Проф. др Љубиша Дабић
ванредни професор, Економски факултет, Универзитет у Београду

Апсолутно ништави уговори – један случај из пословне праксе

Резиме

У овом раду аутор настоји да комплексно обради правни институт "апсолутно ништави уговори" у контексту једног случаја из пословне праксе, тј. закључења и извршавања Уговора о оснивању Мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији, који је закључен 15. априла 1994. године, између Јавног предузећа ПТТ саобраћаја "Србија" Београд и Система "Браћа Карић – БК-TRADE", Москва. Наведени уговор има своју историју, а проблематика везана за оснивање и пословање мешовитог предузећа "Мобтел" је мултидисциплинарна, јер у себи прожима правну, економску, финансијску, техничку и неке друге димензије. Правна и правосудна димензија оснивања и пословања Мобтела задире у више грана права: облигационо право, стварно право, право страних инвестиција, управно право, лиценцно (концесионо) право, трговинско право, грађанско процесно право, арбитражно право, међународно трговинско право, међународно приватно право и кривично право.

Кључне речи: *ништави уговори; апсолутно ништави уговори, уговор о оснивању мешовитог предузећа "Мобтел", мобилна телефонија, супарничарство,тужба за утврђење, јавно тужилаштво.*

Увод

Апсолутно ништави уговори су предмет регулисања у страном и домаћем законодавству. Код нас је овај правни институт уређен Законом о облигационим односима.[1)] Такође, он је предмет изучавања и у правној доктрини. У нашем праву, апсолутно ништави уговори су предмет детаљнијег изучавања у грађанском, односно облигационом праву, а незнатно у грађанском процесном праву, кривичном процесном праву и другим гранама права.

Уговор о оснивању Мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији (даље: Уговор) закључен је 15. априла 1994. године, између Јавног предузећа ПТТ саобраћаја "Србија" Београд (даље: ЈП ПТТ) и Система "Браћа Карић – БК-TRADE", Москва, Русија (даље: Система "Браћа Карић").[2)] Реч је о правном послу из пословне праксе, који има своју историју, али и наговештени крај на основу донете одлуке од стране Владе Републике Србије (даље: Влада). На основу Уговора је основано Мешовито предузеће за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији (даље: Мобтел). Проблематика везана за оснивање и пословање Мобтела је мултидисциплинарна, јер у себи прожима правну, техничку, економску, финансијску и неке друге димензије. Правна и правосудна димензија оснивања и пословања Мобтела задире у више грана права: облигационо право, стварно право, право страних инвестиција, управно право, лиценцно (концесионо) право, трговинско право, грађанско процесно право, арбитражно право, међународно трговинско право, међународно приватно право и кривично право.

У погледу карактеристика и правне природе Уговора, он је двостран, теретан, формалан, комутативан, каузалан и правни посао са статусноправним дејством. Такође, он је појединачни правни акт, а уједно представља и оснивачки акт којим су два лица основала Мобтел, као друштво са ограниченом одговорношћу.

Каква је правна генеза оснивања и пословања Мобтела? Прво, Уговор је још у фази његовог закључења био оптерећен одређеним проблемима, јер су надлежни државни органи и други субјекти предузели више правних радњи и донели одређене правне акте који нису били у сагласности са тада важећим законима. Ти органи и субјекти су: ЈП ПТТ, Министарство за саобраћај и везе, Влада и др. Друго, први захтев за упис Мобтела у регистар код надлежног суда није прихваћен.[3)] Треће, Мобтел је уписан у судски регистар на незаконит начин, од стране Вишег привредног суда.[4)] Четврто, Мобтел је започео да обавља основну делатност а да за то

1. Закон о облигационим односима, "Сл. лист СФР Југославија", 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989. и "Сл. лист СР Југославије", 31/1993.
2. Уговор о оснивању Мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији (са анексима), који је закључен 15. априла 1994. године, а у Јавном предузећу ПТТ саобраћаја "Србија" заведен под бр. 10022.
3. Решење Привредног суда у Београду, бр. Фи-5119/94, од 6. маја 1994. године.
4. Види: Жалба на решење бр. Фи-5119/94, од 9. маја 1994. године и Решење Вишег привредног суда у Београду, ПЖ-2. 356/94, од 10. маја 1995. године.

није прибавио лиценцу, односно концесију. Пето, ЈП ПТТ је половином 1997. године подељено на два предузећа: поште и телекомуникације. Шесто, за обављање делатности у области телекомуникација (фиксна и мобилна телефонија) основано је једночлано акционарско друштво: Предузеће за телекомуникације "Телеком Србија" а.д. Београд. Седмо, убрзо после оснивања "Телеком Србија", дошло је до продаје 49% акција страним партнерима, а Влада је издала овом акционарском друштву лиценцу за обављање делатности мобилне телефоније.[5)] Осмо, Систем "Браћа Карић", односно Мобтел су се противили издавању лиценце "Телеком Србија" за обављање делатности мобилне телефоније, са аргументацијом да су они добили ексклузивно право на обављање делатности мобилне телефоније на 20 година за територију Србије. Девето, Мобтел је добио лиценцу за обављање делатности мобилне телефоније тек 1998. године. Десето, после 5. октобра 2000. године, нове власти отварају питање законитости рада и пословања Мобтела, а крајем 2003. године формирана је Владина комисија за утврђивање власничких односа у Мобтелу, која није извршила постављени задатак. Једанаесто, Систем "Браћа Карић" је 22. септембра 2003. године покренуо спор пред Арбитражним судом Трговинске коморе у Цириху, ради заштите својих права, положаја и реномеа, тј. да Арбитражни суд утврђујућом пресудом потврди да је тужилац "био у сваком тренутку законити власник 51% Мобтела". Дванаесто, Мобтел је закључио Уговор о пословно-техничкој сарадњи са Мобикосом (Косово и Метохија), 8. децембра 2003. године,[6)] на основу кога је "Мобтел уступио Мобикосу право експлоатације капацитета инфраструктурне GSM мреже Мобтела на територији Косова и право пружања услуга GSM мреже јавних мобилних телекомуникација Мобтела на тој територији". Тринаесто, Влада је својом одлуком образовала петочлану Међуресорску радну групу за испитивање односа власништва у компанији Мобтел, 1. априла 2004. године.[7)] Четрнаесто, Влада је донела закључак, којим је усвојила извештај Међуресорске радне групе за испитивање односа власништва у компанији Мобтел, 24. јуна 2004. године. Петнаесто, Трговински суд у Београду је, 19. септембра 2005. године, донео већи број решења, којим је извршио исправку претходно донетих решења у делу назива оснивача: Систем "Браћа Карић – БК-TRADE" у: АО "БК-ТРАДЕ".[8)] Шеснаесто, Влада је 29. децембра 2005. године донела решење, којим је одузела лиценцу Мобтелу, а тиме је и престало право Мобтела да обавља делатност пружања телекомуникационих услуга. Истог датума, Влада је донела закључак, ради заштите имовине Србије и обезбеђења услова за примену напред наведеног решења.[9)] Седамнаесто, Мобтел је 27. јануара 2006. године по-

5. О овом питању види детаљније: Љубиша Дабић, *Својинска трансформација Јавног предузећа ПТТ саобраћаја "Србија" по републичком Закону о изменама и допунама Закона о системима веза*, Право и привреда, Београд, 1-2/1998, стр. 37-49.
6. Уговор о пословно-техничкој сарадњи од 8. децембра 2003. године, који је заведен у Мобтелу под бројем 12088/03.
7. Влада Републике Србије, Одлука о образовању Међуресорске радне групе за испитивање односа власништва у компанији "Мобтел", 24 број 119-2417/2004, од 1. априла 2004. године.
8. Трговински суд у Београду, решења ФИ бр. 5119/94, 5669/94, 2389/97, 8777/00, 3895/01.

кренуо управни спор пред Врховни судом Србије, ради поништаја Решења 05 број: 345-2836/1998-9, од 29. децембра 2005. године. Осамнаесто, Влада је утврдила Предлог закона о изменама и допунама Закона о телекомуникацијама, 31. марта 2006. године, са предлогом да се донесе по хитном поступку.[10] Деветнаесто, Влада је 4. априла 2006. године дала сагласност на споразум са конзорцијумом аустријских инвеститора о решавању свих проблема у вези са Мобтелом. Споразум садржи 14 докумената, којима ће бити регулисани односи у новоформираној компанији Моби 63, укључујући и начин продаје те компаније.[11]

Апсолутно ништави уговори

У правној теорији се критеријум за традиционалну, тј. бипартитну поделу неважећих уговора[12] на апослутно ништаве (тзв. ништави уговори) и релативно ништаве (тзв. рушљиви уговори) огледа у интересима којима се њима штите. У првом случају се штите интереси друштвене заједнице – државе (општи, односно јавни интерес), а у другом случају појединачни интереси, тј. интереси приватних лица.[13] Ништавост представља правну санкцију за правне послове са одређеним недостацима, који нису закључени под условима и на начин одређеним законом.[14] У француској правној теорији заступљена је и трипартитна подела неважећих уговора: ништави, рушљиви и непостојећи. Суштина "непостојећих уговора" се огледа у одсуству одређених елемената због којих се сматра да нису ни настали, тј. при њиховом закључењу нису били испуњени сви битни услови за њихов настанак. Због тога, непостојећи уговори нису ништави него уопште нису ни настали. Међутим, с разлогом се истиче у правној теорији чињеница да су и непостојећи и неважећи (ништави и рушљиви) уговори без правног дејства, због чега се у правној теорији, законодавству и судској пракси углавном између њих не чине разликовања. Ова разликовања се не чине ни у Закону о облигационим односима. Санкције које се примењују и на једну и на другу категорију су углавном идентичне.[15]

9. Влада Републике Србије, Решење 05 број: 345-2836/1998-9, од 29. децембра 2005. године и Закључак 05 број: 345-2836/1998-10, од 29. децембра 2005. године.
10. Влада Републике Србије, Предлог закона о изменама и допунама Закона о телекомуникацијама, 31. март 2006. године.
11. Дневни лист "Данас", среда, 5. април 2006. године, стр. 1. и 3.
12. "Неважност уговора или прецизније правних послова је општи и апстрактни појам за оне уговоре којима недостаје неки од неопходних законских услова за њихов настанак или код којих није испуњен неки од услова за њихову пуноважност." – Љиљана Ђуровић, *Непостојећи и ништави уговори*, Правни живот, 10/1996, стр. 433.
13. У нашем праву се обе врсте уговора регулишу под заједничким изразом "неважност уговора", из чега произлази да је њихов генусни појам "неважећи уговори." - Закон о облигационим односима, Глава II, Одељак 1, Одсек 4, чл. 103-117.
14. "Недопуштеним уговорима називамо оне уговоре који су закључени у супротности са принудним законским прописима или моралним схватањима друштва". – Врлета Круљ, *Правило о искључењу повраћаја у случају испуњења недопуштеног уговора*, Зборник радова о страном и упоредном праву, 3/1965, стр. 151.

Законом се утврђују општи разлози, односно основи за ништавост уговора. Уговор се може прогласити за апсолутно ништав у следећим случајевима: 1) кад је противан императивним, односно принудним прописима, 2) кад је противан јавном поретку или 3) кад је противан добрим обичајима, односно моралу у датом друштву. Исти разлози су утврђени и у нашем законодавству, а основно правило за ништаве уговоре гласи: "Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго."[16] Ово законско решење примењује се и на уговоре у привреди, тј. на уговоре које привредна друштва и друга правна лица која обављају привредну делатност закључују међу собом у обављању делатности које сачињавају предмет њиховог пословања или су у вези са тим делатностима.[17]

Осим "општих разлога" за апсолутну ништавост уговора, наш законодавац садржи и "посебне разлоге" за ову врсту ништавости, који су садржани у другим деловима Закона о облигационим односима.[18] Због тога се у правној теорији систематизују разлози који доводе до апсолутне ништавости уговора: 1) у односу на садржину (када недостаје предмет); 2) у односу на изјављену вољу (уговор закључен од стране потпуно пословно неспособног лица); 3) у односу на основ; 4) у односу на правни субјект; 5) у односу на праву форму. Иако законодавац није предвидео у свим наведеним случајевима санкцију ништавости, наведене случајеве треба подвести под разлоге за апсолутну ништавост, "јер то произлази из бипартитне поделе неважећих уговора". У прилог овог става се износи да санкција ништавости не мора бити законом изричито предвиђена, јер поред изричитих постоје и тзв. виртуелне ништавости – оне које прозлазе из правног система.[19]

У нашем праву на разлоге апсоутне ништавости "суд пази по службеној дужности". Ово законско правило треба тумачити тако да оно представља дужност суда да пази на апсолутну ништавост уговора у сваком случају, а то значи "како када то изричито стоји у тужбеном захтеву, тако и када то није случај".[20] Такође, на разлоге апсолутне ништавости се може позивати свако заинтереовано лице, а јавни тужилац има право да пред надлежним судом захтева утврђење ништаво-

15. У домаћој правној пракси постоје залагања да се у наше право уведе израз "непостојећи уговори", као посебне категорије неважећих уговора. – Лепосава Карамарковић, *Апсолутно ништави уговори*, Правни живот, 10/1995, стр. 405-421.
16. Закон о облигационим односима, члан 103. став 1.
17. Закон о облигационим односима, члан 25.
18. На пример, уговор је ништав "када је предмет обавезе немогућ, недопуштен, неодређен или неодредив" (чл. 47). Затим, уговор је ништав "ако основ не постоји или је недопуштен" (чл. 52). Даље, уговор који није закључен у прописаној или уговореној форми "нема правно дејство", што је само други израз за апсолутну ништавост.
19. Борислав Благојевић и Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима I*, Београд, 1980. године, стр. 298-299.
20. Гале Галев, *Ништавост уговора у примени Закона о облигационим односима*, Правни живот, 10-12/1988, стр. 1642.

сти.[21] Право на истицање разлога за апсолутну ништавост протеком времена се не гаси, односно не застарева.[22] Због тога, апсолутно ништав уговор не постаје пуноважан и кад забрана или који други разлог ништавости накнадно нестану. Само изузетно, законодавац допушта накнадни нестанак разлога ништавости, односно успоставља забрану истицања разлога за апсолутну ништавост.[23] Ништавост поједине одредбе у уговору не повлачи аутоматски ништавост самог уговора, под условом да исти може опстати без ништаве одредбе, посебно ако она није била ни услов уговора, нити одлучујућа побуда, због које је уговор закључен – тзв. делимична ништавост.[24] Допуштено је да апсолутно ништав уговор буде конвертован у другу врсту уговора, под условом да ништав уговор испуњава услове за пуноважност те друге врсте уговора.[25] Конвертован уговор ће производити дејство међу сауговарачима под два законом одређена услова: 1) ако би тај уговор био у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду када су закључили апсолутно ништав уговор, 2) ако се може узети да би сауговарачи закључили конвертован уговор да су знали за ништавост свог закљученог уговора.[26] И поред постојања законске могућности за конвертовање апсолутно ништавих уговора, у литератури се наводи да наша судска пракса такву могућност није прихватила.[27]

Основне разлике између ништавих и рушљивих уговора[28] су: 1) законски разлози за рушљивост уговора (кад га је закључила страна ограничено пословно способна, кад је при његовом закључењу било мана у погледу воље страна, кад је законом или посебним прописима одређено) се разликују од законских разлога за ништавост уговора; 2) на ништавост се може позивати свако заинтересовано лице и на њу се пази по службеној дужности, док се на рушљивост може позивати само уговорна страна у чијем је интересу рушљивост успостављена; 3) ништав уговор се може конвертовати у другу врсту уговора, али не може бити конвалидиран, тј. накнадно оснажен, док рушљив уговор може конвалидирати уговорна страна која се могла позивати на рушљивост; 4) право позивања на ништавост не застарева, док право на подношење захтева за поништење рушљивог уговора застарева у року одређеном законом – субјективни рок од године дана и објективни рок од три године.

Последице поништаја апсолутно ништавих уговора су: 1) повраћај у пређашње стање и/или накнада штете у новцу; 2) немогућност повраћаја у пређашње стање и накнада штете у новцу; 3) одузимање предмета у корист трећег лица, односно

21. Закон о облигационим односима, члан 109.
22. Закон о облигационим односима, члан 110.
23. Закон о облигационим односима, члан 107.
24. Закон о облигационим односима, члан 105.
25. Ово решење у Закону о облигационим односима преузето је из Скице за Законик о облигацијама и уговорима. – Михаило Константиновић, *Облиīације и уīовори – Скица за Законик о облиīацијама и уīоворима*, Београд, 1969, Глава V, члан 83.
26. Закон о облигационим односима, члан 106.
27. Лепосава Карамарковић, *op. ci.t*, стр. 411.
28. Закон о облигационим односима, чл. 111-117.

надлежног државног органа. Основно правило је да уговорна страна која је крива за закључење апсолутно ништавог уговора сноси одговорност према другој уговорној страни за штету коју трпи из таквог уговора, под условом да је била савесна, тј. да није знала или према околностима није морала знати за постојање узрока ништавости.[29)] Затим, ако су обе стране биле савесне, свака страна је дужна да врати другој све оно што је примила по основу апсолутно ништавог уговора. Даље, ако постоји немогућност враћања или се природа онога што је испуњено противи враћању, законом се налаже давање одговарајуће накнаде у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке. Најзад, за случај да је уговор апсолутно ништав због тога што је по његовој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, суд може поступити на два начина: 1) да одбије, у целини или делимично, захтев несавесне стране за повраћај онога што је другој страни дала; 2) може одлучити да друга страна оно што је примила на основу апсолутно ништавог уговора (забрањени уговор) преда општини на чијој територији има седиште, односно пребивалиште, или боравиште. Захтева се да суд у поступку одлучивања води рачуна о савесности једне, односно обеју страна, о значају угроженог добра или интереса, као и моралним схватањима.[30)]

Правна природа Уговора

Уговор о оснивању Мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији је двострано теретан уговор, формалан, комутативан, каузалан и са статусноправним дејством. Предметни уговор представља и оснивачки акт којим су два лица основала Мобтел, као друштво са ограниченом одговорношћу, у смислу тада важећег Закона о предузећима.[31)]

Уговор је оснивачки акт за оснивање Мобтела, који је закључен на основу постигнуте сагласности воља уговорних страна. И за овај уговор, као и за друге врсте уговора, важе нека општа правила о уговорима, уз одређене специфичности које произлазе из његовог предмета – оснивање Мобтела. Другим речима, и за овај уговор важе општи услови уговорног права, који се захтевају за закључење и пуноважност уговора уопште (способност уговорних страна, сагласност воља, форма, предмет, кауза), укључујући и правни институт његове неважности, односно ништавости.

Уговор има статусноправна дејства, јер је на основу њега, као оснивачког акта, основано и регистровано мешовито предузеће Мобтел, као субјект у праву. Због његове правне природе и правног дејства, на Уговор се примењују и одређена посебна правила која произлазе из његове правне природе.

Својеврсни облигационоправни однос, који је успостављен на основу Уговора, између ЈП ПТТ и Система "Браћа Карић", у једном тренутку се трансформише у

29. Закон о облигационим односима, члан 108.
30. Закон о облигационим односима, члан 104.
31. Уговор, члан 2. тачка 2.00.

статусни однос. То је тренутак уписа мешовитог предузећа Мобтел у судски регистар код тадашњег Привредног суда у Београду.

Уговор је по својој правној природи појединачни акт, а не општи правни акт. Полазећи од домаћег права, оснивачки акт привредног друштва, односно мешовитог предузећа не сматра се општим актом, због чега не може бити предмет оцене уставности и законитости пред надлежним уставним судом, уз неке изузетке који произлазе из посебног законодавства. Оцена законитости Уговора, као оснивачког акта и појединачног правног акта, сагласно одредбама тадашњих наших позитивних прописа, обезбеђивала се у поступцима пред државним органима, првенствено пред правосудним органима надлежним за вођење регистра привредних субјеката, односно пред правосудним органима специјализованим за привредне (трговинске) спорове.[32)]

Разлози за апсолутну ништавост Уговора

Непостојање субјекта у праву. - На основу расположиве документације, Уговор је закључен од непостојећег субјекта у праву, тј. од субјекта који није имао правну и пословну способност да ступа у правни промет – Систем "Браћа Карић – БК-TRADE", са седиштем у Москви (Русија).[33)] Због наведене чињенице, овај уговор је закључен супротно принудним прописима, због чега се у правној теорији сматра непостојећим, а у законодавству и апсолутно ништавим.[34)] Због тога он не производи никакве правне последице – *quod nullum est nullum producit effectum.*

Да би један уговор био закључен и производио правна дејства нужно је да испуни одређене услове, између осталог, у погледу способности уговарања. Систем "Браћа Карић" није имао способност за уговарање, односно није поседовао правну и пословну способност која се законом захтевала за закључење Уговора. То "лице" није имало законом одређена својства да својим сопственим радњама, односно својим изјавама воље преко овлашћених органа стиче права и обавезе према другој уговорној страни – ЈП ПТТ .

Уговор је противан принудним прописима - Уговор је био противан позитивним прописима, конкретно појединим одредбама Закона о системима веза,[35)] За-

32. Види детаљније: Боса Ненадић, *Акти о оснивању привредних друштава и контрола њихове уставности и законитости*, Право и привреда, 5-8/2004, стр. 126-143.
33. Из извода Московске регистрационе коморе произлази да постоји само регистровано Акционарско друштво затвореног типа "БК-TRADE" INC, са седиштем у Москви, регистарски бр. МТП 052.632 од 9. марта 1993. године, а не и субјект Систем "Браћа Карић – БК-ТРАДЕ", који је закључио предметни уговор.
34. У правној теорији се наводи да постоји више узрока који доводе до апсолутне ништавости уговора, какав је случај и у односу на правни субјект који закључује уговор: "уговор је ништав ако је закључен у име правно непостојећег субјекта (било да се ради о физичком или правном лицу)." - Борислав Благојевић и Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима I*, стр. 299.
35. Закона о системима веза, "Сл. гласник Републике Србије", 38/1991. и 41/1991.

кона о јавним предузећима,[36] Закона о општим условима за давање концесија страним лицима на територији Републике Србије[37] и другим императивним одредбама, па је због тога апсолутно ништав, јер нису испоштоване императивне норме у поступку његовог закључења и у поступку оснивања и регистрације Мобтела.

Уговор је противан Закону о системима веза. - Уговор је апсолутно ништав, јер није закључен са позивом на члан 12. Закона о системима веза, који је императивне природе. Уместо да се сауговарачи предметног уговора позову и испоштују поменуту законску одредбу, они су се у члану 2. тачка 2.00. Уговора једино позвали на тада важећи Закон о предузећима.[38] Оснивачи су, позивајући се искључиво на правни основ из Закона о предузећима, пошли у оснивање Мобтела као да је реч о било ком "комерцијалном" предузећу, односно о предузећу које обавља било коју "комерцијалну делатност" или искључиво "комеријалну делатност".

"Стварни" правни основ за оснивање Мобтела била је одредба Закона о системима веза, која гласи: "Предузеће ПТТ може самостално или са страним и домаћим лицима оснивати предузећа за обављање делатности из предмета свог пословања или за обављање делатности, којима се доприноси његовом ефикаснијем и рационалнијем функционисању".[39] На основу члана 2. тачка 2.04. Уговора, утврђена је тзв. основна делатност Мобтела на следећи начин: "Предузеће ће пројектовати, изградити, одржавати и експлоатисати систем јавне мобилне радио-телефоније." У ставу 2. наведеног члана Уговора утврђено је да су се "уговорне стране споразумеле да Предузеће буде уписано у судски регистар за обављање следећих привредних делатности: ... ". Међутим, у одредби члана 6. Закона о системима веза, којом се уређује питање делатности ЈП ПТТ, не наводи се, односно не помиње се "јавна мобилна телефонија", односно "мобилна телефонија". Даље, у одредбама Статута ЈП ПТТ, којима се уређује питање делатности ЈП ПТТ, такође се не наводи и не помиње "јавна мобилна телефонија", односно "мобилна телефонија".[40] Поређењем делатности ЈП ПТТ из његовог статута и делатности Мобтела из Уговора, могу се уочити одређене разлике.[41]

36. Закона о јавним предузећима, "Сл. гласник Републике Србије", 6/1990.
37. Закона о општим условима за давање концесија страним лицима на територији Републике Србије, "Сл. гласник Републике Србије", 6/1990. и 7/1990.
38. Закон о предузећима, "Сл. лист СФР Југославије" , 77/1988, 40/1989, 46/1990. и 61/1990.
39. Закон о системима веза, члан 12.
40. Статут Јавног предузећа ПТТ саобраћаја "Србија" од 15. јануара 1992. године, чл. 5-6.
41. Оне се огледају у следећем: 1) делатности под шифром 050100, 050209, 110403 и 11095 потпуно су истоветне у оба акта; 2) делатности 060900 у Уговору, за разлику од Статута ЈП ПТТ саобраћаја "Србија", у текстуалном делу додат је израз у загради: "мобилна телефонија"; 3) делатности 090132 у Уговору, за разлику од Статута ЈП ПТТ саобраћаја "Србија", у текстуалном делу додат је израз: "телефонских апарата и уређаја"; 4) делатности 110302 у Уговору, за разлику од Статута ЈП ПТТ саобраћаја "Србија", у текстуалном делу додат је израз: "у области ТТ услуга"; 5) за разлику од Статута ЈП ПТТ саобраћаја "Србија", делатности 011723, 070123, 070223, 070320, 110404 и 110620 у Уговору су потпуно нове.

На основу напред извршене анализе прописа и аката и извршене компарације делатности ЈП ПТТ и Мобтела, може се констатовати да сауговарачи нису применили одредбу члана 12. Закона о системима веза, односно нису испоштовали ограничења која из те законске одредбе произлазе. Другим речима, уговорне стране из Уговора нису основале предузеће искључиво за обављање делатности из предмета ЈП ПТТ или за обављање делатности којима се доприноси његовом ефикаснијем и рационалнијем функционисању, као и не само за обављање делатности из предмета ЈП ПТТ саобраћаја "Србија", због чега је овај уговор апсолутно ништав.

Већинско учешће страног капитала. - У време закључења Уговора (15. април 1994. године) све делатности од општег интереса, као монополистичке делатности, вршене су искључиво од стране јавних предузећа. Полазећи од ове констатације, а узимајући у обзир одредбу Закона о системима веза[42] и поједине одредбе Закона о јавним предузећима,[43] као и "дух" закона, може се са много сигурности закључити да је у супротности са законским одредбама решење из предметног уговора, којим је омогућено да Систем "Браћа Карић" има већинско учешће од 51% у основном капиталу, у управљању и расподели добити у Мобтелу.[44]

На основу тада важећег савезног Закона о страним улагањима, као страни оснивач (улагач) сматрало се "страно правно лице чије је седиште у иностранству".[45] По овом законском основу, Систем "Браћа Карић" је квалификован као страни оснивач (улагач). Због тога, Мобтел је мешовито предузеће по основу два елемента: по оснивачу и по основном капиталу. Међутим, на основу републичког Закона о општим условима за давање концесија страним лицима у Републици Србији (даље: Закон о концесијама), под страним лицем, у контексту давања концесија страним лицима, сматрало се "страно правно лице чије је седиште у иностранству", али и "мешовито предузеће у којем је учешће страног капитала преко 51%".[46] Мобтел је основан и од страног оснивача (улагача), као правног лица, чије се седиште налази у иностранству – Систем "Браћа Карић", Москва, Русија. Такође, одредбе тадашњег савезног Закона о страним улагањима имале су јачу правну снагу у односу на одредбе републичког Закона о концесијама. Напросто, не може се Систем "Браћа Карић" у једном тренутку, када је то "корисно" за њега, позивати на један правни режим, који је тада важио у СР Југославији – само на одредбе Закона о страним улагањима, а у другом тренутку на други правни режим – само на одредбе републичког Закона о концесијама, из разлога што се савезно и републичко законодавство јединствено примењивало на територији Србије. Такође, републички законодавац је у Закону о концесијама пошао од критеријума контроле над предузећем, што представља све чешћи случај у међународној пракси, када

42. Закон о системима веза, члан 14.
43. Закон о јавним предузећима, чл. 1, 6. став 3. и 23. став 1.
44. Уговор, члан 2. тачка 2.05.
45. Закон о страним улагањима (Сл. лист СФР Југославије, 77/1988), члан 2. став 1.
46. Закон о општим условима за давање концесија страним лицима у Републици Србији, члан 1. став 2.

је за страно предузеће одредио "мешовито предузеће у којем је учешће страног капитала преко 51%", иако се формално ради о предузећу које се у сваком другом случају третира као и свако друго домаће (мешовито) предузеће. Због свега изнетог, концесију за фреквенције за мобилну телефонију је по тада важећим прописима могло да добије страно лице - Систем "Браћа Карић" из Москве по посебним прописима, а мешовито предузеће Мобтел је могло да се оснује на основу члан 12. Закона о системима веза, са мањинским страним капиталом, за обављање "делатности из предмета пословања ЈП ПТТ саобраћаја "Србија" или за обављање делатности којима се доприноси његовом ефикаснијем и рационалнијем функционисању".

Обављање делатности од општег интереса (привредна јавна служба). - Уговор није могао да производи правно дејство, односно да се примењује у пракси, јер није испоштовао све законске одредбе, односно законске услове који се захтевају за обављање једне делатности од општег интереса. Чињеница је да је у време закључења предметног уговора делатност ПТТ саобраћаја (делатност јавног поштанског, телефонског и телеграфског саобраћаја) била монополистичка делатност и законом резервисана за ЈП ПТТ. Ова констатација произлази из конкретних одредаба Закона о системима веза, а може се доказивати и на посредан начин, уз помоћ других монополистичких делатности, односно других законских прописа, који су касније донети. Прво, и данас не постоји у Србији "непосредан" законски основ за оснивање предузећа од стране "приватних лица" (физичких и правних лица, домаћих и страних), "приватним капиталом" (приватним средствима), које би се регистровало за обављање делатности од општег интереса (монополистичке делатности). Друго, све делатности од општег интереса обављају постојећа јавна предузећа, са изузетком Мобтела. Треће, Закон о предузећима (1996.) по први пут утврђује могућност да "делатност од општег интереса могу обављати и други облици предузећа утврђени овим законом, део предузећа као и предузетник", с тим што се утврђује да се "оснивање ових предузећа врши у складу са овим законом и законом којим се уређују услови и начин обављања делатности од општег интереса".[47] Четврто, регистарски суд није допуштао приватним лицима да региструју предузеће за обављање неке делатности од општег интереса, јер за то не постоји законски основ. Пето, примера ради, и републички Закон о комуналним делатностима је утврдио, између осталог: да се тим законом "одређују комуналне делатности и уређују општи услови и начин њиховог обављања"; да "општина, град, односно град Београд, у складу са овим законом, уређује и обезбеђује услове обављања комуналних делатности и њиховог развоја"; да су "комуналне делатности делатности од општег интереса"; законодавац је набројао комуналне делатности; сагласно одредбама Закона о предузећима (1996.), законодавац је створио правни основ да комуналне делатности могу обављати, осим већ регистрованих јавних комуналних предузећа, "и друго предузеће и предузетник, зависно од природе комуналне де-

47. Закон о предузећима ("Сл. лист СР Југославије", 29/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999, 9/2001 и 36/2002), члан 401.

латности и конкретних услова и потреба у општини, у складу са законом и прописима донетим на основу закона"; да "поједине послове из оквира своје делатности јавно комунално предузеће може поверити другом предузећу или предузетнику, на начин и по поступку утврђеном прописом скупштине општине, под условом да нису у функцији остваривања јединства техничко-технолошког система и да је оснивач за то дао сагласност"; да се "обављање комуналних делатности или појединих послова из оквира тих делатности које се, сагласно овом закону могу поверити предузећу или предузетнику врши на време до пет година", а поверавање се врши на основу уговора.[48)] Шесто, слична законска решења садржи и републички Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса у вези са могућношћу, начином и условима за обављање делатности од општег интереса од стране "предузећа, дела предузећа или предузетника".[49)] Седмо, кад је реч о телекомуникацијама, републички законодавац је створио "посредни" законски основ тек половином 1997. године, на основу Закона о изменама и допунама Закона о системима веза, за улазак страног приватног капитала у ову област.[50)] Осмо, на основу Записника са X седнице Управног одбора Мобтела,[51)] може се сагледати да Мобтел није обезбедио лиценцу за фреквенције, што је и констатовано посебном одлуком, да "нису обезбеђене фреквенције и у том погледу је потребно да се хитно реше питања радио фреквенцијског спектра" везана за Мобтел. Девето, и из Анекса Уговора о оснивању Мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији,[52)] потврђује се индиректно да Мобтел

48. Закон о комуналним делатностима ("Сл. гласник Републике Србије", 16/1997 и 42/1998), чл. 1. 2, 3. став 3, 10, 11. став 1. и 12. став 1.
49. Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса ("Сл. гласник Републике Србије", 25/2000 и 25/2002), чл. 2, 3. и 8.
50. Између осталог, и на основу ових одредба: "Предузеће ПТТ може се организовати као холдинг предузеће оснивањем зависних предузећа за обављање ПТТ делатности, и то: 1) за делатност телекомуникација – пренос телекомуникационих саопштења, говорних и неговорних порука, података и других телекомуникационих сигнала у унутрашњем и међународном саобраћају; пружање свих врста телекомуникационих услуга у преносу података, звука, слике итд., интерактивно или емитовањем – дифузија; планирање, пројектовање, изградња и одржавање телекомуникационих објеката, постројења и мреже; други послови у функцији телекомуникација утврђени оснивачким актом и статутом"; "Влада може издати дозволу – лиценцу за обављање телекомуникационих услуга које не спадају у услуге фиксне телекомуникационе мреже"; "у случају из става 1. овог члана (члан 11а) Предузеће ПТТ као матично предузеће обавља послове управљања, планирања и развоја, маркетинга, стицања учешћа у капиталу у зависним предузећима путем акција, удела или заменљивих обвезница (оснивање, трајно улагање, куповина, размена) и остале делатности утврђене актом о организовању холдинга и статутом"; "предузеће ПТТ може, на одређено време, уз сагласност Владе, пренети зависном предузећу право обављања делатности за које је зависно предузеће основано" и друге законске одредбе. - Закона о изменама и допунама Закона о системима веза ("Сл. гласник Републике Србије", 20/1997), чл. 11а. и 14а.
51. Записника са X седнице Управног одбора Мобтела, која је одржана 14. јануара 1997. године.

1994. године није имао лиценцу за обављање делатности мобилне телефоније, а за коју је регистрован код надлежног суда. Ова констатација произлази из одредбе наведеног анекса Уговора.[53)]

Незаконитост одлуке Владе Републике Србије. - Одлука Владе донета је противно законским прописима и није могла да представља основ за давање њене сагласности на закључени Уговор.[54)] Прво, Одлука о давању сагласности на Одлуку Управног одбора ЈП ПТТ о оснивању Мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији је заснована на одредби члана 20. став 2. Закона о системима веза. Увидом у садржину наведеног члана Закона, може се констатовати да наведена одредба није могла да послужи као основ за доношење предметне одлуке, односно за давање сагласности. Друго, овом одлуком Влада није дала сагласност на Уговор, како то произлази из Одлуке Управног одбора ЈП ПТТ[55)] и из самог Уговора. Треће, предметном одлуком Владе дата је само сагласност на Одлуку Управног одбора ЈП ПТТ за оснивање мешовитог предузећа, како то произлази и из њеног назива. Четврто, предметном одлуком Владе дата је сагласност за коришћење прикључних капацитета за радио-телефонију, како то произлази и из њеног назива. Пето, предметна одлука има недостатака формалне природе, јер не садржи број и датум Одлуке на коју се даје сагласност, односно број и датум Уговора, што је практично чини неприменљивом.

Уговор је противан Закону о јавним предузећима. - Уговорне стране у Уговору нису испоштовале и одговарајуће императивне одредбе из Закона о јавним предузећима. Прво, основна делатност за коју је основан Мобтел је наведеним законом проглашена за делатност од јавног интереса,[56)] што се из садржине Уговора не може ни наслутити. Основна делатност Мобтела је уређена искључиво као и свака друга комерцијална делатност, чиме су прекршене одредбе Закона о јавним предузећима. Друго, наведеним законом је утврђено да предузећа која обављају привредну делатност од јавног интереса "оснивају се и послују као јавна предузећа у складу са овим законом и законима којима се уређују услови и начин обављања тих делатности" (даље: посебним законом),[57)] што није испоштовано у предметном случају, јер је Мобтел основан само на основу Закона о предузећима. Треће, "у јавном предузећу ... и предузећима са другим облицима својине, држава обезбе-

52. Анекс Уговора о оснивању Мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији између ЈП ПТТ саобраћаја "Србија" и Система "Браћа Карић" - БК-Trade, закљученог 02.04. 1998. године.
53. "Лиценцу за мобилну телефонију Влада Републике Србије даће без накнаде Мобтелу независно од своје раније дате сагласности на Мобтел уговор. Лиценца ће имати важност до истека рока предвиђеног Мобтел уговором, а у сваком случају докле год предузеће буде постојало. ПТТ се обавезује да предузме све мере да се одмах изда лиценца Мобтелу од надлежних органа, како је предвиђено овим Уговором." - Анекс уговора, члан 5.
54. Одлука 05 Број: 945-1401/4 од 13. априла 1994. године.
55. Одлука бр. 6164/2 од 1. априла 1994. године.
56. Закон о јавним предузећима, члан 1. став 2.
57. Закон о јавним предузећима, члан 1. став 1.

ђује заштиту јавног интереса, у складу са посебним законом".[58] Четврто, надовезујући се на претходно цитирану законску одредбу, законом је одређено да се "у јавним предузећима и предузећима са другим облицима својине образује надзорни одбор од представника државног органа и јавног предузећа, односно власника капитала".[59] Увидом у садржину предметног уговора може се констатовати да ова законска обавеза није испоштована од сауговарача.

Уговор је противан Закону о концесијама. - Предметни уговор није испоштовао ни императивне одредбе из Закона о концесијама. Наиме, Влада је на основу члана 12. Закона о концесијама донела Одлуку којом је дала сагласност да "предузеће Мобилне телекомуникације "Србија" БК-ПТТ д.о.о. може користити прикључне капацитете за радио-телефонски систем и друге објекте Јавног предузећа ПТТ саобраћаја "Србије" одређених уговором о оснивању Мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији".[60] Међутим, сагласно члану 12. став 2. Закона о концесијама, Влада својом сагласношћу није утврдила "услове под којима се дају на коришћење прикључни капацитети за радио-телефонију", чиме је прекршена императивна одредба.

Закључење Уговора и оснивање Мобтела недвосмислено показују да је било потребно претходно прибавити додатне дозволе, односно одобрења. На основу назива мешовитог предузећа, предмета његове основне делатности и међусобних права и обавеза уговорних страна, а полазећи од његове правне природе, може се са сигурношћу закључити да је реч о тзв. концесионом предузећу. Ово предузеће је могло бити "мешовито" по власницима капитала, могло је бити основано у правној форми "друштва са ограниченом одговорношћу", али је било неопходно да претходно прибави од надлежног државног органа дозволу (концесију), односно лиценцу за необновљиво природно богатство – фреквенције, да би уопште могло да започне да обавља делатност пружања услуга и реализује друге циљеве из закљученог Уговора – "увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији".

Због правне природе мешовитог предузећа Мобтел и основне делатности за коју је регистровано – делатност од општег интереса, није се могло основати и регистровати као и свако предузеће са комерцијалном делатношћу. За његово оснивање и регистрацију нужно је било да се прибави нарочита дозвола (концесија), односно лиценца надлежног државног органа. Јер, ЈП ПТТ није било овлашћено да издаје никакве нарочите дозволе (концесије), односно лиценце, јер таквих јавноправних овлашћења није имало.

На основу одредбе Закона о облигационим односима, "ништав уговор не постаје пуноважан кад забрана или који други узрок ништавости накнадно нестане".[61] Примера ради, Мобтел је 1998. године стекао лиценцу, али тиме предметни

58. Закон о јавним предузећима, члан 6. став 3.
59. Закон о јавним предузећима, члан 23. став 1.
60. Одлука 05 Број: 954-1401/4 од 13. априла 1994. године.
61. Закон о облигационим односима, члан 107. став 1.

уговор о оснивању Мобтела није могао постати пуноважан. Код апсолутно ништавог уговора нема места за конвалидацију, већ само за његову конверзију.

Уговор закључен супротно другим позитивним прописима. - Одредба члана 16. Уговора је супротна позитивним прописима, када се утврђује да ће "овај уговор ступити на снагу даном давања сагласности од стране Владе Републике Србије, односно даном његовог уписа у регистар Савезног министарства за економске односе са иностранством у Београду". Из правне природе овог уговора произлази да је морала да се прибави сагласност и Владе, да би ступио на снагу, тј. да би производио правно дејство. Та сагласност је морала бити у форми претходне сагласности, тј. дозволе (концесије), а та се сагласност даје у друкчијем законом утврђеном поступку и за друге циљеве од законског поступка који је спроводио тадашњи савезни орган, обзиром да се уписом уговора у регистар у Савезном министарству за економске односе са иностранством у Београду остварују други циљеви.[62] Реч је о потпуно два различита правна режима.

Предметни уговор није могао да производи правно дејство у пракси, јер је закључен под одложним условом. Услов се огледао у томе што је на закључени уговор Влада требало да дâ сагласност.[63] Овај услов није испуњен, јер Влада никад није дала тражену сагласност.[64]

Опште процесне претпоставке везане за суд, странке, тужбу и предмет спора

Стварна надлежност. – Полазећи од тога да су уговорне стране из Уговора привредни субјекти, произлази да је за подношење тужбе за утврђење његове ништавости потенцијално стварно надлежан домаћи трговински суд или, евентуално, Уговором предвиђена институционална арбитража у Цириху. Постоји друштвени интерес да поступак буде покренут пред домаћим судом, између осталог, из ових разлога: трошкови судског поступка су нижи у односу на арбитражне трошкове; домаћи суд познаје императивне одредбе; суд на апсолутну ништавост пази по службеној дужности. Такође, од суда се може тражити убрзање поступка ради заштите друштвеног интереса и др.

Општа месна надлежност. – На основу Закона о парничном поступку (даље: ЗПП),[65] опште правило месне надлежности гласи: за суђење је надлежан суд који је опште месно надлежан за туженог, на чијем подручју се налази његово пребивалиште, односно седиште.[66] Полазећи од овог законског решења, Трговински суд

62. Решење Савезног министарства за економске односе са иностранством, УП 08/14, бр. 816/1, од 6. маја 1994. године и Решење Савезног министарства за спољну трговину, број 5/1-01-184/98-001, од 14. августа 1998. године.
63. Уговор, члан 16.
64. На основу одредбе члана 74. Закона о облигационим односима "уговор је закључен под условом ако његов настанак или престанак зависи од неизвесне чињенице".
65. Закон о парничном поступку, "Сл. гласник Републике Србије", 125/2004.

у Београду не би био надлежан за Систем "Браћа Карић" (полазећи од претпоставке да је субјект у праву, односно да има страначку способност), јер се његово седиште налази у Москви, већ би био надлежан само за ЈП ПТТ и, евентуално, за Мобтел, чија се седишта налазе у Београду.

Посебна месна надлежност (надлежност за супарничаре). – Ако је једном тужбом тужено више лица, а за њих не постоји месна надлежност истог суда, у том случају је надлежан суд који је месно надлежан за једног од тужених, а ако међу њима има главних (ЈП ПТТ и Систем "Браћа Карић") и споредних обвезника (Мобтел), суд који је месно надлежан за кога од главних обвезника.[67] Полазећи од таквог законског решења, Трговински суд у Београду је надлежан за ЈП ПТТ и за Мобтел. Међутим, и у овом случају се намеће питање за стучњаке процесног права: може ли Систем "Браћа Карић" (полазећи од претпоставке да је субјект у праву, односно да има страначку способност) да пред Трговинским судом у Београду приговори да је за овај спор надлежан Арбитражни суд у Цириху, или ако ова уговорна страна не буде обухваћена у својству туженог, да онда у својству умешача,[68] односно јединственог супарничара (када накнадно ступи у парницу у својству туженог) приговори да Трговински суд у Београду није надлежан. За мешање у парници, потребна је сагласност тужених, а за приступање парници у својству јединственог супарничара није потребна сагласност тужених. Међутим, намеће се ново питање, да ли супарничар (јединствени супарничар) који је приступио парници у својству туженог (Систем "Браћа Карић") може да оспорава надлежност Трговинског суда?

Супарничарство. – Супарничарство (*litis consortium*) је правни институт који омогућује да у истом поступку више лица буду у својству тужиоца или тужених. Тужиоци и тужени у таквом својству називају се супарничари. По правилу, супарничарство је факултативно, јер настаје вољом странке, и то по правилу вољом тужиоца. Међутим, супарничарство је могућно само под условима, односно у случајевима одређеним законом. Институт супарничарства има велики значај, а вишеструко је користан: омогућује примену начела економичности у поступку, обезбеђује ефикасну судску заштиту и отклања ризик доношења противречних одлука. Због тога, институт супарничарства познају сви модерни правни системи, односно њихова законодавства.

У правној теорији прави се разлика између простог (обичног) и јединственог (нераздвојног, нарочитог) супарничарства.[69] За наш предмет разматрања од значаја је јединствено супарничарство. Такође, супарничарство на страни тужилаца назива се активним, а на страни тужених пасивним. Даље, с обзиром на услове

66. Закон о парничном поступку, чл. 39-42.
67. Закон о парничном поступку, чл. 43. и 199.
68. Закон о парничном поступку, чл. 208-211.
69. Зоран Ивошевић, *Супарничарство*, прво издање, Београд, 1979, стр. 11-12. и Боривоје Познић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1982, стр. 336.

предвиђене у ЗПП-у, прави се разлика између материјалног (правог) и формалног (неправог) супарничарства.[70)]

На основу ЗПП-а, сваки прости супарничар је у парници самостална странка, а његове радње или пропуштања не користе нити штете другим супарничарима. Другим речима, њихов положај је исти као да су посебно тужили или били тужени. Са друге стране, ЗПП под јединственим супарничарима сматра два или више тужилаца у једној тужби или тужених у случајевима када се један спор по закону или због природе правног односа који се расправља може решити само на једнак начин према свим супарничарима (такав је случај, на пример, кад јавни тужилац тражи поништај неког уговора). У наведеном случају реч је о тзв. материјалном (правом) супарничарству. У случају јединствених супарничара радње и пропуштања једног супарничара протежу се и на друге супарничаре.[71)]

Заштита јавног интереса. - На основу Закона о облигационим односима, осим што "суд на ништавост пази по службеној дужности", утврђено је да се "на ништавост може позивати свако заинтересованом лице". Имајући у виду да је реч о јавном интересу, законом је стављено у дужност суду да пази на ништавост по службеној дужности (*ex officio*), не чекајући да уговорне стране или друга заинтересована лица поднесу захтев за утврђивање апсолутне ништавости конкретног уговора. То ће првенствено бити она ситуација када су уговорне стране покренуле спор пред судом, не истичући захтев за утврђивање ништавости уговора, било што им та чињеница није позната, било што настоје из њима знаних побуда да то прећуте. Суд је у том случају дужан да *ex officio* спроведе поступак и донесе одлуку о ништавости уговора.[72)] Кад је реч о "сваком заинтересовано лицу", ту првенствено треба имати у виду уговорне стране, универзалне сукцесоре сауговарача и заинтересована трећа лица[73)] – у конкретном случају првенствено Мобтел. Поједини аутори су мишљења да се постојање правног интереса за поништај забрањеног уговора може основано претпоставити "код свих лица, пошто је повређен поредак – интерес друштва чија је заштита *res ommnium comunis* – општа ствар".[74)] На крају, право на подношење тужбе ради утврђења ништавости, на основу закона (*ex lege*) има и јавни тужилац.

---

70. Види детаљније о супарничарству: Зоран Ивошевић, *op. cit.* и Боривоје Познић, *op. cit*, стр. 336-341.
71. Закон о парничном поступку, чл. 204.
72. "То значи да суд не може, ако има сазнање о постојању апсолутно ништавог уговора да покрене парницу, јер се парнични поступак не покреће по службеној дужности него на тражење грађанина или правног лица (*ne procedat index ex officio*). – Лепосава Карамарковић, *op. cit.*, стр. 414.
73. "Особа која за то има правни интерес, овлашћена је тужбом тражити утврђење ништавости уговора што су га међу собом склопиле треће особе." ВС Хрв., Гзз-104/1984 од 05.03.1985. године. – Наведено према: Горан Свилановић, *Проширење тужбе за утврђење*, Правни живот, 11-12/1989. године.
74. Јозеф Салма, *Симуловани уговори, докторска дисертација*, Нови Сад, 1979. године. – Наведено према: Лепосава Карамарковић, *op. cit.*, стр. 408.

Ако је Законом о облигационим односима утврђено да суд на ништавост уговора пази по службеној дужности и да се на ништавост може позивати свако заинтересовано лице, намеће се логично питање: зашто Трговински суд у Београду и Виши трговински суд у Београду нису својом одлуком поништили Уговор,[75] у поступку регистрације Мобтела, јер је тај уговор уједно представљао оснивачки акт за Мобтел, односно зашто се у протеклом периоду од 11 година на ништавост није позвао јавни тужилац, јавни правобранилац, Савезно министарство за економске односе са иностранством или неко друго заинтересовано лице? Могуће одговоре на постављена питања треба тражити у више праваца.[76]

Тужба за утврђење. – Тужбом за утврђење тужилац предлаже утврђење једног правног односа (правни однос са свим правима и обавезама) или утврђење неког права (појединачно субјективно право) или истинитост, односно неистинитост неке исправе, а заштиту коју захтева ограничава на декларацију. На пример, тужба за утврђење уговора о продаји, закупу, односно права наслеђа, својине итд.

У правној доктрини се тужбе за утврђење деле на позитивне и негативне.[77] Кад се тужбом захтева утврђење правног односа као постојећег или истинитост неке исправе, реч је о позитивној тужби, а ако се том тужбом захтева да суд утврди непостојање правног односа или неистинитост неке исправе, реч је о негативној тужби. Захтев за утврђење може да се истакне и у току парнице. Наиме, ако одлука у једном спору зависи од тога да ли постоји или не постоји неки правни однос, који је у току парнице постао споран, тужиоцу је допуштено да поред постојеће тужбе поднесе и тужбу за утврђење како би суд утврдио постојање, односно непостојање таквог односа, под условом да је суд пред којим парница тече надлежан и за новоподнети захтев.[78] Предмет утврђења, по правилу, може бити само један однос у садашњости, с тим што се оглашавање (декларација) његовог постојања може тражити и кад је он везан за услов или рок. Парничне странке, односно тужилац и тужени не морају бити субјекти односа за који се захтева утврђење.

75. "Слобода суда да изрекне једну од могућих последица ништавог, делимично или у целини извршеног уговора, прописаних одредбом члана 104. Закона о облигационим односима, независно од предлога тужиоца опште је прихваћена и у судској пракси". – Лепосава Карамарковић, *op. cit.*, стр. 418.
76. Треба их тражити у овом правцу: доминацији политике над државним органима, органима правосуђа и јавним предузећима; високом степену опортунитета службених лица; доминацији приватних интереса над општим (државним) интересима; нерегулисаности, начелне регулисаности и недореченості правних прописа у области мобилне телефоније и о увођењу у домаћој пракси првог мобилног оператера; недовољној стручности службених лица да сагледају сву комплексност и сложеност предметног правног посла; страху службених лица од губљења посла; постојања елемената за кривична дела несавесног пословања у привреди, злоупотребе службеног положаја или овлашћења или неког другог кривичног дела; присутности пљачке, односно поткрадања државне својине у корист идентификованих приватних лица; присутности мита, корупције, осионости и бахатости и др.
77. Боривоје Познић, *op. cit.*, стр. 188.
78. Закон о парничном поступку, чл. 188-189.

Тужба за утврђење се може подићи: 1) кад је то посебним прописима предвиђено; 2) кад тужилац има правни интерес да суд утврди постојање, односно непостојање неког спорног права или правног односа или истинитост, односно неистинитост неке исправе; 3) кад тужилац има неки други правни интерес за подизање овакве тужбе.[79] Тужилац је дужан да већ у тужби наведе околности из којих се види постојање интереса за утврђење неког права или правног односа. Постојање правног интереса за утврђење има значај процесне претпоставке на коју суд мора да пази по службеној дужности. Међутим, када је посебним законом утврђено право на тужбу за утврђење, у том случају тужилац не мора доказивати правни интерес, јер се претпоставља да тај интерес постоји самим тим што је могућност тужбе законом изричито прописана.[80]

Парничне странке. - Ко може (треба) да се појави у својству тужиоца и туженог/тужених код подношења тужбе, пред домаћим судом, за утврђење апсолутне ништавости Уговора? Полазећи од нашег законодавства, право на подношење ове тужбе има свако заинтересовано лице, укључујући ЈП ПТТ као уговорну страну и јавног тужиоца као законом овлашћено лице (тзв. активна легитимација). Међутим, ако тужбу за утврђење поднесе ЈП ПТТ против друге уговорне стране као тужене – Систем "Браћа Карић" (полазећи од претпоставке да има парничну способност), као пасивно легитимисане странке, онда тужени може приговорити да није месно надлежан Трговински суд у Београду, али и да је стварно надлежан Арбитражни суд у Цириху, како то произлази из Анекса Уговора о оснивању Мобтела из 1998. године. Ако ЈП ПТТ тужбом обухвати у својству тужених Систем "Браћа Карић" и Мобтел, онда Мобтел може приговорити да није уговорна страна у Уговору, што све поново упућује на надлежност Арбитражног суда у Цириху. Међутим ако се у својству тужиоца појави Републички јавни тужилац, а у својству тужених: Систем "Браћа Карић" (полазећи од претпоставке да је субјект у праву), ЈП ПТТ и Мобтел, онда постоје претпоставке за заснивање поступка по основу тужбе за утврђење пред Трговинским судом у Београду. Разлог више за заснивање надлежности домаћег суда је што се у судском спору појављује у својству тужиоца законом овлашћено лице, које се не може појавити пред Арбитажним судом у Цириху, па и због тога тужени Систем "Браћа Карић" не може приговорити да је надлежна уговорена институционална арбитража у Цириху. Штавише, Републички јавни тужилац пред судом може истицати аргумент да је надлежност арбитраже да одржи Уговор између уговорних страна кроз разрешење насталог спора, а не и да прогласи да је Уговор апсолутно ништав. Потенцијално, евентуално, остаје могућност да Мобтел приговори на Суду да није пасивно легитимисан у овом спору, јер није уговорна страна у Уговору за који се тражи да се утврди судском одлуком да је апсолутно ништав. Међутим, може се доказивати од стране Републичког јавног тужиоца да је Мобтел споредни обвезник из предметног правног

79. Закон о парничном поступку, члан 188. став 2.
80. Такав је случај са законским решењем којим је уређено право за тужиоца да захтева утврђење ништавости уговора. - Закон о облигационим односима, члан 109. став 2.

посла, на основу релевантне законске одредбе.[81] Најзад, да ли Мобтел може да истиче приговор о ненадлежности Трговинског суда у Београду у вези са предметним тужбеним захтевом, односно да је надлежна институционална арбитража у Цирху, на основу чл. 11. и 14. закљученог Уговора између ЈП ПТТ, Система "Браћа Карић" и Мобтела, дана 2. априла 1998. године? Мишљења смо да се из садржине наведених чланова Уговора, али из његове целокупне садржине и Уговора, не може закључити да је и за Мобтел успостављена, односно уговорена надлежност Арбитражног суда трговинске коморе у Цириху, Швајцарска.[82]

Међутим, ако се пође од претпоставке да се у претходном поступку дође до потврде да Систем "Браћа Карић" нема страначку способност (није субјект у праву, односно није регистрован, односно да нема правни субјективитет), онда се у заснивању надлежности пред домаћим Трговинским судом у Београду и пасивно легитимисаних лица може приступити на друкчији начин. У том случају подносилац тужбе за утврђење ништавости предметног уговора био би Републички јавни тужилац, стварно и месно надлежан био би Трговински суд у Београду, а пасивно легитимисани били би ЈП ПТТ и Мобтел. Систем "Браћа Карић" не би био обухваћен у својству парничне странке, односно јединственог супарничара на страни тужених из разлога што није субјект у праву.

Предмет (обим) тужбеног захтева. – Неспорно је да предмет тужбеног захтева треба да гласи: тужба за утврђење ништавости Уговора, којим је основан Мобтел. То право за јавног тужиоца произлази из Закона о облигационим односима. Овом тужбом јавни тужилац тражи да Трговински суд у Београду утврди апсолутну ништавост закљученог Уговора о оснивању мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији. Ако пођемо од претпоставке да ће се доћи до позитивне одлуке надлежног суда, односно да ће бити усвојен тужбени захтев поднет од тужиоца, онда се намеће ново питање: какво је дејство предметне судске одлуке на основан и регистрован Мобтел у Регистар привредних субјеката при Агенцији за привредне регистре? Да ли таква одлука Суда има непосредно или посредно дејство; у другом случају: да ли може да послужи као основ за покретање других поступака код надлежних државних органа? Много је теже, међутим, питање да ли овим тужбеним захтевом може, односно треба

81. Закон о парничном поступку, чл. 43. и 199.

82. Наиме, одредба члана 11. Уговора гласи: "Члан 9. Мобтел Уговора мења се и гласи: ... ", што важи само за уговорне стране из Мобтел Уговора (ЈП ПТТ саобраћаја "Србија" и Систем "Браћа Карић – БК-TRADE"), а не и за трећу уговорну страну из наведеног тространог уговора - Предузеће за мобилне телекомуникације "Србија" БК-ПТТ д.о.о. из Новог Београда, односно Мобтел. Одредба члана 14. Уговора гласи: "Овај Уговор заједно са Мобтел Уговором представља јединствену целину." На основу ове одредбе не може се тврдити да је за трећу уговорну страну – Мобтел уговорена надлежност Арбитражног суда трговинске коморе у Цириху. Као посредан доказ за напред изнету тврдњу може послужити тужба Мешовитог предузећа "Мобтел" против ЈП ПТТ саобраћаја "Србија" поднета Трговинском суду у Београду, а не арбитражном суду у Цириху, 30.04.2004. године (XXVIII-P-1627/04).

да се обухвати и утврђење ништавости регистрације Мобтела у Регистар привредних субјеката. Ако пођемо од претпоставке да је то могућно, онда позитивна одлука Трговинског суда у Београду има за последицу отварање поступка ликвидације над Мобтелом.

У једној другој ситуацији, у контексту подношења тужбеног захтева у следећем обиму: утврђење ништавости Уговора, полазећи од последица које изазивају апсолутно ништави уговори у упоредном и нашем праву на трећа лица, може се са много аргумената тврдити да се последице судске одлуке о ретроактивности аутоматски протежу и на ништавост регистрације Мобтела у Регистар привредних субјеката. Овакву тврдњу првенствено заснивамо из разлога што је ништав уговор био правни основ за оснивање Мобтела, односно што је представљао његов оснивачки акт.[83)]

Рок за истицање тужбеног захтева. - Право на истицање ништавости, тј. право на подношење тужбе ради утврђења апсолутне ништавости Уговора не гаси се, односно не застарева. Међутим, илустрације ради, сви правни системи не садрже напред наведено решење. На пример, у француском праву све тужбе, укључујући и тужбу за утврђење апсолутне ништавости, застаревају за 30 година.[84)]

Пресуда. – Спор по основу тужбе за утврђење може бити решен од стране надлежног суда само једном пресудом, која ће гласити подједнако према свим јединственим супарничарима. У том циљу је ЗПП прописао фикцију по којој се сви супарничари сматрају као једна парнична странка.[85)] Смисао такве законске фикције огледа се у томе да процесни положај супарничара мора бити једнак као да се на њиховој страни налази једно лице. Међутим, ЗПП не садржи правила о томе шта ће се сматрати као став свих јединствених супарничара у оном случају када су они међусобно несагласни. У правној науци је у том случају владајуће гледиште да треба за меродавну узети ону радњу која је за све њих најповољнија.

Да ли Републичко јавно тужилаштво и други надлежни државни органи "раде" на штету друштвеног (државног) интереса?

Јавно тужилаштво је посебан и самосталан државни орган, који у ширем смислу улази у круг правосудних органа. На основу Устава Републике Србије и Закона о јавном тужилаштву, између осталог: "јавно тужилаштво ... улагањем правних средстава штити уставност и законитост и предузима друге радње на које је законом овлашћено".[86)]

83. Наведено правило из нашег важећег законодавства било је на сликовит начин изражено и у Општем имовинском законику за Црну Гору (1888.), речима: "Што се грбо роди вријеме не исправи; Што је спочетка незаконито, то временом самим законито не постаје". - Општи имовински законик за Црну Гору, члан 1006.
84. *Code civil*, члан 2262.
85. Закон о парничном поступку, члан 204.

Из уставних и законских одредаба о Тужилаштву недвосмислено произлази да оно своје надлежности остварује, по правилу и првенствено, по службеној дужности (*ex officio*) и на сопствен предлог, пред надлежним судовима. Међутим, то никако не значи да Тужилаштво не може да остварује своје надлежности и на основу покренутих иницијатива грађана и правних лица, када се стекну услови за то.[87] Колико је нама познато, дужи низ година уназад, Тужилаштво надлежност остварује, по правилу и првенствено, на основу иницијативе, а само изузетно по службеној дужности. Због тога се намећу нека питања, на пример: да ли је Тужилаштво себи "дало" тзв. дискрециono право, супротно уставу и закону, да одлучује да ли ће покренути неки поступак из своје надлежности, чак и када су испуњени законски услови за то; да ли Тужилаштво може одлуку да донесе без икаквог образложења, посебно када иницијатор на томе инсистира; да ли Тужилаштво уводи у пракси начело самовоље, односно арбитрабилности; да ли Тужилаштво таквим својим поступањем онемогућава остваривање начела уставности и законитости, односно начела правне државе и владавине права; да ли Тужилаштво свесно или несвесно оштећује друштвене интересе?

Тужилаштво је напред наведене принципе применило и у предметном случају из пословне праксе. Наиме, иако су Републичко јавно тужилаштво и друго надлежно Тужилаштво били законом овлашћени (*ex lege*) да подигну тужбу за утврђење апсолутне ништавости Уговора, она до данас то нису учинила.[88] Иницијативу није покренуо ни Трговински суд у Београду, који на апсолутну ништавост пази по службеној дужности, где је регистровано мешовито предузеће Мобтел на основу Уговора. Штавише, на покренуту и образложену иницијативу за подношење предметне тужбе, Републичко јавно тужилаштво у протекле две године, није реаговало, односно поднело тужбу за утврђење. Наша је процена и бојазан, на основу досадашњег поступања Републичког јавног тужилаштва, и у овом предмету, да оно и надлежно Тужилаштво немају намеру да остваре своје надлежности у овом предмету.[89] По већ опробаном приступу у пракси, Тужилаштво "препушта

86. Устав Републике Србије ("Сл. гласник Републике Србије", 1/1990), чл. 103. став 1. и Закон о јавном тужилаштву ("Сл. гласник Републике Србије", 63/2001, 42/2002, 39/2003, 44/2004 и 61/2005), чл. 1.

87. Аутор овог рада затражио је пријем на разговор, писаним путем, код тада в.д. Републичког јавног тужиоца, господина Слободана Јанковића, у вези са компанијом Мобтел (22. јули 2004. године). Нешто касније, на тражење господина Јанковића, поднета је писана иницијатива са прилозима (30. августа 2004. године), ради заснивања надлежности Републичког јавног тужилаштва у два правца: а) покретање поступка (парнице) код Трговинског суда у Београду ради утврђивања апсолутне ништавости уговора којим је осниван Мобтел и б) покретање кривичног поступка ради утврђивања индивидуалне кривичне одговорности лица из Јавног предузећа ПТТ саобраћаја "Србија", Система "Браћа Карић - БК-TRADE", Компаније Мобтел и из појединих државних органа.

88. Од завођења предметне иницијативе под КТР-број 938/04 до данас, овај предмет је шетао од одељења до одељења унутар Тужилаштва, као и од Тужилаштва до Тужилаштва (републичко, окружно, четвто, друго, републичко), од једног заменика до другог заменика тужиоца, али без видљивијих резултата – подизања тужбе или одбијања инцијативе.

да протек времена учини свој ефекат", односно да се овај предмет "реши" на неки други начин или од неког другог органа, односно субјекта. То се недавно и догодило, Влада је донела одлуку (решење и закључак) којом је Мобтелу одузела лиценцу за обављање делатности мобилне телефоније.[90)]

Забрињавајућа је појава, која позива на узбуну, да у нашем друштву у протеклих 12 година није покренута било каква иницијатива или предлог за поништење уговора о оснивању Мобтела. Првенствено су то могли и били дужни даураде Трговински суд у Београду и Виши трговински суд у Београду. Штавише, уз знање и пристанак Трговинског суда у Београду, Виши трговински суд у Београду је уписао Мобтел у судски регистар, 10. маја 1994. године, супротно законским одредбама. Такође, у протеклом периоду нису реаговали други државни органи, конкретно: Тужилаштво, Правобранилаштво, министарства унутрашњих послова и за економске односе са иностранством, али ни органи ЈП ПТТ.

Да пођемо од одређених претпоставки: 1) да је предметна иницијатива према Републичком јавном тужилаштву била оправдана; 2) да је већ подигнута тужба од стране Републичког јавног тужилаштва пред Трговинским судом у Београду; 3) да је у кратком року, због значаја предмета, Трговински суд у Београду спровео поступак из којег је произашла правноснажна пресуда којом је утврђено да је Уговор апсолутно ништав; 4) да је спроведен скраћени поступак ликвидације над Мобтелом; 5) да је ликвидациона маса Мобтела припала држави, односно Србији, из разлога што су обе уговорне стране биле несавесне; 6) да је Србија као правни следбеник ликвидационе масе у прилици да прода Мобтел путем јавног тендера за милион евра или више; 7) да је Влада донела одлуку да остварена средства од продаје Мобтела строго наменски користе, у наредних 10 година, за кредитирање (и финансирање) развоја малог бизниса, под повољнијим условима.

И у односу на предметни случај, Републичко јавно тужилаштво је својим поступцима према иницијатору и поднетим иницијативама потврдило још једном у његовој пракси да је потпуно затворен орган према стручној јавности, најширој јавности и средствима јавног информисања. А законодавац је обавезао "Јавно тужилаштво да обавештава јавност о стању криминала и другим појавама које запази у раду". Такође, законом је утврђена и следећа обавеза за Јавно тужилаштво: "ако обавештавање јавности не штети интересима поступка а има друштвени значај, јавно тужилаштво може обавештавати јавност о ствари у којој поступа."[91)] Штавише, приступи и полазишта Републичког јавног тужилаштва су у старту неповерљиви, одбранашки и затворени за било какву јавност, а одредба члана 5. За-

89. "Што се тиче трећих лица, у упоредном праву, и у правној теорији и у судској пракси, заузет је јединствен став да на ништавост не може да се позива било које треће лице (лице које нема никакве везе са ништавошћу уговора или уговорним странама), већ само оно које има оправдан интерес." - Љиљана Ђуровић, *op. cit.*, стр. 442-443.

90. Влада Републике Србије, Решење 05 број: 345-2836/1998-9, од 29. децембра 2005. године и Закључак 05 број: 345-2836/1998-10, од 29. децембра 2005. године.

91. Закон о јавном тужилаштву, члан 5.

кона о јавном тужилаштву управо говори супротно: "Јавно тужилаштво дужно је да прима поднеске и изјаве у стварима из своје надлежности, а може да тражи и допуне и објашњења у вези с примљеним поднесцима и изјавама."[92)]

Последице апсолутне ништавости Уговора

У упоредном и нашем праву, под одређеним условима, могуће је извршити конверзију ништавог уговора у неку другу врсту уговора. У нашем законодавству "кад ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора".[93)] Међутим, уговор који је апсолутно ништав, независно од узрока његове ништавости, не постаје пуноважан, ако узрок ништавости, после закључења ништавог уговора нестане. Али, ако је забрана била мањег значаја, а уговор је извршен, ништавост се не може истицати.[94)] Наведеним законским решењем само се потврђује став нашег законодавца да не прихвата конвалидацију ништавог уговора, ако су накнадно нестали узроци за његову ништавост. Ипак, наш законодавац допушта конвалидацију ништавог уговора, тј. правну консолидацију фактичког стања под два услова: 1) да је забрана била мањег значаја и 2) да је уговор извршен. Само ако су кумулативно испуњена ова два услова, тада се не може истицати ништавост конкретног уговора. Фактичко је питање када су испуњена наведена два услова, што оцењује надлежан суд. Суд у вези са овим законским изузетком мора са великом предострожношћу да цени када је забрана због које је уговор апсолутно ништав "мањег значаја", јер императивне одредбе, чије кршење има за последицу ништавост уговора, имају по правилу већи значај.

Какве су последице ништавости у нашем праву? Основно правило Закона о облигационим односима гласи: ако је ништав уговор био делимично или у цели извршен, онда то могу бити само фактичке промене које треба да буду одстрањене путем повраћаја у пређашње стање (реституција) између уговорних страна – повраћај примљеног, а ако је то немогуће онда путем одговарајуће накнаде у новцу.[95)] Друго правило Закона о облигационим односима гласи: ако је, међутим, уговор ништав због тога што је по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, у том случају суд може одбити, у целини или делимично, поднети захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала, а може и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора, преда општини на чијој територији она има седиште,

92. Види детаљније: Љубиша Дабић, *Дуговi тужиоца Јанковића; Апел без одјека; Сумњива куповина времена,* дневни лист "Данас", 4-6. маја 2005. године.
93. Закон о облигационим односима, члан 106.
94. Закон о облигационим односима, члан 107.
95. Закон о облигационим односима, члан 104.

односно пребивалиште, или боравиште.[96)] Кумулативна примена правила о недопуштености реституције и одузимања предмета престације из забрањених уговора у корист општине је законска алтернатива, која стоји као могућност судовима у поступку одлучивања о захтевима из ништавих уговора.[97)]

У нашем праву, на основу напред наведеног законског правила, уместо повраћаја у пређашње стање, суд може, сагласно Закону о облигационим односима, одлучити да се спорна вредност из недовршене трансакције пренесе у својину општине, односно у државну својину.[98)] Оваква ће одлука посебно бити целисходна и оправдана у случају кад апсолутно ништав уговор носи печат грубог незаконитог и неморалног понашања, тако да се било повраћај датог, било задржавање примљеног са становишта императивних прописа, јавног поретка и морала не може оправдати. То су разлози који су послужили и другим државама да у своја законодавства унесу да се вредности које су предмет незаконитих и неморалних трансакција одузму у корист друштвене заједнице (државе) или у добротворне сврхе.[99)]

Ипак, нужно је речи да је одузимање у корист друштвене заједнице изузетак од правила о обостраној реституцији. Такође, одузимање у корист друштвене заједнице није никаква аутоматска конфискација, већ представља само могућну имовинску санкцију код апсолутно ништавих уговора. Истовремено, примена овог института од стране суда је одговоран задатак, уз свестрано испитивање и оцену свих околности и чињеница.[100)]

96. " ... у судској пракси је изграђено правно схватање, да суд може по службеној дужности применити одредбу чл. 104. ст.2. ЗОО о одузимању предмета ништавог уговора у корист општине, ако оцени да су за то испуњени законом прописани услови. Предмет ништавог уговора може се одузети само у делу, односно обиму у коме је извршен. Ова мера може се одредити како према туженом у парници, тако и према тужиоцу у погледу предмета који је он на име решења ништавог уговора примио, ... Имовинска санкција одузимања предмета ништавог уговора може се одредити кад за то постоје законски услови , нарочито, ако се само на тај начин могу отклонити штетне последице уговора којим се нарушава друштвени интерес, ако је то потребно ради сузбијања масовних друштвених негативних појава, ако предмет уговора објективно представља предмет кривичног дела као и у другим случајевима." – Радисав Марковић, *Последице ништавости уговора*, Правни живот, 11-12/1991, стр. 1433-1434.

97. Томаш Корхецз, *Одузимање у корист друштвене заједнице и алтернативна судска заштита захтевима из ништавих (забрањених) уговора*, Правни живот, 10-12/1988, стр. 1669.

98. "Примена овог правила (одузимања у корист општине – Љ. Д.) у пракси је заиста веома деликатна и одговорна, јер ближи критеријуми нису законом одређени, а општа одредба да приликом одлучивања суд води рачуна о савесности једне, односно обеју страна, о значају друштвеног интереса који се угрожава, као и о моралним схватањима друштва доста је широк, тако да је остало судској пракси да изграђује ближе критеријуме за примену овог правила." – Милан Субић, *Правне последице ништавих уговора*, Правни живот, 10-12/1988, стр. 1657.

99. Борислав Благојевић и Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима I*, стр. 309-310.

100. Томаш Корхецз, *op. cit.*, стр. 1670.

Треће правило Закона о облигационим односима гласи: "Приликом одлучивања суд ће водити рачуна о савесности једне, односно обеју страна, о значају угроженог добра или интереса, као и моралним схватањима."

"Уговорна страна" Систем "Браћа Карић" (под претпоставко да има правни субјективитет) била је од почетка вођења преговора па све до закључења Уговора несавесна према другој уговорној страни – ЈП ПТТ. Додатни доказ за овакву тврдњу је да је у полазним преговорима и првим састављеним формалним одлукама ЈП ПТТ наступала под називом: Компанија "Браћа Карић".[101)] Нажалост, и уговорна страна ЈП ПТТ била је од почетка несавесна, јер је знала и могла је знати да закључује Уговор који је противан императивним прописима и јавном поретку.

Из напред образлаганих правила нашег Закона о облигационим односима може се констатовати да је наш законодавац усвојио еластична правила која омогућују суду да, уз узимање у обзир свих објективних и субјективних елемената конкретног случаја везаног за апсолутно ништав уговор, одлучи у датом случају најцелисходније, тј. да ли треба допустити повраћај у пређашње стање или га одбити и у којој мери у овом последњем случају треба спорну имовинску вредност одузети у корист друштвене заједнице.

У нашем праву ретроактивност, као последица ништавости уговора, у односима између уговорних страна, делује у начелу и према трећим лицима. То у нашем конкретном случају значи да последице ништавог Уговора делују и на основано мешовито предузеће Мобтел, чији је оснивачки акт апсолутно ништав. Другим речима, ретроактивност ништавости Уговора делује и према оним лицима која су стекла одређена права на основу ништавог, односно поништеног уговора. Такође, ретроактивност, као последица ништавости Уговора, делује и према свим анексима уговора и другим уговорима, који су закључени на основу ништавог, односно поништеног уговора. Између осталог, престала би важност клаузуле о надлежности Арбитражног суда у Цириху.

Пресуда суда којом се утврђује (оглашава) ништавост уговора декларатorне је, а не конститутивне природе, тј. таквом пресудом се само констатује да је Уговор без правног дејства *ab initio*.

* * *

Правни институт "апсолутно ништави уговори" је у нашем законодавству регулисан Законом о облигационим односима, на савремен, језгровит и углавном јасан и потпун начин. Наведени институт је обрађиван и у домаћој правној теорији, нарочито у облигационом праву. Међутим, предмет нашег посебног интересовања било је стављање у контекст овог правног института једног случаја из пословне праксе - закључење и извршавање Уговора о оснивању Мешовитог предузећа за увођење система јавне мобилне телефоније у Републици Србији.

101. Одлука Управног одбора ЈП ПТТ саобраћаја "Србија" од 11. 03. 1994. године, члан I. став 1.

Закључење и извршавање предметног уговора има своју историју, а последице које је изазвао у протеклих 12 година, видљиве су и осећају се и данас. Имао је у својој историји велики стицај околности (непостојање мобилне телефоније у Србији до 1994. године; неразвијеност прописа у области телекомуникација; непознавање тржишног института лиценце (концесије) за давање јавног добра – фреквенције за мобилну телефонију и др.). Затим, материја о оснивању и пословању мешовитог предузећа "Мобтел" је мултидисциплинарна и задире у више грана права. Даље, у поступку закључења и извршавања предметног уговора посебно су дошле до изражаја бројне незаконитости и, вероватно, учињена кривична дела злоупотребе службеног положаја или овлашћења, или неког другог кривичног дела, од појединаца у Влади, одређеним министарствима, ЈП ПТТ саобраћаја "Србија", мешовитом предузећу Мобтел и од других службених лица. Најзад, посебан и запажен "допринос" у непримењивању законских прописа и непоступању по службеној дужности дали су: Трговински суд у Београду; Виши Трговински суд у Београду, Јавно правобранилаштво и Јавно тужилаштво, инспекција и др. На пример, и по протеку рока од скоро две године од покренуте иницијативе, Републички јавни тужилац није поднео тужбу надлежном суду ради проглашења Уговора за апсолутно ништав, по више основа, а није ни образложио разлоге за непоступање по поднетој иницијативи. На крају, постоје индиције који указују да је предметни правни посао био праћен митом и корупцијом од већег броја лица, искључиво на штету државне имовине, од његовог закључења до краја 2005. године. На пример, готово је евидентно и извесно у овом тренутку, да је адвокатска канцеларија, која заступа интересе ЈП ПТТ пред Арбитражним судом у Цириху, несавесна према свом клијенту и да је уз помоћ овлашћених представника наведеног предузећа беспотребно потрошила значајну суму новца – иако је могла да приговори пред Арбитражним судом да тужилац нема страначку способност, тј. да није субјект у праву, што би довело до одбацивања тужбе.

Не можемо а да не поменемо некомпетентност појединих лица у надлежним државним органима.[102)] На пример, Влада је 29. децембра 2005. године донела решење, којим је одузела лиценцу Мобтелу, на основу кога је и престало право Мобтела да обавља делатност пружања телекомуникационих услуга. Истог датума, Влада је донела закључак, ради заштите имовине Србије и обезбеђења услова за примену напред наведеног решења. Без упуштања у анализу наведених правних аката, по нашем мишљењу, наведено решење је незаконито, због чега треба очекивати да буде поништено у покренутом управном спору пред Врховним судом Србије. Међутим, морамо да поменемо један пример "правничке нестручности", који ће и у овом случају да произведе непосредне последице на пореске обвезнике.[103)] Наиме, у образложењу поменутог решења наводи се и следеће: "Пошто

102. Та лица су углавном верна својој политичкој партији или су у крвном сродству са неким од министара или другим државним функционером, а да су по правилу недовољно стручна за обављање сложенијих послова, због чега проузрокују штету државним (друштвеним) интересима и њеној имовини.

Влада није и не би дала сагласност да се на Мобикос пренесе део лиценце за подручје Косова и Метохије, долази до примене члана 706. Закона о облигационим односима, који гласи: "Давалац лиценце може отказати уговор о лиценци без отказног рока ако је подлиценца дата без његове дозволе, кад је ова према закону или према уговору потребна", што узрокује престанак важења Споразума."[104] Реч је о непознавању суштине ствари. Зашто? Давање лиценце у области телекомуникација улази у режим управноправне лиценце, а давање лиценце из Закона о облигационим односима у режим трговачке (грађанске, цивилне) лиценце. Док је код управноправне лиценце једна од уговорних страна увек јавноправни субјект (Влада, надлежно министарство, регулаторно тело) а друга приватноправни субјект, дотле су код трговачке лиценце увек обе уговорне стране приватноправна лица (правна и физичка лица). Предмет трговачке лиценце је изум или неки објекат индустријске својине (патент, жиг, дизајнерско решење, *know how* и др.), а предмет управноправне лиценце је јавно добро (фреквенција за мобилну телефонију). У погледу правне природе, уговор о лиценци у области телекомуникација је управноправни уговор, а уговор о трговачкој лиценци је трговински уговор (уговор у привреди). На први уговор се првенствено примењује Закон о телекомуникацијама и други јавноправни извори, а супсидијарно општа правила облигационог права. На други уговор се примењује Закон о облигационим односима и други извори права којима се регулишу објекти индустријске својине (Закон о патенту, Закон о жиговима, Закон о правној заштити дизајна и др.).

Иако решење Владе од 29. децембра 2005. године није постало правноснажно, представници Владе, "снагом политике" а не снагом правних аргумената, неправним конструкцијама везаним за случај Мобтел, предузимањем одређених правних радњи читав случај смештај у "правни хаос". За то време, Врховни суд Србије ћути и чека да неко други уради његов посао, као да није реч о послу вредном преко милијарду евра. За то време, представници министарстава у Влади припремају или закључују споразуме са "некаквим" страним инвеститорима, расписују тендер за приватизационог саветника за продају Мобтела, оснивају мешовито предузеће, наређују ко ће које дугове Мобтела да измири, колико ће који оснивач имати власништва у будућем мешовитом предузећу, кад и како ће се продати итд. Шта да кажемо на крају, све ове грешке некомпетентних лица у државним органима мораће, као и до сада, да плате незаштићени порески обвезници.

103. Актери ће остати на својим радним местима, нико неће бити смењен, односно нико неће поднети оставку и наставиће да у другим случајевима оштећују друштвене интересе.
104. Образложење Решења 05 број: 345-2836/1998-9, од 29. децембра 2005. године, стр. 2.

Ljubiša Dabić, Ph.D.
Associate Professor at the Faculty of Economy, University of Belgrade

ABSOLUTELY NULL CONTRACTS - A CASE FROM BUSINESS PRACTICE

Summary

In this paper the author attempts to give a complex analysis of the institute of "absolute nullity of contract" in the context of a case from business practice, i.e. making and performance of a Contract on establishing of a mixed enterprise for the introduction of a system of public mobile telephony in the Republic of Serbia made on April 15, 1994, between the public Postal and Telecommunication Services Enterprise "Serbia" and the "BK TRADE - Karić Brothers System", Moscow, Russia. The mentioned contract has its history, and the subject-matter concerning the establishing and operation of the mixed enterprise "Mobtel" is multidisciplinary one comprising the legal, technical, economic, financial and other dimensions. The legal and judicial dimension of establishing and operation of Mobtel is concerned with several branches of law: the law of obligations, property law, the law of foreign investments, administrative law, licence law (the law on concessions), commercial law, the law of civil procedure, arbitration law, international commercial law, private international law and criminal law.

***Key words**: null contracts, absolutely null contracts, contract on establishing the "Mobtel" mixed enterprise, co-litigation, public prosecutor's office.*