
Проф. др Небојша ШАРКИЋ*

ПРИМЕНА НА ЧЕЛА ФОРМАЛНОГ ЛЕГАЛИТЕТА НА РАД ЈАВНИХ ИЗВРШИТЕЉА

1. Уводне напомене

Новим Законом о извршењу и обезбеђењу се у односу на претходни пропис прави разлика између искључиве надлежности суда, те искључиве надлежности јавног извршитеља.

Суд је искључиво надлежан за извршење заједничке продаје непокретности и покретних ствари. Ово је ситуација која је релативно ретка, али је у пракси стварала одређене тешкоће. Наиме, уколико неко на основу извршне исправе или пак по неком од средстава обезбеђења хоће да купи неки пословни објекат у коме се налазе и покретне ствари (канцеларијски материјал, инсталације, техничка средства и сл) према до сада важећем закону постојао је дуалитет у поступку спровођења извршења. Сада је законодавац утврдио да је суд искључиво надлежан за извршење заједничке продаје дакле,

* Проф. др Небојша Шаркић, Правни факултет Универзитета Унион у Београду.

када се истовремено купује и непокретност и ствари које се налазе у оквиру те непокретности или служе као пратеће инсталације или неопходна опрема уз ту непокретност.

Суд је такође надлежан да одлучује у ситуацији када се ради о поступцима чињења, нечињења или трпљења. Ово су спорна питања из главе IV и она подразумевају: радње које може предузети друго лице; предујмљивање трошкова радње; радње које може предузети само извршни дужник; нечињење и трпљење; извршење ради успостављања пређашњег стања, те поновно сметање поседа.

Суд је надаље искључиво надлежан за извршење извршних исправа у вези са породичним односима. По нашем мишљењу, законодавац овде није био ни довољно јасан ни довољно конзистентан. Наиме, у глави V под одредбом члана 368. предвиђа се под 1) предаја детета, а под тачком 2) члан 379. извршење ради одржавања личних односа са дететом, те потом под тачком 3) извршење ради заштите од насиља у породици, заштита права детета и других одлука у вези са породичним односима. У правно-техничком смислу речи овде закон није задржао конзистентан став, јер се у члану 368. под тачком 1) предвиђа предаја детета, а она се потпуно разрађује у наредних 12 чланова. Рубрум изнад члана 379. је идентичан са поделом, а иста ситуација је и под тачком 3), те се назив члана и назив тачке у оквиру главе V потпуно подударају.

Но, постоји озбиљнији проблем од овог правно-техничког питања. Наиме, Закон говори о извршењу извршних исправа у вези са породичним односима што је потпуно неприкладно јер је овај проблем сузио само на питање одузимања детета, уређивања личних односа, те спровођење одлука о насиљу у породици.

Законодавац овде уопште не прави разлику између предаје детета и одузимања детета, те спровођења извршења из ове области.

Законодавац такође не уређује питање извршавања других одлука из породичних односа, као што су, на пример, издржавање деце, повреда личних права детета и сл.

Дакле, по нашем мишљењу не постоји ни један једини разлог зашто јавни извршитељ не би био овлашћен да спрово-

води извршење када се ради, на пример, о наплати новчаних потраживања за издржавање детета, супружничко или сродничко издржавање. Законодавац би морао да појасни да ли је под појмом породичних односа подразумевао само неке од спорова који настају из породичних односа или да промени назив ове главе или да прошири овлашћења суда.

Постоји бојазан да ће овакво решење стварати недоумице око тога да ли се појам “породични односи”, односи на шири скуп правних питања те спорних односа, што би по нашем мишљењу било логично, те да ли је тада суд искључиво надлежан за спровођење и таквих врста одлука. Чини се да је законодавац само грешком направио овакву формулацију те да је ипак интенција законодавца била да суд задржи империјум извршења само у ове три категорије и то одузимање детета (без уређеног питања предаје детета), уређивање начина виђања те спровођење одлука које су везане за насиље у породици.

Истом одредбом, члана 4. законодавац је предвидео искључиву судску надлежност за извршавање одлука о враћању радника на рад. Рекли смо да је ово питање уређено посебним одредбама (види коментар уз одредбе чл. 381, 382, 383, 384. и 385). И овде нам се чини да законодавац није био довољно јасан. Наиме, појам “враћање радника на рад” подразумева његову стварну реинтеграцију али и признавање одређених права из радног односа (исплата накнаде за рад у периоду у коме радник није радио, уплата доприноса надлежним фондовима здравственог, пензијског и инвалидског осигурања, упис стажа у радну књижицу и сл).

Закон је цитираним одредбама регулисао питање како се спроводи извршење о враћању радника на рад и то кроз новчане казне као свака незаменљива радња коју може извршити само извршни дужник. Ипак, законодавац не даје простора за разјашњење да ли јавни извршитељ може да спроводи извршење у делу ових одлука о враћању радника на рад, на пример у погледу наплате накнаде за неисплаћену зараду за период у коме радник није радио или пак да ли може да обавезе послодавца да раднику изврши и уплату доприноса надлежним фондовима.

По нашем мишљењу, не постоји никаква сметња да ако је извршни поступак у погледу самог враћања радника на рад окончан (добровољно, одустанком радника од тог дела захтева јер је отишао у пензију или нашао друго запослење) те остаје само део који се односи на зараду, чини нам се да не постоји никаква сметња да у том делу јавни извршитељ преузме улогу спровођења извршења.

2. Уопште о начелу формалног легалитета

Поједностављено речено, начело формалног легалитета подразумева немогућност да се у извршном поступку на било који начин преиспитује, мења или прилагођава извршна исправа – судска одлука, донета у парничном или неком другом поступку.

Ово начело је са становишта правне теорије апсолутно неспорно. Поставља се питање одакле би било овлашћење извршном судији да преиспитује одлуку која је постала правноснажна и извршна. Такође, било би још значајније питање постојања, односно непостојања правне несигурности, јер се никада не би могло са стопостотном тачношћу утврдити када је одређени поступак окончан и да ли се против исте одлуке могу поново водити некакви спорови или предузимати одређене радње. Правноснажност подразумева да се судска одлука више не може побијати редовним правним лековима, а извршност наступа када протекне време одређено за добровољно испуњење обавезе. Након испуњавања ова два критеријума, приступа се извршењу (изузетак представљају привремене мере и под одређеним условима мериторна одлука у спору за сметање државине, у чему правноснажност није предуслов за извршност одлуке). У погледу начела формалног легалитета, можемо рећи да је оно доминантно начело извршног поступка.

Постоје одређена одступања од начела формалног легалитета која се у правној теорији и судској пракси толеришу. Проширена правноснажност је један од видова одступања од начела формалног легалитета. Наиме, парнични суд у извршној исправи може назначити да се усваја захтев тужиоца за иселење туженог нпр. „те се обавезује тужени АБ да се са свим

лицама и стварима исели из стана...“ Такође, суд може користити формулацију „... да се обавезује тужени АБ да стан испразњен од свих лица и ствари преда тужиоцу“. У оба случаја суд користи формулацију „свих лица и ствари“ која се објашњава проширеном правоснажношћу дејства пресуде. Парнични суд не мора да наведе све особе које живе са туженим у стану (супружници, деца, родитељи и сродници, пријатељи и сл), као и што не мора да набраја све ствари које морају бити изнете из стана (кревети, столови, столице и сл) већ се користи универзалном формулацијом „испражњен од ствари“.

Одступање од начела формалног легалитета је дозвољено и у случају када се ради о одређеним или одредљивим стварима. Свакако да је много боље када извршни суд својом изреком утврди тачан износ потраживања, на пример радника који треба бити враћен на рад, за период у коме није радио. Али у случају да то није могуће или да би било супротно начелима економичности и ефикасности поступка суд се може користити и одредљивим појмом као што је обавеза послодавца да за спорни период исплати раднику просечну зараду радника на истим или сличним пословима. Ова формулација просек зараде радника на истим или сличним пословима може бити дата и кроз појмове „просечна зарада у Републици Србији“, „најнижа зарада у Републици Србији“ или неки други одредљиви појам.

Институт одредљивости може се примењивати и код неких других, на пример покретних ствари када се обавезује тужени да тужиоцу исплати на пр. 100 кг јабука рода делишес или 100 литара вина мерлота берба 2005. године и сл. На овај начин суд може иако није прецизно одређено одредљивим критеријумима у извршном поступку спровести извршење а што не подразумева одступање од извршне исправе.

Постоји одступање од начела формалног легалитета у извршењу одлука из породичних спорова. Примера ради, извршни суд има овлашћење да приликом одузимања детета одузме дете од сваког лица или установе где се дете налази и да га преда родитељу или другом лицу које је означено у извршној исправи. Тако, на пример, уколико је парнични поступак вођен против оца детета који је лишен родитељског права

по тужби мајке, извршни суд ће на захтев мајке дете одузети и од нпр. деде и бабе или стрица или неке установе (интернат, установа за збрињавање и сл).

Одређена размишљања ишла су у правцу сасвим незнадног, благог, изузетног ограничења овог начела. Оно би се могло правдати максимумом: „Errare humanum est“. Чињеница да се у пракси, истина ретко, али ипак догађају грешке или одступања од прописа или општих стандарда утицала је на један број стручњака из ове области да стидљиво размишља о могућности ограничавања начела формалног легалитета.

По нашем схватању, начело формалног легалитета је теоријски беспрекорно. Евентуално размишљање о његовом ограничењу морало би бити апсолутно рестриктивно. Само изузетно, уколико би се утврдило да је у извршној исправи дошло до одређеног одступања од јавног поретка или принудних прописа, могла би се оставити могућност извршном судији да иницира одређени поступак, примера ради, да достави предлог државном тужиоцу за покретање поступка за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде.

Без обзира на ова размишљања, у овом тренутку афирмисано је начело формалног легалитета као основно и најважније начело које управо штити законитост и обезбеђује правни поредак. Обавеза је извршног судије да у складу са законом и вештином вођења поступка на најбржи, најекономичнији и најквалитетнији начин спроведе извршење. Извршни судија наравно може имати одређену креативну улогу у току спровођења извршења, али је његов циљ да оно што је извршном исправом зацртано спроведе у интересу учесника извршног поступка: извршног повериоца, извршног дужника и евентуално трећих лица.

Оно што се подразумева, али ипак желимо да нагласимо, ово начело сада добија изузетну снагу и важност јер се оно примењује и остварује и преко јавних извршитеља.

Наиме, већ је речено да је према новом концепту Закона јавни извршитељ централна фигура у поступку спровођења извршења у највећем броју извршних предмета. Дакле, јавни извршитељ, као и судија везан је овим начелом само са одређеним минималним одступањима које толерише закон и су-

дска пракса (о чему је напред било речи). Поставља се реално питање у којој мери јавни извршитељ може одступити од извршне исправе, на основу које је донето решење о извршењу, користећи се институтом медијације коју може да спроводи у извршном поступку. По нашем схватању, ово овлашћење јавних извршитеља може се тумачити само у контексту реализације одлуке и уз изричиту сагласност извршног повериоца. Тако на пример, уколико нека радња извршног дужника подразумева одређене активности или временско трајање, јавни извршитељ може постићи сагласност око начина спровођења саме одлуке и евентуално постићи споразум о временском оквиру спровођења извршења (исплата на рате по месечним обrocима или етапно спровођење неке чинидбе и сл).

3. Дужност посредовања јавног извршитеља

Закон предвиђа дужност јавног извршитеља да посредује између странака, одредбом члана 137.

Чини се да је ова одредба, иако се састоји само у једној реченици, изазвала бројне недоумице те да захтева додатна објашњења али и њену практичну анализу.

Прво спорно питање односи се на појам „дужан“. По нашем мишљењу прикладнији би термини били нпр. „може“, „овлашћен је“, „у зависности од околности, може“ и сл. Чињеница да је Закон ставио као обавезу извршитељу да посредује између странака озбиљно доводи у питање сам концепт извршног поступка те се тако сваки извршни дужник може сада позвати на то да јавни извршитељ није обавио законом предвиђену дужност (чак не ни да покуша) већ да посредује између странака.

С друге стране, поставља се питање да ли је јавни извршитељ оспособљен за ову врсту улоге посредника, медијатора, миритеља и сл. те да ли има адекватне квалификације за обављање послова посредовања с обзиром да знамо да су ови послови изузетно компликовани и да подразумевају осим општег правничког знања и бројне вештине које су ближе психолошком па и социолошком приступу него правном.

Као треће питање поставља се наравно и обим могућности посредовања, с обзиром на чињеницу да је начело формалног легалитета извршни поступак ограничен на спровођење извршне исправе, а да су управо чланом 134. утврђене границе извршења у складу са извршном исправом. Дакле, сада се поставља питање у којој мери јавни извршитељ заправо уопште и може да врши посредовање и шта би то посредовање заправо значило. Да ли то значи да он треба да изврши додатни притисак на извршног дужника да поступи по извршној исправи; да ли то значи да може да извршном дужнику омогући одређене повластице у погледу рокова исплате, одлагања извршења и сл. те да изврши притисак на извршног повериоца да то прихвати; да ли то даље значи да он на било који начин може да посредује у мењању или прилагођавању извршне исправе конкретним околностима.

Мислимо да би законодавац морао у наредном периоду да ову одредбу „ублажи“ тако што ће предвидети могућност јавног извршитеља да посредује између странака и то само у оним случајевима када обе то захтевају или се са тим сагласе. Такође, Закон би морао да направи и објективизирани критеријуми у којим границама, те у оквиру коликих могућности се простире опсег посредовања јавног извршитеља (да ли је то одлагање само у оквиру законом предвиђених могућности, да ли је то плаћање на рате, да ли је то умањење обавезе утврђене извршном исправом уз сагласност извршног повериоца и сл.).

4. Закључно разматрање

По нашем мишљењу, нема апсолутно никаквих дилема око тезе да се начело формалног легалитета мора примењивати и у раду јавних извршитеља. Ово начело има чак и интензивнији значај када се ради о примени истог на рад јавног извршитеља, него на рад судова, због специфичног положаја јавних извршитеља као приватне правосудне професије. Наиме, суд је ипак у објективно повољнијој ситуацији у примени прописа с обзиром да располаже директним империјумом силе од стране државе. Други државни органи, установе, али и

грађани ипак имају другојачији однос према суду него према јавним извршитељима.

Дакле, ако је неспорно да се начело формалног легалитета примењује на јавне извршитеље онда морамо видети у којој мери је дозвољено евентуално одступање или прилагођавање овога начела на рад јавних извршитеља.

Једина законска варијанта одступања од начела формалног легалитета је случај предаје и одузимања детета, али који су у искључивој надлежности суда, те се на рад јавних извршитеља ни не примењује.

Дакле, остају нам за анализу следећи случајеви одступања. Као што је већ раније речено начело проширене правоснажности примењује се у извршном поступку као дозвољено одступање од начела формалног легалитета, те ће тако јавни извршитељ приступити спровођењу извршења нпр. исељењем из стана и у случају да суд у извршној исправи није навео сва лица и ствари која треба да буду исељена из стана. Као што је речено овде су дозвољене формулације као што су: „АБ са свим лицима и стварима да се исели из стана“ без неопходности набрајања појединачног круга лица и ствари које ће бити исељене. Такође, судови дозвољено користе и формулацију: „обавезује се АБ да стан испразни од свих лица и ствари преда на несметано коришћење особи В“.

Такође дозвољено одступање од начела формалног легалитета препознајемо и када се ради о одређеним или одређивим стварима. Тако на пример, суд може у извршној исправи (одлуци која се спроводи у извршном поступку), да наведе обавезу извршног дужника да повериоцу исплати накнаду штете у износу „најниже цене рада за Републику Србију за одређени временски период“, „просечну зараду радног места КВ возача на којем је извршни поверилац радио за временски период од ... до“ и сл.

Проблеми могу настати у ситуацији ако суд није ни одређено (утврдио тачан износ), нити довољно одредљиво означио износ потраживања или уколико суд није на довољно адекватан начин одредио обавезу извршног дужника. Тако на пример, уколико је дошло до оштећења стана од стране извршног дужника (нпр. станар који станује у стану изнад из-

вршног повериоца је неправилним коришћењем водовода и канализације довео до изливања и поплаве у стану извршног повериоца) тада суд може да утврди право извршног повериоца, а обавезу извршног дужника да му отклони штету. Наравно увек је боље уколико се утврди на бази мишљења вештака грађевинске струке колика је вредност коју мора да плати извршни дужник. Проблем може настати уколико у току извршног поступка извршни дужник неће да отклони недостатке у стану извршног повериоца, а суд се није определио за варијанту грађевинског вештачења и утврђивања износа обавезе извршног дужника, већ се определио за варијанту да обавезе извршног дужника да извршном повериоцу отклони недостатке у стану и стан доведе у исправно стање. Тада се поставља питање колики је обим овлашћења јавног извршитеља да процењује који су то неопходни радови или којег су квалитета материјали који ће се користити у спровођењу извршења (нпр. врста керамичких плочица, квалитет санитарија и водоводних инсталација и сл.).

По нашем мишљењу, овакве одлуке парничних судова ни у ком случају нису добре и наш став је да их генерално треба избегавати. Ипак ако оне изузетно постоје сматрамо да је ингеренција јавног извршитеља релативно ограничена на спровођење извршења, те се јавним извршитељима не може давати овлашћење (веће од законског), да они пресуђују или да одлучују мимо утврђених граница овлашћења која проистичу из извршне исправе, а управо на бази начела формалног легалитета. Овај проблем се по нашем мишљењу још додатно компликује неспретном формулацијом о којој је било речи у делу трећем овога чланка. Наиме, користећи формулацију „дужан“, Закон упућује на императивно овлашћење јавног извршитеља да посредује у поступку спровођења извршења. То је пак даље у пракси један број јавних извршитеља упућивало на њихову обавезу, али и право да оду и корак даље у односу на основну обавезу јавног извршитеља, а то је да спроводе извршење. Дакле, по нашем мишљењу ова одредба мора се тумачити крајње рестриктивно. Она ни у ком случају не оправдава схватање појединих јавних извршитеља да они у поступку извршења кроз облике посредовања, медијације, арби-

трирања и сл. могу на било који начин мењати извршну исправу или погодовати било којој од страна у поступку да се извршна одлука не спроведе на начин како је то утврђено.

То даље значи, да је јавни извршитељ применом ове одредбе дужан да покуша да нађе решење које ће се у пракси показати као најделотворније. То је само оно решење које ће на најбржи могући начин (начело ефикасности) са најмање могућих трошкова (начело економичности) и уз пуно поштовање права извршног дужника (начело заштите извршног дужника) уравнотеживши однос потраживања и начина спровођења извршења (начело сразмере спровођења извршења) обезбедити спровођење извршења.

На основу свега изнетог наш став подразумева безрезервну подршку увођењу вансудских извршитеља и наравно давање овој независној правосудној професији статуса јавних извршитеља.

Ипак када се у праву уводе неки нови правни институти, или некој већ постојећој институцији дају нова овлашћења, морамо бити изузетно опрезни и пажљиво пратити рад те институције или примену тог новог института.

Јавни извршитељи као нова правосудна професија која заправо има доминантну улогу у поступку спровођења извршења, морају бити под изузетним надзором стручне јавности, али и саме јавноизвршитељске професије, односно Коморе. Овај стручни надзор и управни надзор не значе неповерење у новоформирану „службу“ већ управо бригу државе, али и стручне јавности, како ће се она показати у пракси. Наравно да ни судови нису били идеални али је однос грађана према суду традиционално позитивнији, али и механизам евентуалне заштите права грађана услед накнаде причињене штете је много лакши када се ради о суду или другом државном органу. Због тога је обавеза и стручне јавности, али и самих јавних извршитеља да веома професионално обављају свој посао према највишим могућим стандардима. Тако се мора стриктно водити рачуна о примени начела формалног легалитета као једног од темељних начела извршног права. Дакле, ни суд па ни јавни извршитељ не сме одступити од извршне исправе јер би се на тај начин довело у питање посто-

јање правноснажне и извршне одлуке а самим тим би се довела у питање и начела правне сигурности, законитости и надасве начело уставности.

Ми се свакако залажемо за веома ограничена одступања од начела формалног легалитета и то само у оним случајевима који су по закону предвиђени или оним случајевима који су се на бази дугогодишњег понављања афирмисали у судској а потом и јавноизвршитељској пракси. У том светлу тумачимо и одредбу о могућности посредовања, медијације или арбитража у извршном поступку веома рестриктивно.

Одступање од обавезе из извршне исправе (осим уколико извршни поверилац тражи мање од досуђеног) није дозвољено у извршном поступку и нарушава једно од основних начела извршног поступка - начело формалног легалитета. То истовремено значи правну несигурност, с обзиром да извршни суд, а посебно јавни извршитељ, не може преузимати ингеренције суда који је донео извршну исправу, најчешће у парничном поступку, који је по процедури сасвим различит од извршног.