пуномоћју овери, у смислу Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа.

У грађанском процесном праву исправом се сматра сваки предмет на коме је писаним знацима забележена нека мисао¹. Исправе се, с обзиром на издаваоца, могу поделити на јавне и нејавне, односно приватне исправе. Јавна исправа дефинисана је одредбом члана 238. став 1. Закона о парничном поступку као исправа коју је у прописаном облику издао надлежни државни и други орган у границама својих овлашћења, као и исправа коју је у таквом облику издала, у вршењу јавних овлашћења, друга организација или лице. Приватне исправе су све оне исправе које не испуњавају услове јавне исправе (да је издао надлежни орган, у прописа-

¹ др Боровоје Познић, *Грађанско процесно право* (стр.263), Др. Синиша Трива и др Михајло Дика, *Грађанско парнично процесно право* (стр. 511)

ном облику, у оквиру надлежности тог органа), а могу бити издате од стране било физичког било правног лица.

Пуномоћје, као писани запис једностране изјаве воље, јесте исправа.

Сагласно одредби члана 100. став 1. Закона о парничном поступку исправе које се прилажу поднеску подносе се у изворнику или препису. Самим тим и пуномоћје, као исправа, може се поднети у изворнику (оригиналу) или препису односно копији. Како копија представља савремену замену ручног преписа то се на копије исправа морају применити одредбе Закона о парничном поступку које се односе на препис истих, па и одредба члана 100. став 2. наведеног прописа. То даље значи да ако је исправа приложена у препису или копији, суд ће на захтев противне странке решењем да наложи подносиоцу да поднесе суду исправу у изворнику, а противној странци дозволиће да се упозна са његовом садржином. Ово се односи и на пуномоћје будући да је и оно исправа.

Наведено не искључује овлашћење суда да, у случају када сам посумња у саобразност копије пуномоћја оригиналу, затражи од подносиоца да исто достави у изворнику или овереној копији. Овакво овлашћење суда произилази и из одредбе чл. 91 ст. 2 Закона о парничном поступку којом је прописано да је суд дужан да у току целог поступка пази да ли је лице које се појављује као пуномоћник овлашћено за заступање.

ОДГОВОРИ НА ПИТАЊА ПРИВРЕДНИХ СУДОВА

1. ПАРНИЧНИ ПОСТУПАК

1. Питање:

Ко је овлашћен да у парничном поступку заступа јединицу локалне самоуправе, у ситуацији када та јединица нема формирано јавно правобранилаштво?

Одговор:

До ступања на снагу Закона о правобранилаштву ("Службени гласник РС", број 55/14) послове заштите имовинских права и интереса општине могло је да обавља лице које није законски заступник-правобранилац, и то у складу са одредбом члана 1. став 1. Закона о јавном правобранилаштву ("Службени гласник РС", бр. 43/91), али је било дужно да приложи Одлуку Општине, односно Статут којом се одређује да ће имовинска права и интере-

се општине у пословима правне заштите обављати председник општине или лице које председник овласти, а не јавни правобранилац.

Међутим, према члану 2. став 1. Закона о правобранилаштву правобранилаштво је орган који обавља послове правне заштите имовинских права и интереса Републике Србије, аутономне покрајине односно јединице локалне самоуправе, док према одредби става 4. истог члана послове правобранилаштва за заштиту имовинских права и интереса аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе обављају правобранилаштва аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе. Уређење и организација, као и друга питања од значаја за рад правобранилаштва аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе утврђују се одлуком аутономне покрајине, односно одлуком јединице локалне самоуправе, у складу са основама за уређење и организацију правобранилаштва прописаних овим законом. Према члану 51. став 1. тог закона послове правне заштите имовинских права и интереса аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе обавља правобранилаштво аутономне покрајине, односно правобранилаштво јединице локалне самоуправе, а према ставу 2. истог члана образовање и уређење правобранилаштва аутономне покрајине и правобранилаштва јединице локалне самоуправе уређује се у складу са основама за уређење и организацију правобранилаштва прописаних овим законом. Према члану 52. став 1. тог закона правобранилаштво аутономне покрајине и правобранилаштво јединице локалне самоуправе у поступцима пред судовима, управним и другим надлежним органима заступа аутономну покрајину односно јединицу локалне самоуправе ради заштите њених имовинских права и интереса. Према одредби члана 18. став 1. Закона о правобранилаштву државно правобранилаштво може на захтев другог правобранилаштва, односно јединице локалне самоуправе пружити правну помоћ или преузети заступање.

Имајући у виду цитиране законске одредбе, у поступцима пред судом јединицу локалне самоуправе заступа правобранилаштво јединице локалне самоуправе, а када у општини као основној јединици локалне самоуправе није формирано правобранилаштво, општина се може послужити својим правом из члана 18. став 1. Закона о правобранилаштву и тражити од државног правобранилаштва да преузме заступање општине пред судом. У тој ситуацији општину ће бити овлашћено да заступа државно правобранилаштво или лице које одреди орган који је требало да формира правобранилаштво.

2. Питање:

Треће лице је покренуло парнични поступак ради проглашења да је извршење недопуштено. Као туженог означава извршног повериоца који је страно правно лице, а наводи и пуномоћника кога је извршни поверилац имао у току извршног поступка.

Да ли се пуномоћник извршног повериоца из извршног поступка може сматрати његовим пуномоћником и у овом парничном поступку, односно да ли се тужба доставља том пуномоћнику или туженом (извршном повериоцу – иностраном правном лицу) лично, путем Министарства правде и дипломатско конзуларног представништва?

Одговор:

Према члану 133. Закона о парничном поступку достављање правним и физичким лицима у иностранству врши се дипломатским путем ако у међународном уговору или закону није другачије предвиђено.

Пуномоћје којим је извршни поверилац, страно правно лице, овластио адвоката да га заступа у извршном поступку, овлашћује тог адвоката искључиво да заступа даваоца пуномоћја у том извршном поступку.

Стога се тужба трећег лица ради утврђења да је извршење на одређеном предмету недозвољено мора доставити извршном повериоцу, страном правном лицу, лично, на начин предвиђен чланом 133. Закона о парничном поступку.

Нема сметњи да суд примерак – копију тужбе достави пуномоћнику из извршног поступка, с налогом да се у остављеном року изјасни да ли ће заступати страно лице и у парничном поступку, и да у случају заступања достави ново пуномоћје за заступање у парничном поступку, у ком случају неће бити потребно достављање у иностранство. Међутим, ако се тај пуномоћник не изјасни, или се изјасни да неће бити пуномоћник у парници, мора се извршити достављање страном лицу по одредбама члана 133. Закона о парничном поступку.

3. Питање:

Да ли постоји правни интерес за подношење тужбе, односно за даље вођење поступка у коме се тражи утврђење да се извршење прогласи недопуштеним, ако је извршни поступак окончан (без обзира да

ли обуставом или закључењем), те да ли постоји обавеза тужиоца да у том случају преиначи тужбу?

Одговор:

Извршни дужник као и треће лице имају правни интерес да се донесе одлука по поднетој тужби да се извршење на одређеном предмету прогласи недозвољеним, уколико је извршни поступак окончан закључењем након намирења.

Чланови 81. став 6. и 111. став 4. Закона о извршењу и обезбеђењу овлашћују извршног дужника, као и треће лице у случају да је извршење окончано тако што је извршни поверилац намирен, а главна расправа пред првостепеним судом није још закључена, да као тужиоци преиначе поднете тужбе и без пристанка извршног повериоца и да захтевају да суд обавезе извршног повериоца као туженог да им врати оно што је примио извршењем и накнади трошкове извршног поступка.

Поред тога, чл. 113, 119. и 115. став 1. тачка 4. Закона о извршењу и обезбеђењу овлашћују извршног дужника, као и треће лице да поднесе предлог за противизвршење уколико је извршење спроведено на предмету на коме је правноснажном судском одлуком утврђена недозвољеност извршења, у року од 30 дана од када је извршник дужник односно треће лице примило одлуку.

Из наведених одредби произлази да извршни дужник, као и треће лице имају правни интерес да се оконча парница по поднетој тужби ради утврђења да је извршење на одређеном предмету недозвољено. У случају да успеју у покренутим парницама, извршни поверилац би био дужан да врати извршном дужнику, односно трећем лицу, оно што је примио извршењем.

Сходно чл. 81. став 6. и 111. став 4. Закона о извршењу и обезбеђењу, под условом да је извршни поверилац намирен, а главна расправа пред првостепеним судом није још закључена, извршни дужник, као и треће лице у својству тужилаца имају право али не и обавезу да преиначе тужбу и да захтевају да суд обавезе извршног повериоца као туженог да врати оно што је примио извршењем и накнади трошкове извршног поступка.

Извршни дужник, као и треће лице имају правни интерес да се парнични поступак по поднетим тужбама да се извршење на одређеном предмету прогласи недозвољеним, оконча, доношењем мериторне одлуке. У случају да успеју у парницама и под условом да је спровођење изврше-

ња окончано тако што је извршни поверилац намирен, извршни дужник, као и треће лице могу поднети предлог за противизвршење у року од 30 дана од када су примило пресуду, сходно чл. 113, 119. и 115. став 1. тачка 4. Закона о извршењу и обезбеђењу. Уколико су преиначили тужбу на основу овлашћења из чл. 81. став 6. и 111. став 4. Закона о извршењу и обезбеђењу, стичу извршну исправу на основу које могу да покрену извршни поступак за враћање онога што је извршни поверилац, тужени у парници, примио на основу извршења.

У случају да је извршни поступак окончан обуставом, постојање правног интереса за подношење ове тужбе, односно његов престанак у току трајања парнице зависи од разлога који су довели до обуставе извршног поступка и стога се постојање и престанак правног интереса мора разматрати и ценити у сваком појединачном случају.

У одређеним ситуацијама правни интерес за ову тужбу престаје обуставом извршног поступка. То је, између осталог, случај када извршна исправа на основу које је одређено извршење буде правноснажно или коначно укинута, преиначена или стављена ван снаге, или ако странка премине, а потраживање није наследиво, или ако странка која је правно лице престане да постоји, а нема следбеника итд.

Међутим постоје ситуације када правни интерес не престаје да постоји иако је извршни поступак окончан обуставом.

Тако, према члану 129. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу, решењем о обустави укидају се и све спроведене радње, ако се тиме не дира у стечена права других лица. Друга лица су најчешће купци ствари продате у извршном поступку ради намирења извршног повериоца. Због тога, извршни дужник или треће лице имају правни интерес да се покренута парница оконча. Поред тога, према ставу 3. истог члана радње којима је извршни поверилац стекао заложно право у извршном поступку не укидају се ако је поступак обустављен због стечаја над извршним дужником. У случају обустављања стечаја над извршним дужником постојао би правни интерес за окончање покренуте парнице.

4. Питање:

Да ли отварање стечајног поступка према умешачу доводи до прекида поступка?

Одговор:

Одредбом члана 222. Закона о парничном поступку прописано је да суд утврђује прекид поступка кад: 1) странка умре; 2) странка изгуби парничну способност; 3) законски заступник странке умре или престане његово овлашћење за заступање; 4) странка која је правно лице престане да постоји, односно кад надлежни орган правноснажно одлучи о забрани рада; 5) наступе правне последице отварања поступка стечаја; 6) услед ратног стања или ванредних догађаја престане рад у суду; 7) кад је то другим законом прописано.

Наведена одредба прописује разлоге због којих се прекида парнични поступак по сили закона. То су разлози који се тичу странака и разлози који се тичу суда. Тужилац и тужени су парничне странке и поступак тече између њих, а умешач учествује на страни једне од странака. Зато до прекида парничног поступка долази кад наступе правне последице отварања поступка стечаја над тужиоцем или туженим као парничним странкама (члан 222. тачка 5. ЗПП).

Закон, дакле, не прописује, нити из закона произлази да до прекида може доћи из разлога који се тичу умешача, па се стога поступак који тече између тужиоца и туженог не прекида из разлога отварања поступка стечаја над умешачем, чак и у ситуацији када умешач има положај јединственог супарничара, јер се и у том случају не ради о парничној странци, већ о трећем лицу које је као учесник у поступку добило статус умешача.

5. Питање:

Да ли је у споровима мале вредности дозвољена посебна жалба против решења којим се одбија приговор стварне или месне надлежности суда?

Одговор:

Чланом 478. став 1. Закона о парничном поступку прописано је да је у поступку о споровима мале вредности дозвољена посебна жалба само против решења којим се окончава поступак, док је ставом 2. истог члана прописано да се остала решења против којих је по овом закону дозвољена посебна жалба могу побијати само жалбом против одлуке којом се поступак окончава.

Решење којим се одбија приговор стварне или месне надлежности суда није решење којим се окончава поступак.

У том смислу, није дозвољена посебна жалба против решења којим се одбија приговор стварне или месне надлежности суда, у смислу члана 478. став 1. Закона о парничном поступку већ се исто може побијати само жалбом против одлуке којом се поступак окончава, на основу члана 478. став 2. Закона о парничном поступку.

2. МАТЕРИЈАЛНО ПРАВО

1. Питање:

Да ли несагласни мали акционар, који испуњава све формалне услове, може успети у спору за побијање одлуке Скупштине акционара, која није сазвана на законит начин, или ће тужбени захтев бити одбијен из разлога што исти акционар, и да је Скупштина уредно сазвана, не би својим гласом могао надгласати већинске акционаре?

Одговор:

Слично питање се понавља још од доношења претходно важећег Закона о привредним друштвима, који је први детаљније регулисао право на побијање одлука скупштине акционарског друштва. Тако, у Билтену судске праксе привредних судова бр. 4/15 је дат одговор на питање број 10. из области материјалног права, које је било потпуно исто постављено, само уз напомињање да су одлуке на скупштини донете 2/3 гласова већинских акционара. Зато се у овом одговору неће детаљније анализирати право на побијање одлука скупштине и поступак побијања, који су регулисани члановима 376-380. Закона о привредним друштвима.

Међутим, оно што се уочава код свих питања је погрешна констатација да право на побијање одлука има несагласни мали (мањински) акционар. Право на побијање одлуке скупштине акционарског друштва имају они акционари који су имали право на учешће у раду седнице скупштине, на којој је донета одлука која се побија, који могу тражити и накнаду штете у поступку побијања. Ти акционари, то је потпуно јасно, нису сагласни са донетом одлуком скупштине и зато је побијају, али им то не даје својство несагласног акционара, у смислу дефинисања појма несагласног акционара из Закона о привредним друштвима.

Да би стекли статус несагласног акционара, ради остварења права на откуп акција, акционари морају да гласају против или да се уздрже од гласања за одлуке скупштине, таксативно набројане у члану 474. став 1. Закона о привредним друштвима. То значи да само приликом доношења тих одлука, а не и осталих одлука скупштине, акционар друштва стиче право као несагласни акционар на откуп акција, под условом да је гласао против одлуке или се уздржао од гласања, уз прописану могућност и да не присуствује седници, али да друштву достави захтев за откуп акција, у смислу члана 474. став 2. и члана 475. став 2. Закона о привредним друштвима.

Наведено подразумева да је тај акционар био уредно позван на седницу скупштине на којој се доносе одлуке о којима треба да гласа, да би уопште могао да гласа против или се уздржи од гласања, односно достави захтев за откуп, и на тај начин оствари своје право на откуп акција као несагласни акционар. Саставни део материјала за седницу скупштине на којој се доноси одлука из члана 474. став 1. Закона је и обавештење о правима несагласних акционара на откуп њихових акција и формулар захтева за откуп, што је поступак остваривања права на откуп акција прописан чланом 475. Закона о привредним друштвима.

Уколико седница скупштине није сазвана на законит начин и тај акционар на седницу није позван уредно, њему је тиме онемогућено да оствари своје законом предвиђено право на откуп акција, независно од чињенице што својим гласом не би могао да утиче на доношење одлуке. Закон му је, баш из тог разлога, и дао могућност да више не буде акционар акционарског друштва са чијим одлукама није сагласан, у ком случају је друштво дужно да откупи његове акције. Зато је даље и предвиђено, у члану 474. став 3. Закона о привредним друштвима, да акционар, који затражи од друштва да од њега откупи акције, не може оспоравати одлуку друштва на којој заснива то своје право, што значи да од момента подношења захтева за откуп акција тај акционар више не може побијати ту одлуку скупштине.

Ако се цитирана законска решења тумаче заједно са одредбом чланом 381. Закона о привредним друштвима, којом је регулисано када одлука скупштине неће бити поништена, одговор на постављено питање је исти као и претходно дати одговор у Билтену бр. 4/15, да чињеница да мањински акционар не би могао да утиче на другачије одлучивање седнице скупштине акционарског друштва сама по себи не доводи до одбијања

тужбеног захтева, без оцене настале повреде права мањинског акционара услед незаконитог сазивања седнице скупштине друштва.

2. Питање:

Да ли је корисник непокретности, који је као корисник уписан у катастар непокретности, пасивно легитимисан по тужби за утврђење својине на наведеној непокретности, у ситуацији када је истом тужбом тужен заједно са лицем које је у катастар непокретности уписано као власник?

Одговор:

Имајући у виду постављено питање из истог се не може на јасан начин закључити о ком облику својине се ради, с обзиром да према тренутно важећим позитивни прописима егзистирају три облика својине, јавна, задружна и приватна својина.

Међутим, како се овде помиње корисник непокретности који је уписан у катастар непокретности, претпоставка је да се ради о јавној својини, али пошто нема довољно прецизних података, одговор ће бити уопштен. Право својине по свом садржају је јединствено право, а својинска овлашћења у која спада и право коришћења и право располагања су неодвојиви саставни део права својине. У ситуацији када на одређеној непокретности у катастру непокретности постоји уписан и власник и носилац права коришћења, онда се и то лице, односно уписани корисник мора обухватити тужбом за утврђење права својине, с обзиром да сви имаоци својинских овлашћења на одређеној непокретности чине једну материјално-правну заједницу, па лице које тужбом тражи утврђење права својине на непокретности мора засновати пасивно супарничарство које ће обухватити све субјекте који имају својинска овлашћења у погледу одређене непокретности, што у сваком случају право коришћења јесте.

Једино Закон о јавној својини за сада познаје право коришћења јавне својине које могу да имају јединице локалне самоуправе, односно општине у односу на град, као титулара или јавна предузећа чији су оснивачи титулари јавне својине и друга лица којима то право даје Закон о јавној својини. Примера ради могућ је спор између државе и града о праву својине на некој непокретности, а да је рецимо уписани корисник општина, као јединица локалне самоуправе, која не може да буде носилац јавне својине, али може да има право коришћења на тој јавној својини.

3. Питање:

У спору правног лица које је власник оштећеног возила у саобраћајној незгоди коју је скривио осигураник туженог и туженог који је осигуравајуће друштво, ради накнаде штете, у ситуацији када вештак саобраћајне струке истиче да није у могућности да на валидан начин спроведе временско-просторну анализу настанка незгоде јер је рађен само "Европски извештај о незгоди",

- да ли прихватити предлог вештака да се изврши анализа датих изјава учесника у незгоди, када се тужени противи овом предлогу сматрајући да изјаве учесника нису поуздани параметри на основу којих се може израдити правилан налаз и мишљење?

- да ли тужиоцу припада накнада тоталне штете коју је утврдио вештак налазећи да није економски рентабилно доводити у технички исправно и првобитно стање возило или штету у висини поправке возила са урачунатим ПДВ-ом и са урачунавом амортизацијом оштећених делова од 50% на дан давања налаза, како тужбеним захтевом тражи тужилац?

Одговор:

У глави петој Закона о основама безбедности саобраћаја на путевима – "Дужности у случају саобраћајне незгоде", у члану 156. став 4. нормирано је правило о дужности возача да после саобраћајне незгоде у којој је проузрокована само мања штета, одмах уклоне возила са коловоза и да размене личне податке и попуне и потпишу Европски извештај о саобраћајној незгоди.

Образац (формулар) Европског извештаја о саобраћајној незгоди ауторизован је од стране Комитета за осигурање (С.Е.А.) и садржи простор за податке о датуму незгоде, времену незгоде, месту незгоде, повређеним учесницима незгоде, именима, адресама и телефонима сведока незгоде, возилима која су учествовала у незгоди, материјалној штети на возилима која су учествовала у незгоди и на другим стварима, детаљним околностима које су довеле до незгоде, простор за скицу оштећених делова на возилима и простор за скицу у тренутку настанка незгоде, као и властите напомене учесника незгоде и њихове потписе. На полеђини Европског извештаја о саобраћајној незгоди налази се упутство за попуњавање усаглашених изјава и извештаја о саобраћајној незгоди. Ако је образац Европског извештаја попуњен према упутству о попуњавању, судски

вештак може без већих тешкоћа извршити анализу – временску и просторну, која је потребна за сачињавање налаза и мишљења.

Како је *basis* налаза и мишљења вештака његова струка и наука, то вештак користећи се својим стручним знањем којим суд не располаже, може да утврди и разјасни чињенице које се односе на изјаве учесника у незгоди дате на обрасцу Европског извештаја о саобраћајној незгоди, без обзира на противљење странака, односно странке. Међутим, суд не би смео без икакве резерве да прихвати налаз и мишљење вештака као подлогу за своју мериторну одлуку. Суд је дужан да налаз и мишљење вештака цени слободно, применом правила о слободној оцени доказа из члана 8. Закона о парничном поступку. Зато суд не сме *prima facie* да као доказане узме чињенице које је вештак у налазу утврдио. Управо је обрнуто, суд је дужан да на основу резултата примене и других доказних средстава, оцени да ли су чињенице, које је вештак у налазу утврдио, тачне или нису тачне. У том смислу, применом правила о слободној оцени доказа, суд је дужан да цени и мишљење вештака. Ако странка злоупотребљава своја процесна права на тај начин што својим противљењем осујећује могућност употребе неког доказног средства – као што су изјаве учесника саобраћајне незгоде дате на обрасцу Европског извештаја о саобраћајној незгоди, суд ће применом правила о слободној оцени доказа из члана 8. Закона о парничном поступку, одлучити по свом уверењу које ће чињенице сматрати доказаним, а то уверење суд стиче на основу савесне и брижљиве оцене сваког доказа понаособ и свих доказа заједно. Савесна и брижљива оцена доказа подразумева дужност суда да своје уверење о истинитости чињеница које су предмет доказивања, формира на основу: 1) личних општих ставова искуства тј. свог најбољег знања и умећа, 2) објективно сазнатљивих ставова искуства других, 3) објективно сазнатљивих ставова искуства науке. Оцена доказа, па и оцена изјава учесника саобраћајне незгоде датих на обрасцу Европског извештаја о саобраћајној незгоди, није само субјективна ствар судије, већ је објективизирана дужношћу употребе општих ставова искуства, а нарочито ставова искуства науке.

Кад се висина обичне штете одређује у новцу, она се одређује на основу вредности оштећеног добра, у конкретном случају моторног возила, пре и после проузроковања штете, а према ценама у време доношења судске одлуке (односно сачињавања налаза и мишљења судског вештака). Разлика између ове две новчане вредности представља висину обичне штете изражену у новцу и у исто време висину накнаде обичне штете

(члан 189. став 2. Закона о облигационим односима). На досуђени новчани износ накнаде штете, оштећеник има право на законску затезну камату од дана доношења судске одлуке (односно сачињавања налаза и мишљења судског вештака) па до дана исплате досуђене накнаде штете.

На обим накнаде штете која се захтева тужбом у судском поступку не утиче чињеница да су учесници саобраћајне незгоде потписали Европски извештај о саобраћајној незгоди који се попуњава кад је у питању само мања штета. Оштећеник има право да у судском поступку оствари право на ону накнаду штете, која се стварно и догодила.

4. Питање:

Ако је предмет тужбеног захтева накнада штете за неискоришћени годишњи одмор и суд нађе да је исти основан, од када тужилац има право на камату?

Одговор:

Право на накнаду штете за неискоришћени годишњи одмор запослени остварује у случајевима:

- престанка радног односа – члан 76. Закона о раду;
- ускраћивања права на његово коришћење - члан 164. Закона о раду.

У случају престанка радног односа послодавац је дужан да запосленом који није искористио годишњи одмор у целини или делимично, исплати новчану накнаду уместо коришћења годишњег одмора, у висини просечне зараде у претходних 12 месеци, сразмерно броју дана неискоришћеног годишње одмора, а накнада коју дугује има карактер накнаде штете. Право на такву новчану накнаду припада запосленом који није искористио годишњи одмор, без обзира на који начин је дошло до престанка радног односа (споразумни раскид, отказ од стране запосленог, отказ од стране послодавца), а исту је послодавац дужан да исплати на дан престанка радног односа или најкасније у року од 30 дана од престанка радног односа, сходно члану 186. став 2. Закона о раду, истеком ког рока запосленом припада и право на камату.

С друге стране, у случају повреде права на годишњи одмор, тј. у ситуацији када је послодавац због потребе процеса рада или из других разлога онемогућио запосленог у коришћењу годишњег одмора, сматраће се да запослени није користио годишњи одмор кривицом послодавца.

Послодавац је дужан да му, сходно члану 164. Закона о раду, накнади штету због неискоришћеног годишњег одмора у висини накнаде коју би запослени остварио да је користио годишњи одмор. Право на камату, у том случају, запосленом припада истеком календарске године у којој је требало да користи одмор.

5. Питање:

Да ли накнаде за испоручену топлотну енергију, одвожење смећа и друге комуналне услуге, спадају у повремена давања, па сходно томе застаревају у року од три године од сваког појединог давања у смислу члана 372. Закона о облигационим односима?

Одговор:

Накнаде за испоручену електричну енергију, одвожење смећа и друге комуналне услуге, не спадају у повремена давања, те се у погледу ове врсте потраживања не може применити рок застарелости из члана 372. Закона о облигационим односима.

Наиме, у члану 372. став 1. Закона о облигационим односима повремена давања су дефинисана као давања које доспевају годишње или у краћим временским размацима (повремена потраживања), па било да се ради о споредним повременим потраживањима као што је потраживање камате било да се ради о таквим повременим потраживањима којима се исцрпљује само право као што је потраживање издржавања, те таква потраживања застаревају у року од 3 године од доспелости сваког појединог давања. У ставу 2. истог члана прописано је да исто важи и за ануитете којима се у једнаким унапред одређеним повременим износима отплаћују главница и камате, али не важи за отплате у оброцима и друга делимична испуњења.

Из наведене одредбе следи да су повремена давања (повремена потраживања) таква давања чија је висина унапред позната (станарине, закупнине и друга) и која доспевају у једнаким размацима времена.

С друге стране, потраживања за испоручену електричну енергију, одвожење смећа и друге комуналне услуге су потраживања која се обрачунавају повремено што може бити и у једнаким временским размацима. Међутим, њихова висина није иста за сваки период обрачуна, односно

њихова висина зависи од обима услуга које су пружене кориснику у периоду обрачуна. Висина таквих потраживања није унапред позната.

У члану 321. став 4. Закона о облигационим односима јасно је формулисано да законодавац разликује ове две врсте потраживања, а што је присутно и у другим одредбама Закона о облигационим односима (о застарелости и др).

У том смислу рок за повремена давања из члана 372. Закона о облигационим односима није и застарни рок за потраживања која се повремено обрачунавају.

3. ИЗВРШЕЊЕ И ОБЕЗБЕЂЕЊЕ

1. Питање:

Да ли је неуредан предлог за извршење по основу веродостојне исправе који као идентификационе податке о извршном дужнику, физичком лицу, садржи назначење његовог имена, презимена и пребивалишта, а не садржи ЈМБГ и датум рођења и да ли је јавни извршитељ овлашћен (дужан) да предлог одбаци?

Одговор:

Извршни поступак у коме је као извршни дужник означено физичко лице није у надлежности привредног, већ основног суда како то произлази из одредби Закона о уређењу судова.

Чланом 30. Закона о извршењу и обезбеђењу је прописано који подаци представљају идентификационе податке за странке у поступку зависно од тога да ли се ради о физичком, правном, домаћем или страном лицу, односно предузетнику. У ставу 1. овог члана наведени су обавезни подаци у предлогу за извршење ако је странка физичко лице; у ставу 2. ако је правно лице; у ставу 3. ако је предузетник.

Привредни суд је надлежан ако је странка предузетник, па ако је предузетник извршни дужник, а извршни поверилац је привредни субјект, пружалац комуналне и сродне услуге, подаци о датуму рођења и јединственом матичном броју грађана за предузетника нису обавезни подаци. Ако је предузетник изгубио предузетничко својство пре подношења предлога за извршење, за поступање је надлежан основни, а не привредни суд.

У овим предметима надлежност суда се огледа у надлежности за одлучивање о приговору странке против решења јавног извршитеља, односно у надлежности парничног суда за решавање спора ако приговор дужника буде усвојен.

Одредбу о обавезном назначењу датума рођења и јединственог матичног броја треба тумачити полазећи од тога да је у јединственом матичном броју садржан датум рођења. Зато одсуство посебног назначења датума рођења не би представљало недостатак због којег се по предлогу за извршење не би могло поступати. Међутим, обрнуто не важи, па уколико је означен само датум рођења, а није означен јединствени матични број грађана, предлог није потпун и то представља разлог за његов одбачај.

2. Питање:

Да ли је у поступку извршења на основу веродостојне исправе против свих решења дозвољен приговор као правни лек и жалба против одлуке о приговору, па и решења којим се суд оглашава стварно или месно ненадлежним?

Одговор:

Чланом 24. став 2. Закона о извршењу и обезбеђењу је прописано да се решење првостепеног суда или јавног извршитеља побија жалбом осим ако законом није одређено да жалба није дозвољена или ако није одређено да се решење побија приговором. Ставом 3. истог члана је прописано да се приговор подноси против решења донетог о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе. Одредба је општег карактера, а детаљније је уређена чланом 85. став 1. закона који прописује да извршни дужник приговором побија решење о извршењу на основу веродостојне исправе, а извршни поверилац приговором побија решење о одбацивању или одбијању предлога.

Из тога следи да је правни лек против осталих решења као што је решење о оглашавању суда стварно и месно ненадлежним, о прекиду или обустави поступка, жалба о којој одлучује другостепени суд. Уз изузетак предвиђен у односу на одлуку о трошковима, која се самостално побија приговором.

3. Питање:

Да ли веће суда може да укине решење извршитеља у целости и одбаци предлог за извршење уколико је решење донето у односу на радњу без ознаке имена и презимена предузетника?

Одговор:

Из питања произлази да се ради о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе ради наплате потраживања из обављања комуналних и сродних делатности о коме одлучује јавни извршитељ. Јавни извршитељ, као и суд, по службеној дужности пази да ли је предлог за извршење потпун и да ли садржи све оно што је прописано Законом о извршењу и обезбеђењу и сходном применом одредби Закона о парничном поступку. Уколико јавни извршитељ не санкционише недостатке због којих се у ствари по предлогу није ни могло поступати, веће има овлашћење да укине решење о извршењу и предлог одбаци, јер се извршење и не може спроводити ако странке нису правилно означене.

4. Питање:

Да ли је дозвољен правни лек против одлуке о спајању поступка и који, с обзиром на то у којој фази поступка је донето решење?

Одговор:

Одредбом члана 328. Закона о парничном поступку је прописано да се решењем ради заједничког расправљања може спојити више парница које пред истим судом теку између истих лица. Решење о спајању парница представља решење којим се руководи расправом и против кога у смислу одредбе члана 326. Закона о парничном поступку није дозвољена посебна жалба.

Имајући у виду природу извршног поступка и чињеницу да Закон о парничном поступку регулише спајање више парница које су почеле да теку, што подразумева спајање поступака који су у току, не постоје услови да се цитиране одредбе о спајању парница примењују у извршном поступку.

У извршном поступку не постоје услови за спајање више предлога за извршење или више извршних поступака, јер и сам Закон о извршењу и обезбеђењу такво спајање не предвиђа, већ предвиђа могућност ступања у већ започети поступак у складу са законом прописаним условима.

Међутим, уколико се поступци ипак споје, одлука о спајању нема природу решења, већ закључка јер се према одредби члана 23. Закона о извршењу и обезбеђењу закључком налаже предузимање извршних радњи и управља извршним поступком. Према одредби члана 24. Закона о извршењу и обезбеђењу против закључка нису дозвољени ни приговор, ни жалба.

С обзиром на све претходно наведено није од утицаја на врсту одлуке и право на правни лек у којој фази поступка се доноси одлука о спајању поступка.

5. Питање:

Члан 65. Закона о извршењу и обезбеђењу ("Службени гласник РС", број 106/15) предвиђа да извршни поверилац може у току целог извршног поступка, па и после правноснажности да повуче предлог за извршење без пристанка извршног дужника, у ком случају се поступака обуставља. Да ли суд или јавни извршитељ доноси решење о обустави поступка у ситуацији када извршни поверилац повуче предлог за извршење у целости или делимично?

Одговор:

Извршни поступак може да се оконча према члану 128. Закона о извршењу и обезбеђењу обуставом или закључењем.

Обуставом извршног поступка, извршни поверилац није намирен у поступку спровођења извршења, али је даље спровођење извршења онемогућено из законом прописаних разлога или због фактичке немогућности даљег поступања, као и због чињенице да је потраживање престало пре или у току трајања поступка. То доводи до немогућности поступања суда или јавног извршитеља у зависности ко спроводи извршење због чега је потребно да се извршни поступак обустави. Када и ако престану сметње за даље поступање тако што се промене околности које су се спречавале спровођење извршења, нема сметњи да извршни поверилац поново покрене нови поступак извршења у коме ће остварити своје потраживање.

Уколико је током трајања спровођење извршења дошло до делимичног намирења извршног повериоца, онда се извршни поступак обуставља само у делу у коме извршни поверилац није намирен и у том делу укидају све спроведене извршне радње, ако се тиме не дира у стечена права трећих лица. У супротном, уколико би се извршни поступак обуставио у целости због немогућности даљег спровођења извршења, а након делимичног намирења извршног повериоца и укину се све спроведене извршне радње, онда би извршни поверилац имао обавезу да врати оно што је примио.

Значи у зависности од изјаве извршног повериоца дате у писменом облику, да ли повлачи предлог за извршење у целости или делимично.

но, извршни поступак се може обуставити без пристанка извршног дужника, а решење о обустави доноси суд или јавни извршитељ у зависности ко спроводи извршење. Извршни поступак може се обуставити почев од дана доношења решења о извршењу.

4. СТЕЧАЈНО ПРАВО

1. Питање:

Постоји ли обавеза стечајног управника да заложном повериоцу призна право на намирење, у ситуацији када заложни поверилац суду није доставио обавештење о постојању права, а продаја имовине је извршена и следи деоба?

Одговор:

Према одредбама члана 49. Закона о стечају, заложни повериоци су повериоци који имају заложно право на стварима и правима стечајног дужника о којима се воде јавне књиге или регистри, а немају новчано потраживање према стечајном дужнику које је тим заложним правом обезбеђено. Према ставу 2. истог члана, заложни повериоци нису стечајни и нису разлучни повериоци и они не подносе пријаву потраживања. Заложни повериоци су дужни да у року за подношење пријаве потраживања обавесте суд о заложном праву, уз достављање доказа о постојању заложног права и изјаве о износу новчаног потраживања према трећем лицу, које је тим правом обезбеђено на дан отварања стечајног поступка, чиме стичу својство странке.

Међутим, ако не обавести суд или обавести суд уз непотпуну документацију, заложни поверилац не губи право на приоритетно намирење из средстава добијених продајом заложним правом оптерећене ствари, већ се последица необавештавања суда о постојању заложног права у року за подношење пријава потраживања, огледа једино у положају заложног повериоца у стечајном поступку, а с обзиром да тек од тренутка достављања обавештења заложни поверилац има процесне могућности које имају и друге странке у поступку.

Тренутак продаје имовине оптерећене заложним правом је пресудан за реализацију права заложног повериоца према стечајном дужнику, као заложном дужнику. У пракси је најчешће проблем утврдити висину износа потраживања заложног повериоца. Уколико је главни дужник, тре-

ће лице, измирило потраживање или је оно на неки од законом предвиђених начина престало да постоји, више нема потраживања које је било предмет обезбеђења, па тиме ни права приоритетног намирења по основу уписаног заложног права као акцесорног права. У тој ситуацији се сва средства која су добијена продајом заложним правом оптерећене ствари, уносе у деобну масу ради поделе стечајним повериоцима кроз главну деобу. Ако потраживање које је било обезбеђено заложним правом и даље постоји, односно исто није измирено или на други начин престало, суд мора утврдити да ли је наведено потраживање доспело, при чему се доспелост тих обавеза одређује према уговореним условима. Уколико потраживање није доспело до тренутка продаје имовине оптерећене заложним правом, стечајни управник нема овлашћења да исплати средства добијена на име продаје заложним правом оптерећене ствари заложном повериоцу, јер би то значило да на наведени начин он измирује дуг дужника пре доспећа и доводи до реализације заложног права исплатом добијеног износа, пре него што су се стекли законски услови за то.

Ако стечајни управник оспорава постојање заложног права или висину потраживања које је обезбеђено заложним правом, дужан је покренути парнични поступак подношењем тужбе против заложног повериоца. У тој ситуацији, све до окончања наведеног парничног поступка правноснажном судском одлуком, стечајни управник не сме да исплати заложног повериоца, али би морао да резервише средства добијена продајом заложним правом оптерећене ствари до правноснажне одлуке о праву заложног повериоца, односно о висини дуга који је истим обезбеђен.

2. Питање:

Која права по основу рада имају лица која је ангажовао стечајни управник за рад у току стечаја?

Одговор:

Стечајном управнику је дата могућност да поред запослених, којима није дао отказ уговора о раду, ангажује и потребна лица ради окончања започетих послова или ради вођења стечајног поступка уз сагласност стечајног судије. Из одредбе члана 77. став 3. Закона о стечају произлази, да стечајни управник лица која ангажује у стечајном поступку, може ангажовати како по основу уговора о раду, тако и по другим основима којима се не заснива радни однос. Уговори о радном ангажовању без радног односа,

према Закону о раду су и уговор о обављању привремених и повремених послова, затим уговор о делу, уговор о допунском раду и др. Међутим, без обзира на који начин стечајни управник ангажује лица за обављање послова у стечају, исти се сматрају осигураницима и према Закону о здравственом осигурању и према Закону о пензијском и инвалидском осигурању. То значи да стечајни управник може ангажовати две категорије лица: прва категорија лица су лица која имају статус запослених, а по основу уговора о раду и друга лица су лица која се ангажују по основу уговора о радном ангажовању без радног односа, која немају статус запослених. Код уговора о радном ангажовању без радног односа, не поставља се питање када та лица престају да буду ангажована, јер њихово ангажовање престаје оног момента када је посао извршен, као што је уговор о делу. Међутим, када су у питању запослени, Закон о стечају у одредби члана 77. став 3. даје стечајном управнику могућност, да задржи запослене које је већ затекао у радном односу код стечајног дужника и могућност да ангажује нове запослене. Ангажовање нових запослених по основу уговора о раду, може бити само ангажовање по основу уговора о раду на одређено време. Ово из разлога, што је стечајни поступак, поступак који траје одређено време и што је извесно да ће исти једног момента бити окончан. Све до окончања стечајног поступка, стечајни управник може овако ангажованом запосленом да откаже уговор о раду, а из разлога што је престала потреба за његовим ангажовањем.

Према одредби члана 77. став 4. Закона о стечају, зараде и остала примања лица из става 3. овог члана, која одређује стечајни управник, уз сагласност стечајног судије, намирују се из стечајне масе као обавеза стечајне масе.

Лица која су у стечају ангажована по основу уговора о раду, остварују право на зараду, а лица која су у стечају ангажована на основу уговора о радном ангажовању остварују право на одговарајућу накнаду. Висину накнаде за радно ангажовање, као и висину зараде запослених, одређује стечајни управник уз сагласност стечајног судије. Стога зарада која припада запосленом по основу уговора о раду није више зарада која се одређује на основу критеријума које предвиђа Закон о раду и општи акти привредног друштва, већ се ради о заради чију висину одређује стечајни управник, уз сагласност стечајног судије. Нека од права запослених која су прописана Законом о раду, морају се неметано уживати од стране

запослених и после отварања стечајног поступка, као што је право на безбедност и заштиту на раду, право на дневни, седмични, годишњи одмор и др. Запослени у стечају има право и на накнаду зараде и за време одсуствовања са рада због привремене спречености за рад. Запослени у стечају, с обзиром на природу стечаја, нема право на примања по основу отпремнине за одлазак у пензију, накнаде трошкова погребних услуга у случају смрти члана уже породице нити право на јубиларну награду, на солидарну помоћ. Међутим, запослени има право на накнаду штете због повреде на раду или професионалног обољења.

Лица која су у стечају ангажована по основу уговора о радном ангажовању остварују право на накнаду која се одређује у складу са чланом 77. став 4. Закона о стечају, а остала права остварују зависно од природе уговора који су закључили са стечајним управником (уговор о делу, уговор о обављању привремених и повремених послова, уговор о допунском раду и сл).

3. Питање:

Да ли суд може да дозволи разлучном повериоцу да продају врши самостално мимо Закона о стечају, примењујући одредбе Закона о извршењу и обезбеђењу, а стечајном управнику не намирује трошкове стечајног поступка које је имао од момента отварања?

Одговор:

Одредбом члана 93. став 1. Закона о стечају прописано је да се од дана отварања стечајног поступка не може против стечајног дужника, односно над његовом имовином, одредити и спровести принудно извршење, нити било која мера поступка извршења, осим извршења која се односе на обавезе стечајне масе и трошкова стечајног поступка. Према ставу 2. наведене одредбе поступци из става 1. овог члана који су у току, обустављају се.

Међутим, стечајни судија, на писани захтев разлучног повериоца може да донесе одлуку о укидању забране извршења или намирења из става 93. став 1. Закона о стечају у односу на имовину која је предмет разлучног права ако:

1) стечајни дужник или стечајни управник нису на адекватан начин заштитили предметну имовину, која је предмет разлучног права тако да је њена безбедност изложена ризику;

2) се вредност предметне имовине смањује, а нема друге могућности да се обезбеди примерена и ефикасна заштита од смањења вредности имовине, што је прописано одредбом члана 93. став 4. Закона о стечају.

Према одредби члана 93. став 5. Закона о стечају стечајни судија, на писани захтев разлучног повериоца који садржи процену вредности имовине која је предмет разлучног права, сачињену од стране овлашћеног стручног лица најкасније годину дана пре отварања стечајног поступка, доноси одлуку о укидању или условљавању забране извршења или намирења из члана 93. став 1. Закона о стечају, у односу на имовину која је предмет разлучног права, ако је вредност предметне имовине мања од износа обезбеђеног потраживања тог повериоца, а предметна имовина није од кључног значаја за реорганизацију.

Одлучујући о укидању мораторијума из члана 93. став 1. Закона о стечају, применом одредбе члана 93. став 4. Закона о стечају, стечајни судија може да донесе одлуку о укидању мораторијума, али и не мора. Међутим, уколико утврди да су испуњени услови из члана 93. став 5. Закона о стечају, стечајни судија увек доноси одлуку о укидању мораторијума.

Из наведеног јасно произлази да су услови за укидање мораторијума прописани одредбом члана 93. ст. 4. и 5. Закона о стечају, а да ове одредбе, укидање мораторијума не условљавају намирењем трошкова стечајног управника, што значи да је могуће дозволити укидање мораторијума, а да трошкови стечајном управнику нису исплаћени. Уосталом из имовине која је предмет обезбеђења потраживања разлучног повериоца, не могу се намиривати трошкови стечајног управника од отварања стечајног поступка, осим трошкова који се односе на продају имовине која је предмет обезбеђења. Тек уколико је након продаје имовине која је предмет обезбеђења, а након намирења трошкова који терете предметну имовину, намирен и разлучни поверилац у целости, остатак купопродајне цене се може искористити за намирење трошкова стечајног поступка. Ово из разлога што је одредбом члана 133. став 11. Закона о стечају прописано, да ако после намирења разлучних и заложних поверилаца преостану средства, целокупни преостали износ улази у стечајну масу и дели се стечајним повериоцима у складу са одредбама овог закона који се односе на деобу.

4. Питање:

Стечајни управник је извршио намирење поверилаца према решењу о главној деоби, осим неколицине поверилаца – физичких лица који су променили адресу, или нису доставили број свог рачуна у банци, или неће да дођу да преузму исплату.

Да ли стечајни управник треба да поднесе захтев по правилима ванпарничног поступка и да суд води ванпарнични поступак, или је довољно да се у стечајном поступку закључком одобри стечајном управнику да те износе уплати у судски депозит?

Одговор:

У описаној ситуацији стечајни управник је дужан да иницира вођење одговарајућег ванпарничног поступка.

Из одредаба чл. 211-224. Закона о ванпарничном поступку произлази да се у судски депозит између осталог може предати новац, а предаје се по правилу редовном суду у месту испуњења обавезе. Суд доноси решење о пријему предмета, а када је у питању новац суд је дужан да у року од 3 дана од дана пријема новца, новац полаже на посебан рачун код овлашћене банке. Предмети примљени у судски депозит издају се на основу решења суда који је одредио пријем предмета. Ако лице у чију корист је предмет примљен у судски депозит или депонент не подигну исти у року од 3 године од дана пријема уредног обавештења, суд ће решењем утврдити да је предмет постао државна својина, односно да ли право располагања припада јединици локалне самоуправе на чијем се подручју предмет налази. Пријем у депозит, чување и предаја ближе се одређује Судским пословником.

Дакле, стечајни управник је дужан да у случају немогућности предаје новца одређеним повериоцима поднесе предлог надлежном суду за депоновање новца, па након правноснажности решења о пријему новца сматра се да је обавеза стечајног дужника у односу на стечајне повериоце испуњена.

5. Питање:

Да ли се мера обезбеђења из члана 159. став 10. Закона о стечају може одредити само ако је предлог за покретање стечајног поступка у складу са унапред припремљеним планом реорганизације уредан

и ако је покренут претходни поступак у смислу члана 159. став 1. Закона о стечају, или се мера обезбеђења може одредити и пре покретања претходног поступка у ситуацији када је дат налог за уређење предлога?

Одговор:

Одредбом члана 155. став 3. Закона о стечају прописано је да план реорганизације може се поднети истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка или након отварања стечајног поступка у складу са овим законом, а у ставу 4. ако се план реорганизације подноси истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка његов назив се мења у унапред припремљен план реорганизације, а садржина и поступак који се на њега примењује одређују се у складу са одредбама овог закона којима се то питање уређује.

Према одредби члана 159. став 1. наведеног прописа стечајни судија у року од три дана од дана подношења уредног предлога из члана 158. овог закона, доноси решење о покретању претходног поступка за испитивање испуњености услова за отварање поступка стечаја у складу са унапред припремљеним планом реорганизације којим заказује рочиште за одлучивање о предлогу и гласање о плану на које позива све познате повериоце. Према одредби члана 159. став 10. истог закона на предлог подносиоца плана стечајни судија у року од пет дана од дана подношења предлога може одредити забрану извршења на обезбеђеној и необезбеђеној имовини стечајног дужника која може да важи најдуже шест месеци и не може се поново одредити у истом поступку док према одредби из става 12. током претходног поступка из става 1. овог члана стечајни судија може заказати рочиште за решавање о захтеву за одређивање мере забране извршења и намирења.

Из наведених законских одредби јасно произилази да се мере из одредбе члана 159. став 10. Закона о стечају могу изрећи искључиво током поступка из ст. 1 истог члана, односно током претходног стечајног поступка, који је покренут у складу са унапред припремљеним планом реорганизације. Како се претходни стечајни поступак покреће решењем суда донетим у смислу одредбе члана 159. став 1. Закона о стечају, мере би се могле изрећи истовремено са покретањем истог или у току његовог трајања. То даље значи да нема законског основа да се мере одреде пре покретања претходног стечајног поступка, у фази уређења предлога.

5. ПРИВРЕДНИ ПРЕСТУПИ

Материјално право

1. Питање:

Да ли су недостављање редовног годишњег финансијског извештаја о пословању са пратећом документацијом за претходну годину ради јавног објављивања до 30.06. текуће године и недостављање биланса стања, биланса успеха и статистичког извештаја до фебруара текуће године, за претходну годину, један или два привредна престапа?

Одговор:

Одредба члана 46. став 1. тачка 20. као казнена одредба гласи да ће се за привредни преступ казнити правно лице уколико не достави Агенцији финансијске извештаје, годишњи извештај о пословању, ревизорски извештај и осталу документацију из члана 34. овог закона ради објављивања, односно не достави податке за статистичке и друге потребе у роковима прописаним овим законом (чл. 33-35).

Одредба члана 33. је општијег карактера и наводи редовне годишње финансијске извештаје, консолидоване и ванредне извештаје, као и изјаву о неактивности.

Даље, одредба члана 34. указује која се то документација захтева поред извештаја, а то су: одлука о усвајању редовних, односно консолидованих годишњих финансијских извештаја, одлука о расподели добити, односно покрићу губитака, годишњи извештај о пословању у складу са Законом. Поред, овога, обвезници ревизије достављају у оригиналу и ревизорски извештај.

Садржина казнене одредбе дефинише које извештаје и документацију, као и податке правно лице треба да достави Агенцији. Казнена одредба се односи и на обавезу достављања за статистичке и друге потребе, биланса стања, биланса успеха и статистичког извештаја за пословну годину.

Рокови за предузимање наведених радњи садржани су у чл. 33. и 35. Закона о рачуноводству.

Из цитираних одредаба Закона произилази да се обавеза подношења извештаја и прилагања документације, односи на сваку врсту финансијског

извештаја и документације, појединачно. У зависности од врсте захтеваног извештаја, теку и одвојени рокови подношења (фебруар или јун).

Према томе у претпостављеној ситуацији, реч је о два привредна преступа.

Процесно право

1. Питање:

Како поступити у ситуацији када окривљено правно лице нема имовине, да ли је суд овлашћен да обустави поступак извршења наплате новчане казне и паушала у моменту сазнања да окривљено правно лице нема имовине или је суд дужан да чека протек времена застаре извршења казне?

Одговор:

Наплату новчане казне и паушала спроводи суд по службеној дужности. У поступку спровођења извршења, као и у свим осталим случајевима, очекује се поступање које би водило спровођењу изречене казне. Како суд у поступку позивања окривљеног нпр. не одустаје од позивања у случају да окривљено одговорно лице није затечено на датој адреси, тако и у поступку провођења изречене казне не одустаје се од извршења када се сазна да правно лице нема имовину.

Уколико се у току поступка утврди да правно лице нема имовину (што се утврђује изласком на лице места), или пак изјавом о имовини, остаје као једино средство извршења блокада рачуна дужника.

Пошто блокада рачуна дужника не изискује никакве издатке, нити посебна поступања суда, то за суд не настаје никаква штета, нити трошак истрајавањем у покушају наплате новчане казне и паушала. Извршни поступак против осуђеног лица, овде дужника, траје све до истека рока застаре извршења казне.

Члан 38. Закона о привредним преступима предвиђа да застарелост извршења казне за привредни преступ настаје кад протекну три године од дана правноснажности одлуке којом је та казна изречена.

УПРАВНА СЕКЦИЈА

Катарина Манојловић Андрић,
судија Врховног касационог суда

РАЗЛОЗИ ЗА ИСКЉУЧЕЊЕ НАЧЕЛА *LEX SPECIALIS DEROGAT LEGI GENERALI* У ПОСЕБНОМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

I

Повод за писање овог рада су одлуке Уставног суда донете у поступку по уставним жалбама, у којима је оцењен "уставноправно неприхватљивим" начин на који су надлежни органи у управном поступку, а затим и надлежни судови у управном спору, у складу са вишедеценијском праксом, применили правила посебног управног поступка сагласно начелу *lex specialis derogat legi generali*.

Прва таква одлука донета је 11.07.2014. године у предмету Уж-638/2011 и односила се на примену посебних правила о достављању решења у поступку инспекцијског надзора бесправно изграђених објеката, прописаних одредбом члана 146. став 2. Закона о планирању и изградњи ("Службени гласник РС", бр. 47/03 и 34/06). Уставни суд је затим, настављајући са истим начином оцене односа општег и посебног управног поступка, донео Одлуку о усвајању уставне жалбе Уж-8195/2014 од 03.11.2016. године, која се односила на примену одредаба чл. 42. и 43. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу ("Службени гласник РС", број 72/11), а којима су уређени подношење, садржина и одбацивање захтева за враћање имовине. Уследило је након тога доношење још десетак одлука у предметима реституције имовине којима су, у складу са већ заузетим ставом и истом или сличном аргументацијом, усвојене уставне жалбе подносилаца због повреде права на правично суђење из члана 32. став 1. Устава Републике Србије и поништене пресуде Врховног касационог суда.

Начин на који је Уставни суд приступио питању односа правила општег управног поступка и посебних управних поступака регулисаних у два закона је начелног карактера и може имати далеко шири домаћај, јер, према неким евиденцијама, у Републици Србији постоји око 700 закона којима су прописана посебна правила управног поступка. Одлуке Устав-

ног суда које се односе на предмете реституције имовине нису донете једногласно, због тога што су поједине судије заступале другачије становиште о спорном правном питању односа општег и посебних управних поступака¹. Отуда потреба да се размотри правна ваљаност ставова Уставног суда о овом питању и укаже на случајеве када би се начело *lex specialis derogat legi generali* могло искључити у управном поступку.

Треба истаћи да су у свим поменутих предметима Уставног суда уставним жалбама оспорена коначна и правноснажна решења донета у време важења старог Закона о општем управном поступку ("Службени лист СРЈ" бр. 33/97 и 31/01 и "Службени гласник РС", број 30/10 - у даљем тексту: ЗУП), што није без значаја јер је новим Законом о општем управном поступку ("Службени гласник РС", број 18/16) однос општег и посебног управног поступка дефинисан на нешто другачији начин.

II

У Делу првом "Основне одредбе" Главе I "Основна начела", у члану 3. ЗУП-а уређено је питање односа правила поступка из овог општег закона и правила поступка из појединих посебних закона. Законодавац је то учинио на следећи начин: "Одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка, морају бити у складу са основним начелима утврђеним овим законом.

Посебни закони о којима је реч у члану 3. ЗУП-а по својој садржини су мешовити: њима се најчешће уређују материјалноправна питања у појединим областима која због своје специфичности садрже и нека посебна правила поступка (нпр. Закон о планирању и изградњи и Закон о враћању одузете имовине и обештећењу) или уређује организација органа управе у некој области и посебна правила поступка која ти органи примењују (нпр. Закон о пореском поступку и пореској администрацији). У највећем броју случајева посебна правила поступка прописују нека одступања од општих (у погледу рокова, надлежности, правних средстава и сл), али могу предвиђати и процесне радње, институте или правна средства која у ЗУП-у не постоје.

¹ Аутор овог текста је, као судија Уставног суда, гласао против одлука које је Уставни суд донео у наведеним предметима до 12.12.2016. године, а судија Тијана Шурлан је издвојила мишљење у односу на Одлуку Уж-6037/2015 од 26.10.2017. године.

Члан 3. ЗУП-а предвиђа одређена ограничења која се односе на посебна правила поступка, а која се огледају у следећем:

- Посебним правилима могу се уредити само поједина питања поступка;
- Поједина питања поступка могу се уредити само законом (не и подзаконским актима);
- Посебна правила поступка могу се прописати само ако је то неопходно због специфичне природе управне ствари;
- Посебна правила поступка морају бити у складу са основним начелима утврђеним ЗУП-ом².

Уређивање правила поступка у посебним законима која одступају од општих правила управног поступка прописаних ЗУП-ом доводи до антиномије у правном поретку. Антиномија се састоји из "немогућности да се истовремено примене, онако како су исказане две норме позитивног права да се могу применити саме по себи и нису подређене једна другој неком императивном правном одредбом"³. Антиномије у хоризонталном правном систему између правних норми исте правне снаге, у овом случају закона, елиминишу се применом традиционалних принципа који потичу још из римског права, и то: временског критеријума према коме каснији закон укида ранији - *lex posterior derogat legi priori* или критеријума специјалности (посебности) према коме специјални закон укида општи закон - *lex specialis derogat legi generali*.

Антиномије између правила општег и посебних управних поступака се разрешавају на основу начела *lex specialis derogat legi generali*, што значи да се примарно примењују правила посебних поступака, а супсидијарно правила ЗУП-а. Постојање посебних правила поступка искључује примену правила општег управног поступка, док се општа правила поступка примењују у оним сегментима који нису регулисани посебним законом. На пример, ЗУП прописује да је рок за жалбу 15 дана, док се посебним законом може прописати да тај рок износи осам дана. У том случају, примењиваће се посебно правило само на рок, али не и на све остале радње у вези са жалбом (нпр. начин предаје, садржину, разлоге за

² У новом ЗУП-у је поред тога прописано да се посебним правилима поступка не сме смањивати ниво заштите права и правних интереса зајемчених овим законом.

³ Х.Перелман, "Право, морал и филозофија", Београд, 1983, стр. 201.

подношење, дејство жалбе и сл.), на које ће се супсидијарно примењивати правила општег управног поступка⁴.

III

За потребе овог рада анализираћемо једну од одлука Уставног суда у којој се поставило питање односа општих и посебних правила поступка, прву у низу одлука о којима је било речи на почетку овог рада, које су донете у предметима реституције имовине.

Одлуком Уж-8195/2014 од 03.11.2016. године, Уставни суд је усвојио уставну жалбу Д.Б. и утврдио да је пресудом Врховног касационог суда Узп 187/14 од 04.09.2014. године повређено право подносиоце уставне жалбе на правично суђење, зајемчено чланом 32. став 1. Устава Републике Србије, па је оспорена пресуда Врховног касационог суда поништена и одређено да исти суд донесе нову одлуку о захтеву подносиоце за преиспитивање правноснажне пресуде Управног суда У 4905/14 од 15.05.2014. године.

Пресудом Врховног касационог суда која је оспорена уставном жалбом у овом предмету, одбијен је захтев Д.Б. (подносиоце уставне жалбе) за преиспитивање пресуде Управног суда, а у образложењу пресуде Врховног касационог суда је констатовано да је пресудом Управног суда одбијена као неоснована тужба подносиоце поднета против закључка Агенције за реституцију од 28.02.2014. године, којим је одбачен као неуредан захтев подносиоце за враћање одузете имовине бившег власника М.Б, поднет 09.12.2013. године, јер уз поднети захтев није достављена исправа о подржављењу имовине, нити је наведен назив, број и година службеног гласила у коме је објављен акт о подржављењу, који сваки захтев мора да садржи сагласно одредби члана 42. став 7. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу. Врховни касациони суд је нашао да су пресудом Управног суда правилно оцењени као неосновани наводи тужбе којима је указано на повреду одредаба чл. 15. и 58. ЗУП-а, с обзиром на то да је поступак враћања одузете имовине и обештећења за одузету имовину уређен посебним законом, те да ће се само на питања која

⁴ О односу општег и посебног управног поступка према старом и новом ЗУП-у види више: С. Лилић, К. Манојловић Андрић и К. Голубовић, "Практична примена новог ЗУП-а", Београд, 2018, стр. 61-85.

нису уређена тим законом примењивати одредбе закона којима се уређује општи управни поступак, сагласно одредби члана 11. Закона.

Уставни суд је нашао да је Врховни касациони суд применио одредбу члана 43. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу на уставноправно неприхватљив начин онемогућивши да се о захтеву подносиоце уставне жалбе за враћање имовине одлучује у оспореном поступку. По схватању Уставног суда, законска последица одбацивања захтева из члана 43. став 1. наведеног закона није могла да наступи уколико подносиоца захтева претходно није позвана да захтев допуни на одређени начин и у одређеном року, и упозорена да ће, у противном, њен захтев бити одбачен, јер наведени закон "не садржи одредбу која искључује примену одредаба члана 58. ст. 1. и 2. ЗУП-а у поступању Агенције за реституцију по захтевима за враћање имовине. Поред тога, Уставни суд је указао да се посебним законом могу увести специфичности којима се одступа од општих правила управног поступка, али да се таквим решењима не може угрозити положај једне стране у поступку и тиме довести у питање остварење заштите њених права у поступку. Најзад, Уставни суд је указао да право на приступ суду, као сегмент права на правично суђење из члана 32. став 1. Устава, подразумева и то да надлежни управни орган омогући лицу о чијем праву расправља, да изнесе све чињенице и доказе на којима заснива захтев, при чему орган не сме дозволити да незнање и неукост тог лица буде на штету права која му по закону припада. Посебно је истакнуто да је рок за подношење захтева за враћање имовине на основу одредаба Закона о враћању одузете имовине и обештећењу истекао 06. фебруара 2014. године, а да је Агенција за реституцију предметни закључак о одбацивању захтева подносиоце уставне жалбе донела по истеку тог рока (28. фебруара 2014. године), из чега следи да је одбацивањем захтева подносиоца изгубила могућност да поднесе нови захтев за враћање имовине, а тиме и само право које је могла да остварује на основу тог захтева.

IV

Разматрање разлога који су Уставном суду послужили као основ за усвајање уставне жалбе у конкретном случају мора отпочети анализом односа између посебних правила поступка уређених Законом о враћању одузете имовине и обештећењу и општих правила поступка прописаних ЗУП-ом.

Закон о враћању одузете имовине и обештећењу у Глави IV, чл. 39-50, уређује поступак за враћање имовине и обештећење. Ради се о посебним правилима поступка, а како се не би појавила дилема о начину њихове примене, у члану 11. став 1. је изричито прописано да се поступак по захтеву спроводи по одредбама овог закона, док се на питања која нису уређена овим законом примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак. Одредбама члана 42. Закона прописани су рок у коме се подноси захтев за враћање имовине и начин на који се подноси захтев, детаљно наведена садржина захтева и докази који се уз њега морају приложити, а одредбама члана 43. уређено је питање одбацивања захтева. Наведене одредбе Закона гласе:

"Подношење и садржина захтева

Члан 42.

Захтев се подноси у року од две године од дана објављивања јавног позива Агенције из члана 40. став 2. овог закона на веб сајту министарства надлежног за послове финансија.

Захтев се подноси Агенцији - надлежној подручној јединици - на прописаном обрасцу и са потребним доказима, преко шалтера поште.

Захтев садржи податке о:

1) бившем власнику - име, име једног родитеља и презиме, датум и место рођења, пребивалиште, односно боравиште у време одузимања имовине и држављанство, односно назив и седиште задужбине;

2) одузетој имовини на коју се захтев односи - врста, назив, величина, односно површина, место где се непокретност налази, број катастарске парцеле по старом и важећем премеру, изглед и стање имовине у време одузимања, односно одговарајући подаци за покретне ствари;

3) праву својине бившег власника на одузетој имовини;

4) основу, времену и акту одузимања;

5) подносиоцу захтева - име, име једног родитеља и презиме, податке о рођењу, пребивалишту, држављанству, јединствени матични број грађана, име, презиме и пребивалиште пуномоћника, односно назив и седиште задужбине, податке о лицу које представља задужбину и лицу које заступа задужбину;

6) правној вези подносиоца захтева са бившим власником.

Уз захтев се прилажу, у оригиналу или овереној фотокопији, следећи докази:

1) за податке из става 3. тач. 1) и 5) овог члана - извод из матичне књиге рођених, односно умрлих, извод из регистра у коме је задужбина уписана, пуномоћје, а ако подносилац захтева нема стално пребивалиште на територији Републике Србије и пуномоћје за лице овлашћено за пријем писмена, као и други доказ на основу којег се могу несумњиво утврдити тражени подаци;

2) за податке из става 3. тачка 2) овог члана - извод из регистра непокретности, извод из регистра покретних ствари, уверење Републичког геодетског завода о идентификацији катастарске парцеле старог и новог примера, осим за катастарске парцеле за које је спроведена комасација;

3) за податке из става 3. тачка 4) овог члана - исправа о подржављењу имовине или назив, број и година службеног гласила у коме је објављен акт, уз конкретно навођење предмета одузимања и сл.;

4) за податке из става 3. тачка 6) овог члана - извод из матичне књиге, решење о наслеђивању, извод из регистра правних лица, односно други доказ на основу којег се може несумњиво утврдити правна веза подносиоца захтева са бившим власником;

5) све друге доказе које подносилац захтева поседује, а који могу бити од значаја за одлучивање по захтеву.

Лице које има страно држављанство дужно је да уз захтев достави доказ о непостојању сметњи из члана 5. овог закона за остваривање права на враћање имовине, осим доказа, односно чињеница које Агенција утврђује по службеној дужности у смислу члана 5. став 5. овог закона.

Лице из члана 6. став 1. овог закона је у обавези да уз захтев приложи и правноснажну судску одлуку о рехабилитацији, односно доказ да је поднело захтев за рехабилитацију.

Захтев мора да садржи податке из става 3. тач. 1), 2), 5) и 6) овог члана. Уз захтев се обавезно прилажу и докази из става 4. тач. 1), 3) и 4) овог члана.

Образац захтева, начин и поступак пријема и обраде захтева, као и списак пошта где ће се вршити подношење захтева прописује министар надлежан за финансије.

Одбацивање захтева

Члан 43

Захтев који не садржи податке из члана 42. став 7. овог закона и уз који нису приложени докази из тог става одбациће се као неуредан.

Лице чији је захтев одбачен у смислу става 1. овог члана има право да нови захтев поднесе до истека рока из члана 42. став 1. овог закона.

Против акта из става 1. овог члана жалба није допуштена, али се може покренути управни спор".

Цитиране одредбе Закона о враћању одузете имовине и обештећењу представљају посебна правила управног поступка не само због тога што се налазе у посебном закону, већ и због тога што одступају од општих правила управног поступка.

Наиме, ЗУП не садржи посебну одредбу о садржини захтева. У члану 57. ЗУП-а су прописани обавезни састојци сваког поднеска (па и захтева), а то су: потпуни назив и седиште органа коме се упућује поднесак, предмет на који се односи поднесак, као и подаци о подносиоцу, односно о његовом заступнику, пуномоћнику или представнику. Очигледно да је законодавцу остављено да посебним законима пропише друге податке које поднесци, а посебно захтеви поводом којих се покреће управни поступак, морају да садрже, што је и учињено чланом 42. Закона о враћању имовине и обештећењу.

Поступање по поднесцима који имају формалне недостатке уређен је чланом 58. ЗУП-а. Према одредбама члана 58. ст. 1. и 2, ако поднесак садржи неки формални недостатак који спречава поступање по поднеску, или ако је неразумљив или непотпун, орган који је примио такав поднесак учиниће све што треба да се недостаци отклоне и одредиће подносиоцу рок у ком је дужан да то учини, па ако подносилац отклони недостатке у одређеном року, сматраће се да је поднесак био од почетка уредан, а ако подносилац не отклони недостатке у одређеном року, услед чега се не може поступити по поднеску, орган ће закључком одбацити такав поднесак. У складу са постојећом праксом, ако је по среди поднесак у облику захтева, примениће се став 3. члана 127, а не став 2. члана 58. ЗУП-а⁵. Одредбама члана 127. став 2. ЗУП-а је, поред осталог, прописано да је

⁵ Види: З. Томић и В. Бачић, "Коментар Закона о општем управном поступку", Београд, 1999, страна 118.

странка дужна да за своје наводе предложи доказе и да их по могућности поднесе, а ако сама странка тако не поступи, службено лице које води поступак позваће је да то учини. У ставу 3. истог члана се прописује да ће орган закључком одбацити захтев као да није поднесен, ако странка није у накнадно одређеном року предложила, односно, по могућности поднела доказе, као и да је против тог закључка допуштена посебна жалба.

Несумњиво се може закључити да одредбе чл. 42. и 43. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу одступају од општих правила поступка из ЗУП-а, а та одступања огледају се у следећем: одредбама члана 42. детаљно је уређена садржина захтева за враћање имовине, подаци које тај захтев мора да садржи и докази који се уз њега морају доставити, што далеко превазилази обавезну садржину поднесака прописану чланом 57. ЗУП-а; одредбама члана 43. прописано је да ће захтев који не садржи податке или уз који нису приложени докази из члана 42. став 7. бити одбачен (без претходног остављања рока подносиоцу да захтев допуни), као и да се против закључка о одбацивању захтева не може поднети жалба али се може покренути управни спор, што су очигледне разлике у односу на одредбе члана 127. ст. 2. и 3. ЗУП-а.

Одбацивање захтева за реституцију који је непотпун без претходног позивања подносиоца да захтев допуни односи се искључиво на ситуацију из члана 42. став 7. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу и ово посебно правило поступка искључује примену општих правила поступања по непотпуном захтеву прописаних ЗУП-ом, док се у случајевима када захтев не садржи податке из члана 42. став 3. тач. 3) и 4) или доказе из става 4. тачка 2) истог члана Закона о враћању одузете имовине и обештећењу примењују општа правила поступка из члана 127. ст. 2. и 3. ЗУП-а.

Имајући у виду одредбу члана 11. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, према којој се поступак спроводи по одредбама овог закона, не постоји правни основ за позивање Уставног суда "да одредба члана 43. став 1. овог закона мора бити сагледана у контексту општих правила о поступању органа са неуредним поднеском из системског закона, чија примена у том делу није искључена", а посебно се не може сагледати у контексту одредаба члана 58. ст. 1. и 2. ЗУП-а, које се, како је већ наведено, не примењују у пракси када су у питању непотпуни захтеви. Чак и у случају да законодавац у члану 11. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу није изричито прописао да ће се општа прави-

ла управног поступка примењивати само на она питања која нису уређена овим законом, тако би се морало поступати у складу са начелом *lex specialis derogat legi generali*, јер би специјални закон искључио примену општег, осим у оним сегментима који нису регулисани посебним законом.

На исти начин се о овом питању изјаснио и Уставни суд када је Решењем IУз-491/2014 од 07.05.2015. године одбацио иницијативу за покретање поступка за оцену уставности члана 42. став 4. тачка 3) и члана 43. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу. У образложењу овог решења се наводи: "Уставни суд указује и да је Закон о враћању одузете имовине и обештећењу *lex specialis* у односу на Закон о општем управном поступку и да је оспорени Закон у Глави четвртој, уредио поступак за враћање имовине и обештећење, што значи да сва питања поступка за доношење решења о враћању имовине и обештећењу, која су уређена Законом о враћању одузете имовине и обештећењу искључују примену одредаба Закона о општем управном поступку, по принципу *lex specialis derogat legi generali*. Из истих разлога, по налажењу Суда, оспорени Закон је могао да у оспореној одредби члана 43. став 1. уреди, као последицу, одбацивање неуредног захтева који не садржи податке и уз који нису приложени докази прописани одредбама члана 42. Закона."

V

Један од услова који морају испуњавати посебна правила управног поступка јесте тај да буду у складу са основним начелима утврђеним ЗУП-ом, а то су: начело законитости, начело заштите права грађана и заштите јавног интереса, начело ефикасности, начело истине, начело саслушања странке, начело оцене доказа, начело самосталности у решавању, начело двостепености у решавању (право на жалбу), начело правноснажности решења, начело економичности поступка, начело пружања помоћи странци и начело употребе језика и писма у поступку.

Уставни суд се у одлуци која је предмет анализе у овом раду није детаљније бавио питањем да ли је одредба члана 43. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу у складу са основним начелима ЗУП-а, мада је указао на то "да се посебним законом могу увести специфичности којима се одступа од општих правила управног поступка, али да се таквим решењима не може угрозити положај једне стране у поступку и тиме довести у питање остварење заштите њених права у поступку", при чему је

нагласио "да је поступање органа управе у фази претходног испитивања захтева од изузетног значаја за странку, због заштите њеног правног интереса, јер омогућава странци да, на позив органа, достави тражене доказе потребне за одлучивање о захтеву, односно да обавести орган о разлозима који је спречавају да то учини". Уставни суд је тако, на посредан начин, довео у питање сагласност члана 43. став 1. Закона са начелом заштите права грађана и заштите јавног интереса утврђеног у члану 6. ЗУП-а. С обзиром на то да несагласност посебних правила управног поступка са неким од основних начела ЗУП-а може бити разлог за искључење примене посебних правила у корист општих, потребно је испитати да ли таква несагласност постоји у овом конкретном случају, без обзира на то што се Уставни суд није детаљније бавио овим питањем у својој Одлуци.

Одредбом члана 6. став 1. ЗУП-а прописано је да су при вођењу поступка и решавању у управним стварима, органи дужни да странкама омогуће да што лакше заштите и остваре своја права и правне интересе, водећи рачуна да остваривање њихових права и правних интереса не буде на штету права и правних интереса других лица, нити у супротности са законом утврђеним јавним интересима.

Поставља се питање да ли је због одбацивања захтева применом члана 43. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу подносиоца захтева (и уставне жалбе) онемогућена да оствари своја права и правне интересе у поступку реституције имовине. Подсетићемо да је у конкретном случају захтев подносиоца одбачен јер није доставила исправу о подржављењу имовине или назив, број и годину службеног гласила у коме је објављен акт о подржављењу, који се морају приложити уз захтев на основу члана 42. став 4. тачка 3) Закона о враћању одузете имовине и обештећењу.

Уставни суд је у више својих одлука донесених поводом иницијатива за покретање поступка за оцену уставности појединих одредаба Закона о враћању одузете имовине и обештећењу истицао да Устав Републике Србије не утврђује изричито право на враћање одузете имовине, нити обавезу законодавца да уреди денационализацију (реституцију), а такво право не јемчи ни Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Како се Конвенција не примењује ретроактивно, њоме се стога не утврђује обавеза државе у погледу отклањања повреде права својине која је могла настати пре њеног ступања на снагу. Појам имовине,

у смислу одредаба Конвенције, обухвата не само право својине на непокретним и покретним стварима и улагања на њима, већ и потраживање на основу кога се има легитимно очекивање да се може стећи ефективно уживање неког имовинског права. Међутим, Конвенција гарантује права само у односу на постојећу имовину, а не и право на стицање имовине, јер имовина не постоји све док се над њоме не може успоставити потраживање. Нада да ће се признати старо имовинско право, које се већ дужи временски период није могло ефективно уживати, не представља имовину у смислу одредаба Конвенције. За остваривање права по Конвенцији потребно је да постоји "макар легитимно очекивање" да ће одређено имовинско право моћи да буде реализовано, а легитимно очекивање постоји тек када држава уговорница пропише услове под којима ће се то очекивање остварити, при чему државе уговорнице нису ограничене у погледу прописивања услова под којима ће вратити имовину, која им је пренета пре него што су ратификовале Конвенцију⁶.

Из наведеног произлази да се у поступку реституције не штити право подносиоца захтева на имовину, јер он такво право по Закону о враћању одузете имовине и обештећењу, Уставу и Европској конвенцији нема, већ може имати само легитимно очекивање да ће му одузета имовина бити враћена, ако учини вероватним постојање правног интереса за подношење захтева. Јер, само постојање законског овлашћења за подношење захтева, у овом случају захтева за враћање имовине на основу легитимног очекивања, није довољно за допуштено истицање захтева, зато што је услов за поступање надлежног управног органа по поднетом захтеву да подносилац докаже постојање правног интереса за тражење и добијање мериторне одлуке.

У поступку реституције, свој правни интерес за враћање имовине подносилац захтева доказује првенствено достављањем исправе о подржављењу имовине, као и доказа на основу којих се може несумњиво утврдити ко је бивши власник одузете имовине и да постоји правна веза подносиоца захтева са бившим власником. Стога се не би могло закључити да одбацивање захтева за повраћај имовине на основу члана 43. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, које је правна последица недостављања наведених доказа уз захтев, није у складу са начелом општег управног поступка о заштити права грађана, с обзиром на то да су

⁶ Види: Решење Уставног суда IУз-462/2011 од 11.04.2013. године.

органи дужни да странкама омогуће да што лакше заштите и остваре своја права и правне интересе у случају када они постоје, а не и онда када странка њихово постојање није учинила бар вероватним.

VI

Преостаје да се размотри и питање да ли је одбацивањем захтева подносиоце у конкретном случају повређено право на приступ суду, као сегмент права на правично суђење.

Право на приступ суду изведено је из члана 32. став 1. Устава, у складу са праксом Европског суда за људска права, иако у том члану није изричито наведено. Без тог права сва остала јемства права на правично суђење остала би илузорна.

Право на приступ суду, под којим се подразумевају и органи управе када решавају о захтевима странака, није апсолутно. Оно може бити ограничено законом, прописивањем одређених претпоставки за изјављивање тужбе, односно за подношење захтева. Међутим, та ограничења не смеју умањити приступ суду на такав начин и до такве мере да тиме буде нарушена сама суштина "права на суд". Ограничења неће бити сагласна са чланом 32. став 1. Устава ако нису прописана ради остварења неког легитимног циља и ако не постоји разумна мера сразмерности између ограничења и циља који се жели постићи.

У конкретном случају, подносиоца је имала приступ органу коме је могла поднети захтев за повраћај имовине, а затим и суду пред којим је тужбом покренула управни спор. Али, и даље остаје да се утврди да ли је подносиоци одбацивањем захтева на основу члана 43. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, без остављања накнадног рока да тај захтев допуни и отклони његове недостатке, повређено право на приступ суду.

У тражењу одговора на наведено питање, прво се мора констатovati да је подносиоци захтев одбачен на основу јасног и прецизног правила предвиђеног законом и у складу са праксом установљеном у примени тог правила. Закон о враћању одузете имовине и обештећењу је донет 26. септембра 2011. године, објављен је у "Службеном гласнику РС", број 72/11 од 28. септембра 2011. године, а захтеви за враћање имовине су могли да се подносе две године, у периоду од 01. марта 2012. до 03. марта 2014. године, па су сви потенцијални подносиоци захтева имали

довољно времена да прибаве доказе који се морају поднети уз захтев и да се упознају са последицама које ће наступити у случају подношења непотпуног захтева.

Иначе, поступак пријављивања одузете имовине је отпочео још 2005. године, на основу Закона о пријављивању и евидентирању одузете имовине ("Службени гласник РС", број 45/05), којим је било прописано да се пријава може поднети најкасније до 30. јуна 2006. године (члан 6.) и да се уз пријаву, између осталог, подносе: копија акта о одузимању имовине, доказ о својству подносиоца пријаве уколико није ранији власник и доказ о правном следбеништву подносиоца са ранијим власником (члан 5.). Дакле, ради се о истим оним доказима чије је достављање уз захтев за повраћај имовине прописано као обавезно пет година касније одредбама члана 42. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу и чије недостављање је санкционисано одбацивањем захтева на основу члана 43. став 1. истог закона.

Осим тога, треба поновити констатацију из Одлуке Уставног суда да је поступање Агенције за реституцију по захтевима за враћање имовине морало бити посебно ефикасно, будући да је Законом о враћању одузете имовине и обештећењу установљена забрана отуђења и оптерећења имовине која је одузета бившим власницима, до правноснажног окончања поступка по захтеву за враћање, односно до истека рока за подношење захтева на основу тог закона⁷.

На основу свега изложеног, може се закључити да одбацивање непотпуног захтева за враћање имовине без остављања накнадног рока подносиоцу да захтев допуни и отклони његове недостатке, представља ограничење права на приступ суду, али са легитимним циљем да се омогући ефикасно поступање Агенције за реституцију по оним захтевима који испуњавају основне услове прописане одредбама члана 42. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу.

Када је реч о томе да ли постоји разумна мера сразмерности између наведеног ограничења и циља који се жели постићи, треба имати у виду да до одбацивања захтева без остављања рока да се он накнадно допуни не долази увек, већ само у случају када уз захтев нису приложени докази којима подносилац чини вероватним постојање свог правног инте-

⁷ Члан 62. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу

реса за подношење захтева по коме може остварити своје легитимно очекивање повраћаја одузете имовине у законом прописаном поступку. Подносиоцу се одбацивањем захтева не ускраћује право да захтев поново поднесе, али до истека рока од две године прописаног чланом 42. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу. Чињеница да су многа лица, па и подносиатеља уставне жалбе, захтеве предала при истеку рока од две године за њихово подношење, те да након одбацивања непотпуних захтева више нису имали могућност да поднесу нови захтев у законском року, не може бити стављена на терет државе и њених органа, поготово не у ситуацији када су сви потенцијални подносиоци захтева још 2005. године знали које доказе морају поседовати да би пријавили одузету имовину, а који су касније (2012. године) били основ и за подношење захтева за враћање имовине. При томе, рок за подношење захтева није истекао 06. фебруара 2014. године, како се наводи у образложењу Одлуке Уставног суда, већ 03. марта 2014. године, па је закључак о одбацивању захтева подносиатеље донет пре истека тог рока.

Уколико се сагледа целокупан поступак реституције имовине прописан Законом о враћању одузете имовине и обештећењу, коме је претходио поступак пријављивања одузете имовине, затим дуг рок од две године који је био остављен за подношење захтева за враћање имовине и могућност да се у том року захтев поново поднесе и поред тога што је претходно био одбачен, може се закључити да ограничење прописано чланом 43. став 1. наведеног закона није несразмерно легитимном циљу и да се тим ограничењем не доводи у питање сама суштина права на легитимно очекивање да ће одузета имовина бити враћена подносиоцу који учини вероватним постојање свог правног интереса за њен повраћај.

VII

На основу свега изложеног може се закључити да примена посебних правила управног поступка уместо општих правила прописаних ЗУП-ом, заснована на начелу *lex specialis derogat legi generali*, може бити доведена у питање, па и искључена, у следећим случајевима:

- ако посебна правила поступка нису у складу са основним начелима ЗУП-а;
- ако се применом посебних правила поступка странци у управном поступку повређује или ускраћује неко од Уставом зајемчених права;

- а према новом ЗУП-у, и у случају када је посебним правилима поступка смањен ниво заштите права и правних интереса зајемчених ЗУП-ом.

Правило *lex specialis derogat legi generali* у управном поступку ће бити искључено онда када се на поуздан начин утврди да постоји неки од наведених разлога. У случају сумње да такав разлог постоји, најпоузданији правни пут би био покретање или иницирање покретања поступка за оцену уставности спорне норме закона којом је прописано посебно правило управног поступка. Тада би у поступку нормативне контроле Уставни суд могао донети одлуку о касацији, којом би посебно правило поступка било уклоњено из правног поретка и уместо њега примењивана правила општег управног поступка. Изостајање поступка нормативне контроле не искључује могућност и потребу да органи који поступају у управном поступку и судови који поступају у управном спору, у конкретним предметима испитају да ли постоје разлози за елиминацију неког посебног правила управног поступка у корист општег. Нема сумње да то може учинити и Уставни суд у поступку по уставној жалби.

Међутим, у Одлуци која је анализирана у овом раду, Уставни суд је изнео одређене констатације, закључке и правне ставове о примени члана 43. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу којима није претходила суштинска анализа постојања разлога за искључење примене ове норме као специјалне - да ли је и због чега ова норма несагласна са неким од основних начела ЗУП-а и да ли је и због чега њоме повређено право подносиоце уставне жалбе на приступ суду или неко друго право зајемчено Уставом. И поред тога, Уставни суд је утврдио да је Врховни касациони суд применио одредбу члана 43. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу на "уставноправно неприхватљив начин", а у питању је начин идентичан оном који је Уставни суд изнео у свом Решењу IУз-491/2014 од 07.09.2015. године, када је одбацио иницијативу за покретање поступка за оцену те правне норме.

Мр Весна Чогурић,
судија Управног суда

НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ И ПРЕДВИДИВОСТИ У УПРАВНОМ ПРАВУ

Уопштено

У најширем смислу начело законитости је захтев да правни акти и све радње правних субјеката буду усклађени са законом. Опште је место у правној теорији да појам законитости не значи само захтев да правни акти и правне радње буду у складу са законом, већ да тај појам укључује и захтев да и сами закони буду усклађени с актом који је по правној снази изнад њих, дакле са уставом. Законитост општих правних аката испитују и контролишу пре свега уставни судови, док се законитост индивидуалних правних аката штити путем правних лекова које странке подносе у судским и управним поступцима.

Законитост је правна вредност и у средишту је различитих схватања начела "владавине права". Представља специфичну правну вредност, за разлику од неспецифичних правних вредности (живот, здравље, слобода, лична сигурност, породица, истина, рад, образовање, итд). У свим друштвима има изузетан значај и без њега се не може замислити ниједан друштвени и правни поредак.

Реч "законитост" потиче од речи "закон". Међутим, док закон уобичајено означава највиши правни акт, ако нема писаног устава, или правни акт који је формално подређен само писаном уставу, законитост означава динамичко правно начело којим се најчешће означава или ефикасност правног поретка или стање и квалитет датог права. Истог су језичког порекла и друге речи: законодавац, законодавство, ... Поред речи законитост, често се користи и реч "легалност", изведена из латинске речи "*lex*" (закон), која означава исто што и законитост.

У правној литератури срећу се и користе и други изрази за законитост. У француском језику најчешће се користи реч "*legalite*", у енглеском и америчком "*Legality*", "*Rule of Law*", "*Government under Law*" и "*due pro-*

cess" (који је карактеристичан за америчку правну терминологију и праксу); у немачком "Legalitat", "Rechtsstaat" и "Gesetzmasseigkeit"; у шпанском "Legalidad"; у италијанском "legalita", итд.

Теоријска разматрања

Терминолошка шароликост је само израз и последица различитости која око начела законитости постоји у правној теорији. Сагласност међу правним писцима о изузетном значају и месту начела законитости и његов повлашћен положај и третман, наиме, није писце довела и до сагласности о појму законитости. Различита полазишта, методолошки апарат, традиција и правна пракса, учинили су да појам законитости буде све друго само не неспоран у правној теорији. За неке правнике, законитост је чисто техничко правно начело, за друге нормативна правна појава и начело, а за треће правна појава која обухвата појмове и појаве који нису само правни¹.

Противречан карактер начела законитости и његово релативно остварење, одредили су пут уобличавања и место законитости. Законитост је, историјски посматрано, прешла дуг пут од владареве воље до савременог правног начела. У том временском распону, садржана су и забележена искуства најразличитијег теоријског и практичног карактера. Није због тога тешко да се запази да је и у правној теорији законитост данас сасвим другачије схваћена и одређена, него што је то био случај са римском јуриспруденцијом или са средњовековном теолошком или световном мишљу о законитости. Наиме, између става да је закон израз Божије воље или да је закон воља владарева, и става да законитост не постоји ако нема грађанских и људских слобода и права, разлика је више него очигледна².

Релативност као посебну важну одлику начела законитости истиче и Стеван Врачар који каже: "Релативност остваривања овог принципа је неизбежна у сваком друштвеном поретку", па су зато неосноване упрошћене и круте тврдње о постојању или не постојању, остварености или неостварености овог принципа. Потпуно остваривање начела законитости је, другим речима, немогуће, јер се све што је противправно јавља као незаконитост, коју ни најбоље законодавчеве намере не могу да уклоне. Штавише, и сам закон често може да "спречи и погрешно усмери одређе-

¹ Драган Митровић, Начело законитости појам, садржина, облици, Правни факултет Београд, 1996, стр. 11.

² Ibid., стр. 14

не процесе, ако они не могу потпуно да се сагледају и оцене. Због тога, "обезбедити ауторитет таквом закону, значи компромитовати се, јер је такав закон у суштини незаконитост"³.

Законитост једино на такав релативан начин и може да се оствари, јер како примећује М. Пруст: законито је и имати и немати. Због тога, у сваком поретку треба да се разликују "стандардне аберације" од "аномије права". Док су аберације неизбежне, аномија означава разарање и крај конкретног друштвеног и правног поретка. Аномија права, није крај права, као таквог, већ је и шанса за стварање новог, бољег права. Та нова "регенерација" на крају поново доводи до успостављања и функционисања начела законитости. Због тога борба за успостављање и афирмисање начела законитости у наведеном смислу није првенствено борба за легитимност, већ за аутентичност поретка. Тек из аутентичности настаје ваљана легитимност, а из ње ваљано законито и ефикасно право⁴.

С друге стране, управо због свог релативног остваривања, које је управо и највидљивије у пракси, уз законитост могу да се одреде и карактеристични облици незаконитости, којима се најчешће угрожавају грађанске и људске слободе и права. Између законитости и грађанских и људских слобода и права никада не постоји склад⁵.

Појам законитости, као интегралног правног начела, може да се одреди тек кад се имају у виду сви елементи "државноправног поретка", тј. везе између правних (ф)аката, објеката, субјеката, итд. Законитост у том смислу, представља други израз за државу и право. Начело законитости располаже извесним сталним особинама, као што су: објективност, универзалност, јединственост и релативност. Таквом склопу начела законитости, одговара и његово формализовање и прокламовање, које се врши "филозофско етичким погледима", "правним нормирањем" и "гносеолошко научним захватима и сазнањима". Начело законитости, исто тако, захтева и постојање "потребне и могуће мере усклађености нижих правних аката са законима, али и подешавање структуре и функционисање државе сходно садржини закона"⁶.

³ С. Врачар, Релативно остваривање прокламованог принципа законитости у Совјетском Савезу, у "Симпозијум о основама и облицима законитости у социјализму", Београд, 1967, стр.76-77.

⁴ Драган Митровић, Начело законитости појам, садржина, облици, Правни факултет Београд, 1996., стр.60

⁵ Ibid., стр.15

⁶ С. Врачар, Социјална садржина функције државноправног поретка, Београд, 1965, стр.163

Издвојили бисмо и размишљање Иве Крбека, који такође посебну пажњу посвећује начелу законитости, према коме се разлика у одређивању појма законитости не састоји толико у теоријском постављању самог начела законитости, колико у изналажењу све веће и све потпуније мреже правних средстава за остваривање тог начела. О законитости се, сматра Крбек, посебно говори због тога што су законите правне норме изведене из закона и што је закон далеко најважније правно врело. Том приликом, има се у виду и устав, као темељни закон⁷.

Велика разноликост гледишта у домаћој правној теорији, од којих су наведена само нека карактеристична гледишта, показује да законитост представља изузетно сложену и динамичну појаву, да није само једно од више сличних правних начела, већ да је најважније правно начело.

Међутим, иза различитих значења начела законитости и исто тако различитог искуства са начелом законитости, иза те привидне шароликости и нереди, налази се стална и непроменљива идеја која право и начело законитости представља на сасвим другачији начин – као *правну извесност*⁸.

Право и начело законитости имају, дакле, исти задатак и циљ. Тај циљ јесте извесност, без које нема ни друштвене извесности. А без друштвене извесности нема никакве извесности. То важно заједничко обележје, у сасвим новом светлу представља право и законитост као посебне динамичке системе правила о људском понашању. Право је, наиме, свесно плански или спонтано створен систем правила, а начело законитости правило или скуп правила о томе како ће право да се спроводи⁹.

Извесност представља појам који се веома често користи, иако о извесности у праву није много писано. Највероватније се разлог за то налази у привидној сличности појма извесности са другим правним појмовима, а посебно са појмом сигурности. О извесности због тога много више може да се сазна читањем политичких и филозофских списа. Идеја извесности среће се још код првих познатих античких филозофа, али она чини само претпоставку у њиховом учењу или се само узгред и повремено помиње.

⁷ Иво Крбек, *Правна средства за остваривање уставности и законитости*, Београд 1967, стр.13

⁸ Драган Митровић, *Начело законитости појам, садржина, облици*, Правни факултет Београд, 1996., стр.

⁹ Ibid., стр.15

Посебно место у тумачењу извесности припада М. Веберу, јер је он идеју извесности уградио у саме основе свог учења и на тај начин га поново афирмисао у друштвеним наукама. Вебер, полазећи од појма друштвеног односа који се састоји "потпуно и искључиво у изгледима да се друштвено дела на неки (смисаоно) могућ начин", одређује и појам права као "поредак са извесним специфичним јемствима да постоји вероватност да ће тај поредак емпиријски важити", односно да постоји "правилност" у понашању. "Правилност", "ред" или "извесност" имају за Вебера основно значење "шансе", "вероватноће", с којом људи рачунају у међусобним односима. Сви друштвени и правни пореци, следимо ли ове Веберове идеје, због тога могу да буду само извесни – не и сигурни, какав је случај и са свим другим људским творевинама¹⁰.

Због тога је и даље отворено питање: шта је то извесност, односно да ли је извесност уопште специфичан правни појам, и шта је уопште законитост као извесност. Извесност треба да обезбеди предвидивост у односима међу људима. Пошто сви друштвени односи нису регулисани правом, то се ни извесност не односи само на право, већ и на све нормативне творевине. Извесност у наведеном смислу, дакле, само прожима право и остварује се преко начела законитости, јер ни њено порекло није специфично правно.

Како се извесност испољава, тј. у каквом све облику постоји? Свест о властитом постојању (егзистенцији) и потреба да се постојање продужи, одређују и човеков став према свету. Тај став се емотивно испољава као "брига" за властито постојање, а рационално као "извесност" или "неизвесност", тј. као нешто што треба да се чини или не чини да би се смањила неизвесност и повећала извесност. Начело законитости, никада не може да достигне стање правне сигурности – изузев као прошла извесност – већ само стање правне извесности.

Важеће управно право Републике Србије

Начело законитости и предвидивости прописано је чланом 5. Закона о општем управном поступку ("Службени гласник РС", број 18/16). Правни основ за установљење наведеног начела је Осми део Устава Републике Србије у оквиру кога се чланом 198. даје оквир законитог поступања управе и то на два начина: 1) прописивањем да појединачни акти и радње државних орга-

¹⁰ Ibid., стр.43

на, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајна и јединица локалне самоуправе – морају бити засновани на закону; 2) прописивањем судске контроле законитости рада управе, кроз оцену законитости коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези и на закону заснованом интересу, у управном спору, која је најшири и требало би да буде најефикаснији облик контроле законитости рада управе.

Ставом 1. члана 5. Закона о општем управном поступку, прописано је да орган поступа по основу закона, других прописа и општих аката.

Из наведеног произлази да свако поступање органа управе мора бити засновано на закону, како до правоснажности донетих одлука, а посебно након ње, ако тада долази до одређених интервенција које се тичу даљег опстанка правноснажних одлука у правном животу.

Подсећамо да је Република Србија потписала Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода¹¹ дана 03.04.2003. године¹². Пошто је Европска конвенција ратификована у скупштини, постала је саставни део правног поретка Републике Србије, што значи да се иста непосредно примењује у смислу члана 16. став 2. Устава Републике Србије¹³.

Снажна интеракција између управног права ЕУ и националног управног права земаља чланица произвела је значајне промене у националним правним системима и подстакла процес њихове хармонизације. Стални контакти између јавних службеника земаља чланица и јавних службеника Европске комисије, развој посебног европског система управног судства, као и стварање заједничког система управних вредности и принципа, допринели су уједначавању управног права земаља чланица. Као резултат целог тог сложеног процеса, створен је посебан европски систем

¹¹ engl. *Convention for the Protection of human Rights and fundamental Freedoms*; franc. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertes fondamentales*; Конвенција за заштиту људских права и основних слобода сматра се "првим великим актом" Савета Европе. Ступила је на снагу 03.09.1953. године.

¹² "Učinci njezine neprekidne primjene na europskom kontinentu u posljednjih 60 godina priskrbili su joj atribut "ustavnog instrumenta europskog javnog poretka" (*constitutional instrument of European public order – ordre public*).", Јасна Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Стра-збуршки *acquis*, друго допуњено издање, Нови ин информатор, Загреб, 2014.;

¹³ Србија је Конвенцију ратификовала Законом о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, "Службени лист СЦГ" - међународни уговори бр.9 од 26.12.2003. године и примењује се у Србији од 03.01.2004. године.

управног права, који неки аутори називају "европски управни простор" (European Administrative Space). С обзиром на то да само усвајање прописа Европске уније не може гарантовати и њихову ефикасну примену, Европска комисија инсистира на изградњи административних капацитета који ће омогућити безболан улазак у "европски управни простор". Хармонизација управног права и прихватање заједничких европских вредности и стандарда тиме добијају изузетан значај за све државе у транзицији које намеравају да се у ближој будућности уклопе у европски правни систем¹⁴.

Ставом 2. члана 5. Закона о општем управном поступку, прописано је да када је законом овлашћен да одлучује по слободној оцени, орган одлучује у границама законом датог овлашћења и сагласно циљу због кога је дато.

У држави утемељеној на владавини права не сме постојати неограничена моћ. Закони увек морају поставити оквир дискреционој власти и уредити начин њиховог спровођења с доследном јасноћом која појединцу омогућава примерену заштиту против арбитрерности (самовоље).

Ставом 3. члана 5. Закона о општем управном поступку, прописано је да када поступа у управној ствари, орган води рачуна и о ранијим одлукама у истим или сличним управним стварима.

Ауторитети теорије домаћег управног права су се изјаснили поводом увођења начела предвидивости које је дефинисано у цитираном ставу 3. члана 5. ЗУП-а на следећи начин: "Начело законитости допуњено је начелом предвидивости. Начело предвидивости или легитимних (оправданих) очекивања (*principle of predictability, legitimate expectations*) једно је од начела Европског управног простора (European Administrative Space). Његова суштина је у томе да орган мора да се држи праксе коју је успоставио и да у истим или сличним случајевима одлучује на идентичан начин. Ова обавеза не постоји код конкретних случајева где оправдани разлози захтевају да се одступи од раније праксе, с тим да се то мора подробно образложити. Начело предвидивости је, заправо, израз уставног начела једнакости грађана пред законом и уставне одредбе којом се гарантује једнака заштита права пред органима власти. Такође, оно се може посматрати и као израз начела законитости у погледу доследне примене права у пракси. Наиме, карактеристика прецедентног система јесте то да једна одлука представља формални извор

¹⁴ Vidi: SIGMA Paper No. 23: Preparing Public Administration for the European Administrative Space, OECD, 1998, стр. 14-15, (Извор: www.cec.org/puna/sigmaweb).

права и основ за одлучивање у другим сличним случајевима. Начело предвидивости не ослања се на једну одлуку (прецедент), већ на уједначену правну праксу одређеног органа по одређеном питању. Штавише, закон не забрањује одступање од раније праксе, већ само налаже обавезу да се образложи зашто је то у конкретном случају неопходно, како се он разликује од других сличних случајевима у којима је поступљено на другачији начин и да то неће довести до неједнакости грађана пред законом. Да би се нагласила чињеница да начело предвидивости представља израз начела законитости у погледу доследне примене права у пракси и да не представља увођење прецедентног система, оно је спојено са постојећим начелом законитости. Исто је учињено и у Црној Гори приликом доношења новог закона који уређује управни поступак¹⁵.

"Међу основним начелима ЗУП-а, као новум, пажњу заслужује, најпре, оно о заштити легитимних очекивања странака, тј. о предвидивости, повезано са начелом законитости (члан 5.). Циљ је да се унапреде правна сигурност и извесност за странке, а да се управна пракса, што је могуће више, устали и уједначи: "(...) орган је дужан да води рачуна и о ранијим одлукама које је донео у истим или сличним управним стварима", уз дозу неопходне и оправдане еластичности"¹⁶.

Да начело законитости има једну од средишњих улога у праву (правном систему) показује и то што се може повезати с низом других теоријских појмова.¹⁷ Стога и не чуди позиција новоуведеног начела – начела предвидивости, које је своје место нашло баш управо у законској одредби која прописује начело законитости.

Појам - владавине права, предвидивости, правне сигурности и легитимних очекивања у Конвенцијском праву

Уочава се да се новоуведено начело објашњава на сличан начин, коришћењем појмова као што су предвидивост, легитимна очекивања, извесност, правна сигурност, владавина права. Стога смо сматрали да би било корисно навести нека (од заиста многобројних) специфична тумачења наве-

¹⁵ З.Томић, Д.Миловановић, В.Цуцић, Практикум за примену ЗУП-а, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд, 2017, стр.26

¹⁶ Предговор новом Закону о општем управном поступку, проф др Зоран Томић, ЈП Службени гласник 2016, стр.17.

¹⁷ Жаклина Харашић, Законитост као правно начело и правни аргумент, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год.47,3/2010, стр.745-767.

дених појмова, који се појављују у литератури која се бави теоријом и праксом конвенцијског права. Ово посебно ради стицања представе о свеобухватности којом Европски суд за људска права приступа случајевима, када се као спорно питање поставља повреда начела законитости. Кренимо редом:

Појма **владавине права**, односно његови саставни делови које најчешће помиње Европски суд у примени, јесу: начело законитости/ правности (*principle of lawfulness*), начело правне сигурности/ правне извесности и начело процесне поштености.¹⁸ Разматрајући појам владавине права у првом реду као "практични концепт", Венецијанска комисија¹⁹ утврдила је "неопходне елементе владавине права, као и оних *Rechtsstaatsbegriff*" за "које се чини да би могао бити пронађен консензус". То су:

1. приступачност права (*accessibility of the law*), што значи да оно мора бити разумљиво, јасно и предвидљиво (*intelligible, clear and predictable*);
2. о питањима о законском праву (*questions of legal right*) мора се нормално одлучивати на темељу закона, а не на темељу дискреције;
3. једнакост пред законом (*equality before the law*);
4. овлашћења се морају вршити законито, поштено и разумно (*lawfully, fairly and reasonably*);
5. људска права морају бити заштићена;
6. морају се осигурати средства за решавање спорова без прекомерних трошкова или кашњења;
7. суђења (*trials*) морају бити поштена;
8. дужност је државе да се придржава својих обавеза у међународном и националном праву²⁰.

Веће Европе истиче два есенцијална аспекта владавине права: квалитет закона и контрола дискреционих овлашћења егzekутиве (извршне власти) у примени права ради спречавања арбитрерности. Предвидивост закона Европски суд сагледава у светлу захтева које пред домаће законе поставља начело владавине права²¹.

¹⁸ Јасна Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Стразбуршки *acquis*, друго допуњено издање, Нови информатор, стр. 1089.

¹⁹ Венецијанска комисија, *Report on the rule of law (Venice Commission, 2011)* *36, 10.

²⁰ *Ibid.*, 36,10

²¹ Јасна Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Стразбуршки *acquis*, друго допуњено издање, Нови информатор, стр.1096.

Предвидивост (*foreseeability*), у смислу Конвенцијског права, значи да сваки закон или други пропис мора бити објављен пре него што ступи на снагу, а његови учинци морају бити јасни: мора бити формулисан довољно прецизно како би омогућио сваком адресату да своје властито понашање с њим правовремено усклади. Даље, законодавац не сме да нарушава темељна права неодређеним и вишезначним законима. Предвидивост закона Европски суд сагледава у светлу захтева које пред домаће законе поставља начело владавине права. Такође предвидивост се проширује и на испитивање предвидивости судских пресуда.²² Уочава се да конвенцијско право прави разлику између "предвидивости закона" и "предвидивости судских пресуда".

Правна сигурност - ²³ заједно са супремацијом права, подразумева да се право примењује у пракси. Из тога произлази да право мора бити примењиво (*implementable*). Стога је изузетно важна оцена да ли је право примењиво у пракси пре него што се донесе, као и накнадна провера може ли се оно ефективно применити. То значи да је вредновање законодавства *ex ante* и *ex post* важно за остваривање начела владавине права. Ипак, потреба за сигурношћу и извесношћу када је објективно право у питању не значи да се правна правила морају применити толико нефлексибилно да постаје немогуће уважити императиве хуманости и правичности. У том случају је обично реч о претераном формализму.

Потреба за правном сигурношћу не значи да онима који доносе одлуке не сме бити поверена дискрециона власт, под условом да постоје правна средства и правни поступци за спречавање њихове злоупотребе. У држави утемељеној на владавини права не сме постојати неограничена моћ (*unfettered power*). Закони увек морају поставити оквир дискреционој власти и уредити начин њиховог спровођења с доследном јасноћом која појединцу омогућава примерену заштиту против арбитрерности (самовоље). Арбитрерно (самовољно) вршење власти омогућава, у супстанцијалном смислу, непоштене, неразложне, неразумне или репресивне одлуке које су противне начелу владавине права.

Ретроактивно (повратно) деловање правних норми такође је супротно начелу правне сигурности, посебно у казненом праву, будући да правни субјекти морају знати последице свог понашања. У грађанском и

²² Ibid., 1098. стр.

²³ Ibid., стр.1091.

управном праву ретроактивност такође није пожељна, ако негативно утиче на права и правне интересе.

Правна сигурност такође претпоставља поштовање начела *res judicata*, то јест начела пресуђене ствари. Правноснажне (*final*) судске одлуке не смеју се доводити у питање, осим када је реч о заштити људских права и темељних слобода заштићених националним уставом или пак о праву на подношење притужби међународним судовима против правноснажних националних одлука домаћег (редовног) суда или пак уставног суда због кршења међународних правних обавеза које је држава преузела.

Начело правне сигурности, најзад, захтева и да се правноснажна одлука изврши. У приватноправним споровима извршење правноснажних судских одлука може захтевати помоћ државе да би се избегао ризик "приватне правде" (*risk of private justice*). Правни системи који дозвољавају укидање правноснажних судских одлука без уверљивих разлога јавног интереса (*cogent reason of public interest*) и на неодређено време нису у складу с начелом владавине права. С друге стране, постојање међусобно супротних судских одлука на нивоу врховних судова или уставних судова, може бити противно начелу правне сигурности. Оно захтева да судови, посебно највиши судови у држави, створе и примењују механизме за спречавање неједнаке примене права и осигурају усклађеност своје судске праксе. Правна сигурност такође захтева да деловање и обећања које је дала држава појединцима, у начелу морају бити поштовани. Реч је о заштићеном подручју "легитимних очекивања"²⁴.

Легитимна очекивања – Легитимно очекивање мора бити много конкретније природе од пуке наде и мора бити утемељено на законској одредби или правном акту као што је судска одлука.²⁵ Европски суд је у низу својих одлука истакао да подносиоци захтева немају "легитимно очекивање", ако се не може утврдити да ли имају "актуелан исправан правни захтев", који је у довољној мери утемељен (*currently enforceable claim that was sufficiently established*).

Све наведене елементе начела правне сигурности или правне извесности Европски суд истиче у својој судској пракси. Осветљава их са различитих аспеката, зависно од предмета о којем се у конкретном случају расправља²⁶.

²⁴ Ibid., стр.1091

²⁵ Ibid., стр.962

²⁶ Ibid., стр.1091

Четворосложни тест законитости у Конвенцијском праву^{27, 28}

Налази се да је корисно, али и интересантно, погледати како Европски суд за људска права поступа у случајевима, када се као спорно поставља питање повреде начела законитости.

У конвенцијском праву није реч о класичној законитости (*legality*), него о правности (*lawfulness*). У низу случајева, а у првом реду везаних уз квалификована права прописана чл. 8, 9, 10. и 11. Конвенције, али с учинцима који прелазе домашаје тих конвенцијских одредби, Европски суд је развио четворосложни тест (*four-fold test*) помоћу којег се одређује може ли се оспорена државна мера, независно од облика у којем се појављује, сматрати "законитом" у смислу Конвенције. Европски суд за људска права сажео је циљ четворосложног теста законитости.

1. Први захтев: постојање правног основа у домаћем праву

Када Конвенција изреком захтева да неко ограничење конвенцијског права мора бити "у складу са законом" или "предвиђено законом" реч је о домаћем закону или другом пропису или општем акту тужене државе

²⁷ Ibid., стр. 1106

²⁸ Слично: Начело законитости у кривичном праву има своја четири сегмента:

1. **nulla poena sine lege scripta** (scripta - писан, писмен) - забрањује примену неписаног, обичајног права у Кривичном праву. Сва кривична дела и све казне морају бити плод писаног закона;
2. **nulla poena sine lege praevia** (praevia - претходни) - забрањује ретроактивну примену кривичног законодавства, уз изузетак да је ретроактивна примена обавезна, ако је нови закон блажи по учиниоца;
3. **nulla poena sine lege certa** (certa - одређен, прецизан) - захтева да кривичноправне норме буду што је могуће више одређене, одн. треба избегавати тзв. генералне клаузуле
4. **nulla poena sine lege stricta** (stricta - тачан, изричит) - садржи забрану стварања права путем аналогије. Кривични закон мора да обухвата само оно на шта се односи, а не и сличне ситуације.

Кроз начело законитости кривично право обавља пре свега своју гарантивну функцију која је изузетно значајна из аспекта права и слобода грађана и остваривања принципа правне државе. Правна држава не само да штити грађане кривичним правом, она их мора заштитити и од кривичног права. Управо начело законитости служи спречавању самовољног, непредвидљивог кажњавања без закона, или на основу неодређеног или ретроактивног закона.

или пак стабилној судској пракси, које суд мора узети у обзир при испитивању наводних повреда конвенцијских права.

Пример: члан 1. став 1. Протокола бр.1. Прописује да се нико не сме лишити његовог власништва, осим у јавном интересу, и то само уз услове предвиђене законом. Из тога произлазе даље последице: Европски суд неће утврдити "законитом" ниједну меру надлежних домаћих власти, ако пре тоге не испита има ли та мера, коју подносилац захтева оспорава, било какву правну основу у домаћем праву. Није нужно да то буде закон у формалном смислу. То може бити и сам национални устав, као и сви други домаћи писани извори права, али и судска пракса.

Међутим, суд надаље понавља, да постојање правне основе није само по себи довољно да задовољи начело законитости. Када говори о "закону" (*law*), члан 1. Протокола бр.1. упућује на појам који обухвата и законе и судску праксу, те подразумева квалитативне предуслове, и то посебно – приступачност и предвидивост.

Тест начела законитости, у смислу конвенције, Европски суд примењује на све врсте домаћих правних аката држава странака: устав, законе, подзаконске акте, али и сва друга писана и неписана национална правна правила.

Када утврди постојање домаће правне основе на којој се темељила оспорена мера, Европски суд за људска права прелази на други део четворосложног теста законитости. Испитује је ли само домаће право (под којим се подразумева и судска пракса) на којем се темељила спорна државна мера којој подносилац захтева приговара у складу са захтевима које поставља Конвенција. Суд мора утврдити да ли је домаће право само по себи у сагласности са Конвенцијом²⁹.

2. Други захтев: предвидљивост домаћег права за подносиоца захтева

Други захтев законитости (предвидивост домаћег права) Европски суд је први пут изнео у пресуди *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva (no.1) (1979.)*, заједно са трећим захтевом (доступност домаћег права).

²⁹ Јасна Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Стразбуршки асquis, друго допуњено издање, Нови информатор, стр.1107.

"Према мишљењу Суда, два следећа захтева извиру из израза "прописан законом" (*prescribed by law*).....Друго, норма се не може сматрати "законом" (*law*), ако није формулисана са довољном прецизношћу (*with sufficient precision*) да омогући грађанину усклађивање његовог понашања: он мора бити у могућности да, ако је потребно, уз одговарајући савет – предвиди, до степена који је разуман у датим околностима, последице које одређено поступање може повући за собом. Те последице не морају бити предвидиве с апсолутном извесношћу (*with absolute certainty*): искуство показује да је то недоволјно. Још једанпут, док је извесност крајње пожељна, она може повући за собом претерану ригидност, а право мора бити кадро држати корак с променљивим околностима. Сагласно томе, многи закони неизбежно су обликовани у изреке (*couched in terms*) који су, у већој или мањој мери, неодређени (*vague*) и код којих је интерпретација и примена питање праксе"³⁰.

3. Трећи захтев: доступност домаћег права подносиатељу захтева

Трећи захтев законитости (доступност домаћег права) Европски суд је такође први пут изнео у пресуди *Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva (no.1)* (1979).

"Према мишљењу суда, два следећа захтева извиру из израза "прописан законом" (*prescribed by law*)..... Прво, закон/ право (*the law*) мора на одређени начин бити доступан (*adequately accessible*): грађанину мора бити на одговарајући начин омогућено да зна каква су правна правила која се примењују у конкретном случају".

Пример у коме је била реч о недоступности домаћег права (трећи захтев законитости) и о непредвидивости домаћег права (други захтев законитости) јесте случај *Lelas protiv Hrvatske 2010.*, та пресуда има значење прецедента за групу каснијих истоверних предмета.

Начело законитости такође тражи да суд потврди – производи ли начин на који домаћи судови тумаче и примењују право последице које су сагласне са начелима Конвенције. Начин на који орган/суд примењује домаће право, мора бити предвидиво за подносиатеља захтева, у мери разумног очекивања³¹.

³⁰ Ibid. стр.1108.

³¹ Ibid. стр.1113.

4. Четврти захтев: постојање средства против арбитрерног мешања у право

Четврти захтев теста законитости у конвенцијском праву захтева постојање правних механизма на темељу којих спровођење дискреционих овлашћења може бити подвргнуто контроли, осмишљеној тако да штити појединца од самовољног понашања државних власти, укључујући и пружање заштите против могуће злоупотребе овлашћења.

Наведени четврти захтев Европски суд је утврдио у предмету *Малоне против Уједињеног Краљевства (1984)*, тако што га је довео у везу са забраном злоупотребе државних овлашћења:

"... Суд би поновио своје мишљење да се израз "прописан законом" не односи само на домаће право, већ се односи и на квалитет права, захтевајући да оно буде сагласно са владавином права, која је изреком споменута у преамбули Конвенције.... Израз стога имплицира, а то следи и из сврхе члана 8. да мора постојати мера правне заштите у домаћем праву против самовољног мешања јавних власти у права заштићена ставом 1."

Било би у супротности с владавином права када би законска дискреција (*legal discretion*) одобрена извршним властима била изражена у категоријама неограничене моћи. Сагласно томе, закон мора назначити домашај сваке такве дискреције која је дата надлежним властима и довољно јасно навести начин њеног извршења, водећи рачуна о легитимном циљу мере о којој је реч, како би појединац имао примерену заштиту од самовољног мешања"³².

Када Европски суд поставља захтев за постављањем заштитних правних механизма против арбитрерности власти, он у основи испитује мањкавост домаћег закона, односно недостатак "правног оквира" тужене државе.

Средства којима се постиже законитост

Најважнија правна средства, којима може да се обезбеди контрола и заштита законитости у управном процесном праву су жалба, приговор³³ и тужба, али исто тако значајна контрола и заштита законитости се врше и на основу прописаних ванредних правних средстава.

³² Ibid. , 1114. стр

³³ Ново редовно правно средство у управном поступку, члан 147. Закон о општем управном поступку, ("Службени гласник РС", бр. 18/16)

С друге стране, да би се спречио бескрајни низ контроле законитости, правом се утврђују границе до којих контрола може да се врши. Та граница је, или највиша, по правилу судска инстанца или временски рок у коме може да се користи одговарајући правни лек. После тога, сматра се да је акт (нормативни или материјални) законит.

Обично се сматра да од тренутка окончања поступка за утврђивање законитости, правни акт постаје правноснажан, а најчешће од ступања на снагу и извршан. То, међутим, још увек на мора да значи да је такав правни акт и стварно законит, већ само да је он за право законит, као и да претпоставка о његовој законитости не може да се оспорава.

Акт постаје правноснажан без обзира да ли је исправан или погрешан, од чега се принципијелно изузима само ништав или непостојећи акт, који већ по својој самој природи не може постати правноснажан. Правноснажност акта покрива његову погрешност: *res judicata pro veritate habetur*. Деловање правноснажности и јесте најефикасније код погрешног акта: упркос погрешности акта, поступак се сматра окончаним и не може се више ставити у питање. Интерес за правном сигурношћу превагнуо је над интересом да акти не буду погрешни (незаконити): боље је прогутати неки погрешан акт, него порећи његову коначност и оставити га под трајним знаком питања³⁴.

На крају, поновили бисмо и прихватили размишљање И.Крбека, који посебну пажњу у својим делима посвећује начелу законитости, према коме се разлика у одређивању појма законитости не састоји толико у теоријском постављању самог начела законитости, колико у изналажењу све веће и све потпуније мреже правних средстава за остваривање тог начела.

Аргументи законитости у важећем управном процесном праву Републике Србије

Како се у пракси управних органа и Управног суда остварује начело законитости? Сматра се да управо одлучивање по правним лековима значи остварење начела законитости.

Као најмаркантнија места у Закону о општем управном поступку и Закону о управним споровима, наравно између осталих одредби са којима чине функционалну целину, означили би следеће одредбе, које предста-

³⁴ Иво Крбек, Управни акт, Загреб, 1957, стр. 90

вљају правни основ за поступање управних органа и Управног суда у заштити начела законитости, односно за поступање по правним лековима:

Члан 5. Закона о општем управном поступку
("Службени гласник РС", број 18/16)

Орган поступа по основу закона, других прописа и општих аката.

Када је законом овлашћен да одлучује по слободној оцени, орган одлучује у границама законом датог овлашћења и сагласно циљу због кога је дато.

Када поступа у управној ствари, орган води рачуна и о ранијим одлукама у истим или сличним управним стварима.

Члан 141. став 4. Закона о општем управном поступку

Образложење мора да буде разумљиво и да садржи кратко излагање захтева странке, чињенично стање и доказе на основу којих је оно утврђено, разлоге који су били одлучујући код оцене сваког доказа, прописе и разлоге који, с обзиром на утврђено чињенично стање, упућују на одлуку из диспозитива и разлоге зашто није уважен неки захтев или предлог. Образложење садржи и разлоге због којих је орган одступио од решења која је раније доносио у истим или сличним управним стварима. Ако је одлучено по слободној оцени, образложење садржи и пропис који орган овлашћује на то, разлоге којима се руководио при одлучивању и у којим границама и с којим циљем је применио овлашћење да одлучује по слободној оцени. Ако жалба не одлаже извршење решења, образложење садржи и позивање на закон који то предвиђа.

Члан 24. Закона о управним споровима
("Службени гласник РС", бр. 118/09)

Управни акт може се побијати тужбом у управном спору због незаконитости, и то ако:

1. у акту није уопште или није правилно примењен закон, други пропис или општи акт;
2. је акт донео ненадлежан орган;
3. у поступку доношења акта није поступљено по правилима поступка;
4. је чињенично стање непотпуно или нетачно утврђено или ако је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања;

5. је у акту који је донет по слободној оцени, орган прекорачио границе законског овлашћења или ако такав акт није донет у складу са циљем у којем је овлашћење дато.

Уколико се ради о одлуци управног органа или Управног суда, законска претпоставка је да иста садржи образложење о одлуци датој у диспозитиву. Образложење заправо садржи аргументацију под којом подразумевамо употребу одређеног законског аргумента од стране државног службеника и судије приликом писања образложења одлуке. Аргументација је опсежнија у управним актима насталим пред органима управе (што не значи и квалитетнија), док је аргументација законитости у судским одлукама углавном оскуднија (што не значи и некавалитетнија). Чини се да је аргументација судова у управном спору стереотипна, више спутана законским ограничењима, али разлог је управо ради тога да би се осигурала законитост одлука.

Аргументација законитости коју судија истиче у одлуци зависи од разлога побијања – неправилност поступка, неправилно и непотпуно утврђене чињенице или неправилно утврђено материјално право. Аргументација законитости, такође, зависи и од врсте одлуке која се доноси – да ли се потврђује одлука органа или се поништава. Што се тиче разлога побијања, сматрамо да би аргументација требала бити најоскуднија када се расправља о повредама поступка, јер се ту не улази у основно питање због којег је поступак покренут, а опсежнија, наравно када се одлука органа побија због погрешне примене материјалног права. С обзиром на врсту одлуке, сматрамо да би најопсежнију аргументацију свакако требало да садрже одлуке донете у спору пуне јурисдикције.

Усаглашеност између судских одлука и закона, односно остварење начела законитости, у пракси се остварује и штити управо када судови и управни органи одлучују на основу поднетих правних лекова, о повредама процесног и материјалног права почињеним од стране органа и суда. Решавајући о наведеним повредама закона, судови и управни органи аргументују одлуке на темељу аргумента законитости.

Закључак

Законитост је специфична правна вредност и у средишту је различитих схватања начела "владавине права". У свим друштвима има изузетан значај. Без њега се не може замислити ниједан друштвени и правни поредак. У посебном је односу с другим правним вредностима, а пре свега

са правном сигурношћу. Извесност као суштина начела законитости представља вредност, која је непроменљива, иако су историјски и садашњи пореци са начелом законитости променљиви у сваком погледу.

Начело законитости треба да обезбеди и да олакша примену права, иако законитост никад потпуно не може да се оствари. Законитост се због тога увек појављује као нека средина између идеалне примене права и потпуно спонтаног понашања људи.

С друге стране, управо због свог релативног остваривања, које је управо и највидљивије у пракси, уз законитост могу да се одреде и карактеристични облици незаконитости, којима се најчешће угрожавају грађанске и људске слободе и права. Између законитости и грађанских и људских слобода и права никада не постоји склад.

Литература

1. Драган Митровић, Начело законитости појам, садржина, облици, Правни факултет Београд, 1996.,
2. Јасна Омејец, Конвенција за заштиту људских права и темељних слобода у пракси Европског суда за људска права, Стразбуршки асquis, друго допуњено издање, Нови информатор, 2014
3. З.Томић, Д.Миловановић, В.Џуцић, Практикум за примену ЗУП-а, Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд, 2017
4. Предговор новом Закону о општем управном поступку проф др Зоран Томић, ЈП Службени гласник, 2016.
5. Иво Крбек, Управни акт, Загреб, 1957
6. Жаклина Харашић, Законитост као правно начело и правни аргумент, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, год.47,3/2010, стр.745-767.
7. Vidi: SIGMA Paper No. 23: Preparing Public Administration for the European Administrative Space, OECD, 1998, str. 14-15, (Izvor: www.cec.org/puna/sigmaweb).

Гордана Богдановић,
судија Управног суда

ЗАШТИТА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ У УПРАВНОМ СПОРУ

Увод

Заштита права на суђење у разумном року је правни стандард установљен чланом 6. тачка 1. *Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*¹ (у даљем тексту: Конвенција) који, између осталог, прописује да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.

Поштовање наведеног стандарда у управном спору је веома важно, имајући у виду значај управног спора у демократском друштвеном поретку. У управном спору се врши судска контрола рада јавне управе и заштита законитости и права грађана и других правних субјеката од противправног вршења управних радњи и незаконитог рада при доношењу управних аката. С обзиром на ширину друштвених области које су у надлежности Управног суда, решавање суда у управном спору је од битног утицаја на функционисање система државне управе, због чега је суђење у разумном року у управном спору императив коме се тежи и који се мора достићи.

Претходна правна регулатива

Право на правично суђење и суђење у разумном року су категорије које су установљене и у нашем законодавству, још чланом 32. Устава Републике Србије² (у даљем тексту: Устав), према коме свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у

¹ Конвенција је сачињена 04.11.1950. г. у Риму, измењена сагласно Протоколу бр. 11, ратификована од стране надлежног органа СЦГ 26.12.2003. године, а ступила на снагу у односу на нашу земљу 03.03.2004. године.

² "Службени гласник РС", број 98/06 од 10.11.2006. године

разумном року, јасно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега.

До доношења посебног закона, заштиту права на суђење у разумном року грађани су могли да остваре подношењем уставне жалбе, која је прописана чл. 82. став 2. Закона о Уставном суду³, који предвиђа да се уставна жалба може изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року. Уставни суд је утврђивао повреду права на суђење у разумном року и у управном поступку и у управном спору. Битно је нагласити да је тек после пресуде Европског суда за људска права у случају "Винчић и остали против Србије"⁴, донете 01.12.2009. године, уставна жалба могла да се сматра делотворним правним средством у вези са суђењем у разумном року.

Доношењем Закона о изменама и допунама Закона о уређењу судова⁵ установљено је ново правно средство заштите – захтев за заштиту права на суђење у разумном року. Само три одредбе закона су регулисале ову област, предвиђајући надлежност редовних судова, и то непосредно вишег суда (у случају Управног суда то је Врховни касациони суд), била је прописана хитност у поступку одлучивања, сходна примена одредби закона којим се уређује ванпарнични поступак и мере које може предузети непосредно виши суд ако утврди да је захтев подносиоца основан, а то су биле: примерена накнада за повреду права и одређивање рока за окончање поступка. Против решења о захтеву за заштиту права била је прописана жалба Врховном касационом суду у року од 15 дана.

Према расположивим подацима, до краја 2014. године Европски суд је изрекао 115 пресуда и 386 одлука о прихватљивости у односу на Србију, од тога 59 пресуда је донето по основу чл. 6. Конвенције, у 55 случајева је утврђена повреда права која се односи на дужину поступка и на одсуство извршења пресуде. Европски суд за људска права је у већем броју својих одлука истакао потребу да се на националном нивоу успостави делотворни правни лек за убрзање поступка и то све до извршења правоснажне судске одлуке, што чл. 6. доводи у блиску везу са чланом 13. Кон-

³ "Службени гласник РС", бр. 109/07... 103/15

⁴ Пресуда од 01.12.2009. године, број представке 44698/06 и др.

⁵ "Службени гласник РС", број 101/13 од 20.11.2013. године

венције, према коме свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира на то да ли су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.

Европски суд је све до 2000. године, до пресуђивања у предмету "Kudla против Пољске"⁶ за оцену дужине трајања судског поступка разматрао само члан 6. тачка 1. Конвенције. У том предмету је установљено да се члан 6. мора тумачити у вези са чланом 13. Конвенције, због његове делотворности, а у циљу гаранције делотворних правних лекова за заштиту права на суђење у разумном року. Одатле је настала потреба за доношењем посебног закона, у смислу чл. 13. Конвенције, а ради остварења захтева из чл. 6. став 1. Конвенције, као и члана 32. Устава РС, па је Република Србија донела Закон о заштити права на суђење у разумном року (у даљем тексту: Закон)⁷, који је усвојен од стране Народне скупштине Републике Србије дана 07.5.2015. године, а ступио је на снагу 01.01.2016. године.

Закон о заштити права на суђење у разумном року

Закон садржи 37 чланова, распоређених у 4 поглавља, и прописује потпуно нов систем заштите права на суђење у разумном року, увођењем три нова правна средства којима се штити право на суђење у разумном року. Заштита овог права се остварује у поступку у коме се утврђује да је повређено ово право, који води председник суда или судије одређене годишњим распоредом послова да поступају у овим предметима (у Управном суду о приговорима одлучује председник суда и један судија), и поступку који се води ради правичног задовољења пред правобранилаштвом или месно надлежним основним судовима. Даном ступања на снагу овог закона престале су да важе одредбе чл. 8а-8в Закона о уређењу судова⁸ и члан 82. став 2. Закона о Уставном суду.

Сврха Закона је да пружи заштиту права на суђење у разумном року и тиме предупреди настајање повреде тог права.

Право на заштиту има свака странка у судском поступку, с тим што јавни тужилац као странка у кривичном поступку нема право на суђење у разумном року.

⁶ Пресуда од 26.10.2000. године, број представке 30210/96

⁷ "Службени гласник РС", број 40/15 од 07.05.2015. године

⁸ "Службени гласник РС", бр. 116/08 ... 40/15

Правна средства којима се штити право су: приговор ради убрзавања поступка, жалба и захтев за правично задовољење.

Мерила за оцену трајања суђења у разумном року су све околности предмета суђења и то: сложеност чињеничних и правних питања; целокупно трајање поступка и поступање суда, јавног тужилаштва или другог државног органа; природа и врста предмета суђења или истраге; значај предмета суђења или истраге по странку; понашање странака током поступка, посебно поштовање процесних права и обавеза; поштовање редоследа решавања предмета, законских рокова за заказивање рочишта и главног претреса и израду одлука. Судија је слободан да користи и друга мерила која одговарају околностима конкретног случаја и која су утврђена у дугогодишњој пракси Европског суда, али су набројана она којих се мора придржавати. Европски суд издваја као приоритетне радне спорове, накнаду штете жртвама несрећних случајева, здравствено стање и старосно доба подносиоца представке, полицијско насиље и притворске предмете.

Приговор

Странка може да изјави приговор док се поступак не оконча.

Обавезни елементи приговора: лично и пословно име странке, њено пребивалиште, боравиште или седиште; лично или пословно име заступника или пуномоћника странке и његово пребивалиште, боравиште или седиште; назив суда који води поступак или пред којим се води поступак; пословни број судског предмета; време трајања поступка; податке о предмету суђења који указују на то да суд непотребно касни с одлучивањем; својеручни потпис странке, заступника или пуномоћника.

Нема усмене расправе, а прописана је сходна примена Закона о ванпарничном поступку.

Рок за одлучивање по приговору је два месеца од дана пријема приговора.

О приговору може да се одлучи у испитном поступку и без испитног поступка.

Без испитног поступка приговор се може одбацити ако одсуство неког обавезног елемента онемогућава да се по њему поступа, ако је приговор поднело неовлашћено лице или ако је преурањен. Против решења о одбачају није дозвољена жалба, али може одмах да се поднесе нови приго-

вор. Без испитног поступка приговор се може одбити ако је, с обзиром на трајање поступка које је наведено у приговору, очигледно неоснован.

Испитни поступак почиње захтевом председника суда да судија достави извештај у року од 15 дана или краћем року ако се ради о предмету који је посебним законом одређен као хитан за поступање. Извештај садржи изјашњење о развоју поступка у времену и предлог рока у коме може да се оконча. Могу да се траже и списи предмета. После завршеног испитног поступка, доноси се решење, којим се приговор одбија или усваја и утврђује повреда на суђење у разумном року. Решење о усвајању садржи разлоге због којих је повређено право станке, налоге судији да предузме процесне радње које делотворно убрзавају поступак и рок не краћи од 15 дана и не дужи од четири месеца и примерен рок у коме судија извештава председника суда о предузетим радњама. Ако је поступак хитан, председник суда може одредити првенство у одлучивању, одузети предмет судији и доделити га у рад другом, ако је право странке повређено због преоптерећености или дужег одсуства судије.

Судија и јавни тужилац немају право на жалбу против решења којим се приговор усваја.

Право на нови приговор има странка чији је приговор одбијен, а која није поднела жалбу, по истеку 4 месеца од дана пријема решења о одбијању приговора, а странка чији је приговор одбијен и која је поднела жалбу која је одбијена, по истеку четири месеца од дана пријема решења о одбијању жалбе. Странка чији је приговор усвојен а која није поднела жалбу, може да поднесе нови приговор по истеку 5 месеци од пријема решења о усвајању приговора. Странка чија је жалба усвојена и странка чији је приговор усвојен а жалба одбијена, могу да поднесу нови приговор одмах после истека рока у коме је судија или јавни тужилац био дужан да предузме делотворне радње.

Жалба

Право на жалбу има странка ако је њен приговор одбијен или ако председник суда о приговору не одлучи у року од два месеца од дана пријема приговора. Жалба може да се поднесе и ако је усвојен приговор али председник суда није наложио судији процесне радње које убрзавају поступак или ако судија није предузео наложене радње у року који му је одређен. Обавезни елементи жалбе су исти као и код приговора. Жалба се

подноси у року од осам дана од: истека рока од два месеца ако није одлучено о приговору; пријема решења о одбијању приговора. Ако је приговор усвојен рок од 8 дана се рачуна од: дана пријема решења ако нису наложене мере које делотворно убрзавају поступак; истека рока одређеног судији за предузимање радњи. Жалба се подноси председнику суда који је одлучивао о приговору, који је са списима доставља председнику непосредно вишег суда. Ако првостепени поступак води Врховни касациони суд, о жалби одлучује у већу од 3 судије. О жалби се може одлучити без испитног поступка, и у том случају се жалба одбацује ако је непотпуна, ако ју је поднело неовлашћено лице, ако је преурањена, неблаговремена, ако је поднело лице које се одрекло жалбе, повукло жалбу или нема правни интерес за подношење жалбе.

Против решења о одбацивању жалбе није дозвољена жалба.

Жалба се одбија без спровођења испитног поступка ако је очигледно неоснована.

После испитног поступка председник непосредно вишег суда решењем одбија жалбу и потврђује првостепено решење, усваја жалбу и преиначава првостепено решење или усваја жалбу и одлучује о приговору. Ако је поступак хитан, може одредити првенство у одлучивању или наложити председнику суда у коме је поднесен приговор да одузме предмет судији и додели га у рад другом, ако је право странке повређено због преоптерећености или дужег одсуства судије.

Рок за одлучивање о жалби је 30 дана од дана пријема жалбе.

Против решења о жалби није дозвољена жалба.

Захтев за правично задовољење

Право на правично задовољење има: 1. странка чији је приговор усвојен а није поднела жалбу; 2. странка чија је жалба одбијена уз потврђивање првостепеног решења о усвајању приговора и 3. странка чија је жалба усвојена. Странке под 1. и 2. стичу право кад истекне рок за предузимање процесних радњи. Странка под 3. кад прими решење о усвајању жалбе.

Врсте правичног задовољења:

1. право на исплату новчаног обештећења за неимовинску штету;
2. право на објављивање писмене изјаве Државног правобранилаштва да је странци повређено право;

3. право на објављивање пресуде којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року.

Одговорност Републике Србије за неимовинску штету изазвану повредом овог права је објективна.

Покушај поравнања са правобранилаштвом

Странка може да поднесе предлог у року од шест месеци од дана стицања права на правично задовољење, у коме ће да определи да ли тражи исплату новчаног обештећења или издавање и објављивање писмене изјаве о повреди, или и једно и друго.

Правобранилаштво покушава да постигне споразум у року од два месеца од дана пријема предлога. Ако споразум буде постигнут, закључује се вансудско поравнање које представља извршну исправу. Странка може у свако доба писмено да одустане од покушаја поравнања. За лица која су Европском суду за људска права већ поднела представку због повреде права на суђење у разумном року, о којој још није донета одлука о прихватљивости или основаности, закон предвиђа могућност да у року од шест месеци од дана ступања на снагу закона поднесу правобранилаштву предлог за поравнање о новчаном обештећењу.

Дана 18.7.2018. године Државни правобранилац, председник Врховног касационог суда и Високог савета судства, Министар правде и директор Правосудне академије су, због потребе усаглашавања примене члана 24. Закона о заштити права на суђење у разумном року у односу на покушај поравнања странака пред Државним правобранилаштвом, донели Упутство за унапређење и промоцију поступка закључења и извршења вансудског поравнања у поступцима за заштиту права на суђење у разумном року. У наведеном упутству је истакнуто да је анализом расхода судског буџета за 2017. годину и први квартал 2018. године утврђено да је по основу утврђене повреде права на суђење у разумном року 97% странака поднело тужбу за новчано обештећење, а само 3% је закључило вансудско поравнање за новчано обештећење, због чега је неопходно предузети активности ради упознавања шире јавности о могућностима закључења вансудског поравнања у предметима који се односе на повреду права на суђење у разумном року. Државно правобранилаштво је израдило образац предлога за закључење вансудског поравнања, који ће председници судова и судије које одлучују о приговорима достављати странкама, уз писано

обавештење о законској могућности закључења вансудског поравнања са Државним правобранилаштвом ради накнаде неимовинске штете.

**Тужба за новчано обештећење и накнаду
имовинске штете**

Странка може да поднесе тужбу за новчано обештећење против Републике Србије у року од једне године од дана када је стекла право на правично задовољење. Тужба није дозвољена док траје покушај поравнања, као и када се закључи поравнање. У поступку пред судом сходно се примењују одредбе о споровима мале вредности из ЗПП-а, ревизија није дозвољена. Стварно и месно је надлежан основни суд по пребивалишту, боравишту или седишту тужиоца, а ако тужилац нема пребивалиште, боравиште или седиште у Републици Србији, месно је надлежан основни суд који има седиште у месту седишта суда који је утврдио повреду. Код теже повреде права на суђење у разумном року, на захтев странке, суд може да донесе и објави пресуду у Службеном гласнику Републике Србије и досуди јој новчано обештећење, које може бити у висини од 300 до 3000 евра у динарској противвредности на дан исплате, према средњем курсу НБС. При одређивању висине нарочито се вреднује: сложеност предмета, поступање суда и странке током поступка и значај предмета суђења, као и остала мерила из члана 4. закона.

Тужба за накнаду имовинске штете се подноси против Републике Србије у року од једне године од дана стицања права на правично задовољење. Суд примењује одредбе којим се уређују облигациони односи, као и мерила за оцену трајања суђења у разумном року.

Новчано обештећење и накнаду имовинске штете исплаћује суд или јавно тужилаштво који су повредили право на суђење у разумном року, из буџета РС, у оквиру средстава која су намењена покрићу текућих расхода судова и јавних тужилаштава, од којих се изузимају расходи за запослене и текуће одржавање објеката и опреме.

ПОСТУПАЊЕ УПРАВНОГ СУДА У РАЗУМНОМ РОКУ

Један од императива у организацији и раду Управног суда је поступање у разумном року. Међутим, спровођење овог принципа у пракси је знатно отежано, јер се од почетка оснивања и рада Управни суд сусрео са

многим проблемима, као што су: велики прилив предмета, недовољан број судија, сложеност и разноврсност (преко 100 основа спора), уз перманентно проширење надлежности новим управним материјама, огроман број нарочито хитних и хитних предмета (међу којима су и предмети заштите изборног права, са роком за поступање суда од 48 часова). У првој години рада, 2010. године, суд је имао у раду 34.000 предмета, од тога 18.000 презетих од Врховног суда Србије и 16.000 новопримљених. У просеку суд је годишње примао до 22.000 предмета, са изузетком 2015. године, у којој је примљено око 15.000 предмета. Због недовољног броја судија, могућност специјализације по управним областима је искључена. У Управном суду тренутно судијску функцију врше 38 судија и председник суда. Судије просечно завршавају од 40 до 50 предмета месечно, иако је прописана норма 25. Без обзира на то, због изузетно великог прилива Управни суд је на дан 30.6.2018. године имао нерешених 33.513 предмета. Начин да се ови проблеми у раду Управног суда реше је увођење двостепеног управног судства са довољним бројем судија, што ће се реализовати у предстојећој реформи Управног суда, а до тада потребно је радити на повећању броја судија, судијских помоћника и осталог судског особља, као и на измени Закона.

Пре свега, у циљу ефикасније заштите права на суђење у разумном року неопходно је одредити који то временски период представља разумни рок. Како ниједним прописом то није одређено, досадашња судска пракса је стала на становиште да је у парници разумни рок две године, у кривици једна година, а за управни спор то време није дефинисано. Врховни касациони суд је на V седници Одељења за заштиту права на суђење у разумном року, одржаној дана 15.9.2014. године, усвојио правни став да се почетак разумног рока одређује од подношења тужбе Управном суду и не узима се у обзир време трајања поступка пред органима управе. Међутим, тај став се не примењује након ступања на снагу овог закона, који је у члану 4. као једно од мерила прописао целокупно трајање поступка и поступање суда. Због особености сваког појединачног случаја, пракса Европског суда указује да би разумни рок требало посматрати као временски период који је оптимално потребан да се отклони правна неизвесност о постојању неког права или да се отклони сумња о основаности оптужбе против неког лица.

Управни спор се покреће тужбом и у спору суд одлучује о законитости коначних појединачних управних аката. Према члану 2. Закона о управним споровима ("Службени гласник РС" број 111/09) у управном спору суд одлучује на основу закона и у разумном року. Специфичност управног спора је садржана у чињеници да управном спору претходи управни поступак у коме органи управе доносе управне акте. Закон о заштити права на суђење у разумном року није регулисао начин на који се мери и оцењује дужина поступка пред органима управе, који претходи судском поступку. Према стандардима Европског суда за људска права, управни поступак чини целину са судским поступком и не може се одвојено посматрати, с тим што се време које се узима у обзир при оцени дужине трајања поступка рачуна од дана подношења жалбе⁹. И то је сасвим исправан став, имајући у виду да је држава у обавези да уреди свој правосудни систем и државну управу тако да њихов рад одговара захтеву разумног рока. Периоди неактивности Управног суда или органа управе, било због хроничног оптерећења или очигледно недовољног броја судија и судског особља или запослених у органима управе, државу чине одговорном за дужину трајања поступка. Међутим, нема оправдања да Управни суд сноси последице неажурности органа управе и да му се приписује повреда права на суђење у разумном року због дужине трајања управног поступка, јер Управни суд ни на који начин не може да утиче на трајање поступка пред органима управе. У пракси се често дешава да се поступак води дуги низ година пред органом управе и да кад се поднесе тужба суду (после 5-6 и више година од подношења иницијалног акта органу управе) већ имамо ситуацију да је повређено право странке на суђење у разумном року, због чега је од великог значаја, у оквиру нашег законодавства, одвојити прекорачење рока у управном поступку од оног у судском поступку. Томе у прилог иде и чињеница да је Уставни суд у више својих одлука¹⁰, у поступку по уставној жалби, утврдио да је у управном поступку који се води пред органима управе подносиоцима жалби повређено право на суђење у разумном року, затим право подносилаца на накнаду нематеријалне штете и налагао је надлежним органима управе предузимање неопходних мера ради окончања поступка. Раздвајање прекорачења рока у

⁹ Пресуда Европског суда за људска права Божић против Хрватске од 29.06.2006. године

¹⁰ Одлука бр. Уж 3315/2016 од 31.05.2018. године; одлука бр. Уж 4956/10 од 28.11.2013. године; одлука Уж 6817/15 од 13.07.2017. године

управном поступку од оног у управном спору је нарочито значајно због чињенице да се суд обавезује на исплату новчаног обештећења и имовинске штете (због оба прекорачења - и у управном поступку и у управном спору), који се исплаћују из средстава намењених покрићу текућих расхода судова, од којих се изузимају расходи за запослене и текуће одржавање објеката и опреме.

Будући да Законом није регулисан начин на који се мери и оцењује дужина поступка пред органима управе, који претходи судском поступку, било би добро изменити и допунити наведени Закон и прописати поступак утврђивања повреде права на решавање у разумном року пред органима управе на сличан начин као пред судом. Странка у управном поступку би имала право на приговор органу који чини повреду права на решавање у разумном року, са могућношћу жалбе непосредно вишем органу, а ако њега нема, онда органу који врши надзор. На овај начин постигла би се адекватна заштита странака у управним поступцима који трају дуго, а у којима није покренут управни спор. Такође, треба размотрити и могућност да Управни суд, поред утврђивања повреде права на суђење у разумном року, утврђује и повреду права на суђење односно решавање у разумном року у управним поступцима који се воде пред управним органима, према мерилима прописаним у закону, а да се повреда права на суђење у разумном року утврђује од момента подношења тужбе у управном спору. С тим у вези, управни органи који су повредили право на поступање у разумном року би били обавезани на исплату новчаног обештећења и накнаде имовинске штете, а средства за исплату новчаног обештећења и накнаде имовинске штете би се обезбеђивала из буџета управног органа. Ако би се прихватили ови предлози, назив Закона би требало изменити тако да гласи Закон о заштити права на суђење и решавање у разумном року.

У вези са наведеним могућностима измене и допуне Закона председник Управног суда је Министарству правде Републике Србије упутио иницијативу за измену и допуну чланова 4, 32. и 33. наведеног закона.

Треба указати на још једну околност, насталу у вези са применом овог Закона, која се односи на трошкове поступка. Ниједном одредбом Закона није прописана могућност накнаде трошкова за подношење приговора или жалбе, настале ангажовањем пуномоћника из реда адвоката. Закон у члану 7, који регулише подношење приговора и поступак по приговору, у ставу 4. прописује да се усмена расправа не одржава, а на остала

питања сходно се примењује закон којим се уређује ванпарнични поступак, који, такође, не садржи одредбе о трошковима поступка. Према досадашњој пракси Управног суда, у случајевима када је приговор поднет преко пуномоћника из реда адвоката, признавани су трошкови за састав приговора у износу од 6.000,00 динара. Управни суд се позивао на сходну примену одредбе члана 153. став 1. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС" бр. 72/11... 55/14), у вези са чланом 30. став 2. Закона о ванпарничном поступку ("Службени гласник СРС" бр. 25/82 и 48/88, "Службени гласник РС" бр. 46/95... 6/15), на које упућује члан 7. став 3. Закона о заштити права на суђење у разумном року.

Према одредби члана 2. Закона свака странка има право на суђење у разумном року, што значи да свака странка која сматра да јој је то право повређено може да поднесе приговор, жалбу или захтев за правично задовољење, и није прописана обавеза да подношење наведених правних средстава учини преко адвоката. Чланом 3. став 2. истог Закона је прописано да странка не плаћа судску таксу у поступцима у којима се штити право на суђење у разумном року.

Имајући у виду сврху доношења овог Закона и чињеницу да се ради о посебном поступку, иницираном приговором странке, чији је циљ окончање судског поступка, конкретно управног спора, да су обавезни елементи приговора предвиђени у члану 6. Закона и односе се на основне податке које подносилац треба да пружи, било би добро установити образац приговора и писано упутство за попуњавање, како би се смањили трошкови заступања који, по мишљењу аутора овог реферата, нису нужни. Ово је веома значајно питање за Управни суд, будући да је било случајева да пуномоћник-адвокат поднесе приговор ради убрзавања поступка за више странака. У предметима где је Управни суд утврдио повреду¹¹, трошкови приговора су признати у износу од 6.000,00 динара. У поступку по жалби Врховни касациони суд је решењем¹² преиначио одлуку само у односу на трошкове поступка и досудио износ од 6.000,00 динара, увећан 50% за сваку наредну странку, односно 21.000,00 динара. Тако су трошкови подношења приговора постали предмет одлучивања по жалби, чиме се изгубио смисао и сама суштина поступка који се води ради заштите права на суђење у разумном року. Ако се има у виду да је Управни суд по одлуци

¹¹ Решење Управног суда Р4 у 150/17 од 22.08.2017. године

¹² Решење Врховног касационог суда Рж1 у 68/17 од 23.10.2017. године

Врховног касационог суда Рж1 у 94 од 09.01.2018. године обавезан на исплату износа од 1.134.000,00 динара на име трошкова поступка, онда је јасно да би једна одредба у смислу да свака странка сноси своје трошкове знатно сачувала судски буџет.

С тим у вези треба напоменути да је Уставни суд заузео став по коме не признаје трошкове ангажовања пуномоћника настале пред тим судом¹³.

Подаци о броју примљених и решених предмета по приговору у Управном суду

Од почетка примене Закона, значи од 01.01.2016. године закључно са 30.6.2018. године, у Управном суду је примљено 674 приговора. По годинама то изгледа овако:

- **2016. година** – укупан број примљених предмета је 225, од тога је 52 одбачено, 129 одбијено, 37 усвојено и 7 решено на други начин.

По жалбама је донета 51 одлука и то 43 жалбе су одбијене и 8 жалби је усвојено.

- **2017. година** – укупан број примљених предмета је 267 (за 42 предмета више), од тога је 33 одбачено, 154 одбијено, 67 усвојено и 3 решено на други начин и 10 је решено у наредној години.

По жалбама је донето 67 одлука, од тога је 56 одбијено а у 11 случајева је жалба уважена.

- **2018. година (01.01.-30.6.)** - укупан број примљених предмета је 182, од тога је 29 одбачено, 122 одбијено, 5 усвојено, 1 решен на други начин и 25 нерешено. По жалбама су донете 34 одлуке, од тога је 20 одбачено и 14 одбијено.

На име накнаде због повреде права на суђење у разумном року само у периоду од 01.01.2018. до 30.06.2018. године исплаћено је 4.640.849,93 динара¹⁴.

Закључак

Имајући у виду да из године у годину број предмета у овој материји показује тенденцију пораста, ради постизања сврхе закона и ефикасније

¹³ Одлука Уж 633/11 од 08.05.2013. године

¹⁴ Податак из шестомесечног извештаја Управног суда за 2018. годину

заштите грађана у управном спору, али и управном поступку, било би добро изменити и допунити Закон о повреди права на суђење у разумном року на следећи начин:

- **раздвојити одговорност за прекорачење разумног рока у управном поступку од прекорачења у управном спору,**

- **прописати поступак утврђивања повреде права на решавање у разумном року пред органима управе, у ком случају би се и назив закона допунио и гласио Закон о заштити права на суђење и решавање у разумном року, или прописати да Управни суд утврђује и повреду права на решавање у разумном року у управним поступцима који се воде пред органима управе.**

- **прописати да трошкове новчаног обештећења и накнаду имовинске штете исплаћује орган управе за повреду права на решавање у разумном року у управном поступку,**

- **установити образац за подношење приговора, како би се елиминисали трошкови ангажовања пуномоћника,**

- **прописати да свака странка сноси своје трошкове.**

Сматрам да би усвајање предложених измена утицало на побољшање ефикасности рада управних органа и смањење трошкова суда, а за Управни суд би значило и успостављање једнакости у односу на остале судове, који не зависе у оволикој мери од претходних поступака.

Зорица Китановић,
судија Управног суда

НОВИНЕ У ЗАКОНУ О АЗИЛУ И ПРИВРЕМЕНОЈ ЗАШТИТИ

Увод

Усвајањем нових Закона о азилу и привременој заштити и Закона о странцима, Република Србија настоји да учини поступак азила ефикаснијим, као и да боље дефинише права и обавезе странаца у Републици Србији, као и да усклади национални систем са законодавним оквиром ЕУ¹. У овом раду ћу укратко изнети шта доноси нови Закон о азилу и привременој заштити. У Закону о азилу и привременој заштити најважније новине су: успостављање убрзаног поступка азила, обједињавање регистрације и изражавање намере за тражењем азила, дефинисање поступка на граничним прелазима и транзитним зонама, увођење појмова пола, родног идентитета, родно заснованог насиља у дефиницији избеглица, разрада одредаба које се односе на доделу статуса члановима породице особа којима је додељен избеглички статус и супсидијарна заштита, увођење принципа најбољег интереса детета, укључујући одредбе које се односе на непраћену децу и старатељство, обезбеђење без одлагања, приступа образовању за сву децу-тражиоце азила, разрада концепта треће земље којим се предвиђа индивидуализовани приступ, успостављање процедуре за израду списка сигурних земаља порекла које усваја Влада Србије на предлог Министарства спољних послова. Такође закон прописује надлежност Управног суда за пружање судске заштите, као и да тужба одлаже извршење коначне одлуке. Новим законом је

¹ Директива 2011/95/EU- која прописује стандарде за квалификацију држављана трећих земаља или лица без држављанства за остваривање права на азил, стандарде у циљу постизања јединственог статуса избеглица или лица која испуњавају услове за супсидијарну заштиту, као и стандарде који се односе на садржај (права и обавезе) одобрене заштите; Директива 2013/32/EU која прописује поступак за признавање и одузимање права на азил; Директива 2013/33/EU која прописује стандарде за пријем лица која су поднела захтев за азил; Директива 2001/55/EC која регулише институт привремене заштите;

детаљно дефинисана улога Комесаријата за избеглице и миграције, а уводи се и право на новчану помоћ лицима која су смештена у Центре за азил, као и бесплатна правна помоћ коју пружају невладине организације које се баве пружањем правне заштите избеглицима.

Кључне законске промене

Једна од највећих новина предвиђена је у начелу некажњавања за незаконит улазак или боравак где се наводи да странац неће бити кажњен за незаконит улазак или боравак у Републику Србију ако без одлагања изрази намеру да поднесе захтев за азил и пружи ваљано образложење за свој незаконит улазак или боравак. Овом променом се превазишао вакуум који је постојао између момента изражавања намере за тражење азила и формалног подношења захтева за азил.

Процена најбољег интереса малолетног лица дефинисана је начелом заштите најбољег интереса малолетног лица, тако да приликом процене најбољег интереса малолетног лица узима се у обзир добробит, социјални развој и порекло малолетног лица, мишљење малолетног лица зависно од његовог узраста и зрелости, начело јединства породице, као и заштита и безбедност малолетног лица, посебно ако постоји сумња да је малолетно лице жртва трговине људима или жртва насиља у породици и других облика родно заснованог насиља.

Такође у циљу боље заштите тражилаца азила обезбеђује се и родна равноправност и осетљивост кроз начело родне равноправности и осетљивости тиме што се тражиоцу азила омогућава да поднесе захтев за азил и да га саслуша лице истог пола, односно да буде саслушан уз помоћ преводиоца или тумача истог пола, осим ако то није могуће или је повезано са несразмерним тешкоћама за орган који води поступак азила. Ово начело се примењује и приликом претресања, телесних прегледа и других радњи у поступку које подразумевају физички контакт са тражиоцем. Такође је прописано да особе женског пола у пратњи мушкарца које траже азил подnose захтев и дају изјаву одвојено од својих пратилаца.

Новим законом одређени су и надлежни органи, тако што су дефинисани органи државне управе који поступају у предметним поступцима, а не само њихове организационе јединице. Такође, уређује се и надлежност Управног суда. Законом се уређују услови за одобравање права на азил па се тако дефинише право на уточиште и супсидијарну заштиту.

Законом се наводи да се право на уточиште, односно статус избеглице одобрава тражиоцу који се налази изван државе свог порекла или државе уобичајеног боравишта, а оправдано страхује од прогона због своје расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности, припадности одређеној друштвеној групи или политичког уверења, због чега не може или не жели да прихвати заштиту те државе, док се под супсидијарном заштитом подразумева заштита која се одобрава тражиоцу који не испуњава услове за одобравање права на уточиште из члана 24. закона, ако постоје оправдани разлози који указују да ће се повратком у државу порекла или државу уобичајеног боравишта суочити са стварним ризиком од трпљења озбиљне неправде и који није у могућности или због таквог ризика не жели да прихвати заштиту те државе. Под озбиљном неправдом сматра се претња смртном казном или погубљењем, мучењем, нечовечним или понижавајућим поступање или кажњавање, као озбиљна и индивидуална претња по живот изазвана насиљем општих размера у ситуацијама међународног или унутрашњег оружаног сукоба. Законом су дефинисани и ближи разлози за прогон па се тако као разлози за прогон наводе: раса, вероисповест, национална припадност, политичко уверење, припадност одређеној друштвеној групи. Посебно се наводи да приликом процене да ли постоји оправдан страх од прогона, није важно да ли тражилац заиста поседује расне, родне, верске, националне, друштвене или политичке карактеристике или карактеристике у погледу језика и родног идентитета који су разлог за прогон, ако му починилац прогона приписује такве карактеристике. Надаље, закон уређује и питање субјеката који могу вршити прогон или озбиљну неправду, односно набраја могуће починиоце прогона или озбиљне неправде, као и субјекте који могу пружати заштиту у држави порекла или држави уобичајеног боравишта, односно даваоце заштите-државни орган, странке или организације које контролишу државу или знатан део државног подручја и недржавни органи итд.

Такође се уређује заштита у држави, потом услови за пресељење у други део државе, чињенице и околности које се морају узети у обзир приликом разматрања захтева, разлози за ускраћивање права на уточиште, разлози за ускраћивање супсидијарне заштите.

Највеће промене доживео је поступак азила. Досадашње фазе поступка, евидентирање и регистрација спојени су у једну радњу, регистрацију. Странца који изрази намеру да поднесе захтев за азил, у току

рестрације се фотографише и врши дактилоскопирање на основу овог закона. Након регистрације лицима се издаје потврда о регистрацији лица које је изразило намеру да тражи азил, а са којом се упућују неки од центара за азил. Намера за подношење захтева за азил може се изразити осим пред полицијским службеником и у Центру за азил. Међутим, на лица која се у року од 72 сата не јаве у центар примениће се одредбе Закона о странцима. При покретању поступка за азил потребно је да тражилац лично поднесе захтев, пред службеницима канцеларије за азил на прописаном обрасцу. У року од 15 дана од изражене намере да се поднесе захтев након изражавања намере овлашћени службеник канцеларије за азил који је прошао неопходну обуку, обавиће саслушање тражиоца у најкраћем могућем року о свим чињеницама и околностима које су од значаја за одлучивање о поднетом захтеву за азил, а нарочито ће утврђивати идентитет тражиоца, разлоге на којима се заснива захтев за азил, кретање тражиоца након што је напустио државу порекла или државу уобичајеног боравишта, као и да ли је тражилац већ тражио азил у некој другој држави. Саслушање тражиоца азила, по потреби се може поновити неколико пута. Законом је прописан и начин саслушања тражиоца азила, присуство пуномоћника, одсуства јавности, присуство представника UNHCR-а, снимање тонско или аудио-визуелно снимање саслушања, као и у којим ситуацијама саслушање тражиоца се може изоставити. Могућност изостављања саслушања представља новину у случају масовног прилива лица које подноси захтев за азил. На предлог надлежног органа, Владе Републике Србије може се донети одлука да се службеници других организационих јединица надлежног органа или другог државног органа привремено укључе у поступак обављања саслушања, ради ефикасног спровођења поступка из надлежности органа државне управе. Одлука о захтеву за азил у редовном поступку доноси се најкасније у року од три месеца од дана подношења захтева за азил. Рок се може продужити за три месеца ако захтев садржи сложене чињенице или правна питања или велики број странаца истовремено подноси захтев за азил. Изузетно може се продужити за још три месеца ако је то потребно да би се захтев размотрио у потпуности и на одговарајући начин. Рок се може продужити ако се може оправдано очекивати да се одлука о захтеву за азил не може донети у роковима који су прописани због привремено несигурног стања у држави порекла тражиоца. Овлашћени службеници канцеларије за азил проверавају стање у држави порекла тражиоца на свака три месеца и у разумном року обавештавају тражиоца о

одлагању доношења одлуке, с тим што се одлука мора донети најкасније у року од 12 месеци од дана подношења захтева за азил.

Новину у закону такође представља и убрзани поступак. Одлука о захтеву за азил у убрзаном поступку доноси се најкасније у року од 30 дана од дана подношења захтева за азил и то допуштеног накнадног захтева за азил, уз спровођење целокупног поступка азила. Услови за спровођење поступка за доношење одлуке у убрзаном поступку су: ако је тражилац изнео само оне податке који нису од значаја за процену основаности захтева, ако је свесно довео у заблуду службенике канцеларије за азил износећи лажне податке или предочивши фалсификована документа, односно непружајући релевантне податке или прикривајући документа која би могла негативно утицати на одлуку, ако је намерно уништио или сакрио исправе за утврђивање идентитета или држављанства, у циљу пружања лажних података о идентитету или држављанству, ако је изнео очигледне недоследне, контрадикторне, лажне или неуверљиве изјаве, које су у супротности са провереним подацима о држави порекла, које чине његов захтев неуверљивим, ако је поднео накнади захтев за азил, допуштен у складу са чланом 46. ст. 2. и 3. овог закона, ако је поднео захтев за очигледном намером да одложи или спречи извршење одлуке која би имала за последицу његово удаљење из Републике Србије, ако представља опасност по националну безбедности и јавни поредак или ако је могуће применити концепт сигурне државе порекла. Оваквим решењем омогућава се ефикасније поступање надлежних органа у поменутим случајевима. Такође се омогућава спровођење целокупног поступка на граници или у транзитном простору. Услови за одбацивање захтева за азил прецизније су уређени у односу на претходни закон, па је тако наведено да се одлука којом се одбацује захтев за азил без испитивања основаности истог доноси од стране канцеларије за азил, ако је могуће применити концепт државе азила у складу са чланом 43. наведеног закона, и ако је могуће применити концепт сигурне треће државе у складу са чланом 45. истог закона, с тим што се наведене одредбе примењују уколико ће тражилац у првој држави азила бити поново прихваћен. Такође Канцеларија за азил доноси и одлуку којом се одбацује накнади захтев за азил, ако оцени да је недопуштен, а против одлуке о одбацивању захтева за азил или накнадног захтева за азил може се поднети жалба Комисији за азил у року од 8 дана од дана уручене одлуке. Такође се законом уређују и питања концепта прве државе азила, сигурне државе порекла и сигурне треће државе. Закон ближе дефинише

концепт сигурне државе порекла и сигурне треће државе и исте појашњава. Законом је дефинисано ко сачињава листу сигурне државе порекла, односно да је то Влада на предлог Министарства надлежно за спољне послове и иста се према потреби ревидира. Министарство надлежно за спољне послове предлог листе сигурних држава порекла сачињава узимајући у обзир мишљење надлежних органа одређених законом, с тим што се испуњеност услова за примену концепта сигурне државе порекла процењује посебно за сваки поднети захтев.

Такође, закон прописује услове за подношење накнадног захтева за азил. Тако накнадни захтев за азил тражилац може поднети ако обезбеди доказе да су се околности релевантне за одобравање права на азил битно измениле или доказе које из оправданих разлога није изнео у претходном поступку, и то након правноснажности одлуке која претходи, ако је захтев одбијен или поступак обустављен. Накнадни захтев за азил мора бити разумљив и садржати битне чињенице и доказе настале након правноснажности одлуке и чињенице и доказе које тражилац из оправданих разлога није изнео у претходном поступку, а који се односи на утврђивање испуњења услова за одобрење азила ако утврди да је накнадни захтев за азил допуштен надлежни орган укида претходну одлуку и поновно одлучује о основаности захтева, а ако нађе да наведени захтев није основан, захтев за азил се одбацује као недопуштен у складу са ст. 2. и 3. члана 46. Такође, предвиђен је рок од 15 дана од дана подношења за одлучивање о наведеном захтеву. Законом су прописани и разлози за обуставу поступка по поднетом захтеву и услови за омогућавање повраћаја у пређашње стање, па тако поступак одлучивања о захтеву за азил се обуставља ако тражилац одустане од захтева, а сматра се да је тражилац одустао од захтева ако повуче свој захтев писменом изјавом; ако се не одазове саслушању на које је уредно позван, а не оправда разлоге свог изостанака; или ако одбије да да исказ, ако не обавести Канцеларију за азил о промени адресе боравка у року од три дана од дана када је промена настала или ако на други начин спречава да му се уручи позив или друга писмена, а не оправдава разлоге за пропуштање; и ако напусти Републику Србију без знања Канцеларије за азил, а не изнесе оправдане разлоге. У одлуци о обустави поступка одређује се рок у коме странац који нема други основ за боравак у Републици Србији, мора да напусти територију Републике Србије и ако то не учини, принудно се удаљава, у складу са законом који се уређује правни положај

странаца. Тражилац може поднети предлог за повраћај у пређашње стање у складу са законом којим је уређен општи управни поступак када је одлука о обустави поступка донета из разлога наведених у ставу 2. тач. 2, 3. и 4. овог члана. О предлогу за повраћај у пређашње стање одлучује Канцеларија за азил.

У глави закона, остваривања права и обавеза тражиоца азила, разређена су питања права и обавеза тражилаца азила тако што се тражиоцима гарантује право на боравак и слободно кретање у Републици Србији, материјални услови прихвата, социјална помоћ, здравствена заштита, основно и средње образовање, информисање, правна помоћ, слобода вероисповести, приступ тржишту рада и исправе у складу са законом. Такође законом су утврђене и обавезе тражиоца азила. Обавезе тражилаца азила су да се мора придржавати мера ограничења кретања из члана 78. овог закона ако су оне одређене; да о свакој промени раније одобрене адресе у року од 3 дана од промене адресе, мора писмено обавестити Канцеларију за азил; да се придржава кућног реда ако је смештен у Центру за азил и другом објекту за смештај тражилаца; да се одазове на позиве и сарађује са Канцеларијом за азил и другим надлежним органима у свим фазама поступка азила, да овлашћеном службенику преда своја идентификациона документа; путну исправу и друга документа која могу бити бити од значаја за његову идентификацију; да сарађује са овлашћеним службеницима приликом регистрације, да сарађује са овлашћеним службеницима приликом здравственог прегледа; да остане на територији Републике Србије до окончања поступка азила; да напусти Центар за азил или други објект за смештај тражилаца по правноснажности одлуке о захтеву за азил због непоштовања наведених обавеза. Против тражиоца азила могу се предузети мере прописане законом. Лице којем је одобрено право на азил или супсидијарну заштиту имају право на боравак смештај, слободу кретања, здравствену заштиту, образовање, приступ тржишту рада, правну помоћ, социјалну помоћ својину, слободу вероисповести, спајање породице исправе у складу са законом и помоћ при интеграцији, а лица којима је одобрено право на азил дужна су да поштују Устав, законе, друге прописе и опште акте Републике Србије. Такође лице је дужно да похађа часове српског језика и писма у Републици Србији. Услед нередовног похађања часова српског језика и писма, односно напуштања наведених часова, губи право на новчану помоћ за привремени смештај, као и право на једнократну новчану помоћ која се обезбеђује из буџета Републике Србије.

Питање привремене заштите, које се одобрава у случају масовног прилива насељених лица, такође је уређено одредбама новог закона. Одлуку о пружању привремене заштите доноси Влада, расељена лица која се сматрају странцима који су били присиљени да напусте подручје или државу свог порекла и уобичајеног боравишта, односно која су била евакуисана, који се не могу вратити у трајне или сигурне услове живота због ситуације која преовладава у тој држави, нарочито лица која су напустила подручје оружаних сукоба или локалног насиља, лице која су у озбиљној опасности од масовног кршења људских права или која су биле жртве тог кршења. Привремена заштита може се одобрити и лицима која су у време доношења одлуке боравила у Републици Србији, али којем је право на боравак истекло пре укидања одлуке о привременој заштити. Наведена лица се региструју у складу са овим законом и за свако лице посебно доноси се одлука о одобрењу привремене заштите. Привремена заштита се може одобрити најдуже до годину дана ако разлози и даље буду постојали по истеку од годину дана, привремена заштита се може додатно продужити за 6 месеци, а најдуже до годину дана. Привремена заштита престаје кад протекне рок за који је одобрена или када престану разлози због којих је одобрена, о чему одлуку доноси Влада. Изузетно, привремена заштита може престати лицу на основу одлуке Канцеларије за азил, кад се утврди да у односу на то лице постоје разлози на основу којих му се може ускратити право на уточиште. Законом су регулисана права и обавезе лицима којима је одобрена привремена заштита и супсидијарне заштите.

Закон разрађује питање разлога за ограничење кретања, па се тако кретање тражиоца може ограничити решењем Канцеларије за азил, када је то неопходно ради утврђивања идентитета или држављанства, утврђивање битних чињеница, доказа и околности на којима је захтев за азил заснован, а који се не могу утврдити без ограничења кретања тражиоца, посебно ако постоји ризик од бекства, обезбеђивање присуства тражиоца у поступку азила кад се основано може претпоставити да је захтев за азил поднео да би избегао депортацију, заштите безбедности Републике Србије и јавног поретка у складу са законом и одлучивање у оквиру поступка о праву тражиоца да уђе на територију Републике Србије. Такође, кретање странаца који су изразили намеру да траже азил може се ограничити решењем Канцеларије за азил, из разлога непоштовања обавезе из члана 58. став 1. тач. 3. и 7. наведеног закона. Ризик од бекства процењује се на основу свих

чињеница доказа и околности конкретног случаја, при чему се нарочито узима у обзир ранији покушај тражиоца да самовољно напусти Републику Србију, његово одбијање да му се провери и утврди идентитет, прикривање или давања лажних података о идентитету или држављанству. Закон ближе прописује мере ограничења кретања, рокове ограничења кретања, као и да се против одлуке о ограничењу кретања може поднети жалба надлежном Вишем суду у року од 8 дана од уручења одлуке, која жалба не одлаже извршење решења. Такође законом су регулисана и престанак права на азил и удаљењу странаца, кроз одредбе које се везују за престанак права на уточиште, престанак супсидијарне заштите и укидање одлуке о усвајању захтева за азил, као и престанак права на азил поништењем одлуке о усвајању захтева за азил, добровољни повратак и удаљење странаца.

Престанак права на уточиште предвиђено је из следећих разлога: ако лице поново ужива заштиту државе порекла и пристаје на ту заштиту, ако је лице поново стекло држављанство које је раније изгубило, ако је лице стекло ново држављанство и тиме ужива заштиту нове државе, ако се лице својом вољом вратило у државу коју је напустило или ван које је остало из страна од прогона или злостављања, ако лице више не може да одбије заштиту своје државе порекла јер су престале околности у вези са којима му је додељена заштита, ако се лице без држављанства може вратити у државу свог уобичајеног боравишта јер су престале околности у вези са којима изузетак представљају лица која одбију да користе заштиту своје државе порекла, односно државе у којој су имали уобичајено боравиште, ако се могу позвати на уверљиве разлоге везане за могући прогон или злостављање. И супсидијарна заштита може престати када околности на основу којих је одобрена престану или ако се промене до те мере да та заштита није потреба, тј. да лицу више не прети опасност од озбиљне неправде. Такође, ни овде престанак се неће применити ако лице одбије да користи заштиту своје државе порекла, односно државе у којој је претходно боравило ако се ради о лицу без држављанства, јер се може позвати на уверљиве разлоге који произилазе из претходне озбиљне неправде. Канцеларија за азил по службеној дужности укида одлуку којом је усвојен захтев за азил ако се утврди да постоје разлози за престанак права на уточиште, односно за престанак супсидијарне заштите. Престанак права на азил поништењем одлуке је прописано ако се накнадно утврди да је одлука којом се усваја захтев за азил донета на основу неистинито изнетих чињеница или на основу прикривених

чињеница од стране тражиоца и да због тога у тренутку подношења захтева није испуњавао услове за одобрење азила; ако се накнадно утврди да постоје разлози због којих би тражиоцу, на основу закона, право на уточиште, односно супсидијарну заштиту било ускраћено да су ти разлози били познати у тренутку када је поднео захтев за азил; и ако лице коме је одобрено право на азил представља опасност по националну безбедност или јавни поредак Републике Србије. Предвиђена је и могућност добровољног повратка. Приликом добровољног повратка води се рачуна о људском достојанству, дају се потпуне, јасне и поуздане информације о стању у држави порекла лица, упознаје се лице са тим стањем и омогућава му се да своју одлуку о повратку донесе уз потпуно упознавање чињеница. Влада на предлог Комесаријата доноси програм за подршку добровољног повратка. Уколико захтев за азил буде одбијен, одбачен или поступак обустављен, а нема другог основа за боравак у земљи, лице је дужно да напусти Републику Србију у року који је одређен том одлуком, а који не може бити дужи од 30 дана од дана пријема правоснажне одлуке. Даљи поступак спроводи се по Закону о странцима.

Посебна глава закона регулише и питање исправа, и то тако што одређује врсте али и ближе дефинише сваку од исправа, утврђује рок њиховог трајања, као и начин враћања исправе, као и питање неважности личне карте, односно неважности путне исправе. Оно што је занимљиво то је да се путна исправа може издати и деци млађој од 16 година, за које захтев подноси родитељ, односно старатељ, и исправе трају пет година.

Заштита права у поступку за азил уређена је одредбама чл. 95. и 96. закона. Гарантовано је право на жалбу која се може изјавити у року од 15 дана од дана пријама првостепене одлуке Комисији за азил, с тим да жалба одлаже извршење одлуке, док се судска заштита остварује у управном спору подношењем тужбе која одлаже извршење одлуке.

Поглавље о евидентирању садржи упућујуће норме за примену одредаба закона који уређују питање обраде података и евиденције у области унутрашњих послова и прописује обим и сврху обраде података које други надлежни органи прикупљају у овим поступцима, рокове њиховог чувања и врсту евиденција које воде.

Закључак

Наведени закон омогућио је да Република Србија задржи висок ниво у поштовању међународно прихваћених стандарда у области људских права и права тражилаца азила.

Литература

1. Устав
2. Закон о азилу и привременој заштити "Сл. гласник РС", бр. 24 од 26. марта 2018. године
3. Образложење предлога закона-сајт Народне скупштине РС (www.parlament.gov.rs)
4. Кључне законске норме - UNHCR
4. Азил у Србији - UNHCR
5. Процес реформе система азила-група 484

Стево Ђурановић,
судија Управног суда

**ПРИКАЗ ЗАКОНА О СТРАНЦИМА
СА ОСВРТОМ НА УПРАВНУ И УПРАВНО
– СУДСКУ ЗАШТИТУ**

Закон о странцима, који је донела Народна скупштина Републике Србије, на Првој седници Првог редовног заседања у 2018. години, 22. марта 2018. године објављен је Службеном гласнику Републике Србије, број 24/2018.

Чланом 128. Закона, одређено је да овај закон ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у Службеном гласнику Републике Србије а почиње да се примењује шест месеци од ступања на снагу, односно од 03.10.2018. године, те да даном почетка примене овог закона престаје да важи Закон о странцима ("Службени гласник РС", број 97/08).

Чланом 125. Закона прописано је да ће се поступци започети пре ступања на снагу овог закона окончати по одредбама Закона о странцима ("Службени гласник РС", број 97/08), осим ако је за странца повољније да се поступак оконча по одредбама овог закона.

Структура закона

Закона о странцима подељен је у XIV глава и то:

Основне одредбе,
Улазак и излазак странца из Републике Србије,
Визе,
Боравак странаца,
Незаконит боравак и поступак враћања,
Задржавање и принудно удаљење,
Путне исправе за странца,
Исправе за доказивање идентитета,

Боравиште и пребивалиште странца,
Посебне одредбе о кретању странаца у униформи,
Обрада података,
Надзор,
Казнене одредбе и
Прелазне и завршне одредбе

Основне одредбе

Основним одредбама прописују се предмет закона, одређује круг лица на које се овај закон не примењује, утврђује значење израза, коришћење путне исправе, улазак и боравак странаца, обавезе државних органа, физичких и правних лица као и заштита безбедности Републике Србије и њених грађана у поступку одлучивања о правима и обавезама странца и процесна правила у поступку одлучивања о правима и обавезама странаца.

Улазак и излазак странца из Републике Србије

У глави Закона која регулише улазак и излазак странца (Глава II) из Републике Србије утврђени су институти који се односе на граничну контролу, дефинисан је појам заједничке путне исправе као улазак и излазак на основу заједничке путне исправе, дате обавезе превозника који на границу Републике Србије доведе странца и обавезе превозника када се странцу одбије улазак, дефинисан појам незаконитих уласка и прописани разлози за одбијање уласка странца у земљу, као и улазак и боравак без визе.

Визе

У глави III Закона дата је дефиниција визе, одређене врсте виза, утврђена надлежност за издавање визе и сам поступак, почев од подношење захтева за визу, оцену доказа о испуњености услова за издавање визе и у склопу тога дефиниције позивног писма и обавеза путног здравственог осигурања. У поступку издавања визе дефинисани су провера услова и процена ризика, дати рокови за одлучивање о захтеву за издавање визе, одбијање захтева за издавање визе и поступак поништавања и укидања визе, као и право на жалбу. Такође, у овој глави су регулисани издавање визе на граничном прелазу и продужење рока важења визе.

Боравак странаца

Члановима 39. до 73. Закона (глава IV), дефинисан је боравак странаца.

У овој глави дате су одредбе којима се дефинишу: краткотрајни боравак странца, привремени боравак, подношење захтева за привремени боравак, надлежност за одлучивање, утврђивање општих услова за издавање одобрења за привремени боравак, трајање привременог боравка и одбијање захтева за привремени боравак. Дате су дефиниције привременог боравка по основу запошљавања, по основу школовања или учења језика, по основу студирања, по основу учешћа у програмима међународне размене ученика и студената, по основу специјализације, стручне обуке или праксе, по основу научно-истраживачког рада или других научно-образовних активности, по основу обављања верске службе, по основу лечења или неге, по основу власништва над непокретношћу, по основу спајања породице уз дефинисање брака из користи, као и привремени боравак за члана породице странца коме је одобрен азил. Утврђени су рокови важења привременог боравка по основу спајања породице и привремени боравак малолетног странца рођеног на територији Републике Србије, као и самостални боравак. Дефинисани су појмови привременог боравка из хуманитарних разлога, привременог боравка странца за ког се претпоставља да је жртва трговине људима, привремени боравак за жртве трговине људима, као и престанак хуманитарног боравка и привременог боравка за жртве трговине људима. Дата су, затим, начела приликом одлучивања и разлози престанка привременог боравка. Посебно су регулисани појмови сталног настањења и сталног настањења у посебним случајевима, дата надлежност за одлучивање, утврђени услови за одобрење сталног настањења и дати разлози за одбијање захтева за стално настањење, престанак права на стално настањење и поновно стицање права на стално настањење

Незаконит боравак и поступак враћања

Главом V. Закона, дате су одредбе које се односе на незаконит боравак, начела у поступку враћања уз изузетак од примене одредби Закона, доношење решење о враћању и рок за добровољни повратак као и забрана уласка, скраћивање и укидање забране уласка и право на жалбу.

Задржавање и принудно удаљење

У Глави VI која регулише Задржавање и принудно удаљење (чл. 81-94) прописани су појам и услови принудног удаљења, надзор поступка принудног удаљења, утврђена забрана принудног удаљења и дати услови за одлагање принудног удаљења. Утврђен је поступак провере идентитета и задржавање странца, затим одређивање боравка у прихватилишту, трајање боравка у прихватилишту и отпуштање из прихватилишта. Посебно су дефинисани правни лекови у поступку смештаја странца у прихватилиште. Дефинисани су кућни ред и правила боравка у прихватилишту, смештај малолетног странца у прихватилиште, обавезни боравак у одређеном месту као и трошкови враћања странца.

Путне исправе за странца

У Глави VII која регулише Путне исправе за странца дефинисане су врсте путних исправа за странце, путна исправа за лица без држављанства и путни лист за странца. Одрешена је надлежност за издавање путног листа за странца, као и разлози и поступак одбијања захтева за издавање путне исправе за странца.

Исправе за доказивање идентитета

Странац у Републици Србији доказује идентитет (Глава VIII) страном важећом путном исправом, важећом личном картом коју је издао надлежни орган друге државе, личном картом за странца, привременом личном картом за странца и посебном личном картом. Коришћење исправе за доказивање идентитета Право на личну карту за странца и посебну личну карту Садржај обрасца личне карте за странца, привремене личне карте за странца и посебне личне карте Подношење захтева за издавање личне карте за странца Надлежност Рок важења Издавање нове личне карте за странца Враћање личне карте за странца и проглашење неважећом личне карте за странца Обавезе странца у случају нестанка исправе за доказивање идентитета

Боравиште и пребивалиште странца

У Глави IX Закона дате су одредбе којима се дефинишу појам боравишта, адресе становања и пребивалишта, начин и обавеза пријављивања боравишта и пребивалишта и промене адресе становања као и одјава пребивалишта странца у Републици Србији.

Посебне одредбе о кретању странаца у униформи

Услови за ношење стране војне, полицијске или царинске униформе дати су у Глави X Закона.

Обрада података

Глава XI Закона прописује основе обрада података о личности, сврху обраде података о личности Евиденције, сарадњу државних органа и размену података о личности.

Надзор

Надзор (Глава XII) над спровођењем овог закона и прописа донетих на основу овог закона врше Министарство унутрашњих послова и министарство надлежно за спољне послове, свако у делу који се односи на надлежност тог министарства.

Казнене одредбе

Казненим одредбама датим у Глави XIII Закона прописане су прекршајне санкције за кршење одредаба овог Закона и њима су обухваћени: превозници, организатори туристичких путовања и позивари, пружаоци услуга смештаја. Прописане су санкције због кршења прописа у вези са уласком и задржавањем, незаконитим боравком и легитимисањем и кршења прописа у вези са одобреним боравком.

Прелазне и завршне одредбе

Прелазне и завршне одредбе дају овлашћења за доношење прописа, утврђују важење прописа до доношења нових на основу овог закона и престанак важења одређених закона.

Новине у Закону о странцима

Новине у Закону о странцима које су издвојене у овом реферату представљају преглед оних законских решења која није садржавао Закон о странцима ("Службени гласник РС", број 97/2008) или се пак појављују као квалитативно нова решења у односу на ранији Закон о странцима.

Већ у члану 3. Закона, којим су дефинисани основни појмови, уведени су нови појмови као што су земља порекла, уобичајено боравиште,

спајање породице, студент, ученик, научно истраживачки рад, научно истраживачка организација, истраживач, посебно угрожена лица, малолетник без пратње, разлози заштите безбедности Републике Србије, незаконит боравак, враћање, адреса становања и друго.

Посебна новина се односи на дефинисање државног органа који врши безбедносне провере по поднетом захтеву за издавање визе, привременог боравка, сталног настањена омогућава правну сигурност подносиоца једног од ових захтева. У том смислу се у одредбе Закона о странцима уводи се Безбедносно-информативна агенција, као државни орган у чијој надлежности су послови заштите безбедности Републике Србије, врши безбедносну проверу странца кроз њихове евиденције у сврху утврђивања непостојања односно постојања неприхватљивог ризика по безбедност Републике Србије и њених грађана у случају уласка и боравка странца на територији Републике Србије.

За разлику од решења садржаних у Закону о странцима ("Службени гласник РС", бр. 97/2008), који се односе на о одбијању захтева, који је био саопштаван странцу усмено, уз утискивање одбијања уласка у путну исправу странца, чланом 15. Закона прописани су разлози за одбијање уласка странца, при чему се улазак странцу одбија путем одлуке на стандардизованом обрасцу о одбијању уласка у коме се наводе тачни разлози одбијања уласка, уз давање поуке о правном средству.

У поступку издавања виза (члан 29), уведени су нови институти који се односе на проверу услова за издавање визе странцу и процену ризика, где су прописана три државна органа која врше теренске и безбедносне провере по поднетом захтеву за издавање визе страном држављанину и прописане су радњи које врше Министарство спољних послова. Нове институте представљају решења садржана у одредбама које се односе на поништавање или укидање визе, као и одредбама којима се прецизира потребна документација приликом подношења захтева за визу у дипломатско конзуларном представништву Републике Србије у иностранству. Законом је прописано да се одлука о одбијању захтева за издавање визе доставља на прописаном обрасцу у коме се наводе разлози на којима се заснива негативна одлука, а на одлуку о одбијању захтева за визу странаца има право жалбе.

Такође, нови институти везани су за одобравање привременог боравка члану уже породице странца коме је одобрена заштита у скла-

ду са одредбама Закона о азилу. Дефинисан је члан 59. који се односи на одобравање самосталног боравака странцу који је најмање пет година на привременом бораваку у Републици Србији по основу спајања породице. Такође, чланом 59. је омогућено да странцу - жртви породичног насиља може бити одобрен самостални привремени боравак у Републици Србији, невезано за временско трајање одобреног привременог боравака по основу спајања породице. Чланом 60. дефинисан је брак из користи. Посебна новина је да се странцу може уз испуњење одређених услова одобрити привремени боравак из хуманитарних разлога, укључујући и одобрење привременог боравака странцима који су били умешани у акцију за омогућавање ирегуларне миграције, ако сарађују са надлежним органима или учествују у поступку као оштећени или сведок. Чланом 62. Закона прописане су одредбе које се односе на одобравање привременог боравака жртвама трговине људима. Дефинисана су и начела којима се руководе органи приликом одлучивања о захтеву за привремени боравак, при чему је прописано да се том приликом посебно цене околности везане за подносиоца захтева и поред утврђивања испуњености општих услова за одобрење привременог боравака, а посебно се морају ценити околности сваког појединачног случаја и узети у обзир личне, породичне, економске и социјалне околности, као и дужину трајања претходних боравака странца.

Новине се могу уочити и код прописивања услова и надлежности за принудно удаљење странца где је Заштитник грађана предвиђен као надзорни орган у поступку принудног удаљења (члан 82.), а дефинисане су и одредбе које се односе на забрану принудног удаљења, одредбе које се односе на услове за смештај, отпуштање и период боравака странца у Прихватилишту за странце, као и правни лекови на решење о смештају странца у Прихватилиште за странце. Посебно је дефинисан је начин смештаја малолетника у Прихватилиште за странце и прописане су норме којима се штити најбољи интерес детета.

Новине садрже и одредбе о обради података из чл. 113-117. Дефинисан је обим и начин размене података између органа а чланом 115. Закона, прописано је да се подаци који се налазе у евиденцији о визама, које води Министарство спољних послова уносе и обрађују у Визном информационом систему, као електронској апликацији.

Управна и управно – судска заштита

Основна начела на којима почива овај Закон су појачана правна сигурност и загарантован принцип двостепености у одлучивању.

Полазиште представља члан 10. Закона којим је прописано да се у поступку одлучивања о правима и обавезама странаца прописаних овим законом, примењују одредбе закона којим је уређен општи управни поступак, уколико овим законом није другачије одређено.

Као органи одређени за поступање у управном поступку означени су Гранична полиција, Дипломатско - конзуларно представништво Републике Србије, Министарство унутрашњих послова, Министарство спољних послова и Влада РС. Гранична полиција и Дипломатско - конзуларно представништво Републике Србије су одређени као првостепени органи а у зависности од поступка који се води другостепени органи могу бити Министарство унутрашњих послова, Министарство спољних послова и Влада РС.

Двостепеност у одлучивању је дата као правило увођењем жалбе као редовног правног средства. У случају да је жалба искључена, дата је могућност да се против ових одлука може повести управни спор.

Приказ поступака у којима је обезбеђена жалбена и управно-судска заштита

Улазак и боравак странца

Већ у члану 9. Закона, којим се уређује заштита безбедности Републике Србије и њених грађана у поступку одлучивања о правима и обавезама странца, прописано је да уколико се у поступку одлучивања о правима и обавезама странца процени да улазак и боравак странца на територији државе представља неприхватљив безбедносни ризик, одлуку којом се ускраћује улазак или боравак странца на територији Републике Србије доноси надлежни орган осим уколико постоје разлози из члана 83. став 3. овог закона. У поступку одлучивања по жалби, другостепени орган има увид у чињенице и околности на којима је заснована негативна процена безбедносног ризика и дужан је да са њима рукује у складу са одредбама закона којим се уређује тајност података.

Са аспекта управног одлучивања, а у примени члана 9. Закона, треба навести да у поступку одлучивања о правима и обавезама странца у

вези са уласком и бораваком на територији Републике Србије, Министарство унутрашњих послова прибавља мишљење државног органа надлежног за заштиту безбедности Републике Србије у погледу процене да ли улазак или боравак странца на територији Републике Србије представља неприхватљив безбедносни ризик а у циљу превенције криминала и унапређења заштите јавне безбедности, процену безбедносног ризика уласка или боравака странца на територији Републике Србије може дати и организација јединица Министарства унутрашњих послова надлежна за борбу против организованог криминала и тероризма.

Одбијању уласка

О одбијању уласка одлучује Гранична полиција а улазак се одбија путем одлуке о одбијању уласка издате на прописаном обрасцу у коме се наводе разлози одбијања уласка. Одбијање уласка уписује се у путну исправу странца. Против одлуке о одбијању уласка може се изјавити жалба.

Издавања визе

У поступцима издавања визе, члан 23. Закона прописује да визу издаје дипломатско - конзуларно представништво, уколико овим законом није другачије одређено. Захтев за визу разматра и о њему одлучује дипломатско - конзуларно представништво на чијем конзуларном подручју подносилац захтева законито борава. Дипломатско - конзуларно представништво ће одбацити захтев за издавање визе уколико подносилац захтева не испуни један или више општих услова или не поднесе захтев у прописаном року.

О захтеву за издавање визе одлучује се у року од 15 дана од дана подношења захтева. Рок може се продужити до 30 дана ако за то постоје оправдани разлози.

Изузетно од члана 23. став 1. овог закона и уколико не постоје сметње прописане чланом 36. став 1. овог закона, странцу који није имао прилику да визу затражи у дипломатско - конзуларном представништву, може се на граничном прелазу издати виза за краћи боравак за један улазак са роком важења до 15 дана, када је то у интересу Републике Србије или за то постоје хуманитарни или професионални разлози.

Одлука о одбијању захтева за издавање визе на граничном прелазу и разлози на којима се она заснива доставља се странцу на прописаном обрасцу. Против одлуке о одбијању захтева за издавање визе на граничном прелазу може се изјавити жалба. Одлука о одбијању захтева за продужење рока важења визе у којој се наводе разлози на којима се она заснива се доставља на прописаном обрасцу а против одлуке о одбијању продужења рока важења визе може се изјавити жалба. Против одлуке о одбијању захтева за издавање визе може се изјавити жалба.

Поништавања и укидања визе

У поступку поништавања и укидања визе одређено је да визу поништава или укида дипломатско-конзуларно представништво, гранична полиција или надлежни орган. Одлука о укидању или поништавању визе садржи разлоге на којима се она заснива се доставља на прописаном обрасцу а против одлуке о поништавању или укидању визе може се изјавити жалба, осим у случају када је виза укинута на захтев странца коме је била издата виза.

Одбијању захтева за визу

Чланом 38. Закона прописано је да против одлуке о одбијању захтева за визу, захтева за издавање визе на граничном прелазу, поништењу или укидању визе, продужењу рока важења визе и одбијању уласка у Републику Србију странац може изјавити жалбу органу који је донео одлуку у року од осам дана од дана пријема одлуке. Жалба се подноси у писаној форми, на српском језику, уз плаћање прописане административне таксе. О жалби одлучује министарство надлежно за спољне послове за одлуке које је донело дипломатско-конзуларно представништво, а Министарство унутрашњих послова за одлуке које су донеле гранична полиција и надлежни орган, у року од 60 дана од дана пријема жалбе. Овим чланом прописано је да жалба не одлаже извршење осим уколико постоји неки од разлога који су прописани чланом 83. овог закона. Против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор.

Краткотрајни боравак странца

У поступцима који тангирају краткотрајни боравак странца, чланом 39. Закона прописано је да уколико током краткотрајног боравака странца наступи неки од разлога прописаних овим законом за изрицање

забране, надлежни орган може решењем странцу отказати краткотрајни боравак, изрећи забрану уласка у Републику Србију у одређеном временском периоду и одредити рок за напуштање Републике Србије који не може бити дужи од 30 дана. На изрицање забране сходно се примењује члан 78. овог закона (Забрана уласка). Против решења о отказу краткотрајног боравака и забрани уласка странаца може изјавити жалбу надлежном органу у року од 15 дана од дана пријема решења. Жалба се подноси у писаној форми, на српском језику, уз плаћање прописане таксе. О жалби одлучује Министарство унутрашњих послова. Жалба не одлаже извршење решења.

Одобрење и продужење привременог боравака

Следећи поступак се односи на поступак за одобрење, односно продужење привременог боравака, тако да је чланом 42. Закона прописано да о захтеву за одобрење односно продужење привременог боравака одлучује надлежни орган у року од 30 дана од дана подношења захтева. Чланом 45. Закона је прописано да против решења о одбијању захтева за одобрење привременог боравака, односно за продужење привременог боравака странаца може, преко надлежног органа, изјавити жалбу у року од 15 дана од дана пријема решења. Жалба се подноси у писаној форми, на српском језику, уз плаћање прописане таксе. О жалби на решење о одбијању захтева за одобрење привременог боравака, односно за продужење привременог боравака одлучује Министарство унутрашњих послова. Жалба одлаже извршење решења а против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор, при чему је одређено да покретање управног спора не одлаже извршење решења другостепеног органа.

Чланом 65. Закона прописано је да ће приликом одлучивања о захтеву за привремени боравак, односно о захтеву за продужење привременог боравака, надлежни орган, поред утврђивања испуњености општих услова за одобрење привременог боравака, посебно ценити околности сваког појединачног случаја и узети у обзир личне, породичне, економске и социјалне околности, као и дужину трајања претходних боравака странца. Против решења о престанку права на привремени боравак странаца може, преко надлежног органа, изјавити жалбу у року од 15 дана од дана пријема решења. Жалба се подноси у писаној форми, на српском језику, уз плаћање прописане таксе. О жалби на решење о престанку права на привре-

мени боравак одлучује Министарство унутрашњих послова. Жалба одлаже извршење решења а против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор. Покретање управног спора не одлаже извршење решења другостепеног органа.

Одлучивање о престанку привременог боравака

Поступак за одлучивање о престанку привременог боравака је прописан чланом 69. Закона, те уколико се накнадно сазна да за странца коме је одобрен привремени боравак постоји један или више разлога прописаних за одбијање захтева за привремени боравак, надлежни орган ће донети решење о престанку права на привремени боравак и одредити рок у ком је дужан да напусти Републику Србију, а који не може бити дужи од 30 дана. Решењем о престанку права на привремени боравак може се изрећи и забрана уласка. Против решења о престанку права на привремени боравак странац може, преко надлежног органа, изјавити жалбу у року од 15 дана од дана пријема решења. О жалби на решење о престанку права на привремени боравак одлучује Министарство унутрашњих послова. Жалба одлаже извршење решења а против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор. Покретање управног спора не одлаже извршење решења другостепеног органа.

Захтев за стално настањење и престанак права на стално настањење

О захтеву за стално настањење странца у Републици Србији (члан 67) одлучује Министарство унутрашњих послова у року од 60 дана од дана подношења захтева. Против решења о одбијању захтева за стално настањење (члан 71), странац може изјавити жалбу органу који је донео решење у року од 15 дана од дана пријема решења. О жалби на решење о одбијању захтева за стално настањење одлучује Влада. Жалба одлаже извршење решења. Против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор а покретање управног спора не одлаже извршење решења другостепеног органа.

О престанку права на стално настањење (члан 72) одлучује Министарство унутрашњих послова. Против решења о престанку права на стално настањење странац може изјавити жалбу органу који је донео одлуку у року од 15 дана од дана пријема решења. Жалба одлаже извршење решења. О жалби на решење о престанку права на стално настањење одлучује

Влада. Против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор а покретање управног спора не одлаже извршење решења другостепеног органа.

Захтев за укидање, односно скраћивање забране уласка

Чланом 79. прописано је да странац који је Републику Србију добровољно напустио у складу са решењем о враћању, а коме је протекла половина времена изречене забране уласка у Републику Србију, може надлежном органу поднети захтев за укидање, односно скраћивање забране уласка из личних или хуманитарних разлога односно уколико сматра да су престали разлози због којих му је забрана изречена. Ставом 2. овог члана прописано је да против одлуке о одбијању захтева за укидање, односно скраћивање забране уласка не може се изјавити жалба, али се може покренути управни спор.

Право на жалбу из члана 80. Закона, говори да против решења о враћању странац може преко надлежног органа у року од 15 дана од дана достављања решења изјавити жалбу. О жалби на решење о враћању одлучује Министарство унутрашњих послова. Жалба на решење о враћању не одлаже извршење решења, осим у случајевима када постоји стварна опасност кршења права предвиђеним чланом 83. овог Закона или ако за то постоје озбиљни хуманитарни разлози. Против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор.

Принудно удаљење странаца

Принудно удаљење странаца је прописано чланом 81. Закона. У овом поступку уколико се принудно удаљење спроводи из разлога прописаних у ставу (1) тачка 3) овог члана, надлежни орган ће донети решење о отказу боравка и забрани уласка странца у Републику Србију у временском трајању изречене мере безбедности протеривања или заштитне мере удаљења странца из земље, и одредити рок за напуштање територије Републике Србије који не може бити дужи од 30 дана. Против решења из овог става не може се изјавити жалба, али се може покренути управни спор.

Одлагање принудног удаљења

Члан 85. прописује да се одлагање принудног удаљења одобрава на период до годину дана и може се продужити од стране надлежног органа.

на. Одлагање принудног удаљења се укида уколико основ за одлагање престане да постоји или уколико се странац не придржава обавеза које проистичу из обавезног боравака. Жалба против решења о одлагању принудног удаљења и решења којим се укида одлагање принудног удаљења се изјављује надлежном органу у року од осам дана од дана достављања решења. Жалба одлаже извршење решења. О жалби одлучује Министарство унутрашњих послова а против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор.

Одређивање боравака у прихватилишту

Члан 87. Закона прописује да се странцу који се налази у поступку враћања, а у сврху припреме враћања или извршења принудног удаљења одређује се боравак у прихватилишту на основу решења надлежног органа или решења граничне полиције о смештају странца у прихватилиште.

Правни лекови у поступку смештаја странца у прихватилиште дати су у члану 90. Закона, те је прописано да против решења надлежног органа или граничне полиције о смештају лица у прихватилиште и решења о продужењу смештаја, није дозвољена жалба, већ да се против одлуке може се покренути управни спор, у року од 8 дана од дана уручења одлуке. Тужба не одлаже извршење решења а суд је дужан да о тужби одлучи у року од 15 дана од дана подношења тужбе.

Обавезни боравак у одређеном месту

Обавезни боравак у одређеном месту прописан је чланом 93. Закона, те ће надлежни орган странцу решењем одредити обавезни боравак у одређеном месту (у даљем тексту: обавезни боравак) када у складу са чланом 87. овог закона постоји ризик да странац неће бити доступан надлежном органу ради спровођења принудног удаљења, а смештај лица у прихватилиште не би било сразмерна мера, односно у случају да је странцу донето решење о одлагању принудног удаљења из члана 84. овог закона. Против решења о одређивању обавезног боравака, као и против решењем којим се одобрава странцу да привремено напусти место обавезног боравака, странац може преко надлежног органа изјавити жалбу у року од осам дана од дана пријема решења. О жалби одлучује Министарство унутрашњих послова. Жалба не одлаже извршење решења а против решења донетог у другом степену може се покренути управни спор.

Одбијање захтева за издавање путне исправе за странца

Чланом 99. Закона прописано је да против решења о одбијању захтева за издавање путне исправе за странца из чл. 96. и 97. овог закона, странац може изјавити жалбу органу који је донео одлуку у року од осам дана од дана пријема одлуке. О жалби на решење о одбијању захтева за издавање путне исправе из чл. 96. и 97. одлучује Министарство унутрашњих послова или министарство надлежно за спољне послове, у зависности од органа који је донео одлуку из става (1) овог члана. Жалба не одлаже извршење решења. Против решења донетог у другостепеном поступку може се покренути управни спор.

Проглашавању неважећом личне карте за странца или привремене личне карте

Члан 108. став 3. прописује да против решења о проглашавању неважећом личне карте за странца или привремене личне карте за странца није допуштена жалба, али да се може покренути управни спор.

Поред наведеног, уочава се и већи број ситуација у којима је поступање органа везано за рокове у којима су органи дужни да поступају. Закон не регулише поступање у ситуацијама када су рокови протекли. Стога, а како се у поступку одлучивања о правима и обавезама странаца прописаних овим законом, примењују одредбе закона којим је уређен општи управни поступак, оставља се могућност вођења поступка због "ћутања администрације", односно поступка из члана 173. Закона о општем управном поступку ("Службени гласник РС", број 18/16).

Треба указати и на то да се у поступцима прописаним Законом о странцима одређена поступања надлежних органа могу подвести под управне радње а то су, по дефиницији, материјални акти органа који утичу на права, обавезе или правне интересе странака, као што су вођење евиденција, издавање уверења, пружање информација, примање изјава и друге радње којима се извршавају правни акти. У овим ситуацијама, а како то одређује Закон о општем управном поступку као правно средство може се уложити приговор, при чему се приговор може да се изјави и ако орган не предузме управну радњу коју је по закону дужан да предузме.

Закључна разматрања

Када се сагледају структура и новине које доноси нови Закон о странцима и изврши поређење са Законом о странцима ("Службени гласник РС", број 97/2008), да се уочити да је извршена хармонизација националног законодавства у односу на прописе ЕУ којима је дефинисана ова област, појачана правна сигурност и загарантован принцип двостепености у одлучивању.

Треба рећи да је Закон о странцима ("Службени гласник РС", број 97/2008) усвојен 2008. године, са применом од 01.04.2009. године, и да је донет низ подзаконских аката који су пратили овај Закон. Прописи који уређују област кретања и боравка странаца у Републици Србије нису мењани до доношења новог Закона, те како су уочени одређени проблеми и правне празнине у примени овог прописа, које је било неопходно открити, као неопходност се наметнула потреба за доношењем новог Закона, којим би се на свеобухватан начин регулисала област кретања и боравка странаца у Републици Србији.

Поред наведеног, на доношење новог Закона значајно су утицале промене у области миграција, промене у процесу кретања становништва, посебно избегличка криза у последњим годинама, као и други чиниоци који су од значаја за праћење миграција на домаћем и међународном плану.

У том смислу а са аспекта хармонизације националног законодавства у односу на прописе ЕУ, односно да се методологија поступања према страним држављанима не разликује у односу на поступања која су прописана према држављанима трећих земаља у ЕУ, од значаја је усаглашавање са Директивама Европске уније и то: Директивом 2003/86/ЕЗ о праву на спајање породице, Директивом 2003/109/ЕЗ о статусу држављана трећих земаља са дуготрајним боравиштем, Директивом 2005/71/ЕЗ о условима прихвата држављана трећих земаља по основу научног истраживања, Директивом 2004/114/ЕЗ о условима прихвата држављана трећих земаља у сврху студирања, размене ученика, оспособљавања без накнаде или волонтирања, Директиве 2004/81/ЕЗ о дозволи боравка издатој држављанима трећих земаља који су жртве трговине људима или који су коришћени за деловања којима се омогућава незаконит улазак, а који сарађују са надлежним телима, Директиве 2008/115/ЕЗ о заједничким стандардима и поступцима држава чланица за враћање држављана трећих земаља са незаконитим боравком и Уредбом 810/2009/ЕЗ о визном коду ЕУ.

Стога се може рећи да је нов Закон о странцима, тежећи ка унапређењу националног система у области легалних и ирегуларних миграција, прецизније дефинисао права и обавеза страних држављана која треба да испуне и којих треба да се придржавају како би несметано и у складу са законом могли да уђу, бораве и крећу се преко територије Републике Србије, са акцентом на њиховој правној сигурности.

Такође је јасно одређена надлежност и поступање државних органа у поступцима који се спроводе према страним држављанима уз установљење права страног држављанина на жалбу, односно двостепеност у сваком покренутом управном поступку пред надлежним државним органом, као и судска заштита.

Биљана Тамбурковски Баковић,
судија Управног суда

ПРИМЕДБЕ НА ЧЛАН 14. НАЦРТА ЗАКОНА О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О СЛОБОДНОМ ПРИСТУПУ ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА

Институт слободног приступа информацијама у поседу јавних власти није нова појава, будући да се идеја јавности рада органа власти појавила у XVIII веку и први пут је озакоњена у Шведској 1766. године, када је грађанима те државе призната доступност докумената и података у поседу управне власти (Tryckfrihestforordning из 1766. године). Исто право помиње и Декларација о слободама и правима човека и грађанина из 1789. године, али оно долази у први план током последње три деценије XX века и надаље, са експанзијом и универзалним прихватањем концепта "људских права" са једне стране, и концепта "доброг управљања" и принципа јавности у раду државних органа, с друге стране. До данас је преко 60 земаља законом уредило слободан приступ информацијама у поседу државних органа, а у том погледу је нарочито важно поменути пример Европске уније чији оснивачки уговори изричито говоре о доступности података у поседу њеног Парламента, Комисије и Савета министара, док Повеља о основним правима ЕУ гарантује грађанима Уније слободан приступ овим информацијама.

Право на слободан приступ информацијама у поседу јавних власти први пут је грађанима Србије признато Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама ("Службени лист СЦГ" број 6/03), на коју се позива у одредби члана 8. Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора ("Службени лист СРЈ" број 1/03). Након тога је донет Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја ("Службени гласник РС" бр. 120/04... 36/10), а признавањем права на обавештеност, одредбом члана 51. Устава Републике Србије ("Службени гласник РС" број 98/06), коначно је постављен уставни оквир за остваривање права на обавештеност као основног људског права зајемченог међународним документима као што су Уни-

верзална декларација Уједињених нација о људским правима и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.

Однос Управног суда према примени одредаба Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја (у даљем тексту Закон) је дво-струк. Са једне стране, Управни суд оцењује законитост решења и закључака донетих од стране Повереника за информације од јавног значаја (члан 27. Закона) и оцењује законитост решења Народне скупштине, председника Републике, Владе Републике Србије, Врховног суда Србије, Уставног суда и Републичког јавног тужиоца, када је предмет спора слободан приступ информацијама од јавног значаја. Од оснивања Управног суда дана 01.01.2010. године, закључно са 10.08.2018. године, укупно је примљено 1369 предмета са основном спора - информације од јавног значаја и заштиту података о личности (од тога је 811 предмета заведено у уписник У), и укупно примљен 91 предмет са основом спора - информације од јавног значаја и заштите података о личности - ћутање управе (од тога 74 заведено у уписник У). Са друге стране, Управни суд је, као и сви други органи јавне власти, дужан да без одлагања, а најкасније у року од 15 дана од пријема захтева за остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја, тражиоца обавести о поседовању информације, стави му на увид документ који садржи тражену информацију, односно изда му или упути копију тог документа (члан 16. Закона). Таквих захтева је од оснивања Управног суда дана 01.01.2010. године, закључно са 10.08.2018. године, примљено и решено укупно 870.

Због изузетног значаја обе улоге Управно суда у примени Закона, дана 11.04.2018. године, одређена је Радна група за давање мишљења, сугестија и примедби на Нацрт Закона о изменама и допунама Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја (у даљем тексту: Нацрт), која је размотрила текст Нацрта и дала примедбе и предлоге, између осталих и примедбу на члан 14. Нацрта, о чему ће даље бити речи у овом тексту.

Наиме, члан 27. Закона гласи:

Против решења и закључка Повереника може се покренути управни спор.

Управни спор поводом остваривања права на слободан приступ информацијама од јавног значаја је хитан.

Члан 14. Нацрта гласи:

У члану 27. додаје се нови став 1. који гласи:

"Против решења Повереника, орган власти, као и друга лица предвиђена закона, могу покренути управни спор".

Постојећи став 1. постаје став 2.

У члану 27. после става 2. додаје се став 3. који гласи:

"Против правноснажне одлуке Управног суда странка и надлежни јавни тужилац могу да поднету Врховном касационом суду захтев за преиспитивање судске одлуке."

Након почетка примене Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја ("Службени гласник РС" број 120/04), Врховни суд Србије је изразио правно схватање сентенцом у решењу У 6748/05 од 01.02.2006. године, које гласи:

"Орган власти који решава по поднетом захтеву за приступ информацијама од јавног значаја, против чије одлуке је дозвољено изјављивање жалбе, има процесни положај првостепеног управног органа, па у тој ствари не може истовремено да има положај странке и да буде тужилац у управном спору".

Разлози овог правног схватања су били ти што орган власти од кога се тражи информација, против чије одлуке је дозвољено подношење жалбе Поверенику за слободан приступ информацијама од јавног значаја (у даљем тексту: Повереник), у смислу одредби чланова 1. и 2. Закона о општем управном поступку ("Службени лист СРЈ", бр. 33/97, 31/01, у даљем тексту: претходни ЗУП) и у смислу одредбе члана 5. Закона о управним споровима ("Службени лист СРЈ", број 46/96, у даљем тексту: претходни ЗУС) има положај првостепеног управног органа, па не може истовремено да има и положај странке (тужиоца) у управном спору. Поред тога, према одредби члана 12. претходног ЗУС-а било је прописано да тужилац у управном спору може бити физичко лице, правно лице или друга странка ако сматра да јој је управним актом повређено неко право или на закону заснован интерес, због чега је у конкретном случају Врховни суд Србије закључио да Окружни суд, као орган власти, није странка, јер решењем Повереника није решавано о неком праву или на закону заснованом интересу тог суда, већ је решавано о дужности Окружног суда да као надлежни орган јавне власти поступи по захтеву странке, тражиоца информације, па стога Окружни суд није имао правни интерес за подношење тужбе, а тиме ни легитимацију тужиоца у управном спору. До данас ниједан судија Управног суда није довео у питање наведено правно схватање.

Шта се променило у односу на период важења претходних прописа и време заузимања правног схватања Врховног суда Србије?

Донет је Закон о управним споровима ("Службени гласник РС", број 111/09, у даљем тексту: ЗУС) и Закон о општем управном поступку ("Службени гласник РС", број 18/16, у даљем тексту: ЗУП).

Одредбом члана 1. претходног ЗУП-а прописано је да су по овом закону дужни да поступају државни органи кад у управним стварима, непосредно примењујући прописе, решавају о правима, обавезама или правним интересима физичког лица, правног лица или друге странке, као и кад обављају друге послове утврђене овим законом.

Одредбом члана 2. истог закона, прописано је да су по овом закону дужни да поступају и предузећа и друге организације кад у вршењу јавних овлашћења која су им поверена законом решавају, односно кад обављају друге послове из члана 1. овог закона.

Одредбом члана 5. претходног ЗУС-а прописано је да се надлежним органом, у смислу овог закона, сматрају државни органи и предузећа или друге организације кад у вршењу јавних овлашћења решавају у управним стварима.

Одредбом члана 1. ЗУП-а прописано је да је управни поступак скуп правила која државни органи и организације, органи и организације покрајинске аутономије и органи и организације јединица локалне самоуправе, установе, јавна предузећа, посебни органи преко којих се остварује регулаторна функција и правна и физичка лица којима су поверена јавна овлашћења (у даљем тексту: органи) примењују када поступају у управним стварима.

Одредбом члана 2. истог закона, прописано је да је управна ствар, у смислу овог закона, појединачна ситуација у којој орган, непосредно примењујући законе, друге прописе и опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге (став 1.); управна ствар је и свака друга ситуација која је законом одређена као управна ствар (став 2).

Одредбом члана 6. ЗУС-а прописано је да се надлежним органом, у смислу овог закона, сматрају државни органи, органи аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, привредна друштва, јавна и друга

предузећа, установе, организације и појединци, као и посебни органи, када у вршењу јавних овлашћења решавају у управним стварима.

Одредбама чланова 1. и 2. ЗУП-а дефинисани су управни поступак и управна ствар, а одредба члана 6. ЗУС-а одређује појам надлежног органа. Такође, одредбом члана 11. ст. 1. и 2. ЗУС-а прописано је да тужилац у управном спору може да буде физичко, правно или друго лице, ако сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону засновани интерес (став 1); државни орган, орган аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, организација, део привредног друштва са овлашћењима у правном промету, насеље, група лица и други који немају својство правног лица, могу покренути управни спор ако могу да буду носиоци права и обавеза о којима се решавало у управном поступку (став 2).

Ово значи да је, као и по претходном ЗУС-у, стицање статуса тужиоца у управном спору условљено претходним статусом странке у управном поступку. Стога, орган власти који је у поступку слободног приступа информацијама од јавног значаја учествовао као првостепени орган, не може бити овлашћен за подношење тужбе у управном спору против решења Повереника, који је решавао као другостепени орган из одредбе члана 24. став 4. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја. У случају да је решењем Повереника закон повређен на штету јавног интереса, једино је надлежни јавни тужилац овлашћен да поднесе тужбу, у складу са одредбом члана 11. став 3. ЗУС-а.

Из садржине одредаба чланова 1. и 2. ЗУП-а и одредбе члана 6. ЗУС-а произлази да ништа није суштински промењено у односу на садржину одредаба чланова 1. и 2. претходног ЗУП-а и одредбе члана 5. претходног ЗУС-а, што би упућивало на то да би првостепени орган у управном поступку могао да буде тужилац у управном спору, како је предложено у одредби члана 14. Нацрта.

Сигурно је да орган власти, који има процесни положај првостепеног органа у управном поступку, не може да има истовремено и положај странке у управном поступку, па самим тим ни право на тужбу у управном спору. То је директно супротно одредбама чланова 1, 2. и 3. ЗУП-а и одредбама чланова 6. и 11. ЗУС-а, као и начелу законитости.

Зашто аутор овог реферата смата да је наведено супротно начелу законитости? Пођимо од члана 3. ЗУП-а који у ставу 1. прописује да се тај закон примењује на поступање у свим управним стварима, а у ставу 2. да

поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним овим законом и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом. То значи да су у ЗУП-у садржана заједничка правила решавања у свим управним стварима, да она имају општи карактер и у својој укупности формирају правни режим општег управног поступка у Републици Србији. Тачно је да је предвиђена могућност одступања од тих норми, путем прописивања посебних правила, али та другачија регулатива поступања заснива се на три законске претпоставке: (1) да су та посебна правила одраз специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, и да су, као таква – одступајућа, неопходна у тој материји; (2) одступања од одређених норми општег управног поступка могу се чинити једино законом; (3) те специјалне управно-процесне норме морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним тим законом. ЗУП у основним одредбама садржи 11 основних начела укључујући начело законитости и предвидивости (члан 5) и начело двостепености – право на жалбу и приговор (члан 13). Стварна надлежност органа одређује се прописима који уређују одређену управну област или надлежност појединих органа (члан 33), што значи да је стварна надлежност првостепеног органа постављена упућујућом нормом и тај орган свакако не може имати процесни положај странке у истом управном поступку. Одступање од наведеног, како је то предложено чланом 14. Нацрта, оштетило би постојећи правни режим општег управног поступка и отворило могућност да се и у другим управним областима законом пропише да орган власти, који има процесни положај првостепеног органа у управном поступку, може да има истовремено и положај странке у управном поступку, па самим тим и право на тужбу у управном спору, што је, као што је напред наведено, незаконито.

Зашто аутор сматра да је наведено значајно? У правној теорији, начелно гледано, сматра се да су се правила модерног управног поступка, претежним делом, развила разрадом процесног положаја странке и оних начела која тај положај штите. Ово се не односи само на поступак који претходи доношењу управног акта, већ и на могућност да се донети акт побија одговарајућим правним средствима, укључујући и право на подношење тужбе у управном спору.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

**БИЛТЕН Врховног касационог
суда** / главни и одговорни уредник др Драгиша Б.
Слијепчевић. - 2010, бр. 1-... . - Београд
(Др Милутина Ивковића 9а): Intermex, 2015-
(Београд: "Cicero")

Тромесечно. - Је наставак: Билтен судске
праксе Врховног суда Србије = ISSN 0354-4109
ISSN 2217-3676 = Билтен судске праксе
Врховног касационог суда
COBISS.SR-ID 178980876