

UDC 34



ISSN 2232-9668 (Print)
ISSN 2232-9684 (Online)

GODIŠNJAK

FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

.....
GODINA 7 BROJ 7 Banja Luka, jul, 2017
.....



APEIRON
ΑΠΕΙΡΟΝ

Rješenjem Ministarstva prosvjete i kulture Republike Srpske br: 07.030-053-85-4/11, od 04. 05. 2011. godine, "Godišnjak Fakulteta pravnih nauka" Banja Luka, upisan je u Registar javnih glasila pod rednim brojem 614.

Indexed in: LICENSE AGREEMENT, 3.22.12. EBSCO Publishing Inc., Current Abstracts

 ebscost.com

 indexcopernicus.com

 citefactor.org/contact

 scholar.google.com

 doisrpska.nub.rs

 crossref.org

 road.issn.org

Časopis izlazi jedanput godišnje.

Časopis u punom tekstu dostupan na: <http://www.gfpn-au.com/>
Full-text available free of charge at <http://www.gfpn-au.com/>

UDK: 34

ISSN 2232-9668 (Print)
ISSN 2232-9684 (Online)

GODIŠNJAK FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka

Izdavač/Published by

Pan-evropski univerzitet "Apeiron" Banja Luka
/Pan-European University "Apeiron" Banja Luka
Pere Krece 13, 78000 Banja Luka, Bosna i Hercegovina
www.apeiron-uni.eu; e-mail: gfpn@apeiron-edu.eu

Odgovorno lice izdavača Urednik izdavača

Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Aleksandra Vidović, Bosna i Hercegovina

Glavni i odgovorni urednik Zamjenik glavnog i odgovornog urednika Urednik

Prof. dr Vladimir Čolović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Aleksandra Vidović

Izdavački savjet

Akademik prof. dr Rajko Kuzmanović, Bosna i Hercegovina
Prof. Dr. habil. Dr. Wolfgang Rohrbach, Austrija
Doc. dr Siniša Aleksić, Bosna i Hercegovina
Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Esad Jakupović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ilija Babić, Srbija
Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, Makedonija
Prof. dr Drago Radulović, Crna Gora
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina

Uređivački odbor

Prof. dr Vladimir Čolović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Akademik prof. dr Zoran Rašović, Crna Gora
Prof. dr Vlado Belaj, Hrvatska
Prof. dr Stanko Bejatović, Srbija
Prof. dr Vesna Rijavec, Slovenija
Prof. dr Tatjana Zoroska-Kamilovska, Makedonija
Prof. dr Dragan Jovašević, Srbija
Prof. dr Jovan Ćirić, Srbija

Lektor Tehnički urednik Web dizajn Štampa Tiraž

Prof. Tanja Ančić
Sretko Bojić
Siniša Kljajić
Art print, Banja Luka
300

Sadržaj / Contents

Originalni naučni rad

- 5 **Stečaj fizičkih lica** - *Vladimir Čolović*
Bankruptcy of Natural Persons
- 19 **Gradenje na tuđem zemljištu** - *Duško Medić*
Construction on Somebody Else's Property
- 28 **Zaštitne mjere u prekršajnom zakonodavstvu Republike Srpske i Bosne i Hercegovine**
Ljubinko Mitrović, Jelena Kuprešanin
Protective Measures in Misdemeanor Legislations of the Republic of Srpska and Republic of Bosnia and Herzegovina
- 41 **Pojam i pravna priroda zakonskog izdržavanja**
Ilija Babić
The Concept and the Legal Nature of Legal Support
- 55 **Dete - žrtva seksualnog nasilja u švedskom, austrijskom i ruskom pravu** - *Dragan Jovašević*
Minor - The Victim of Sexual Violence in Swedish, Austrian and Russian Law
- 73 **Neka sporna pitanja u vezi ocjene i razgraničenja stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova u Bosni i Hercegovini** - *Slobodan Stanišić*
Some Concerning Questions About Assessment and Disclosure of Subject Matter Jurisdiction of Civil and Commercial Courts in Bosnia and Herzegovina
- 92 **Poslovi državne uprave u oblasti zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora**
Vladimir Djurić, Nevenko Vranješ
State Administrations Affairs in the Field of Conclusion and Implementation of International Treaties
- 110 **Multinacionalne (transnacionalne) kompanije kao subjekti međunarodnog javnog prava**
Boris Krivokapić
Multinational (Transnational) Companies as Subjects of Public International Law
- 128 **Ustavno pravo na privatnost, slobodu kretanja i prebivalište korišćenjem biometrijskih podataka**
Siniša Karan, Siniša Macan
Constitutional Right to Privacy, Freedom of Movement and Residence by Use of Biometric Data
- 146 **Evolucija pravičnosti poreza: Od načela finansijske teorije do globalnog koncepta oporezivanja**
Dinka Antić
Evolution of Tax Fairness: From Principle of Financial Theory to Global Taxation Concept
- 163 **Pojedina rješenja u nacrtu krivičnog zakonika Republike Srpske** - *Veljko Ikanović*
Some Solutions in the Draft of Criminal Code of the Republic of Srpska
- 171 **Međunarodnopravni značaj ugovora o sjedištu za funkcionisanje međunarodne organizacije u državi domaćinu** - *Duško Glodić*
Importance From the International Law Perspective of the Headquarters Agreement For the Functioning of an International Organisation in the Host State

- 185 **Raspad federalizma u Jugoslaviji** - *Oliver Nikolić*
Dissolution of Federalism in Yugoslavia
- 193 **Supletorni zatvor u krivičnom i prekršajnom pravu Srbije** - *Dragan Jovašević, Marina Simović*
Subsidiary Imprisonment in Criminal and Misdemeanor Law of Serbia

Pregledni naučni rad

- 205 **Zahtjevi principa zakonitosti u oblasti poreza**
Zorica Drljača, Ljiljana Orešković
Requirements of the Principle of Legality in the Field of Taxation
- 216 **Dovoljno dokaza o krivici kao uslov za prihvatanje sporazuma o priznanju krivice** - *Radenko Janković*
Existence of the Sufficient Evidence of the Guilt as a Condition for Accepting a Plea Bargain
- 236 **Modeli odgovornosti pravnog lica za krivično djelo**
Miodrag Bukarica
Models of Legal Persons Liability for Criminal Offences
- 251 **Uticaj zagađenog vazduha na čoveka i klimatske promene** - *Ana Čović*
Influence of the Air Pollution on Humans and the Climate Change
- 260 **Krivičnoprocesno zakonodavstvo BiH kao normativna pretpostavka efikasnosti postupanja u krivičnim stvarima** - *Dragana Kosić*
Criminal Procedural Legislation of BiH as a Normative Assumption of Efficiency of Proceedings in Criminal Cases
- 276 **Vaspitne mjere zavodskog karaktera za maloljetnike u Republici Srpskoj** - *Tamara Marić*
Corrective Measures Establishment Character for Minors in the Republic of Srpska
- 286 **Ovlašćenja strane pogođene promjenjenim okolnostima i ovlašćenja suda** - *Irina Šolaja*
Authority of the Party Affected by the Changed Circumstances and Authorisations of the Court

Stručni rad

- 301 **Uticaj direktive solventnost II na sektor osiguranja u Evropi** - *Iva Tošić*
The Impact of the Solvency II Directive on the Insurance Sector in Europe

Prikaz

- 314 **Prikaz udžbenika Građansko pravo**
Prof. dr Branko Morait
- 316 **Prikazi novih publikacija iz građanskog prava**
Prof. dr Branko Morait

Sudska praksa

- 319 **Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine**
Prof. dr Vladimir M. Simović

DOI: 10.7251/GFP1707005C

UDC: 347.91:347.427

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
15. maj 2017.

Datum prihvatanja rada:
10. jun 2017.

Stečaj fizičkih lica

Rezime: Stečaj fizičkih lica ili lični stečaj se razlikuje od stečaja privrednih društava. Dva najvažnija elementa ličnog stečaja su lična uprava i oslobođenje od preostalih dugova. Bitna karakteristika lične uprave je u tome što stečajni dužnik, pod nadzorom stečajnog upravnika, upravlja svojom imovinom. Osnovno pitanje je da li lična uprava predstavlja jedan oblik reorganizacije ili ne. Oslobođenje od preostalih dugova je osnovni smisao ličnog stečaja. Ovaj institut je vezan za određene uslove i rokove. Svrha ličnog stečaja je u pomoći koja se pruža fizičkom licu, kako bi izvršio svoje obaveze. U postupku ličnog stečaja se primenjuju, pored pravila opšteg stečajnog postupka, posebna pravila koja se vezuju za karakter stečajnog dužnika. Činjenica je da treba razlikovati stečaj potrošača od stečaja preduzetnika, odnosno, lica koja se bave privrednom delatnošću. U radu se analizira i kritikuje regulisanje stečaja fizičkih lica u Zakonu o stečaju Republike Srpske, koji definiše ortake i komplementare kao stečajne dužnike. Posvećuje se pažnja i zakonodavstvu Hrvatske u ovoj oblasti, kao i modelima regulisanja ličnog stečaja u anglosaksonskom i kontinentalnom prava.

Cljučne reči: fizičko lice, preduzetnik, potrošač, stečaj, lična uprava, oslobođenje od preostalih dugova.

Prof. dr

Vladimir Čolović

Redovni profesor, Fakultet
pravnih nauka Panevropski
Univerzitet „Apeiron“

Banja Luka

vladimir.z.colovic@apeiron-edu.eu
vlad966@hotmail.com

UVODNI DEO

Sva fizička lica, bez obzira da li se bave privrednom delatnošću ili ne, mogla bi da budu subjekti stečajnog postupka, koji se razlikuje od stečaja otvorenog nad pravnim licem. Međutim, pre nego što odredimo ko može biti stečajni dužnik – fizičko lice, moramo reći da je navedeni termin samo jedan od nekoliko koji se koriste za označavanje stečaja koji se vodi protiv fizičkih lica, kao što su: individualni stečaj, lični stečaj, kao i termini koji se vezuju za konkretnu kategoriju fizičkih lica (stečaj preduzetnika, stečaj potrošača). Stečaj fizičkih lica možemo da odredimo kao podgranu stečajnog prava ili kao vrstu stečaja. Stečaj fizičkih lica se sprovodi nad imovinom fizičkog lica, za razliku od stečajnog postupka protiv pravnih lica koji se sprovodi nad samim licem. Takođe, kod stečaja protiv pravnih lica dolazi do prestanka pravnog lica, tj. dolazi do brisanja iz registra. Sa druge strane, prvi cilj stečaja fizičkog lica jeste novi finansijski početak, odnosno, rehabilitacija dužnika. Drugi cilj ovog stečaja je efikasno osposobljavanje insolventnog dužnika

koji treba da se vrati, što pre, na kreditno tržište, kako bi se ponovo zaduživao¹. Međutim, neće uvek doći do potpune rehabilitacije dužnika – fizičkog lica, odnosno, u takvim situacijama je bitno da dužnik izmiri svoje obaveze prema poveriocima, ali posledice za dužnika mogu biti veoma teške.

Bankrot ili stečaj fizičkih lica bio je predmet regulisanja i u starom Rimu. Rimski Zakon XII tablica predviđao je veoma oštre kazne za dužnike koji nisu bili u stanju da izvršavaju svoje obaveze. Izvršenje nad ličnošću dužnika sprovodilo se tako što je pretor dosuđivao poveriocu da ovoga odvede svojoj kući u dužnički zatvor. Dužnički zatvor mogao je trajati i do 60 dana, pri čemu je ovaj mogao biti vezan ili okovan. Poverilac je bio u obavezi da dužnika, za vreme trajanja ovog roka, tri puta izvede pred pretora u sajamske dane u cilju nalaženja nekog ko bi otkupio njegov dug. Ako do toga ne bi došlo poverilac ga je mogao prodati u ropstvo “*trans Tiberium*” ili ga ubiti². Kasnije dolazi do ublažavanja svireposti personalnog izvršenja i to od uvođenja formalnog građanskog postupka putem instituta *missio in bona* i *cessio bonorum*. *Missio in bona* se odnosi na izvršenje na imovini dužnika. Postupak se sprovodio na osnovu odluke pretora kojom je on davao ovlašćenje poveriocu da uzme celokupnu dužnikovu imovinu, bez obzira na visinu duga, sam ili pomoću sile, u cilju njene prodaje i namirenja svojih potraživanja. *Missio in bona* je za sobom nosila i gubitak časti dužnika. Po institutu *cessio bonorum*, dužnik je dobrovoljno ustupao svoju imovinu poveriocima radi naplate potraživanja. Ovaj institut, za razliku od prethodnog *missio in bona*, štiti dužnika od gubitka časti i mogućnosti da bude zatvoren. Iz unovčene imovine najpre su se namirivala potraživanja poverilaca, a ono što je preostajalo ostavljalo se dužniku da time slobodno raspolaze³.

KARAKTERISTIKE REGULISANJA STEČAJA FIZIČKIH LICA U ZAKONODAVSTVU DRUGIH ZEMALJA

U velikom broju zemalja se reguliše stečaj fizičkih lica. No, u tim zemljama se određuje i da sva fizička lica mogu biti subjekti stečaja. Posmatrajući uslove, koji moraju biti ispunjeni da bi određeno lice proglasilo bankrot po ovoj povlašćenju proceduri, razlikujemo zemlje sa liberalnim sistemima, koji propisuju manji broj potrebnih uslova, što naravno rezultira velikim brojem stečaja, dok su, sa druge strane, konzervativni sistemi, sa velikim brojem uslova, što uslovljava vođenje manjeg broja stečaja u datoj zemlji⁴.

Glavna karakteristika u zakonodavstvima koja pripadaju konzervativnim sistemima, odnosi se na sužavanje kruga potencijalnih subjekata stečaja ili odsustvo oslobođenja od odgovornosti za plaćanje dugova, kao suštine načela novog finansijskog početka, bez koga nema pravog stečaja fizičkih lica. Zemlje konzervativnog sistema možemo podeliti u dve grupe:

¹ Opačić A. (2011), “Regulativa individualnog stečaja u pravu Evropske unije“, časopis *Evropsko zakonodavstvo*, br. 37-38/11, Beograd, 70

² Velimirović M. (1965), *Prinudna likvidacija (stečaj) privrednih organizacija u Jugoslaviji*, doktorska disertacija, Sarajevo, 62-63; Blagojević B. (1938), *Sistem izvršnog postupka*, Beograd, 25

³ Velimirović M., 64; Thaller, E. (1887), *Des faillites en droit compare*, tom I, Paris, 16.

⁴ Opačić A., 71

1. zemlje koje ne poznaju stečaj za sva fizička lica, u koje svrstavam: - zemlje koje ne regulišu ovu vrstu stečaja, kao što su: Kina, Mađarska, Ukrajina, Mongolija, Litvanija, i – zemlje čija zakonodavstva propisuju da samo trgovci pojedinci mogu biti subjekti ove vrste stečajnog postupka: Brazil, Italija, Španija, Francuska, Hrvatska, Rumunija, Makedonija.

2. zemlje koje dozvoljavaju svim fizičkim licima da pokrenu stečajni postupak, ali istovremeno ne poznaju institut oslobođenja od odgovornosti za plaćanje preostalih obaveza, kao što su: Češka, Čile ili Egipat⁵.

- Dva modela regulisanja stečaja fizičkih lica

U odnosu na, napred navedenu, podelu koja se odnosi na činjenicu da li se u potpunosti, delimično ili se, uopšte, ne reguliše stečaj fizičkih lica, danas razlikujemo dva modela regulisanja stečaja fizičkih lica. Jedan je anglosaksonski, a drugi kontinentalni. Međutim, u okviru ta dva modela, postoje različiti oblici regulisanja ove vrste stečaja. Ipak, bez obzira da li se radi o anglosaksonskom ili kontinentalnom modelu, odnosno, bez obzira o kom obliku regulisanja u okviru oih modela se radi, možemo izdvojiti pojedine zajedničke elemente, bez kojih ne bi mogao da se reguliše lični stečaj.

- Anglosaksonski model regulisanja stečaja fizičkih lica

Prvi model kome ćemo posvetiti pažnju jeste anglosaksonski. Predstavićemo neke osnovne elemente regulisanja ličnog stečaja u SAD, Engleskoj i Velsu. U SAD je kod stečaja potrošača, omogućen automaski otpust dugova, ali uz zamenu za slobodno raspolaganje i podelu neizuzete imovine u korist poverilaca. Naime, kada govorimo o neizuzetoj imovini, govorimo o imovini dužnika koja predstavlja stečajnu masu, za razliku od izuzete imovine koja služi u lične svrhe dužnika i koja ne može biti predmet raspolaganja u stečajnom postupku. No, kad govorimo o SAD, u velikom broju slučajeva će stečajni upravnik utvrditi da dužnik-potrošač nema neizuzetu imovinu, odnosno, da nijedan deo njegovne imovine ne može biti deo stečajne mase. Sam tim, dužniku se određuje otpust dugova, kao i novi finansijski početak (*fresh start*) u roku od jednog meseca nakon podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. To podrazumeva da dužnik neće predati u masu nikakvu imovinu, kao ni buduće prihode koje će ostvariti, po proceni. Inače, do reforme zakonodavstva u ovoj oblasti 2005.godine, oko 70% dužnika – potrošača je podnelo zahtev za otpust dugova, a 30% ih je ušlo u stečajni postupak. Taj stečajni postupak podrazumeva da se dužnik obavezuje da, u periodu od 3 godine, izdvoji iz svog budućeg prihoda određeno delo u korist poverilaca, a u skladu sa planom isplate dugova. Nakon ispunjenja plana isplate, dužnik se oslobađa preostalih dugova⁶.

U Engleskoj i Velsu, po odredbama *Insolvency Act* iz 1986.godine, dužnikov predlog za pokretanje postupka morao je da sadrži dokaz o nemogućnosti isplate dugova u celosti. U tom postupku, glavnu ulogu u sprovođenju istog, ima stečajni upravnik, koji je, u stvari, državni službenik koga je zaposlio *Insolvency Service*, koji predstavlja odeljenje Ministar-

⁵ Opačić A., 72

⁶ Bodul D. (2011), „Osobni stečaj: globalni trend i hrvatska perspektiva“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol.32, br.1, Rijeka, 355-356

stva preduzetništva i industrije. No, može se imenovati i privatni stečajni upravnik koga imenuje ili poverilac ili nadležno ministarstvo. Ali, to lice se pojavljuje samo kao zamena. Ako se radi o osnovanom predlogu za pokretanje postupka, onda će sud naložiti dužniku da, u periodu od 3 godine, vrši plaćanja iz neizuzete imovine. Sa druge strane, većina dugova dužnika se otpušta. Još veće povoljnosti za dužnika se utvrđuju odredbama *Enterprise Act* iz 2002.godine (koje predstavljaju izmene *Insolvency Act* iz 1986.), kojima se utvrđuje da su dugovi automatski otpušteni kad protekne period od godinu dana. *Insolvency Act* iz 1986.godine je predviđao da do automatskog otpuštanja dugova dolazi nakon proteka perioda od tri godine od pokretanja stečajnog postupka⁷.

- Kontinentalni model regulisanja stečaja fizičkih lica

U okviru kontinentalnog modela regulisanja ličnog stečaja, predstavice pojedine karakteristike ove vrste stečaja u Švedskoj, Holandiji, Nemačkoj i Francuskoj.

Kad je u pitanju Švedska, pre reforme stečajnog zakonodavstva 2007.godine, dužnik je bio obavezan da postigne neformalni dogovor sa poveriocima, pre nego što se pokrene postupak. Tada se smatralo da dobrovoljni planovi isplate od strane dužnika mogu da traju duži vremenski period nego planovi koji su zakonski određeni, pa, samim tim, veći je i procenat isplate. Dužnici su tražili, najčešće, pomoć pojedinih javnih organizacija koje su im pomagale u pregovorima sa poveriocima. Ali, uspeh ovih planova je bio mali, obzirom da su dužnici bili u posedu samo izuzete imovine. Reforma 2007.godine dovela je do definisanja stečaja potrošača po modelu koji je vodila nacionalna agencija za izvršenje - *National Enforcement Authority*⁸. Prednost tog modela je bila u tome, što su troškove postupka pokrivali organi koji su vodili lične stečajeve, tako da ne postoji problem namirenja troškova od strane dužnika i drugih stranaka u postupku. Po ovom sistemu, dužnici isplaćuju potraživanja direktno poveriocima, tako da su poverioci, istovremeno, i poverenici koji ga kontrolišu. Dužnik podnosi predlog za pokretanje navedenog postupka. On je u obavezi da dokaže kvalifikovanu insolventnost ili nemogućnost namirenja svojih dugova u zadnjih pet godina⁹.

U Holandiji je još 1998.godine usvojen Zakon o ličnom bankrotu¹⁰. Svrha donošenja ovog zakona je bilo sprečavanje pada broja dobrovoljnih nagodbi (planova isplate), kao i uvođenje zakonskog otpusta neisplaćenih potraživanja. Kao uslov pokretanja sudskog postupka određuje se obaveza dužnika da pokušaju da postignu dogovor na dobrovoljnoj osnovi sa svojim poveriocima. Ako se ne postigne dogovor, tada sledi postupak. No, predviđen je i vansudski način namirenja potraživanja. Naime, tada tzv. profesionalni debt managers pregovaraju o nagodbi između dužnika i poverilaca, a lokalni socijalni servisi imaju aktivnu ulogu u tom postupku. Sa druge strane, troškove postupka namiruje lokalna vlast. Zakonodavac je predvideo da plan isplate treba da se sprovede u periodu od tri godine. Nakon tog perioda, dužnik je oslobođen od ispunjenja preostalih obaveza, ali uz određene izuzetke. Sud može da omogući otpust dugova pod uslovom da dužnik nije izvršavao svoje

⁷ Bodul D., 357

⁸ Kronofogdemyndigheten (KFM)

⁹ Bodul D., 364-365

¹⁰ *Wet schuldsanering natuurlijke personen*

obaveze. Poseban postupak se sprovodi protiv dužnika koji nemaju neizuzetu imovinu. Tada, stečajni upravnik mora da donese odluku (u formi izjave) o nemogućnosti isplate potraživanja od strane dužnika. Tada se može dozvoliti i automatski otpust dugova¹¹.

U Francuskoj postoje povereništva za prezaduženost koja pokušavaju da, u razgovoru sa dužnikom i poveriocima, dođu do plana kako da se reše obaveze dužnika. Jedna od tih mogućnosti jeste stečaj, ali on za dužnika predstavlja veliku teškoću. Sva imovina dužnika uključujući i stan ili kuću se prodaje. Dužniku ostaje samo nameštaj, odeća (ne sva) i automobil, ali samo ako dokaže da mu je potreban za posao. Nakon što je to učinjeno njegovi dugovi se brišu, ali dužnik i dalje živi na minimumu uz stalni nadzor, tako da su potrebne godine da bi opet mogao da otvori račun u banci, da dobije karticu ili da podigne kredit. Zbog toga ne treba da čudi da samo 20 % Francuza traži rešenje za svoje finansijske probleme u stečaju. Osim toga, u Francuskoj su banke, po zakonu, dužne da odbiju zahtev za davanje kredita građanima, koji su na tzv. „crnoj listi“ zbog ranijih neplaćanja dugova¹².

- Nemački Insolvenzordnung

Posvetićemo pažnju nemačkom Insolvenzordnung¹³ koji predviđa poseban stečajni postupak za potrošače i „male“ preduzetnike koji više ne obavljaju privrednu delatnost i koji imaju manje od 20 poverilaca, odnosno, protiv kojih ne postoje potraživanja iz radno-pravnih odnosa. U tom postupku se odstupa od pravila koja se primenjuju u opštem stečajnom postupku. Za druge kategorije fizičkih lica predviđen je opšti stečajni postupak, bez primene pravila posebnog stečajnog postupka, koja se primenjuju na stečaj potrošača¹⁴.

Prva karakteristika ove vrste stečajnog postupka odnosi se na prethodni pokušaj vansudskog poravnanja između dužnika i poverilaca kojim bi se pokušalo uređivanje dužnikovih obaveza. Dužnik, kod predlaganja pokretanja posebnog stečajnog postupka, mora da podnese i posebnu potvrdu koja je izdata od tzv. „podobne službe“ ili „podobnog lica“ u kojoj mora biti navedeno da je pokušano vansudsko poravnanje sa poveriocima i to u zadnjih šest meseci, od dana podnošenja predloga za pokretanje posebnog stečajnog postupka¹⁵. Međutim, ukoliko je poverilac podneo predlog za pokretanje posebnog stečajnog postupka protiv potrošača ili bivšeg „malog“ preduzetnika, tada sud mora da da mogućnost dužniku da i on sam podnese predlog za pokretanje tog postupka, pa ako to dužnik i učini, on mora, prvo, da pokuša da zaključi vansudsko poravnanje sa poveriocima¹⁶. Vansudsko poravnanje se ne sprovodi samostalno. U Zakonu se ne određuje sadržaj plana, tako da on zavisi od autonomije stranaka¹⁷. Da bi se vansudsko poravnanje zaključilo, potrebna je izri-

¹¹ Bodul D., 367-369

¹² http://www.svijetosiguranja.eu/files/pdf/svijet_osiguranja/34/ostol10.pdf_20/05/2017

¹³ Insolvenzordnung, 5.10.1994. (BGBl. I P. 2866), 22.3.2005 (BGBl. I P. 837) (1.4.2004.)

¹⁴ Garašić J. (2011), „Kako zakonski regulirati „osobni stečaj“ u Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol.61, br.5, Zagreb, 1493

¹⁵ Garašić J., 1494; Introduction to German Insolvency Law, 8, http://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/projects/ieei/documents/public_papers/german_insolvency.pdf, 15/05/2017; par. 305, st.1, br 1 Insolvenzordnung;

¹⁶ Par. 306 st. 3., reč. 1. – 3. Insolvenzordnung

¹⁷ Garašić J., 1495

čita saglasnost svih poverilaca. Zaključeno vansudsko poravnanje ima učinak vansudske nagodbe. Ukoliko dođe do zaključenja vansudskog poravnjanja, neće se pokretati stečajni postupak¹⁸.

Ukoliko nakon odbijanja poverilaca da prihvate vansudsko poravnanje, dužnik odluči na pokretanje stečajnog postupka, tada on mora zajedno sa predlogom za pokretanje postupka podneti odgovarajuću dokumentaciju koja je navedena u Zakonu¹⁹. Ako navedeni predlog sadrži sve potrebne dokumente, tada će se, ponovo, pokušati sa zaključenjem vansudskog poravnjanja sa poveriocima, ali, sada, u okviru sudskog postupka.

Ako se poverilac ne izjasni o predloženom plan u roku od mesec dana, smatra se da je pristao na plan. U svakom slučaju, ako je više od polovine poverilaca pristalo na plan i ako iznos njihovih potraživanja prelazi polovinu ukupnog iznosa potraživanja, tada, na predlog nekog od poverilaca ili dužnika, sud može doneti odluku o odobrenju plana, tako da nedostatak pristanka na plan nekog od poverilaca neće uticati na prihvatanje plana²⁰. Plan ima učinak sudskog poravnjanja²¹. Međutim, ako, u okviru sudskog postupka, plan nije prihvaćen, tada se nastavlja postupak povodom predloga za pokretanje posebnog stečajnog postupka koji je mirovao²².

- Oslobođenje od preostalih dugova u nemačkom Insolvenzordnung

Posvetićemo pažnju i odredbama nemačkog stečajnog zakonodavstva koje se odnose na oslobođenje od preostalih dugova. Sud, naime, može da donese odluku o predlogu dužnika za oslobođenje od preostalih dugova, nakon isteka roka u kome je dužnik obavezan da uplati povereniku iznos koji odgovara onom iznosu koji bi se dobio unovčenjem stečajne mase za raspodelu poveriocima²³. Sud će, isto tako, na predlog nekog od stečajnih poverilaca, doneti odluku kojom odbija najavu oslobođenja od preostalih dugova, ako dužnik ni u roku od dve nedelje, nakon proteka prvobitno određenog roka, ne uplati iznos povereniku²⁴.

Dužnik je obavezan da se, prilikom podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, izjasni da li želi da se koristi institutom oslobađanja od preostalih dugova ili ne²⁵. Ako želi time da se koristi, tada on mora zajedno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka ili odmah nakon podnošenja tog predloga, da podnese i predlog za oslobođenje od preostalih dugova.

Nakon zaključenja stečajnog postupka, obaveze stečajnog dužnika se pretvaraju u

¹⁸ Garašić J., 1496

¹⁹ Par. 305., st. 1 Insolvenzordnung

²⁰ Par. 309., st. 1., reč. 1 Insolvenzordnung; Introduction to German Insolvency Law, 9

²¹ Garašić J., 1496-1499

²² Par. 311 Insolvenzordnung

²³ Par. 314., st. 2., reč. 1. Insolvenzordnung

²⁴ Par. 314., st. 2., reč. 2.- 3 Insolvenzordnung

²⁵ Par. 305., st.1., br. 2 Insolvenzordnung

prirodne obligacije²⁶. Naime, potraživanja poverilaca moraju nastati do pokretanja stečajnog postupka i moraju ostati nenaplaćena²⁷. Isto tako, ne sme se raditi o izuzetim potraživanjima koja se plaćaju u celosti. Oslobođenje od preostalih obaveza predstavlja razliku između stečaja koji je otvoren nad imovinom fizičkih lica koja se bave privrednom delatnošću, tj. preduzetnika, od korporativnog stečaja²⁸. Postavlja se pitanje kako će poverioci, u ovom slučaju, naplatiti svoja potraživanja. Oni ne mogu pokrenuti ni parnični, niti bilo koji drugi postupak za naplatu potraživanja, a ne mogu da pokrenu ni postupak izvršenja, na osnovu izvršne isprave. Ipak, postoje poverioci koji su svoja potraživanja obezbedili stvarnopravnim sredstvima obezbeđenja i oni se mogu naplatiti samo iz tih sredstava²⁹. Ali, ne mogu se svi stečajni dužnici – fizička lica osloboditi plaćanja preostalih obaveza, jer bi tada došlo do zloupotrebe ove vrste stečaja. Zato je veoma bitno odrediti koja potraživanja mogu biti izuzeta³⁰.

*

**

Možemo izdvojiti nekoliko glavnih karakteristika regulisanja ličnog stečaja u evropskim nacionalnim zakonodavstvima. To su: rehabilitacija, novi početak koji je određen planom isplate dugova, pokretanje stečajnog postupka uz manje troškove, mogućnost savetovanja dužnika od strane ovlašćenih agencija i drugih organizacija (pre svega državnih), kao i davanje prednosti vansudskom načinu namirenja potraživanja u odnosu na sudski postupak³¹.

STEČAJ POTROŠAČA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Zakon o stečaju potrošača Republike Hrvatske (dalje: ZSPH)³² stupio je na snagu 01.01.2016. Ovaj Zakon se ne odnosi na stečajeve koji se vode protiv preduzetnika. Posvetićemo pažnju najvažnijim odredbama ZSPH. Pre svega, stečajni postupak se sprovodi nad imovinom potrošača, odnosno, protiv fizičkog lica koji zaključuje pravni posao ili na drugi način učestvuje na tržištu, van svoje trgovačke, poslovne, preduzetničke ili profesionalne delatnosti. Pod potrošačem se smatra i obveznik poreza na dohodak od samostalne delatnosti po poreskom zakonodavstvu, kao i obveznik poreza na dobit, ako nema više od 20 poverilaca, zatim, ako obaveze ne prelaze iznos od 100.000 kuna (oko 13.500 evra), ako nema obaveze iz radnog odnosa koji proizlazi iz obavljanja delatnosti i ako nije pokrenut predstečajni ili stečajni postupak³³. ZSPH predviđa vansudski postupak koji se sprovodi pre pokretanja stečajnog postupka koji ima za cilj sklapanje vansudskog sporazuma između potrošača i poverilaca³⁴. Vansudski postupak se sprovodi od strane posrednika u savetovaništu koji predstavlja jedinicu Finansijske agencije ili je u pitanju drugo lice koje obavlja ove poslove i ima dozvolu za to. Posrednik može biti radnik Finansijske agencije ili

²⁶ Radović V (2006)., *Individualni stečaj*, Beograd, 102

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Radović V., 103

²⁹ Radović V., 104

³⁰ Radović V., 105

³¹ Bodul D., 372

³² Zakon o stečaju potrošača Republike Hrvatske, *Narodne novine* br. 100/15

³³ Član 4 ZSPH

³⁴ Član 8 ZSPH

drugi lice koje ima dozvolu za obavljanje ovih poslova datu od strane ministra pravde³⁵. U postupku se utvrđuje plan ispunjenja obaveza koji sadrži iznos obaveza potrošača, procenat umanjenja obaveza, iznos za isplatu, rokove isplate i način ispunjenja obaveza prema svakom od poverilaca. Posrednik je dužan da pruži potrošaču stručnu pomoć kod izrade ovog plana. Zaključeni vansudski sporazum ima dejstvo izvršne isprave³⁶.

ZSPH predviđa i stečajni postupak protiv potrošača, koji vodi stvarno i mesno nadležan opštinski sud na čijoj teritoriji potrošač ima prebivalište. Organi u ovom postupku su sud i poverenik³⁷. Pre donošenja odluke o pokretanju stečajnog postupka, sud mora zakazati pripremno ročište na kome će se raspravljati i glasati o planu ispunjenja obaveza. Ako se poverilac ne izjasni o planu u roku od 30 dana od dana prijema poziva za pripremno ročište, smatraće se da je dao pristanak na plan. Ako nijedan poverilac nije uskratio pristanak na plan, smatraće se da je plan ispunjenja obaveza prihvaćen. U suprotnom, potrošač može da izmeni plan u roku koji odredi sud³⁸.

Ako se plan ispunjenja obaveza ne prihvati i ako se utvrdi postojanje stečajnog razloga, sud će doneti odluku o pokretanju stečajnog postupka protiv potrošača. Stečajna masa obuhvata celokupnu imovinu potrošača stečenu do zaključenja stečajnog postupka, kao i imovinu stečenu do kraja perioda provere ponašanja potrošača, osim imovine na kojoj se ne može sprovesti izvršenje (izuzeta imovina). Pri unovčenju stečajne mase poverenik je dužan da vodi računa o dostojanstvu potrošača i o tome da potrošaču mesečno ostane dovoljno sredstava za primereni životni standard³⁹. Potrošač može da predloži da se do okončanja perioda provere ponašanja potrošača ne prodaje nepokretnost koja mu je potrebna za stanovanje, ali ako u svojini nema drugu nepokretnost i ako nema na raspolaganju drugi smeštaj, niti ga može obezbediti. Isto tako, u ovom periodu, potrošač može da zahteva od suda dozvolu za obavljanje samostalne delatnosti⁴⁰. Inače, period provere ponašanja potrošača se određuje rešenjem o zaključenju stečajnog postupka i ne može biti kraći od godinu dana, ni duži od pet godina. U tom periodu, poverenik unovčava i raspodeljuje imovinu potrošača, što znači da tada pravo raspolaganja imovinskim pravima koja ulaze u stečajnu masu prelazi na poverenika⁴¹. Sud će doneti rešenje o oslobođenju od preostalih dugova ili o uskraćenju navedenog nakon isteka perioda provere ponašanja potrošača⁴².

LIČNA UPRAVA KOD STEČAJA PREDUZETNIKA

Raniji Zakon o stečajnom postupku Republike Srbije (dalje: ZSP)⁴³ je regulisao, samo, stečaj preduzetnika kao lični stečaj. No, moramo reći da je i Zakon o prinudnom po-

³⁵ Članovi 9 i 10 ZSPH

³⁶ Članovi 17 i 20 ZSPH

³⁷ Članovi 21, 23 i 29 ZSPH

³⁸ Članovi 47 i 50 ZSPH

³⁹ Članovi 53, 60 i 63 ZSPH

⁴⁰ Članovi 64 i 66 ZSPH

⁴¹ Članovi 69 do 71 ZSPH

⁴² Član 74 ZSPH

⁴³ Zakon o stečajnom postupku Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 84/04

ravnanju i stečaju iz 1965. godine⁴⁴ regulisao otvaranje stečaja protiv fizičkog lica, ali samo onog, koji se bavi nekom privrednom delatnošću. ZSP je određivao da se sva opšta pravila o stečajnom postupku primenjuju i na vođenje stečajnog postupka protiv preduzetnika⁴⁵. ZSP je posebno regulisao ličnu upravu preduzetnika, čemu ćemo posebno posvetiti pažnju, imajući u vidu da je ovaj institut veoma važan kod vođenja stečaja protiv preduzetnika, kao vrste stečaja protiv fizičkih lica, ali bi se on mogao primenjivati i kod drugih vrsta stečaja protiv fizičkih lica.

Predstavićemo ličnu upravu po Zakonu o stečajnom postupku Srbije iz 2004. godine. Osnov lične uprave se sastoji u tome da preduzetnik može, za vreme trajanja stečajnog postupka protiv njega, sam upravljati i raspolagati svojom imovinom, odnosno, stečajnom masom. ZSP je regulisao ličnu upravu preduzetnika u odeljku, koji se odnosi na reorganizaciju stečajnog dužnika – pravnog lica.⁴⁶ Kao i postupak reorganizacije, tako i postupak lične uprave preduzetnika, takođe, podrazumeva nastavak njegovog poslovanja.

Stečajni dužnik – preduzetnik, kome je određena lična uprava, u svojim obavezama je izjednačen sa stečajnim upravnikom. On je dužan da izvršava sve obaveze, koje se zahtevaju od stečajnog upravnika i može da vrši sva njegova ovlašćenja. Jedina razlika je što stečajni dužnik - preduzetnik, kome je određena lična uprava, ne može da prima posebnu naknadu za rad, koja je predviđena za stečajnog upravnika, obzirom da prima platu.⁴⁷ Međutim, nikako ne možemo izjednačiti dužnika – preduzetnika, kome je određena lična uprava, sa stečajnim upravnikom, obzirom da stečajni upravnik vrši nadzor nad sprovođenjem postupka lične uprave. Sa pokretanjem postupka lične uprave moraju da se saglase i poverioci, na čiji je zahtev pokrenut ovaj postupak, zatim, ako je to stečajni dužnik – preduzetnik sam predložio i ako je bilo verovatno da time neće biti oštećeni interesi poverilaca, kao i da ne bi došlo do produženja stečajnog postupka. Sa druge strane, ako je pokretanje stečajnog postupka protiv preduzetnika predložio javni tužilac, tada se lična uprava nije mogla predložiti⁴⁸.

Iako stečajni dužnik – preduzetnik sam upravlja svojom imovinom – stečajnom masom, rešenjem, kojim se određivala lična uprava, imenovao se i stečajni upravnik, što znači da on postoji kao subjekt stečajnog postupka od njegovog pokretanja do zaključenja, iako se radi o upravljanju stečajnom masom od strane dužnika. Navedenim rešenjem o određivanju lične uprave, određuje se i krug poslova stečajnog dužnika – preduzetnika, za koje je potrebna saglasnost stečajnog upravnika. Ako se radi o poslovima raspolaganja, za koje važi načelo pouzdanja u javne knjige, tada saglasnost stečajnog upravnika nije potrebna.⁴⁹ Dužnik – preduzetnik sastavlja popis svoje imovine, koja će postati stečajna masa, zatim listu poverilaca, kao i pregled imovine – stečajne mase. Stečajni dužnik – preduzetnik je imao obavezu da sastavlja navedena dokumenta uz nadzor stečajnog upravnika⁵⁰.

⁴⁴ Zakon o prinudnom poravnanju i stečaju SFRJ, *Službeni list SFRJ* br. 15/65 i 21/65

⁴⁵ Zattila-Jovanović M., Čolović V. (2007), *Stečajno pravo*, Beograd, 205

⁴⁶ Velimirović M. (2004), *Stečajno pravo*, Novi Sad, 204

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Član 140. ZSP

⁴⁹ Zattila-Jovanović M., Čolović V., 207; Član 141. ZSP

⁵⁰ Član 142. ZSP

Lična uprava se obustavlja rešenjem koje donosi nadležni sud za vođenje stečajnog postupka. Osim na predlog odbora poverilaca, lična uprava se mogla obustaviti i na predlog poverioca, koji je podneo zahtev za pokretanje stečajnog postupka, samog stečajnog dužnika, stečajnog upravnika, kao i stečajnog sudije. ZSP je predviđao i obavezu saslušanja stečajnog dužnika, pre donošenja rešenja o obustavi lične uprave. Na rešenje o obustavi lične uprave mogla su se žaliti sva lica, koja su mogla i predložiti istu. Nakon donošenja navedenog rešenja, stečajni upravnik je preuzimao imovinu od stečajnog dužnika – preduzetnika i on je i dalje upravljao njome.⁵¹ Sprovođenje stečajnog postupka protiv stečajnog dužnika – preduzetnika, za koga je doneto rešenje o određivanju lične uprave, vršilo se po odredbama ZSP.

Smatramo da regulisanje postupka lične uprave, čije se sprovođenje određuje u stečajnom postupku protiv preduzetnika, nije odgovaralo svrsi samog postupka. Naime, preduzetnik, kao dužnik je posebna kategorija stečajnog dužnika u odnosu na ostale. Zatim, stečajnom upravniku je, u ovom postupku, data ključna uloga, što ne odgovara prirodi tog postupka. Isto tako, nije na jasan način određena uloga poverilaca u postupku lične uprave, odnosno, odbora poverilaca, a što se odnosilo na obustavu tog postupka.

Postupak lične uprave ima svoje dobre i loše strane. Naime, u postupku lične uprave može doći do zloupotreba. Stečajni dužnik može sakriti imovinu, pogodovati pojedine poverioce, uništiti dokaze nesavesnog rada. To je najveća primedba ličnoj upravi⁵². Ali, postupak lične uprave ima i svoje prednosti. Obzirom da lična uprava nosi sa sobom smanjenje posledice otvaranja stečajnog postupka, stečajni dužnici imaju mogućnost da, blagovremenim podnošenjem predloga za otvaranje stečajnog postupka, izbegnu te posledice. Zatim, stečajni dužnici su zainteresovani da prodaju imovinu po što većoj ceni, jer u mnogim zemljama ne postoji institut oslobađanja od preostalih obaveza ili se o tome donosi odluka nakon proteka određenog vremena⁵³.

Postupak lične uprave se može sprovoditi na dva načina: personalni i materijalni. Personalni kriterijum definiše vrstu fizičkih lica protiv kojih se može pokrenuti stečajni postupak i voditi postupak lične uprave. Tada govorimo o fizičkim licima koja se bave privrednom delatnošću, kao i o fizičkim licima-potrošačima. Da li je lična uprava dostupna svim fizičkim licima-stečajnim dužnicima ili ne, određuju nacionalna zakonodavstva. Neki autori kritikuju rešenje koje određuje ličnu upravu samo za preduzetnike. Oni smatraju da i direktori privrednih društava mogu upravljati imovinom tog društva i da tu ne postoje razlike u odnosu na upravljanje sopstvenom imovinom od strane preduzetnika⁵⁴. Materijalni način primene lične uprave, treba da odgovori na pitanje, u kom postupku se može odrediti ovaj institut. Inače, američka koncepcija ličnu upravu vezuje za postupak reorganizacije, dok nemačka koncepcija ovaj institut vezuje za stečajni postupak⁵⁵.

⁵¹ Zattila-Jovanović M., Čolović V., 208; Član 143. ZSP

⁵² Radović V. (2009), „Lična uprava stečajnog dužnika de lege ferenda“, *Zbornik „Savremene tendencije u međunarodnom stečajnom pravu“*, Beograd, 245

⁵³ Radović V., 247

⁵⁴ Radović V., 249

⁵⁵ *Ibid.*

Najvažniji elementi lične uprave su: 1) postojanje dobrovoljnosti, obzirom da je potrebna saglasnost dužnika ili njegov predlog za određivanje ovog instituta; 2) saglasnost poverilaca, koja se zahteva i kod određivanja i kod obustave lične uprave. Isto tako, obavezna saglasnost poverilaca je neophodna i kod ograničenja prava stečajnog dužnika; 3) obavezna saradnja stečajnog dužnika i stečajnog upravnika; 4) stečajni upravnik ima ovlašćenje nadzora sprovođenja postupka lične uprave. Znači, kod lične uprave se stečajni upravnik transformiše iz organa upravljanja stečajnom masom u organ nadzora⁵⁶.

*

* *

Kod regulisanja stečaja preduzetnika, odnosno, drugih fizičkih lica koja se bave privrednom delatnošću, kao i kod regulisanja postupka lične uprave treba voditi računa o sledećem: 1) za ovu vrstu stečaja treba predvideti poseban stečajni postupak; 2) treba jasno razgraničiti postupak reorganizacije od postupka lične uprave. Mora se reći, da lična uprava predstavlja jedan od oblika reorganizacije; 3) postupak lične uprave treba da predstavlja jednu vrstu olakšice za dužnika. Ne treba davati veliku ulogu stečajnom upravniku i stečajnom sudiji u samom postupku, osim, ako je u pitanju nadzor nad samim dužnikom; 4) mora se definisati uloga poverilaca u postupku davanja njihove saglasnosti na pojedine radnje dužnika – preduzetnika u postupku lične uprave. Lična uprava, pre svega, zavisi od poverilaca, tako da smatramo da svaka radnja dužnika – preduzetnika u ovom postupku direktno utiče na njihov položaj; 5) u vezi sa prethodnim, postavlja se pitanje da li se proširuje odgovornost stečajnog upravnika, u postupku lične uprave, prema poveriocima, obzirom da on odlučuje o prigovorima poverilaca na popis imovine i poverilaca, koje sastavlja stečajni dužnik – preduzetnik, što zavisi od činjenice da li poverioci mogu imati uvid u te spise; i 6) mora jasno da se definiše da li i kada stečajni sudija može da podnese predlog za obustavu lične uprave. Da li, samo, kada je utvrdio da ne postoje uslovi za taj postupak na osnovu izveštaja stečajnog upravnika ili kada je to učinio na osnovu sopstvenog zaključka. Odredbe ZSP koje su regulisale ličnu upravu preduzetnika moraju predstavljati osnov za buduće regulisanje ovog instituta koji će se ticati i ostalih fizičkih lica (ne samo onih koji se bave privrednom delatnošću), protiv kojih bude mogao da se pokrene stečajni postupak.

REGULISANJE STEČAJA FIZIČKIH LICA U ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE SRPSKE

U Zakonu o stečaju Republike Srpske (dalje: ZSRŠ)⁵⁷, kao stečajni dužnik je definisan i dužnik pojedinac. ZSRŠ precizno definiše dužnika pojedinca kao komplementare u komanditnom društvu i ortaka u ortačkom društvu⁵⁸. ZSRŠ n ostavlja mogućnost drugačijeg definisanja dužnika pojedinca. Komplementari u komanditnom društvu i ortaci u ortačkom društvu su lica koja neograničeno solidarno odgovaraju svojom privatnom imovinom za obaveze privrednog društva. Ove odredbe su bile usvojene još 2002.godine u Zakonu o stečajnom postupku. Ni u vreme usvajanja navedenog zakona (2002.), kao ni sada, kada egzistira ZSRŠ, nije se vodilo računa o uslovima mogućnosti definisanja stečaja fizičkih lica, bez obzira da li se radi o licima koji se bave privrednom delatnošću ili ne. Ipak, mogućnost pokretanja stečajnog postupka protiv navedenih fizičkih lica, kako je to navedeno u ZSRŠ, dovodi, sa jedne strane do ograničenja pojma dužnika, a sa druge strane

⁵⁶ Radović V., 251-253

⁵⁷ Zakon o stečaju Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br.16/16

⁵⁸ Čolović V. (2012), *Stečajno pravo*, Banja Luka, 155

do postepenog proširenja pojma stečaja, uopšte⁵⁹. Međutim, moramo da napomenemo da je Zakonom o stečajnom postupku iz 2002.godine regulisana mogućnost pokretanja stečajnog postupka protiv preduzetnika. Nakon izmena i dopuna ovog Zakona 2003.godine, stečaj protiv preduzetnika nije regulisan.

Status komplementara i ortaka je specifičan u odnosu na članove drugih društava, koja predstavljaju društva kapitala. Naime, radi se o lično odgovornim članovima društva. Oni, kao što je rečeno, solidarno odgovaraju za obaveze društva svojom imovinom⁶⁰. Solidarna odgovornost komplementara i ortaka se zahteva prema pravilima izvršnog postupka, koja se odnose na izvršenje nad imovinom fizičkih lica, ali u korist stečajne mase. U nekim državama, u kojima postoji mogućnost pokretanja građanskog stečaja (misli se na stečaj fizičkih lica), traži se odvojeno pokretanje stečajnog postupka nad posebnom imovinom ortaka ili komplementara, koji odgovaraju solidarno sa svojim društvom (društvom čiji su članovi), ali ne istovremeno⁶¹. U svakom slučaju, treba razlikovati pokretanje stečajnog postupka protiv društva lica od pokretanja stečajnog postupka protiv članova tih lica. Način na koji je regulisano pokretanje stečajnog postupka protiv dužnika pojedinca, odnosno, protiv komplementara i ortaka stvara mnoge nedoumice. ZSRS, kao ni ranije stečajno zakonodavstvo Republike Srpske, nije na adekvatan način regulisalo ovu materiju.

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu sve veću zaduženost građana, neophodno je doneti zakon koji će regulisati stečaj svih fizičkih lica, bez obzira da li se radi o potrošačima ili fizičkim licima koja se bave privrednom delatnošću, odnosno, preduzetnicima. Naravno, možemo govoriti i o članovima društava lica kao stečajnim dužnicima, ali bi se i dalje postavljalo pitanje veza- no za njihov odnos prema društvu i odgovornost koju ta lica imaju u okviru društva, kako je, napred, rečeno, u okviru analize regulisanja stečaja fizičkih lica u Republici Srpskoj.

Dva instituta koja predstavljaju glavne elemente ličnog stečaja jesu lična uprava i oslobođenje od preostalih dugova. Činjenica je da prethodna izlaganja govore da bi se oni primenjivali na sva fizička lica. Međutim, zakonodavac bi morao da odredi razliku u njihovoj primeni, u zavisnosti protiv kog fizičkog lica je pokrenut stečajni postupak. To zavisi i od vrste imovine koja predstavlja masu u postupku, kao i od poverilaca. Sigurno je da bi morala da se koriste iskustva drugih zemalja, pre svega, Nemačke.

Navešćemo nekoliko elemenata stečaja fizičkih lica koji se odnose na imovinu dužnika koji je potrošač, pre svega, mada se neki elementi mogu primenjivati i na preduzetnika kao i na druga fizička lica koja se bave privrednom delatnošću. Predmet postupka je cela imovina dužnika, ali jedan deo te imovine će biti izdvojen ili izuzet, koji neće predstavljati predmet namirenja. Izuzete stvari mogu da budu: - odeća, obuća, kao i drugi predmeti koji služe za ličnu upotrebu; - hrana i ogrev za potrebe domaćinstva dužnika (njega samog i članova tog domaćinstva) u određenom periodu; - gotov novac dužnika, odnosno, dužnikova stalna mesečna primanja koja su po zakonu izuzeta od izvršenja; - ordeni, medalje,

⁵⁹ Čolović V., 156

⁶⁰ Eraković A. (1997), *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, Zagreb, 24

⁶¹ Velimirović M., 42

priznanja, porodične slike, itd; - pomagala koja služe osobama sa invaliditetom (lice sa invaliditetom može biti dužnik ili član njegovog domaćinstva)⁶².

U vezi sa tim, postoje i brojni nedostaci koji se mogu definisati kod ličnog stečaja, bez obzira da li se ti nedostaci mogu pojaviti kod regulisanja ove vrste stečaja ili kod sprovođenja stečajnog postupka. Neki od nedostataka koje treba posebno definisati su: - svi dugovi koji su nastali posle pokretanja stečajnog postupka ostaju punovažni; - isto tako, dugovi koji su nastali prevarnim postupanje, ostaju punovažni⁶³; - novčane kazne sudova (kao dugovi) ostaju punovažne; - potraživanja koja se odnose na alimentaciju ostaju punovažna, - nepokretnosti dužnika ostaju pod kontrolom nadležnog organa, - dužnik mora da preda pasoš i može da putuje u inostranstvo samo uz dozvolu nadležnog organa; - dužnik će imati ograničenu kreditnu sposobnost u periodu od 7 godina (najčešće); - postoji i mogućnost da se ograniči zaključenje ugovora o osiguranju; - dužnik, u nekim slučajevima, neće moći da se zaposli, a što se odnosi na pojedina zanimanja; - dostupnost informacija o pokrenutom i završenom postupku ličnog stečaja na Internetu u određenom dužem vremenskom periodu ili stalno⁶⁴. Naveli smo samo neke nedostatke.

Treba očekivati da će se u našoj državi kompletno i posebno regulisati stečaj fizičkih lica, u okviru kojeg će se regulisati i stečaj potrošača, stečaj preduzetnika, kao i lična uprava, odnosno, oslobođenje od preostalih dugova. Dužnik – fizičko lice, koje može i ne mora biti lice koje se bavi privrednom delatnošću se ograničava u upravljanju sopstvenom imovinom, ali, sa druge strane, u postupku lične uprave bi takvo upravljanje imovinom trebalo da bude praćeno takvim nadzorom stečajnog upravnika i poverilaca, koji ne bi trebalo da dodatno ograničava ovlašćenja dužnika. Kad je u pitanju oslobođenje od preostalih dugova, ovaj institut mora da omogući „novi početak“ za dužnika-fizičko lice i mogućnost da učestvuje na tržištu, ravnopravno sa ostalim subjektima. Model koji bi trebalo prihvatiti, kod regulisanja stečaja fizičkih lica, je, sigurno, kontinentalni uz primenu rešenja koja nalazimo u nemačkom i hrvatskom stečajnom zakonodavstvu.

LITERATURA:

Monografije, članci, udžbenici

- Blagojević Borislav (1938), *Sistem izvršnog postupka*, Beograd
- Bodul Dejan (2011), „Osobni stečaj: globalni trend i hrvatska perspektiva“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci*, vol.32, br.1 (2011), Rijeka
- Velimirović Mihajlo (1965), *Prinudna likvidacija (stečaj) privrednih organizacija u Jugoslaviji*, doktorska disertacija, Sarajevo
- Velimirović Mihajlo (2004), *Stečajno pravo*, Novi Sad
- Garašić Jasnica (2011), „Kako zakonski regulirati „osobni stečaj“ u Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol.61, br.5, Zagreb
- Eraković Andrija (1997), *Stečajni zakon s komentarom i primjerima*, Zagreb
- Zattila-Jovanović Milena, Čolović Vladimir (2007), *Stečajno pravo*, Beograd

⁶² Mizdraković V. (2016), „Moguće reperkusije uvođenja instituta stečaja pojedinca na osnovu iskustva SAD“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br.72, godina LV, Niš, 236

⁶³ Mizdraković V., 237

⁶⁴ Mizdraković V., 238

- Mizdraković Vule (2016), „Moguće reperkusije uvođenja instituta stečaja pojedinca na osnovu iskustva SAD“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br.72, godina LV, Niš
- Opačić Ana (2011), „Regulativa individualnog stečaja u pravu Evropske unije“, časopis *Evropsko zakonodavstvo*, br. 37-38/11, Beograd
- Opačić Ana (januar 2012), „Individualni stečaj“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, knjiga 72, broj 1, Novi Sad
- Radović Vuk (2006), *Individualni stečaj*, Beograd
- Radović Vuk (2009), „Lična uprava stečajnog dužnika de lege ferenda“, *Zbornik „Savremene tendencije u međunarodnom stečajnom pravu“*, Beograd
- Thaller Edmond (1887), *Des faillites en droit compare*, tom I, Paris
- Čolović Vladimir (2012), *Stečajno pravo*, Banja Luka

Izvori sa Interneta

http://www.svijetosiguranja.eu/files/pdf/svijet_osiguranja/34/ostol10.pdf

Introduction to German Insolvency Law, http://www.justiz.nrw.de/WebPortal_en/projects/ieei/documents/public_papers/german_insolvency.pdf

Zakonodavstvo

Zakon o stečajnom postupku Republike Srbije, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 84/04

Zakon o prinudnom poravnanju i stečaju SFRJ, *Službeni list SFRJ* br. 15/65 i 21/65

Zakon o stečaju potrošača Republike Hrvatske, *Narodne novine* br. 100/15

Zakon o stečaju Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br.16/16

Prof. Vladimir Čolović Ph.D

Full time professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka, e-mail: vladimir.z.colovic@apeiron-edu.eu vlad966@hotmail.com

Bankruptcy of Natural Persons

Abstract: The bankruptcy of natural persons or personal bankruptcy differs from the bankruptcy of companies. The two most important elements of personal bankruptcy are the personal management and the exemption of the remaining debts. The main characteristic of personal management is that the debtor, under the supervision of the trustee, manages its assets. The basic question is whether the personal management is a form of reorganization or not. The exemption of the remaining debts is the main purpose of personal bankruptcy. This institute is connected with the certain conditions and terms. The purpose of the personal bankruptcy is the assistance provided to the debtor-natural person in order to fulfill its obligations. In the procedure of the personal bankruptcy is applied, in addition to the general rules of bankruptcy procedure, the special rules that bind to the character of the debtor. We must distinguish the natural person - debtors who are engaged in a business carried on from the “ordinary” citizen – consumer. The paper analyzes and criticizes the regulation of the bankruptcy of natural persons in the Act of Bankruptcy of the Republic of Srpska, which defines the partner and complementary as the debtors. Attention is, also, paid to the legislation of Croatia in this area, as well as to the models of regulation of personal bankruptcy in Anglo-Saxon and continental law.

Key words: natural person, entrepreneur, consumer, bankruptcy, personal management, exemption of the remaining debts.

DOI: 10.7251/GFP1707019M

UDC: 347.242

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
4. maj 2017.*Datum prihvatanja rada:*
25. jun 2017.*Prof. dr***Duško Medić***Sudija Ustavnog suda
Republike Srpske, redovni
profesor Fakulteta pravnih
nauka Panevropskog
univerziteta „Apeiron“
Banja Luka,
dusko.b.medic@apeiron-edu.eu
dusko.medic@ustavisud.org*

Građenje na tuđem zemljištu

Rezime: Građenje na tuđem zemljištu je originarni način sticanja prava svojine. To je slučaj vještačkog priraštaja nepokretnosti, koji postoji kad neko svojim materijalom i radom podigne građevinski objekat na tuđem zemljištu, a pri tome između njega i vlasnika zemljišta ne postoji ugovorni ili drugi odnos koji to reguliše. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske ovaj institut značajno reformiše. Generalno opredjeljenje je da se primarno štiti vlasnik zemljišta. Načelo superficies solo cedit je sada gotovo dosljedno sprovedeno. Jedini izuzetak je slučaj kada je graditelj savjestan, a vlasnik zemljišta nesavjestan. Tada graditelj postaje vlasnik zgrade sa zemljištem za njenu redovnu upotrebu. U svim ostalim slučajevima preferira se vlasnik zemljišta.

Cljučne riječi: građenje, tuđe zemljište, graditelj, vlasnik zemljišta.

UVOD

Institut građenja na tuđem zemljištu je kod nas u uslovi-
ma društvene svojine i državnog monopola na gradskom gra-
đevinskom zemljištu imao veoma ograničeno polje primjene,
jer je bila isključena mogućnost ovakvog sticanja na zemljištu u
društvenoj svojini. Zbog toga je njegova primjena bila ograni-
čena samo na zemljište izvan gradova i naselja gradskog karak-
tera. Danas je situacija bitno drukčija. Zakon o stvarnim pra-
vima Republike Srpske (ZSP)¹ ovaj institut značajno reformiše
i slijedi tradiciju kontinentalnoevropskog pravnog kruga. Sada
je u prvom planu poštovanje prava svojine, a tek onda dolazi
savjesnost graditelja. S građenjem na tuđem zemljištu je pove-
zano i građenje na tuđem pravu građenja, prekoračenje međe
građenjem i dogradnja, nadziđavanje, preuređenje i ulaganje

GRAĐENJE NA TUĐEM ZEMLJIŠTU I NA TUĐEM PRAVU GRAĐENJA²

Građenje na tuđem zemljištu je originarni način sticanja
prava svojine. To je slučaj vještačkog priraštaja nepokretnosti,³

¹ Službeni glasnik RS br. 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15.

² Prikladniji termin za to bi bio „izgradnja zgrade“ umjesto „građenje“,
jer zakon traži da je izgrađena zgrada da bi došlo do primjene ovog
instituta. Vid. N. Gavella, Stjecanje prava vlasništva izgradnjom
zgrade na tuđem zemljištu, Privreda i pravo, br. 2/81, str. 30.

³ O načelima po kojima se stiču priraštaji v. A. Jurić, Načela

koji postoji kad neko svojim materijalom i radom podigne građevinski objekat na tuđem zemljištu, a pri tome između njega i vlasnika zemljišta ne postoji ugovorni ili drugi odnos koji to reguliše.⁴ Pravila o građenju na tuđem zemljištu primjenjuju se i u slučaju građenja na zemljištu koje je u suvlasništvu odnosno zajedničkom vlasništvu graditelja i drugih lica.⁵ I ovaj institut vuče svoj korijen iz rimskog prava.⁶ Da bi došlo do njegove primjene bitno je da zemljište može da bude predmet prava svojine. Graditelj može biti fizičko ili pravno lice sa privatnim ili državnim kapitalom. Nije od značaja da li je graditelj u zgradu uložio svoj ili tuđi materijal. Odnos između vlasnika objekta i vlasnika materijala se raspravlja po pravilima o priraštaju. Građenjem na tuđem zemljištu bez pravnog osnova ne zasniva se pravo suvlasništva, kao povodom međusobnog spajanja ili miješanja pokretnih stvari raznih vlasnika ili izrade nove stvari od tuđeg materijala. Zgrada i zemljište se povezuju u jednu cjelinu i čine neraskidivo jedinstvo, a pravne norme određuju kome će ona pripasti.⁷

Odredbе Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima bivše SFRJ (ZOSPO)⁸ u pogledu ovog instituta odražavale su duh socijalističkog perioda i nisu se temeljile na načelu superficies solo cedit, bez obzira na to što su bile predviđene i situacije u kojima je vlasnik zemljišta mogao postati i vlasnik zgrade.⁹ Ovaj zakon je u težište stavljao savjesnost lica, te vrijednost zemljišta i zgrada, a ne garanciju prava svojine. ZOSPO je u pogledu građenja na tuđem zemljištu regulisao tri hipotetičke situacije.¹⁰ Prva je bila ona kada je graditelj savjestan (ne zna i ne može da zna da gradi na tuđem zemljištu), a vlasnik zemljišta nesavjestan (znao za gradnju i nije se odmah usprotivio¹¹), druga je bila obrnuta, kada je graditelj nesavjestan (znao je ili morao znati da gradi na tuđem zemljištu), a vlasnik zemljišta savjestan (odmah se usprotivio izgradnji¹²) i treća kada su obje strane bile savjesne.

po kojima se stječu priraštaji i njihov značaj, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2010, str. 397-405.

⁴ Ako postoji sporazum o gradnji primjenjuju se njegove odredbe.

⁵ N. Gavella, Stjecanje prava vlasništva preradom, sjedinjenjem, izgradnjom zgrade i odvajanjem plodova, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1-2/81, str. 61-62.

⁶ O istorijskom razvoju ovog instituta šire: A. Jurić, Pravne posljedice građenja na tuđem zemljištu, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2015, str. 343-344.

⁷ U uporednom pravu principijelno prednost ima vlasnik zemljišta, ali se u nekim situacijama prednost daje i savjesnom graditelju.

Prema Francuskom građanskom zakoniku zgrada pripada vlasniku zemljišta koji ima obavezu da plati naknadu u visini povećane vrijednosti zemljišta zbog izgradnje objekta ili u visini cijene rada i materijala u vrijeme isplate naknade, vodeći računa o stanju u kome se u to vrijeme zgrada nalazi (član 555. st. 4.). U švajcarskom pravu savjesni graditelj može da zahtijeva svojinu na zgradi i zemljištu ako vrijednost zgrade očigledno premašuje vrijednost zemljišta, bez obzira na savjesnost vlasnika zemljišta uz plaćanje pravične naknade za zemljište (član 673. Švajcarskog građanskog zakonika).

⁸ Službeni list SFRJ br. 6/80 i 36/90.

⁹ O tome: P. Simonetti, *Građenje na tuđem zemljištu*, Sarajevo, 1982, str. 69-218.

¹⁰ Članovi 24-26 ZOSPO.

¹¹ O oblicima ponašanja vlasnika zemljišta koji se na ovo odnose v. A. Jurić, Pravne posljedice građenja na tuđem zemljištu str. 349-350.

¹² Protivljenje vlasnika zemljišta je svako njegovo postupanje kojim to na jasan i nedvosmislen način izražava. Ono se ne može ograničiti samo na vođenje sudskih postupaka odnosno određenih mjera kod upravnih organa.

Nije bilo regulisano šta će biti u situaciji kada su obje strane nesavjesne,¹³ pa su o tome postojala podijeljena mišljenja. Generalno opredjeljenje zakonodavca bilo je da jače zaštititi savjesnog graditelja, pa čak i u situaciji kada je vlasnik zemljišta bio savjestan.

ZSP je bitno promijenio sadržaj odredaba o sticanju svojine u situaciji kada postoji građenje na tuđem zemljištu i vratio se tradicionalnim načelima.¹⁴ To je posljedica uspostavljanja pravnog jedinstva nepokretnosti i povratka načelu superficies solo cedit.¹⁵ Ovaj zakon (kao ni ZOSPO) nije posebno regulisao šta se smatra izgrađenom zgradom,¹⁶ pa se u pogledu toga ukazuje na značaj sudske prakse.¹⁷ To je faktičko pitanje u svakom određenom slučaju. Dok građenje traje, nisu nastupili pravni učinci izgradnje zgrade, pa vlasnik može zaštititi svoje pravo svojine od lica koje gradi na njegovom zemljištu. Njemu su na raspolaganju kako sredstva državinske zaštite, tako i negatorna tužba. Na taj način on može spriječiti da zgrada bude izgrađena, pa neće nastupiti ni pravni učinci izgradnje zgrade na tuđem zemljištu.¹⁸ Za pojam zgrade nije od uticaja da li je ona podignuta iznad ili ispod površine zemlje, od kojeg materijala je sagrađena, kao i u koju svrhu je namijenjena. Važno je da je to izgrađeni građevinski objekt koji je trajno povezan sa zemljištem.¹⁹ Trajnost je konstitutivni elemenat pravnog jedinstva zgrade i zemljišta. Ona najviše zavisi od namjene objekta, a način gradnje i čvrstina veze sa zemljištem predstavljaju o tome samo oborive pretpostavke. Ako ta veza nije trajna, onda se radi o dvije samostalne stvari.

Osnovno pravilo je da se sada primarno štiti vlasnik zemljišta i da zgrada koju neko sagradi na tuđem zemljištu pripada vlasniku zemljišta.²⁰ Kada je vlasnik zemljišta savjestan načelo superficies solo cedit djeluje bez izuzetka. Zato nije bilo potrebe da zakon odvojeno propisuje slučajeve kad je graditelj savjestan i kad je nesavjestan. Zgrada koja je sagrađena na tuđem zemljištu prirasla je tom zemljištu. Vlasnik zemljišta ima pravo da zahtijeva da mu se preda u državinu njegovo zemljište sa zgradom, a može tražiti i da ne-

¹³ Ova situacija je u praksi vrlo rijetka.

¹⁴ Slična je situacija i u Republici Hrvatskoj – v. J. Brežanski, Građenje na tuđem zemljištu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 505–525.

U Brčko distriktu BiH nije predviđena mogućnost sticanja svojine građenjem na tuđem zemljištu.

¹⁵ Vid. član 59. ZSP.

¹⁶ Od završetka izgradnje zgrade nastupaju pravni učinci izgradnje.

¹⁷ Ovdje bi kao orijentir mogla poslužiti odredba člana 152 st. 5 hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09 i 153/09), koja određuje da se zgrada smatra izgrađenom kada je dovedena u takvo stanje da ju je moguće koristiti za svrhu za koju takve zgrade redovno služe.

¹⁸ O tome: N. Gavella, Stjecanje prava vlasništva preradom, sjedinjenjem, izgradnjom zgrade i odvajanjem plodova ... str. 59.

¹⁹ Vid. M. Žuvela, Stjecanje prava vlasništva – posebno o građenju na tuđem zemljištu i dosjelošti, *Zakonitost*, br. 9–10/90, str. 970.

²⁰ D. Medić, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka, 2016, str. 89.

savjesni graditelj uspostavi prijašnje stanje²¹ ili da otkupi zemljište po tržišnoj cijeni.²² U oba slučaja vlasnik zemljišta ima pravo na naknadu štete, jer je bio spriječen da koristi zemljište prema njegovoj namjeni. Šteta se može dosuditi bez obzira na savjesnost graditelja.

Samo izuzetno zgrada sa zemljištem pripada graditelju (kada je on savjestan, a vlasnik zemljišta nesavjestan).²³ Savjesnost graditelja treba cijeliti veoma restriktivno.²⁴ U toj situaciji on stiže zemljište ispod zgrade i ono koje služi za njenu redovnu upotrebu. Ovo je pravično rješenje. Načelo superficies solo cedit će se ovdje inverzno primijeniti. Prijašnji vlasnik ima pravo da traži naknadu tržišne vrijednosti zemljišta koja se određuje prema stanju zemljišta prije građenja, a po cijenama u vrijeme donošenja odluke suda. Graditelj postaje vlasnik u momentu završetka izgradnje. U ovom slučaju radi se o sticanju prava svojine na osnovu zakona. Upis u javnu evidenciju nema konstitutivno dejstvo. Međutim, graditelj sve do podnošenja zahtjeva za upis ne bi bio zaštićen prema trećem savjesnom licu. Ako bi treće savjesno lice steklo svojinu na zemljištu sa izgrađenom zgradom na osnovu pravnog posla sa vlasnikom zemljišta koji je uknjižen u javnu evidenciju, graditelj bi imao samo odštetni zahtjev prema prvobitnom vlasniku zemljišta.²⁵

Nesavjestan graditelj nikako ne može postati vlasnik zgrade. Sada se izričito određuje i šta će biti u situaciji kada su i graditelj i vlasnik zemljišta nesavjesni i to je svakako pozitivno. U ovom slučaju propisano je da zgrada pripada vlasniku zemljišta, a da on nema pravo da zahtijeva uspostavljanje prijašnjeg stanja.²⁶ Mišljenja smo da je to prihvatljivo rješenje zbog pravne sigurnosti i održavanja društvenog reda. Naime, prije svega u ovakvoj situaciji treba dati prednost vlasniku zemljišta, jer je do ovog slučaja ipak došlo zbog nesavjesne gradnje graditelja, a to što se vlasnik zemljišta nije bez odgađanja usprotivio takvoj gradnji i na taj način joj pogodovao, sigurno je manji propust od čina nelegalne izgradnje. Takođe, eventualno drugačije normiranje moglo bi da pospješi bespravnu gradnju, što ne bi bilo društveno opravdano i u praksi bi imalo veoma negativne posljedice. Sankcija za nesavjesnog vlasnika zemljišta je u tome što on nema pravo da traži uspostavljanje stanja koje je postojalo prije takve izgradnje i to bi za njega trebala da bude dovoljna kazna.

Odredbama ZSP nisu predviđeni rokovi u kojima bi vlasnik zemljišta ili graditelj morali ostvarivati svoja prava. Kada imaju pravo na naknadu, ona se ostvaruje po pravilima obligacionog prava. U teoriji je sporno koji institut obligacionog prava bi trebalo primi-

²¹ U hrvatskom pravu vlasnik ima pravo zahtijevati uspostavu ranijeg stanja zemljišta samo ako za to ima "pravni interes"- v. član 152. st. 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima. Ovo je uvedeno zbog mogućih zloupotreba vlasnika zemljišta koje bi se ogledale u kažnjavanju graditelja.

²² Zakonodavac je ovdje imao u vidu princip da niko ne može protiv svoje volje steći neko građansko pravo.

²³ I u ovom slučaju zgrada izgrađena na tuđem zemljištu će pripasti tom zemljištu kao glavnoj stvari, samo se preferira savjesni graditelj prema nesavjesnom vlasniku zemljišta.

²⁴ Veoma je mali broj situacija u kojima ova savjesnost može postojati. Legalno građenje za koje postoji odobrenje podrazumijeva građevinsku dozvolu, a ona se ne može dobiti ako nisu riješeni imovinsko-pravni odnosi.

²⁵ M. Povlakić, Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009, str. 103.

²⁶ Takav zahtjev nije dopušten, jer bi bio šikanozan.

jeniti u situaciji kada postoji obaveza vlasnika zemljišta na isplatu naknade (sticanje bez osnova, naknadu štete ili poslovodstvo bez naloga).²⁷ Po našem mišljenju, za određivanje naknade koju vlasnik zemljišta plaća graditelju za izgrađenu zgradu trebalo bi primijeniti odredbe o sticanju bez osnova.²⁸ Ovdje se ne bi mogle primijeniti odredbe o naknadi štete, jer se vlasnika zemljišta ne može tretirati kao štetnika,²⁹ a ni odredbe o poslovodstvu bez naloga.

Kad je građeno na tuđem zemljištu opterećenom pravom građenja, nosiocu tog prava pripadaju prava i obaveze vlasnika zemljišta,³⁰ jer je pravo građenja u pravnom pogledu izjednačeno s nepokretnošću.³¹ Ovo je posljedica pravne prirode prava građenja, a primjenjuje se i u slučaju da vlasnik zemljišta gradi na svom zemljištu koje je opterećeno pravom građenja.

PREKORAČENJE MEĐE GRAĐENJEM

Prekoračenje međe građenjem, kao poseban slučaj građenja na tuđem zemljištu, kod nas do sada nije bilo zakonski regulisano. ZOSPO o tome nije sadržavao posebne odredbe. Da bi došlo do primjene ovog instituta, potrebno je da je građenjem zgrade prekoračena međa³² odnosno da je time zahvaćen i dio susjednog zemljišta uz među koje predstavlja tuđu svojinu, a da između graditelja i vlasnika zemljišta ne postoji ugovorni odnos koji uređuje građenje preko međe.³³ Izgrađena zgrada, dakle, mora da se nalazi s obje strane međe. Odredbe o prekoračenju

²⁷ O tome v. npr. I. Babić, D. Medić, E. Hašić, M. Povlakić i L. Velić, Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, Sarajevo, 2011, str. 279-280.

²⁸ Vid. članove 210-219. Zakona o obligacionim odnosima.

²⁹ Slično i A. Jurić, Stjecanje priraštaja u Federaciji Bosne i Hercegovine, Mostar, 2017, str. 60.

³⁰ Član 63 ZSP.

³¹ Vid. član 286. st. 2. ZSP.

³² Međom se označava do kuda u prostoru doseže vlasnikova pravna vlast u pogledu nepokretnosti – v. N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Svezak 1, Zagreb, 2007, str. 650.

³³ U uporednom pravu vlasnik susjedne parcele je nekada dužan da trpi ovo prekoračenje uz pravo na obeštećenje, a nekada ima pravo da zahtijeva povraćaj u predašnje stanje.

Prema članu 647a st. 3. Švajcarskog građanskog zakonika savjesni graditelj može zahtijevati da mu se na zauzetom zemljištu dosudi pravo građenja ili pravo svojine uz plaćnje pravične naknade pod uslovom da okolnosti slučaja to dozvoljavaju i da se vlasnik zemljišta nije blagovremeno usprotivio izgradnji. Po § 912. Njemačkog građanskog zakonika vlasnik zemljišta je dužan da trpi prekoračenje međe ako graditelj nije postupao namjerno ni sa grubom nepažnjom, a on ga nije opomenuo prije prekoračenja međe ili neposredno po završetku radova. Vlasnik zemljišta ostaje vlasnik zauzetog zemljišta i ima pravo na obeštećenje u obliku rente. On može zahtijevati da mu graditelj otkupi zemljište prema njegovoj vrijednosti u vrijeme izgradnje. Član 1010. Grčkog građanskog zakonika propisuje da, ako je graditelj bio savjestan, a vlasnik zemljišta se nije usprotivio izgradnji prije završetka većeg dijela radova na zgradi, sud može prema razumnoj ocjeni dosuditi graditelju svojinu na zauzetoj površini uz njegovu obavezu da za to plati naknadu, kao i naknadu druge štete, a naročito one koja je proistekla iz smanjenja vrijednosti preostalog dijela zemljišta. Prema § 938. Italijanskog građanskog zakonika ako savjesni graditelj zauzme dio susjedovog zemljišta, a vlasnik tog zemljišta ne izrazi protivljenje u roku od 3 mjeseca od dana kada je započela gradnja, sud može, vodeći računa o okolnostima, dosuditi graditelju svojinu dijela zgrade koji se nalazi na tuđem zemljištu i zauzeti dio zemljišta, s tim da je graditelj dužan platiti vlasniku zemljišta dvostruku vrijednost zauzete površine, a osim toga i naknaditi štetu.

međe građenjem primjenjuju se samo u slučaju kada se manji dio zgrade (najčešće neznatni) nalazi na susjednom zemljištu.³⁴ Glavni (važniji i veći) dio zgrade mora se nalaziti na zemljištu graditelja kao glavnom zemljištu.³⁵ Zbog toga u ovoj situaciji nije moguće primijeniti (sva) pravila o građenju na tuđem zemljištu. Ako je veći dio zgrade izgrađen na tuđem zemljištu, tada se primjenjuju pravila o građenju na tuđem zemljištu.³⁶ Sudska praksa treba da se izjasni kada se radi o slučajevima prekoračenja međe građenjem i gdje to prekoračenje prestaje. Pojam zemljišta podrazumijeva i površinu ispod, kao i vazdušni prostor iznad zemljišta.³⁷ Razumljivo je da dijelovi zgrade ne mogu imati različit pravni status, jer se radi o jedinstvenom objektu. Dio zgrade koji je zahvatio susjedovo zemljište nije samostalna stvar koja bi prirasla tom zemljištu.

ZSP je propisao rješenja za dva moguća slučaja. Prvi slučaj je kada je došlo do prekoračenja međe od strane savjesnog graditelja. Graditelj je savjestan ako je bio u opravdanom uvjerenju da gradi na svom zemljištu, jer je bio u zabludi u pogledu međe ili je bio u pogrešnom uvjerenju da mu je susjed dopustio prekoračenje međe ili da ima stvarno pravo na tuđe zemljište koje ga ovlašćuje na gradnju.³⁸ Tada je predviđeno da on stiče pravo svojine na zahvaćenom zemljištu uz obavezu isplate vlasniku zemljišta tržišne vrijednosti njegovog zemljišta.³⁹ Ovdje bi dolazila u obzir isplata prema cijenama u vrijeme donošenja odluke suda. Ako je došlo do prekoračenja samo neznatnog dijela zemljišta, može se postaviti pitanje da li je opravdano da savjesni graditelj mora otkupiti cijelu parcelu. Kada je riječ o savjesnom graditelju i nesavjesnom vlasniku zemljišta ne bi smjelo biti nebitno u kojoj mjeri je prekoračena međa i od kakvog je to značaja s obzirom na veličinu cijele parcele.⁴⁰ U ovom slučaju vlasnika zgrade bi trebalo obavezati na otkup cijele parcele samo ako vlasnik zemljišta nema ekonomskog interesa za korišćenje preostalog dijela te parcele.

U suprotnom, ako je graditelj bio nesavjestan ili ako se vlasnik zahvaćenog zemljišta bez odgađanja usprotivio gradnji, zakonodavac štiti vlasnika zemljišta, jer je povrijeđeno njegovo pravo svojine. On tada može zahtijevati uspostavu prijašnjeg stanja (to može značiti i rušenje zgrade⁴¹) i naknadu štete ili ustupanje zemljišta graditelju uz isplatu tržišne vrijednosti zemljišta.⁴² Rušenje zgrade je posebno teško za graditelja, jer on ne dobija nikakvu naknadu za porušeno (materijal je njegov), a ima i troškove rušenja i uspostave prijašnjeg stanja na zemljištu.⁴³

³⁴ O tome v. N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, op. cit., str. 542.

³⁵ V. Prančić, Prekoračenje međe građenjem, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 59, br. 4/09, str. 768.

³⁶ Uporediti: A. Maršalevski, Građenje na tuđem zemljištu kao temelj za stjecanje prava vlasništva, *Pravnik*, br. 1/07, str. 196.

³⁷ A. Jurić i J. Bošnjak, *Prekoračenje međe građenjem*, u: Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar, 2009, str. 335.

³⁸ P. Simonetti, Prekoračenje granice građenjem, *Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru*, br. 2-3/80-81, str. 389.

³⁹ Član 62 st. 1 ZSP.

⁴⁰ Vid. O. Jelčić, Građenje na tuđem zemljištu, u: *Nekretnine u pravnom prometu*, VII savjetovanje, Zagreb, 2004, str. 68.

⁴¹ Uklanjanje samo dijela zgrade koji prelazi na susjedovo zemljište često nije moguće.

⁴² Član 62 st. 2 ZSP.

⁴³ Ranija sudska praksa je u ovoj situaciji prema rušenju imala uglavnom negativan stav. Navodimo načelni stav izražen u odluci Vrhovnog suda Jugoslavije - „Nije društveno-ekonomski opravdano da se ruši već izgrađeni dio zgrade samo zato što je zidanjem zahvaćen jedan dio zida susjedne

Za ovaj zahtjev vlasnika zemljišta nije propisan rok, što je za graditelja nepovoljno. Smatramo da bi pravično rješenje bilo da se može zahtijevati rušenje samo ako je time vlasniku zemljišta onemogućeno da gradi ili mu je bitno smanjena vrijednost zemljišta, dakle ukoliko bi rušenje bilo društveno opravdano. U ovoj situaciji nema mogućnosti da zgrada pripadne vlasniku zemljišta, jer je zgradom zahvaćen samo mali dio njegovog zemljišta. Regulisanje pravila za slučaj prekoračenja međe građenjem je u svakom slučaju korisno, jer se radi o složenom i specifičnom pravnom odnosu, koji često narušava odnose između susjeda.

DOGRADNJA, NADZIDAVANJE, PREUREĐENJE I ULAGANJE

Dogradnjom, nadogradnjom ili preuređenjem (adaptacijom)⁴⁴ zgrada, odnosno prostorija u suvlasničkim, zajedničkim ili tuđim zgradama, kao i njihovom pregradnjom, ugradnjom ili ulaganjem u njih ne može se steći svojina, ako vlasnik (suvlasnici, zajedničari) dograđene, nadograđene, odnosno pregrađene nepokretnosti nije drugačije odredio.⁴⁵ Ovim se razrješavaju odnosi nastali preduzimanjem navedenih građevinskih radova kada je te radove preduzelo treće lice ili jedan od suvlasnika odnosno zajedničkih vlasnika. Dakle, u principu, izvođenjem takvih radova ne može se steći svojina na nekom objektu. To je, takođe, oblik vještačkog priraštaja nepokretnosti. Nadograđeni dijelovi su priraštaj zgrade, isto kao što je i zgrada priraštaj zemljišta. Ovdje se sa nepokretnošću spajaju tuđe pokretne stvari ili nečiji rad odnosno novac. Izuzetak predstavlja slučaj da u pogledu toga postoji dogovor sa vlasnikom (suvlasnicima ili zajedničarima) koji se sa tim može saglasiti.

Ako postoji pravo nadogradnje, kao podvrsta prava građenja, na njega se primjenjuju propisi o pravu građenja i tada se može steći pravo svojine na nadograđenom dijelu i pravo susvojine na cijeloj nepokretnosti.⁴⁶ Pravo nadogradnje ima suštinsku funkciju da neutralizuje priraštaj odnosno da omogućiti sticanje prava svojine na nadograđenom dijelu.⁴⁷

Ove česte životne situacije ranije nisu bile zakonski regulisane, ali je sudska praksa, uglavnom, zauzimala ovakvo stanovište. Zbog učestalosti navedenih slučajeva, tim pitanjem su se bavili i najviši sudovi bivše SFRJ. Na XLIII zajedničkoj sjednici Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda, koja je održana 23.10.1990. godine u Subotici, zauzet je načelni stav 1/90 prema kome se dogradnjom, nadzidavanjem ili adaptacijom tuđeg ili suvlasničkog građevinskog objekta ne stiče pravo svojine, osim ako zakonom ili ugovorom nije drukčije određeno. Izuzetno, zaključeno je da dogradnjom i nadzidavanjem posebnog dijela zgrade savjestan graditelj stiče pravo svojine na poseban dio zgrade samo ako je vlasnik zgrade znao za gradnju i nije se tome protivio (shodno članu 24 st. 1 ZOSPO).⁴⁸ Međutim, ako bi izvedeni radovi bili takvog obima da bi

zgrade, bez saglasnosti njenog vlasnika. Usvajanje takvog zahtjeva vodilo bi zloupotrebi prava svojine“ - Gzz -114/66 od 24.2.1967, u: P. Simonetti, *Građenje na tuđem zemljištu ...* str. 206-207.

⁴⁴ Dogradnjom i nadogradnjom povećava se supstanca objekta. Preuređenje (adaptacija) je prilagođavanje objekta za izmijenjenu ili novu funkciju i time se ne mijenja supstanca tog objekta.

⁴⁵ Član 61 st. 1 ZSP.

⁴⁶ Član 302. ZSP.

⁴⁷ E. Hašić, L. Velić, G. Nezirević, I. Velić i H. Tajić, *Praktikum za stvarna prava*, I dio, Sarajevo, 2015, str. 20.

⁴⁸ Vid. Bilten Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, br. 1/91, str 55.

se po građevinskim normativima moglo smatrati da je nastao novi objekat,⁴⁹ tada ne dolazi do primjene ovog instituta, već bi se moralo utvrditi da li su ispunjeni uslovi za sticanje građenjem na tuđem zemljištu.⁵⁰

Lice koje je dogradilo, nadogradilo ili preuredilo zgradu odnosno prostoriju ili je ulagalo odnosno nešto ugradilo u takvu zgradu ili prostoriju ima pravo na naknadu po pravilima obligacionog prava.⁵¹ Ovdje bi se moglo postaviti pitanje da li treba primijeniti pravila o sticanju bez osnove, naknadi štete ili poslovodstvu bez naloga. Smatramo da tu naknadu treba odrediti primjenjujući institut sticanja bez osnove (neosnovanog obogaćenja) koji je najprimjereniji situaciji nastaloj u ovakvim slučajevima.

ZAKLJUČAK

Sticanje svojine građenjem na tuđem zemljištu je sticanje na osnovu zakona. Osnovni uslov za primjenu ovih zakonskih pravila je nepostojanje ugovornog (ili drugog pravnog) odnosa između vlasnika zemljišta i graditelja. ZSP ovaj institut značajno reformiše imajući u vidu promjene u stvarnopravnom uređenju. Generalno opredjeljenje je da se primarno štiti vlasnik zemljišta. Načelo superficies solo cedit je gotovo dosljedno sprovedeno. Jedini izuzetak je slučaj kada je graditelj savjestan, a vlasnik zemljišta nesavjestan. Tada graditelj postaje vlasnik zgrade sa zemljištem za njenu redovnu upotrebu. U svim ostalim slučajevima preferira se vlasnik zemljišta. Dobro je da je zakonodavac sada regulisao i situaciju kada su i vlasnik zemljišta i graditelj bili nesavjesni, jer je u pogledu toga ranije bilo određenih dilema. Razumljivo je da se prednost daje vlasniku zemljišta, s tim što on nema pravo da traži uspostavljanje prijašnjeg stanja. Nema sumnje da je njegova pasivnost u ovom slučaju manja greška od ponašanja (nesavjesnog) graditelja.

Izgradnja zgrade na tuđem zemljištu izaziva i stvarnopravna i obligacionopravna dejstva. Naravno, najvažnije dejstvo je stvarnopravne prirode. Vlasnik zemljišta ili graditelj, zavisno od relevantnih okolnosti, stiču pravo svojine na zgradi i zemljištu koje čine jednu cjelinu. Obligacionopravna dejstva zavise od stvarnopravnih, a pored naknade za uloženo, ukoliko su ispunjeni posebni uslovi, može se tražiti i naknada štete.

Institut građenja na tuđem zemljištu u širem smislu obuhvata i slučajeve građenja na tuđem pravu građenja, prekoračenje međe građenjem i dogradnju, nadzidavanje, preuređenje i ulaganje koji ranije nisu bili zakonski regulisani, a relativno često se pojavljuju u praksi. Pošto se radi o kompleksnim institutima podržavamo njihovo normiranje u zakonu koje bi trebalo doprinijeti smanjenju sporova između stranaka.

⁴⁹ Takvi radovi se ne bi mogli smatrati kao dogradnja, nadogradnja, preuređenje, pregradnja, ugradnja ili ulaganje.

⁵⁰ I sudska praksa ide u ovom pravcu: "Savjesni graditelj stiče pravo svojine na tuđem građevinskom objektu samo kada je, zbog obima i vrijednosti njegovih investicionih ulaganja, raniji objekt izgubio svoj prvobitni identitet i s pravnog gledišta predstavlja novi objekat" – Vrhovni sud BiH, Rev-229/86 od 10.10.1986, Bilten Vrhovnog suda BiH, br. 1/87, odl. 13.

Vid. i odluku Prvog opštinskog suda u Beogradu, P-4259/99 i Okružnog suda u Beogradu, Gž-1784/00, u: D. Medić i H. Tajić, *Sudska praksa iz stvarnog prava*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2008, str. 233.

⁵¹ Član 61 st. 2 ZSP.

LITERATURA

- Babić I., Medić D., Hašić E., Povlakić M. i Velić L., Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, Sarajevo, 2011.
- Brežanski J., Građenje na tuđem zemljištu, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98.
- Gavella N., Stjecanje prava vlasništva izgradnjom zgrade na tuđem zemljištu, *Privreda i pravo*, br. 2/81.
- Gavella N., Stjecanje prava vlasništva preradom, sjedinjenjem, izgradnjom zgrade i odvajanjem plo-dova, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 1–2/81.
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V. i Stipković Z., *Stvarno pravo*, Svezak 1, Zagreb, 2007.
- Hašić E., Velić L., Nezirević G., Velić I. i Tajić H., Praktikum za stvarna prava, I dio, Sarajevo, 2015.
- Jelčić O., Građenje na tuđem zemljištu, u: *Nekretnine u pravnom prometu*, VII savjetovanje, Zagreb, 2004.
- Jurić A. i Bošnjak J., *Prekoračenje međe građenjem*, u: Zbornik radova “Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2009.
- Jurić A., Načela po kojima se stječu priraštaji i njihov značaj, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2010. Jurić A., Pravne posljedice građenja na tuđem zemljištu, u: Zbornik radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2015.
- A. Jurić A., Stjecanje priraštaja u Federaciji Bosne i Hercegovine, Mostar, 2017.
- Maršalevski A., Građenje na tuđem zemljištu kao temelj za stjecanje prava vlasništva, *Pravnik*, br. 1/07.
- Medić D. i Tajić H., *Sudska praksa iz stvarnog prava*, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2008.
- Medić D., Novo stvarno pravo Republike Srpske, 2. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Banja Luka, 2016.
- Povlakić M., Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009.
- Prančić V., Prekoračenje međe građenjem, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 59, br. 4/09.
- Simonetti P., Prekoračenje granice građenjem, *Zbornik Pravnog fakulteta u Mostaru*, br. 2-3/80-81..
- Simonetti P., *Građenje na tuđem zemljištu*, Sarajevo, 1982.
- Žuvela M., Stjecanje prava vlasništva – posebno o građenju na tuđem zemljištu i dosjeloosti, *Zakoni-tost*, br. 9–10/90.

Prof. Duško Medić Ph.D

Judge of Constitutional Court of the Republic of Srpska, Full time professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka, e-mail: dusko.b.medic@apeiron-edu.euustavnisud.org

Construction on Somebody Else’s Property

Abstract: Construction on somebody else’s property is a legal way of acquiring property rights. That is the case of an artificial growth of immovable property which is in existence when someone builds a construction project with his own material and work and locate it on somebody else’s land, and in addition to that there is not any contractual or other relations regulating that matter between the owner and the constructor. This institute is being under a reformation by the Proprietary law of Republika Srpska. General determination is to protect the owner of the land. Principle superficies solo credit is nearly carried out now. Only exception is the case when a constructor is scrupulous and the owner is unscrupulous. In that case the constructor becomes the owner of the building along with the land for its regular usage. In all other cases the owner of the land is preferred.

Key words: construction , somebody else’s land, building, constructor, land owner

DOI: 10.7251/GFP1707028M

UDC: 343.231(497.6RS)(497.6)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
5. april 2017.*Datum prihvatanja rada:*
26. jun 2017.

Zaštitne mjere u prekršajnom zakonodavstvu Republike Srpske i Bosne i Hercegovine

Rezime: Zaštitne mjere (u krivičnom pravu mjere bezbjednosti) predstavljaju posebnu kategoriju prekršajnih sankcija kojima se otklanjaju okolnosti ili stanja usljed kojih bi učinilac prekršaja mogao da nastavi i ubuduće da čini prekršaje. Ova naročita, specijalno-preventivna svrha zaštitnih mjera, ostvaruje se otklanjanjem stanja (prevashodno psihičkih, kao što je, na primjer, zavisnost od alkohola ili droga) ili uslova (prije svega objektivnih, na primjer, prisustvo određenoj sportskoj priredbi) koji pogoduju činjenju prekršaja.

Zakonom o prekršajima Republike Srpske iz 2014. godine predviđene su sljedeće zaštitne mjere, i to: 1. oduzimanje predmeta, 2. zabrana vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti, 3. zabrana upravljanja motornim vozilom, 4. obavezno liječenje zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci, 5. obavezno psihijatrijsko liječenje, 6. zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama i 7. zabrana držanja i oduzimanje životinja.

Pored pobrojanih zaštitnih mjera, pojedinim zakonima koji propisuju prekršaje mogu se odrediti i dodatne, odnosno i neke druge vrste zaštitnih mjera. Upravo o zaštitnim mjerama biće riječi u ovom referatu.

Ključne riječi: prekršaji, prekršajne sankcije, zaštitne mjere, Republika Srpska.

*Prof. dr***Ljubinko Mitrović**

Ombudsmen za ljudska prava Bosne i Hercegovine i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog Univerziteta APEIRON u Banjoj Luci
ljubinko.n.mitrovic@apeiron-edu.eu
ljubinko58@gmail.com

*Mr***Jelena Kuprešanin**

UNICEF Konsultant u Ministarstvu zdravlja i socijalne zaštite Republike Srpske;
jelenakupresanin@yahoo.com

UVOD

U sistemu kaznenih (krivičnih i prekršajnih) sankcija svake savremene zemlje mjere bezbjednosti ili zaštitne mjere zauzimaju uvijek posebno mjesto. Zašto je to tako? Odgovor je lako naći ako se ima u vidu njihov pojam, odnosno činjenica da zaštitne mjere predstavljaju posebnu kategoriju prekršajnih sankcija kojima se otklanjaju određene okolnosti ili stanja usljed kojih bi učinilac prekršaja mogao da nastavi i ubuduće da čini prekršaje. Dakle, iz ove definicije sasvim je jasno i šta su to zaštitne mjere, ali i njihova naročita, tzv. specijalno-preventivna svrha. Svrha je, dakle zaštitnih mjera da se njihovom primjenom otklone stanja (prevashodno ona psihička, kao što je, na primjer, zavisnost od alkohola ili drugih opijata) ili uslovi (prije svega oni objektivni, na primjer, prisustvo određenoj sportskoj priredbi) koji pogoduju činjenju, odnosno ostvarenju prekršajnog djela.

Posljednjim Zakonom o prekršajima Republike Srpske iz 2014. godine¹ predviđene su sljedeće zaštitne mjere, i to: 1. oduzimanje predmeta, 2. zabrana vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti, 3. zabrana upravljanja motornim vozilom, 4. obavezno liječenje zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci, 5. obavezno psihijatrijsko liječenje, 6. zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama i 7. zabrana držanja i oduzimanje životinja.

Uz pobrojane, pojedinim zakonima koji propisuju prekršaje mogu se određivati i dodatne, odnosno i neke druge zaštitne mjere. Tako je primjera radi, u odredbi člana 23 Zakona o zaštiti od nasilja u porodici² propisano nekoliko dodatnih zaštitnih mjera, i to: udaljenje iz stana, kuće ili nekog drugog stambenog prostora, zabrana približavanja žrtvi nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici, zabrana uznemiravanja ili uhođenja žrtve nasilja u porodici ili porodičnoj zajednici, obavezan psihosocijalni tretman i obavezno liječenje od zavisnosti.

S druge strane, Zakonom o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine³ iz 2014. godine predviđene su sljedeće zaštitne mjere, i to: 1. oduzimanje predmeta, 2. zabrana vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti, 3. potpuna ili djelomična zabrana upravljanja motornim vozilom, 4. liječenje od ovisnosti i 5. zabrana pristupa oštećeniku, objektima ili mjestu izvršenja prekršaja. Skoro identično stanje je i u preostala dva prekršajna zakona u Bosni i Hercegovini. Naime, u Zakonu o prekršajima Brčko distrikta Bosne i Hercegovine⁴ i Zakonu o prekršajima u Bosni i Hercegovini⁵ propisane su sljedeće zaštitne mjere, i to: 1. oduzimanje predmeta, 2. zabrana vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti, 3. potpuna ili djelimična zabrana upravljanja motornim vozilom i 4. vanbolničko liječenje od zavisnosti.

Zaštitne mjere se propisivati isključivo zakonom, što nije slučaj sa ostalim prekršajnim sankcijama, odnosno prije svih novčanom kaznom.

U odnosu na kazne (novčanu i kaznu zatvora) zaštitne mjere se, odlikuju i posebnom svrhom koja se odnosi na njihovu primjenu: naime, one treba da otklone određene uzroke, odnosno određena stanja koja su pogodovala ili koja omogućavaju ili poticajno djeluju⁶ na učinjenje prekršaja i koja bi i ubuduće mogla uticati na učinioca da čini prekršajna djela. S druge strane, nadležni sud može rješenjem o prekršaju prema okrivljenom primijeniti (a ne izreći, jer se zaštitne mjere ne izriču kao kazne nego primjenjuju) jednu ili više zaštitnih mjera, svakako uz ispunjenje zakonskih uslova za njihovo primjenjivanje.

Zaštitne mjere su suplementarnog, odnosno dopunskog karaktera što opet znači da se one, u pravilu, primjenjuju uz kazne (najčešće uz novčanu kaznu), ukor, uslovnu osudu ili vaspitne mjere. No, samo izuzetno, zaštitne mjere se mogu primijeniti i samostalno, pod uslovom da je takva mogućnost propisana zakonom (primjera radi, Zakonom o pre-

¹ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 63/2014 i 110/2016.

² Službeni glasnik Republike Srpske, br. 102/2012; 108/2013 i 82/2015.

³ Službene novine Federacije BiH, broj 63/2014.

⁴ Službeni glasnik Brčko distrikta BiH, br.24/2007; 11/2012 i 6/2012.

⁵ Službeni glasnik BiH, br. 41/2007; 18/2012; 36/2014 i 81/2015.

⁶ Milivojević-Antoliš, L., *Prekršajno pravo i materijalnopravne odredbe prekršajnog zakona* (Narodne novine, 107/07), Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Hrvatske, Policijska akademija, Zagreb, 2012, str. 69.

kršajima Republike Srpske iz 2014. godine predviđeno je da se zaštitna mjera obaveznog psihijatrijskog liječenja može prema neuračunljivom učiniocu prekršaja primijeniti i samostalno).

Trajanje zaštitne mjere u konkretnoj situaciji određuje nadležni sud, imajući pri tome u vidu najkraći vremenski period koji je potreban da se okrivljeni učinilac prekršaja spriječi da učini sličan prekršaj. Osim toga, sud prilikom primjene određene zaštitne mjere uzima u obzir sve bitne okolnosti konkretnog slučaja, od kojih su, primjera radi, u prekršajnom zakonu navedene: težina prekršaja i njegove posljedice, stepen krivice okrivljenog, ranija osuđivanost okrivljenog (koja se utvrđuje na osnovu uvida u prekršajnu evidenciju), finansijska situacija okrivljenog, kao i okolnost da li je okrivljeni nakon izvršenja prekršaja iskazao kajanje.

Zaštitne mjere, i to samo neke od njih, a ne sve, uz sud, pod određenim uslovima mogu primjenjivati i ovlašćeni organi (policija, inspekcija, komunalna policija...). S obzirom na to, a za razliku od suda, ovlašćeni organ može izdati prekršajni nalog okrivljenom učiniocu prekršaja i prema njemu primijeniti samo jednu zaštitnu mjeru, i to "u najkraćem predviđenom trajanju" (ovdje se svakako radi o tzv. vremenskim zaštitnim mjerama, i to zabrane upravljanja motornim vozilom - u trajanju od 30 dana, odnosno zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama - u trajanju od godinu dana), kao i zaštitnu mjeru oduzimanja predmeta. Naravno, u svim slučajevima primjene ove druge zaštitne mjere, odnosno oduzimanja predmeta, a zahvaljujući zakonskom ovlašćenju na primjenu zaštitne mjere oduzimanja predmeta, ovlašćeni organ koji izdaje prekršajni nalog, poput suda koji donosi rješenje o prekršaju određuje, u skladu sa posebnim propisima, da li će se oduzeti predmeti uništiti, prodati ili predati odgovarajućem ovlašćenom organu. U svakom slučaju, sredstva ostvarena prodajom oduzetih predmeta pripadaju odgovarajućem budžetu.

Zakonom je propisan i postupak izvršenja primijenjenih zaštitnih mjera. Tako, nakon pravnosnažnosti i izvršnosti rješenja o prekršaju u kojem je određena konkretna zaštitna mjera, nadležni sud rješenje o prekršaju sa klauzulom pravnosnažnosti i izvršnosti dostavlja nadležnom organu za izvršenje konkretne zaštitne mjere (svakako radi izvršenja zaštitne mjere; primjera radi, rješenje o prekršaju u kojem je kažnjenom određena zaštitna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom sud će dostaviti nadležnom organu unutrašnjih poslova kako bi ovaj organ izvršio konkretnu zaštitnu mjeru - oduzimanjem i deponovanjem vozačke dozvole učinioca prekršaja kome je zabrana određena kod nadležnog organa unutrašnjih poslova⁷), a pod uslovom da sud nije ovlašćen da izvrši navedenu zaštitnu mjeru.

Prema zakonu, organ nadležan za izvršenje konkretne zaštitne mjere ima još jednu važnu obavezu: naime, on je dužan da zaštitnu mjeru određenu rješenjem o prekršaju evidentira u Registar novčanih kazni i zaštitnih mjera, te obavijesti nadležni sud koji je zaštitnu mjeru odredio o tome da li je konkretna zaštitna mjera izvršena i ukoliko nije, upozna sud i obrazloži zašto zaštitna mjera nije izvršena.

⁷ Mitrović, Lj. – Forca, S.: *Izvršenje prekršajnih sankcija*, Časopis za pravnu teoriju i praksu: Pravo i pravda, Udruženje sudija u Federaciji Bosne i Hercegovine, Godina XI, broj 1, Sarajevo, 2012. godine.

Zakonom kojim se propisuju, određuje se i primjena ove vrste prekršajnih sankcija, odnosno njihovo obavezno (obligatorno) ili fakultativno određivanje u konkretnom slučaju. Naime, ukoliko je propisano obavezno određivanje zaštitne mjere za određeni prekršaj, ona se mora u svakom konkretnom slučaju i primijeniti uz kaznu. Tako je, na primjer, predviđeno obavezno izricanje zaštitne mjere oduzimanja oružja, municije ili snajpera u slučajevima neprijavlivanja nadležnom organu nađenog oružja (član 35 stav 1 Zakona o oružju i municiji). Fakultativno propisane zaštitne mjere mogu se izreći uz kaznu, ukoliko sud ocijeni da bi to u konkretnom slučaju bilo potrebno (na primjer, zaštitna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom za pojedine, lakše saobraćajne prekršaje, s tim da je za teže saobraćajne prekršaje predviđeno obavezno izricanje navedene zaštitne mjere).

Interesantno rješenje zakonodavac je predvidio i u odredbi člana 59 stav 3 Zakona o prekršajima Republike Srpske prema kojoj se zaštitne mjere oduzimanja predmeta, obaveznog psihijatrijskog liječenja i obaveznog liječenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci, mogu izreći pod uslovima propisanim Zakonom o prekršajima Republike Srpske i kada nisu predviđene propisom kojim je određen prekršaj (radi se o diskrecionom pravu suda da, po potrebi, u konkretnoj situaciji izrekne neku od navedenih zaštitnih mjera premda to nije predviđeno propisom kojim je određen prekršaj).

Za razliku od drugih zaštitnih mjera koje se mogu primijeniti prema svim prekršajno odgovornim fizičkim licima, zaštitna mjera zabrane vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti ne može se primijeniti prema maloljetnom licu.

ODUZIMANJE PREDMETA

U svim prekršajnim (ali i krivičnim) zakonima u Bosni i Hercegovini predviđena je ova zaštitna mjera. Njenom primjenom oduzimaju se radi njihovog uništenja ili u korist države predmeti koji su upotrijebljeni ili su bili namijenjeni za izvršenje prekršaja (*instrumenta sceleris*), odnosno predmeti koji su nastali izvršenjem prekršaja (*producta sceleris*), svakako uz poštivanje opšteg pravila koje glasi: navedeni predmeti mogu se oduzeti samo pod uslovom da su svojina okrivljenog lica. No, od ovog opšteg pravila, zakonodavac predviđa i jedan izuzetak kada je dozvoljeno oduzimati i predmete koji nisu svojina okrivljenog, ukoliko postoje zakonom propisani razlozi za to, a ti razlozi su sljedeći: kada to zahtijevaju interesi opšte bezbjednosti; ukoliko postoji potreba čuvanja života i zdravlja ljudi; ako to zahtijeva bezbjednost robnog prometa; ukoliko to zahtijevaju razlozi javnog morala ili u onim situacijama kada postoji neki drugi razlog predviđen zakonom. Ovdje treba naglasiti da se oduzimanjem predmeta ne dira u pravo trećeg lica na naknadu štete od okrivljenog lica. Dakle, u slučaju da u prekršajnom postupku nadležni sud odredi zaštitnu mjeru oduzimanja predmeta čiji vlasnik nije učinilac prekršaja, stvarni vlasnik predmeta koji je oduzet ima pravo tražiti naknadu štete od učinioca prekršaja. Zaštitna mjera pod nazivom oduzimanje predmeta, po pravilu, određuje se rješenjem o prekršaju, najčešće uz kaznu (novčanu kaznu ili kaznu zatvora), s tim da se ona može odrediti i uz uslovnu osudu, ukor ili vaspitnu mjeru (suplementarni karakter ove mjere). Od prednjeg pravila postoji i jedan izuzetak: naime, ukoliko to zahtijevaju interesi opšte bezbjednosti ili razlozi morala, kao i u drugim slučajevima koji su određeni posebnim zakonom, zaštitnu mjeru oduzimanja predmeta sud može odrediti i u onim situacijama kada

okrivljenog ne oglasi odgovornim za prekršaj (dakle, kada sud ne donese rješenje kojim se okrivljeni oglašava odgovornim). U ovakvim situacijama zaštitna mjera oduzimanja predmeta određuje se kao samostalna prekršajna sankcija, s tim da nadležni sud i u ovom slučaju donosi posebno rješenje na koje okrivljeni ima pravo žalbe u roku od osam dana od dana prijema rješenja.

Onaj ko primjenjuje u prekršajnom postupku ovu zaštitnu mjeru (a to može biti nadležni sud koji je donio rješenje o prekršaju kojim je okrivljeni kažnjen, odnosno ovlašćeni organ koji je izdao prekršajni nalog u kojima je određeno oduzimanje predmeta) određiće, a u skladu sa posebnim propisima, na koji će se način postupiti sa prethodno oduzetim predmetima (primjera radi, uništenje, prodaja ili predaja odgovarajućem ovlašćenom organu), s tim da novčana sredstva ostvarena prodajom oduzetih predmeta pripadaju odgovarajućem budžetu (budžetu Republike Srpske, Bosne i Hercegovine, odnosno budžetima jedinica lokalne samouprave). Primjena zaštitne mjere oduzimanja predmeta u prekršajnom postupku je, u pravilu, fakultativna, s tim da se posebnim zakonom kojim se određuje prekršaj (i za njega ova zaštitna mjera) može predvidjeti i njeno obavezno određivanje (tako je odredbom člana 35 stav 1 Zakona o oružju i municiji predviđena obavezna primjena zaštitne mjere oduzimanja oružja, municije ili snajpera u slučajevima neprijavlivanja nadležnom organu nađenog oružja).

Ako okrivljeno fizičko ili pravno lice uništi ili otuđi predmete prekršajnog djela prije ili u toku prekršajnog postupka ili se predmeti prekršaja ne mogu obezbijediti u prekršajnom postupku, odnosno ako se predmeti prekršaja ne mogu pronaći (smatra se da predmeti prekršaja nisu pronađeni ukoliko se iz bilo kojeg razloga ne mogu oduzeti), sud okrivljenom licu na prijedlog ovlašćenog podnosioca zahtjeva za pokretanje prekršajnog postupka može odrediti mjeru naplate njihove novčane protivrijednosti.

Ovu zaštitnu mjeru treba razlikovati od oduzimanja predmeta kao dokaza u prekršajnom postupku (*corpora delicti*), ili od oduzimanja predmeta radi obezbjeđenja eventualnog potraživanja (na primjer, radi naknade štete). Primjera radi, kao dokaz u prekršajnom postupku oduzima se tuđa lična karta sa kojom je izvršen prekršaj čija se radnja sastoji u "korišćenju lične karte drugog lica s ciljem pribavljanja bilo kakve koristi ili prava", a prethodno oduzimanje drveta od okrivljenog koji je posjekao određenu količinu drveta u državnoj šumi ima funkciju obezbjeđenja kasnijeg odštetnog zahtjeva oštećeneog preduzeća koje se bavi eksploatacijom šuma.

ZABRANA VRŠENJA POZIVA, DJELATNOSTI ILI DUŽNOSTI

U sistemu zaštitnih mjera u Republici Srpskoj (a i u ostala tri prekršajna zakona u Bosni i Hercegovini) predviđene su i četiri vrste zaštitnih mjera, tzv. zabrana, od kojih je zabrana vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti prva od njih. Ova zaštitna mjera koju određuje isključivo nadležni sud rješenjem o prekršaju sastoji se u privremenoj zabrani vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti okrivljenom fizičkom ili pravnom licu, a za vremenski period do šest mjeseci.

Zaštitna mjera zabrane vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti može se (a ne mora,

iz čega proizilazi njena fakultativnost) primijeniti prema onom učiniocu prekršajnog djela koji je fizičko lice pod sljedećim, kumulativno postavljenim uslovima, i to: 1) da je učinilac prekršaja obavljajući konkretni poziv, djelatnost ili dužnost izvršio određeni prekršaj i 2) ukoliko sud tokom prekršajnog postupka ustanovi (stekne utisak) da bi dopuštanje, odnosno omogućavanje okrivljenom fizičkom licu da i dalje obavlja navedeni poziv, djelatnost ili dužnost moglo dovesti do izvršenja novog prekršaja u budućnosti.

Prema slovu zakonu, zaštitna mjera zabrane vršenja određene djelatnosti može se primijeniti i prema okrivljenom pravnom licu. Tako se ova mjera određena od strane suda prema okrivljenom pravnom licu sastoji u privremenoj zabrani vršenja određene djelatnosti tog pravnog lica, odnosno zatvaranju poslovnih prostorija ili nekim drugim ograničenjima u vršenju poslovne djelatnosti okrivljenog pravnog lica. No, i ovako određena zaštitna mjera zabrane takođe može trajati do šest mjeseci. Sud prilikom donošenja odluke o njenoj primjeni mora voditi računa o samo jednom uslovu: naime, svrha njene primjene jeste da se na ovaj način sprečava pravno lice u budućem činjenju prekršaja.

Zabrana vršenja poziva, djelatnosti ili dužnosti teče od dana pravnosnažnosti rješenja o prekršaju.

ZABRANA UPRAVLJANJA MOTORNIM VOZILOM

U našoj svakodnevnoj praksi najčešća zaštitna mjera zabrane odnosi se na zabranu učiniocu prekršaja da upravlja motornim vozilom. Ovu zaštitnu mjeru u Bosni i Hercegovini primjenjuju sudovi, ali i ovlašćeni organi (policija) što izaziva značajne polemike, pa i neslaganja dijela stručne javnosti. Inače, ovi organi mogu određivati navedenu zaštitnu mjeru učiniocu prekršaja isključivo za prekršaje izvršene u saobraćaju.

U čemu se sastoji ova mjera? Zaštitna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom se sastoji u privremenoj (na određeno vrijeme, a ne trajno kao što je to slučaj u nekim zakonodavstvima, i što možda ima i svog opravdanja, pogotovo za slučajeve povratništva i teškog ugrožavanja bezbjednosti saobraćaja) i potpunoj zabrani upravljanja motornim vozilom (potpunost podrazumijeva nemogućnost okrivljenog, odnosno kažnjenog da određeno vrijeme upravlja motornim vozilom određene ili svih kategorija). Privremenost ove zabrane, dakle podrazumijeva da se njeno trajanje opredjeljuje na vrijeme određeno rješenjem o prekršaju koje donosi sud, odnosno na vrijeme određeno izdatim prekršajnim nalogom. Inače, trajanje zaštitne mjere zabrane upravljanja motornim vozilom određuje sud za konkretan prekršaj, a u okvirima koji su zakonom određeni, odnosno u trajanju od najmanje 30 dana do jedne godine. S druge strane, ovlašćeni organ ukoliko se odluči da primijeni ovu zaštitnu mjeru, on je određuje u trajanju od 30 dana (ne može odrediti ni duže ni kraće njeno trajanje).

Ukoliko se odluče u pogledu primjene ove zaštitne mjere, sud, odnosno ovlašćeni organ mogu rješenjem o prekršaju, odnosno izdatim prekršajnim nalogom vozaču motornog vozila odrediti: a) zabranu upravljanja svim kategorijama motornih vozila ili b) zabranu upravljanja određenom vrstom ili određenom kategorijom motornih vozila (primjera radi, zabranu upravljanja motornim vozilom "B" kategorije, svakako uz mogućnost da navedeni

vozač upravlja motornim vozilom "C" ili "D" kategorije), ali i u jednom i u drugom slučaju, u trajanju od 30 dana do jedne godine⁸.

Osim što se u Zakonu o prekršajima Republike Srpske navodi da se zaštitna mjera zabrane upravljanja motornim vozilom određuje kao sankcija za prekršaj počinjen u saobraćaju, podrazumijeva se da će sud primijeniti zabranu upravljanja motornim vozilom ukoliko okolnosti pod kojima je prekršajno djelo izvršeno ili ranije kršenje saobraćajnih propisa od strane učinioца prekršaja ukazuju na to da postoji opasnost da će on upravljajući motornim vozilom ponovo izvršiti prekršaj. Isto tako, prilikom odlučivanja o zaštitnoj mjeri, sud, odnosno ovlašćeni organ imaće u vidu i činjenicu da li je učinilac prekršaja po zanimanju vozač motornog vozila, kao i koju kategoriju vozačke dozvole posjeduje.

Za izvršenje ove zaštitne mjere (ali i mjere bezbjednosti pod nazivom zabrana upravljanja motornim vozilom koju primjenjuje sud u krivičnom postupku, a čije trajanje može da se kreće u rasponu od najmanje tri mjeseca do pet godina računajući od dana pravno-snažnosti odluke o njenom određivanju) nadležan je onaj organ koji vozača, odnosno vozača-instruktora kojima je određena neka od ovih mjera vodi u evidenciji vozača u skladu sa Zakonom o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini⁹. Dakle, za slučaj određivanja neke od ovih mjera zabrane, nadležni organ vrši oduzimanje i deponovanje vozačke dozvole, za ono vrijeme dok zabrana upravljanja motornim vozilom traje. U Republici Srpskoj, trajanje zaštitne mjere zabrane upravljanja motornim vozilom računa se od dana deponovanja vozačke dozvole kod nadležne organizacione jedinice Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske. U slučaju da se vozač, nakon prijema poziva da dostavi vozačku dozvolu radi izvršenja zaštitne mjere zabrane upravljanja motornim vozilom, ne odazove pozivu, nadležni organ donijeće zaključak o prinudnom oduzimanju vozačke dozvole.

Ova zaštitna mjera najčešće se primjenjuje prema učinioцима prekršaja koji su upravljali motornim vozilom u drumskom saobraćaju. Međutim, zaštitnu mjeru identičnog sadržaja i karaktera primijenije sud i kada zabranjuje upravljanje plovnicima u vodenom saobraćaju ili letjelicama u vazдушnom saobraćaju¹⁰.

Kao posljedicu dodijeljenih kaznenih poena zbog izvršenih saobraćajnih prekršaja, u skladu sa Zakonom o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini, sud može učinioци prekršaja izreći zaštitnu mjeru zabrane upravljanja motornim

⁸ Okolnost da je okrivljeni vozač po zanimanju može se cijjeniti kao olakšavajuća u smislu izricanja zaštitne mjere zabrane upravljanja motornim vozilima. To iz razloga jer je okrivljeni profesionalni vozač, koji na temelju svog zanimanja stiče prihode za život, pa bi izricanje zaštitne mjere zabrana upravljanja motornim vozilima B kategorije lišilo okrivljenog mogućnosti obavljanja svog posla i sticanja sredstava za život, što svakako nije smisao navedene zaštitne mjere (vidjeti: rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci, broj: Pžp-1018/08 od 12. decembra 2008. godine).

⁹ Izvršenje ove zaštitne mjere, odnosno deponovanje vozačke dozvole radi njenog izvršenja vrši se u skladu sa odredbama Pravilnika o vozačkoj dozvoli (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj 13/2007).

¹⁰ Zabrana upravljanja motornim vozilom može se izreći i vozaču motornog vozila u vodenom saobraćaju (Vrhovni sud Srbije, Kž. 154/87 od 17. aprila 1987. godine).

vozilom. Pri tome, sud, odnosno ovlašćeni organ ne mogu promijeniti broj kaznenih poena koji se zaračunavaju automatski kao rezultat odgovornosti za prekršaj u skladu sa Zakonom o bezbjednosti saobraćaja na putevima Republike Srpske¹¹ i Zakonom o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini¹².

OBAVEZNO LIJEČENJE ZAVISNIKA OD ALKOHOLA I PSIHOAKTIVNIH SUPSTANCI

Ova zaštitna mjera pripada grupi tzv. kurativnih ili medicinskih zaštitnih mjera. Prema zakonodavcu, ona se može (u zakonskom tekstu se kaže može, a naziv mjere je obavezno liječenje što nas dovodi u dilemu oko obaveznosti primjene ove mjere) primijeniti prema fizičkom licu, učiniocu prekršaja uz kumulativno ispunjenje tri posebna uslova, i to: a) učinilac prekršaja mora biti zavisnik od alkohola ili psihoaktivnih supstanci, b) da se radi o fizičkom licu koje je izvršilo prekršaj usljed zavisnosti od "stalne" upotrebe alkohola ili psihoaktivnih supstanci (dakle, da je prekršaj učinjen usljed zavisnosti od stalne upotrebe pijata, odnosno da postoji kauzalitet između izvršenog prekršaja i zavisnosti) i v) da se radi o učiniocu prekršaja kod koga postoji opasnost da će usljed navedene zavisnosti i dalje da čini prekršaje. Sud tokom postupka ima obavezu da utvrdi ispunjenje navedenih uslova, a to opet podrazumijeva njegovu obavezu da utvrdi stanje okrivljenog fizičkog lica koje je učinilo prekršaj, odnosno njegovu zavisnost od alkohola ili psihoaktivnih supstanci koje je on duže vrijeme i kontinuirano upotrebljavao, pa je usljed takve zavisnosti učinio prekršaj.

S druge strane, potrebu za liječenjem učinioca prekršaja od zavisnosti, sud procjenjuje prije nego što uopšte odredi ovu zaštitnu mjeru, svakako imajući pri tome u vidu pribavljeno mišljenje vještaka, odnosno nadležne zdravstvene organizacije. Nakon toga, i u slučaju da se opredijeli na primjenu ove zaštitne mjere, sud će učiniocu prekršaja, rješenjem o prekršaju naložiti obavezno liječenje u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi (rješenjem će odrediti i ustanovu u kojoj će se mjera izvršiti). Međutim, ukoliko učinilac prekršaja bez opravdanih razloga odbije liječenje koje mu je rješenjem o prekršaju odredio sud, zaštitna mjera će se izvršiti prinudnim putem.

Liječenje zavisnika, učinioca prekršaja može trajati tokom određenog perioda (naime, vrijeme liječenja, odnosno trajanje ove zaštitne mjere određuje se u rješenju o prekršaju), ili sve dok zdravstvena organizacija ne ustanovi da ne postoji potreba za daljim liječenjem učinioca prekršaja. Zakonodavac ipak, određuje i maksimalno trajanje ove zaštitne mjere, te shodno tome zaštitna mjera obaveznog liječenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci ni u kom slučaju ne može trajati duže od jedne godine. No, izvršenje ove medicinske mjere će se obustaviti i prije isteka vremena određenog u rješenju o prekršaju, uz uslov da zdravstvena organizacija ustanovi da je liječenje završeno.

OBAVEZNO PSIHIJATRIJSKO LIJEČENJE

Ovu zaštitnu mjeru nije predviđalo naše ranije prekršajno zakonodavstvo. Obavezno psihijatrijsko liječenje¹³, uz već pomenuto obavezno liječenje zavisnika od alkohola i psihoaktivnih

¹¹ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 63/2011.

¹² Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br.6/2006; 75/2006; 44/2007; 84/2009; 48/2010; 18/2013 i 8/2017.

¹³ Uz već postojeće četiri zaštitne mjere (predviđene po prvi put Zakonom o prekršajima Republike

supstanci predstavlja medicinsku, kurativnu zaštitnu mjeru, odnosno zaštitnu mjeru medicinskog karaktera, koja ima za cilj, između ostalog i psihijatrijsko liječenje učinioca prekršaja. Ova zaštitna mjera primjenjuje se, prije svega prema fizičkom licu, učiniocu prekršaja koji je u stanju neuračunljivosti učinio prekršaj, s tim da se može primijeniti i prema bitno smanjeno uračunljivom licu.

Prema zakonu, učiniocu prekršaja koji je u stanju neuračunljivosti učinio prekršajno djelo, sud će odrediti obavezno psihijatrijsko liječenje pod uslovom da u prekršajnom postupku utvrdi da postoji ozbiljna opasnost da učinilac ponovi prekršaj, s tim da je radi otklanjanja navedene opasnosti potrebno psihijatrijsko liječenje učinioca prekršaja. Sud će, dakle, obavezno odrediti ovu medicinsku zaštitnu mjeru ukoliko su kumulativno ispunjeni sljedeći uslovi za njenu primjenu, i to: 1) da je učinilac prekršaja učinio prekršaj u stanju neuračunljivosti, odnosno da je učinilac prekršaja u vrijeme izvršenja prekršaja bio neuračunljiv, 2) da sud utvrdi postojanje ozbiljne opasnosti od ponovnog činjavanja prekršaja i 3) da je psihijatrijsko liječenje učinioca prekršaja potrebno kako bi se otklonila učiniočeva opasnost od ponovnog činjavanja prekršaja. Treći uslov podrazumijeva uvjerenje suda da je za otklanjanje opasnog stanja učinioca prekršajnog djela potrebno liječenje njegovog učinioca. Odluku o tome sud donosi na osnovu stručnog mišljenja vještaka.

U svakom slučaju, sud je dužan da u svojoj konkretnoj sudskoj odluci kojom određuje ovu zaštitnu mjeru utvrdi postojanje svih navedenih uslova, s tim da treba istaći da je određivanje ove zaštitne mjere obavezno, naravno ukoliko su kumulativno ispunjeni svi pobrojani uslovi. Zaštitna mjera obaveznog psihijatrijskog liječenja određuje se, u pravilu, uz kaznu, uslovnu osudu, ukor ili vaspitnu mjeru (ona je dakle, dopunska prekršajna sankcija), s tim da se ova medicinska zaštitna mjera može izreći neuračunljivom učiniocu prekršaja i samostalno. Cilj primjene ove kurativne zaštitne mjere jeste dvojake prirode i on podrazumijeva: 1) preduzimanje liječenja učinioca prekršaja s ciljem da se liječi njegova psihička poremećenost koja je i dovela do stanja neuračunljivosti učinioca prekršaja. Postojanje opasnosti učinioca od ponovnog činjavanja prekršaja i potrebu za liječenjem učinioca prekršaja u svakom konkretnom slučaju cijeni vještak psihijatar koji u svom nalazu i mišljenju mora dati ocjenu psihičkog stanja učinioca u vrijeme izvršenja prekršaja, prognozu njegovog budućeg ponašanja i procjenu potrebe za odgovarajućim liječenjem i 2) da se izolacijom učinioca prekršaja koje je neuračunljivo lice zaštiti društvo, odnosno društvena dobra i vrijednosti od daljeg činjavanja prekršaja. Zaštitnu mjeru obaveznog psihijatrijskog liječenja sud može izreći i u onim slučajevima kada, na osnovu nalaza i mišljenja vještaka, utvrdi da je učinilac prekršaj učinio u stanju bitno smanjene uračunljivosti, pod uslovom da postoji opasnost da bi uzroci takvog stanja mogli i ubuduće djelovati na učinioca prekršaja da učini novi prekršaj i ako mu je izrečena novčana kazna, uslovna osuda, ukor ili je učinilac prekršaja oslobođen od kazne.

U pogledu mjesta izvršenja ove zaštitne mjere, zakonodavac predviđa da se obavezno psihijatrijsko liječenje sprovodi van zdravstvene ustanove, s tim da se radi uspješnijeg lije-

Srpske iz 2006. godine), najnoviji Zakon o prekršajima Republike Srpske, u odredbama čl. 65, 66 i 67, a po uzoru na uporedno, prije svega prekršajno zakonodavstvo Republike Srbije, predviđa još tri nove zaštitne mjere, i to: 1. obavezno psihijatrijsko liječenje, 2. zabranu prisustvovanja određenim sportskim priredbama i 3. zabranu držanja i oduzimanje životinja.

čenja može odrediti da se povremeno liječenje sprovede i u zdravstvenoj ustanovi. U ovom drugom slučaju, neprekidno liječenje u zdravstvenoj ustanovi ne može trajati duže od 15 dana, s tim da može biti preduzeto najviše dva puta u toku jedne godine.

Kada je u pitanju trajanje ove zaštitne mjere, sud prilikom njenog izricanja ne određuje mjeru u određenom trajanju, već ona traje sve dok postoji potreba za liječenjem učinioa prekršaja, ali najduže do jedne godine. Ukoliko se učinilac prekršaja ne podvrgne psihijatrijskom liječenju van zdravstvene ustanove ili liječenje samovoljno napusti, sud može odrediti da se ova zaštitna mjera sprovede u zdravstvenoj ustanovi, svakako uz ispunjenje uslova predviđenih Zakonom o prekršajima Republike Srpske.

ZABRANA PRISUSTVOVANJA ODREĐENIM SPORTSKIM PRIREDBAMA

Nasilje na sportskim priredbama predstavlja ozbiljan problem ogromnog broja zemalja u svijetu. Slično stanje je i u Republici Srpskoj, odnosno Bosni i Hercegovini, u kojoj, sa normativno-pravnog aspekta posmatrano, postoji niz pravnih propisa kojima se nastoje spriječiti svi negativni efekti neprimjerenih, i često puta rušilačkih ponašanja na sportskim priredbama. Posebnu ulogu i zadatak svakako ima Zakon o sprečavanju nasilja na sportskim priredbama¹⁴ u kojem se, na jednom mjestu, detaljnije propisuju mjere za sprečavanje nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, mjere za obezbjeđenje zaštite gledalaca, igrača i drugih učesnika sportskih priredbi, prava i dužnosti organizatora sportskih priredbi, kao i ovlašćenja pojedinih organa i odgovornosti za one koji se ne pridržavaju zakona.

S druge strane, propisivanjem posebne zaštitne mjere koja nosi naziv zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama u Zakonu o prekršajima Republike Srpske iz 2014. godine zakonodavac u Republici Srpskoj je obezbijedio normativni okvir sankcionisanja svih onih učinilaca prekršaja koji se na različite načine, ali u svakom slučaju nasilno i nedolično ponašaju na sportskim priredbama.

Primjenom ove zaštitne mjere učiniocu prekršaja se postavljaju određene zabrane, odnosno ograničenja u njegovom ponašanju. Naime, zaštitna mjera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama sastoji se u zabrani koju sud ili ovlašćeni organ izriču učiniocu prekršaja, fizičkom licu da prisustvuje određenim (ne svim) sportskim priredbama, a za određeni period¹⁵. U svakom slučaju, ova zaštitna mjera se primjenjuje radi

¹⁴ Zakonom o sprečavanju nasilja na sportskim priredbama (Službeni glasnik Republike Srpske, broj 106/2015), predviđeno je novčano kažnjavanje fizičkog lica (novčanom kaznom od 600 do 1.500 KM ili kaznom zatvora od 30 do 60 dana), učesnika sportske priredbe za niz nedopuštenih ponašanja na sportskoj priredbi. Uz izrečenu novčanu kaznu, fizičkom licu može se odrediti i zaštitna mjera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama u trajanju od godinu do dvije godine.

¹⁵ Krivičnim zakonom Republike Srbije, u odredbi člana 89b predviđena je mjera bezbjednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama: Ova mjera je uvedena u krivično zakonodavstvo Republike Srbije kako bi se, ne samo strogim kaznama, pojačao efekat borbe društva u suzbijanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama ili na javnom skupu. Ovom mjerom bezbjednosti izrazito specijalnog karaktera sud može učiniocu krivičnog djela da izrekne zabranu prisustvovanja određenim sportskim priredbama kada je to neophodno radi

sprečavanja opasnosti koja potiče od određenog lica od ponavljanja prekršaja. I ova zaštitna mjera je suplementarnog (dopunskog) karaktera i izriče se, u pravilu, uz kaznu, uslovnu osudu, ukor ili vaspitnu mjeru.

Kada je u pitanju trajanje ove zaštitne mjere, sud, odnosno ovlašćeni organ ovu mjeru zabrane mogu odrediti u trajanju od najmanje jedne godine do tri godine, s tim da se vrijeme koje je učinilac prekršaja proveo na izdržavanju kazne zatvora ne uračunava u njeno trajanje. Kažnjenom fizičkom licu kome je pravnosnažnim rješenjem o prekršaju ili izvršnim prekršajnim nalogom određena mjera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama, a koje postupi protivno zabrani prisustvovanja sportskoj priredbi (i ipak prisustvuje određenoj sportskoj priredbi), izreći će se prekršajna sankcija (novčana kazna i zaštitna mjera), u skladu sa Zakonom o sprečavanju nasilja na sportskim priredbama.

Primjena ove zaštitne mjere je, u pravilu, fakultativna (što znači da njena primjena zavisi od nahođenja suda, odnosno mišljenja ovlašćenog organa u konkretnom slučaju). Međutim, treba naglasiti da se posebnim zakonom (odnosno, prije svega Zakonom o sprečavanju nasilja na sportskim priredbama) kojim se propisuju prekršaji na sportskim priredbama može predvidjeti i obavezno određivanje (odnosno primjena) zaštitne mjere zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama.

ZABRANA DRŽANJA I ODUZIMANJE ŽIVOTINJA

Uvođenje ove zaštitne mjere u prekršajno zakonodavstvo Republike Srpske 2014. godine predstavlja važnu novinu. Naime, do donošenja posljednjeg Zakona o prekršajima Republike Srpske ovu mjeru u bilo kojem obliku nije predviđalo naše kazneno zakonodavstvo. Mjera zabrane držanja i oduzimanja životinja sadržinski posmatrana predstavlja kombinaciju dvije sljedeće zaštitne mjere zabrana, i to: a) zabranu držanja životinje ili više životinja i b) oduzimanje predmeta prekršaja, odnosno oduzimanje životinje ili životinja. Prvi oblik ove zaštitne mjere koji određuje sud uz faktičko oduzimanje određene životinje (ako učinilac prekršaja posjeduje životinju) ili samostalno podrazumijeva zabranu držanja jedne, više, odnosno svih vrsta životinja fizičkom licu koje je proglašeno odgovornim za prekršaj iz oblasti zaštite dobrobiti životinja (u pravilu, zbog zlostavljanja životinja). Svrha, ali i zakonski uslov njene primjene dosta je specifičan i on ima za cilj sprečavanje učinioca prekršaja da ponovo počini prekršaj, odnosno da na drugi način ugrožava dobrobit životinja. Ova zaštitna mjera može se odnositi na zabranu držanja jedne, više, odnosno svih vrsta životinja, a određuje se učiniocu prekršaja, fizičkom licu u rješenju o prekršaju (u pravilu, uz novčanu kaznu). S druge strane, zakonodavac u istoj odredbi predviđa i drugi oblik ove zaštitne mjere čijom primjenom se oduzima konkretna životinja od učinioca prekršaja - vlasnika ili držaoca životinje koji je proglašen odgovornim za prekršaj iz oblasti zaštite dobrobiti životinja. Cilj oduzimanja konkretne životinje, a samim tim i svrha primijenjene zaštitne mjere jeste sprečavanje učinioca prekršaja da ponovi pre-

zaštite opšte bezbjednosti. Ona se izriče učiniocima određenih krivičnih djela - krivičnih djela koja su povezana sa nasiljem na sportskim priredbama - vidjeti više u: Mitrović, Lj. - Jovašević, D.: *Suzbijanje nasilja navijača na sportskim priredbama u Republici Srbiji*, Zbornik radova sa Četvrte međunarodne konferencije pod nazivom: Sportske nauke i zdravlje, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine.

kršaj, odnosno da na drugi način nastavi da ugrožava dobrobit prije svega te, ali i svih drugih životinja (humanost postupanja prema životinjama kao živom biću). I ova zaštitna mjera je dopunskog karaktera i ona se primjenjuje isključivo uz kaznu (u pravilu), uslovnu osudu, ukor ili vaspitnu mjeru. S obzirom na to, uslov za njenu primjenu jeste da je učinilac prekršaja prethodno proglašen odgovornim za navedeni prekršaj.

Nadležni sud u rješenju o prekršaju određuje, u skladu sa posebnim propisima, postupanje sa oduzetom životinjom, odnosno da li će se oduzeta životinja ili više njih predati nadležnim prihvatilištima za životinje ili zainteresovanoj organizaciji.

Određivanje ove zaštitne mjere je, u pravilu, fakultativno. No, posebnim zakonom kojim se određuju prekršaji koji se odnose na zaštitu i dobrobit životinja može se predvidjeti i obavezno izricanje zaštitne mjere zabrane držanja svih, odnosno pojedinih vrsta životinja, kao i zaštitne mjere oduzimanja životinja.

U pogledu trajanja ove zaštitne mjere treba naglasiti da se mjera zabrane držanja životinja, odnosno njihovo oduzimanje može izreći u trajanju od jedne godine do tri godine, računajući od dana pravnosnažnosti rješenja o prekršaju, s tim da se zaštitna mjera zabrane držanja svih ili pojedinih vrsta životinja prema posebnom propisu kojim se određuju prekršaji koji imaju za cilj zaštitu i dobrobit životinja može izreći i trajno.

Licu kome je pravnosnažnim rješenjem o prekršaju izrečena mjera zabrane držanja životinja, a koje postupi protivno navedenoj zabrani (pa ipak drži životinje čije mu je držanje zabranjeno), izreći će se prekršajna sankcija propisana Zakonom o zaštiti i dobrobiti životinja¹⁶.

ZAKLJUČAK

Prekršaji se definišu kao protivpravna djela koja predstavljaju kršenje javnog poretka ili propisa o ekonomskom i finansijskom poslovanju utvrđena zakonom ili drugim propisom, za koja su određena obilježja, i za koja su propisane sankcije. Prilikom propisivanja prekršaja i prekršajnih sankcija, poštuje se načelo odgovornosti i zakonitosti, prema kome se ističe da nikome ne može biti izrečena prekršajna sankcija ako nije odgovoran za učinjeni prekršaj.

Pravilima prekršajnog postupka omogućava se pravično vođenje prekršajnog postupka, zaštita ljudskih prava, pravilno utvrđivanje činjenica i zakonito odlučivanje o prekršajnoj odgovornosti, tako da niko nevin ne bude kažnjen, a da se učiniocu prekršaja izrekne kazna ili da se prema njemu primijeni neka druga prekršajna sankcija.

Zaštitne mjere su oblik prekršajnih sankcija i mogu se izreći kao jedna ili više njih, a iste se mogu primijeniti uz izrečenu kaznu, uslovnu osudu, ukor ili vaspitnu mjeru. Naročit značaj ovih mjera se ogleda u ostvarivanju specijalne prevencije, odnosno, njenoj konkretizaciji i usmjeravanju ka licu koje je učinilo prekršaj. Ovaj vid prevencije direktno implicira djelovanje na otklanjanje stanja i uslova koji su pogodni za činjenje prekršaja, kao i na jačanje kazneno-pravnog sistema i društvenih vrijednosti.

¹⁶ Službeni glasnik Republike Srpske, br. 111/2008.

LITERATURA:

- Krivični zakon Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/2005; 88/2005 – ispr.; 107/2005 – ispr.; 72/2009; 111/2009; 121/2012; 104/2013; 108/2014 i 94/2016.
- Milivojević-Antoliš, L., *Prekršajno pravo i materijalnopravne odredbe prekršajnog zakona* (Narodne novine, 107/07), Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Hrvatske, Policijska akademija, Zagreb, 2012. godine.
- Mitrović, Lj. – Forca, S.: *Izvršenje prekršajnih sankcija*, Časopis za pravnu teoriju i praksu: Pravo i pravda, Udruženje sudija u Federaciji Bosne i Hercegovine, Godina XI, broj 1, Sarajevo, 2012. godine.
- Mitrović, Lj. - Jovašević, D.: *Suzbijanje nasilja navijača na sportskim priredbama u Republici Srbiji*, Zbornik radova sa Četvrte međunarodne konferencije pod nazivom: Sportske nauke i zdravlje, Panevropski univerzitet APEIRON, Banja Luka, 2014. godine.
- Pravilnik o vozačkoj dozvoli, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, broj 13/2007.
- Zakon o bezbjednosti saobraćaja na putevima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 63/2011.
- Zakon o oružju i municiji, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 26/2016.
- Zakon o osnovama bezbjednosti saobraćaja na putevima u Bosni i Hercegovini Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 6/2006; 75/2006; 44/2007; 84/2009; 48/2010; 18/2013 i 8/2017.
- Zakon o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH, broj 63/2014.
- Zakon o prekršajima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 63/2014 i 110/2016.
- Zakon o sprečavanju nasilja na sportskim priredbama, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 106/2015.
- Zakon o zaštiti i dobrobiti životinja, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 111/2008.
- Zakon o zaštiti od nasilja u porodici, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 102/2012; 108/2013 i 82/2015.

Prof. Ljubinko Mitrović Ph.D

Human Rights Ombudsman of Bosnia and Herzegovina and Associate Professor at the Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University APEIRON in Banja Luka, ljubinko.n.mitrovic@apeiron-edu.eu

Jelena Kuprešanin LLM

UNICEF Consultant at the Ministry of Health and Social Welfare of Republika Srpska; jelenakupresanin@yahoo.com

Protective Measures in Misdemeanor Legislations of the Republic of Srpska and Republic of Bosnia and Herzegovina

Abstract: Protective measures (in criminal law referred to as security measures) constitute a special category of misdemeanor sanctions to remedy circumstances or situations which could lead the perpetrator to repeat misdemeanor offences. This special and preventive purpose of these measures is implemented by elimination of states (primarily psychological, such as, for instance drug or alcohol addiction) or conditions (primarily objective ones, for instance, presence at sports events) that favor perpetration of offences.

Law on Misdemeanor Offences of Republika Srpska adopted in 2014 foresees the following protective measures: 1. seizure of items, 2. Prohibition to practice a profession, business activity or duty, 3. Suspension of driver's license, 4. Mandatory alcohol and psychoactive substance addiction treatment, 5. Mandatory psychiatric treatment, 6. ban from attending the certain sports events 7. ban from keeping and seizure of animals.

In addition to the listed protective measures, some pieces of legislation dealing with misdemeanor offences can foresee some additional or other types of protective measures. This paper deals with these protective measures in more detail.

Key words: misdemeanor, misdemeanor sanctions, protective measures, Republika Srpska.

DOI: 10.7251/GFP1707041B

UDC: 347.61/.68

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
30. maj 2017.*Datum prihvatanja rada:*
28. jun 2017.

Pojam i pravna priroda zakonskog izdržavanja

Rezime: Autor u radu razgraničava obavezu izdržavanja propisanu Porodičnim zakonom Republike Srpske (PZ) od obaveze izdržavanja koja nastaje na osnovu pravnog posla (ugovora o doživotnom izdržavanju, ugovora o izdržavanju, ugovora o ustupanju i raspodeli imovine za života ili testamenta). Ističe da obaveza izdržavanja propisana PZ ne nastaje direktno na osnovu zakona nego na osnovu činjenica propisanih zakonom. Smatra da je obli-gacija izdržavanja propisana PZ novčana (izuzetno nenovčana), dugotrajna, pozitivna, po rodu određena, utuživa, djeljiva, veza-na za ličnost, prinudna i nezastariva. Osim toga, to je obligacija koja se osniva na odluci suda od podnošenja tužbe. U slučaju da je za izdržavanje doprinisilo lice koje nije po zakonu na to obave-zno, primljeni iznosi izdržavanja se ne vraćaju. Visina izdržavanja menja se odlukom suda ili sporazumom, a redosled lica koja su dužna davati izdržavanje određen je Porodičnim zakonom.

Ključne reči: zakonsko izdržavanje; poverilac izdržavanja; duž-nik izdržavanja; pravna priroda izdržavanja; pravni posao kao izvor izdržavanja.

*prof. dr***Ilija Babić***Redovni profesor Fakulteta
pravnih nauka Panevropski
univerzitet APEIRON
Banja Luka
babic.iliya@yahoo.com*

POJAM. IZVOR IZDRŽAVANJA

Pojam

Izdržavanje je pravo jednog (ili više) fizičkog lica (primaoca izdržavanja), koje samo ne može obezbijediti svoje potrebe za biološki i duhovni razvitak, da zahtijeva i obaveza drugog (ili više) lica (davaoca izdržavanja) da mu redovno, ubuduće, daje sredstva za zadovoljenje tih potreba, u novcu ili naturalnom obliku. Ono može biti potpuno, ako obezbjeđuje sve potrebe primaoca izdržavanja ili djelimično, kada se njime podmiruje samo jedna potreba primaoca izdržavanja (samo hrana, samo odjeća, samo školovanje, samo stanovanje itd) ili jednim dije-lom sve potrebe.¹

Neposredni izvor izdržavanja može biti: 1) pravni posao ili 2) činjenice određene Porodičnim zakonom.

¹ A. Gams (1966), *Bračno i porodično imovinsko pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 110.

Pravni posao kao izvor izdržavanja

Pravni posao je izjava volje koja sama ili u vezi sa drugim činjenicama izaziva nastanak, promenu ili prestanak subjektivnog prava – dozvoljenog građanskopravnog odnosa. Izjava volje je relevantna samo ako sadrži nameru za nastanak pravnog posla. Građanskopravno dejstvo proizvodi volja koja ima sledeća obilježja: 1) da je izjavljena, 2) da je slobodna, ozbiljna i stvarna i 3) da ima odgovarajući osnov (kauzu) i predmet.²

U pravnoj nauci se opravdano ističe razlika između pravnog posla i pravne radnje. Pravna radnja, u odnosu na pravni posao, ima šire značenje, jer obuhvata ne samo voljne nego i nevoljne radnje (šteta prouzrokovana nepažnjom, obaveza izdržavanja određena zakonom itd.).³ Pravnim poslovima pravni subjekti stvaraju pojedinačne norme – prava i obaveze i subjektivna prava za strane koje ulaze u pravni posao.⁴

Obaveza izdržavanja može se zasnovati na najvažnijem dvostrano obaveznom pravnom poslu - ugovoru (na primjer: o doživotnom izdržavanju - čl. od 120. do 125. Zakona o nasljeđivanju–ZN⁵, o izdržavanju za određeni period itd). Ugovorom o doživotnom izdržavanju davalac izdržavanja se obavezuje da će doživotno izdržavati primaoca izdržavanja, dok se on obavezuje da će davaocu izdržavanja prenijeti u imovinu određena stvarna, obligaciona ili prenosiva intelektualna imovinska prava, čija predaja davaocu izdržavanja je odgođena do smrti primaoca izdržavanja. Ovaj ugovor mora biti notarski obrađen, a mogu ga zaključiti lica koja su obavezna da se po zakonu izdržavaju (vidi član 39. St. 1. i 2. ZN), na primjer: između roditelja i djece i drugih srodnika ali i između bračnih drugova. Tako se jedan bračni drug može obavezati drugom da će iz svoje posebne imovine i udjela u zajedničkoj imovini, doprinositi za izdržavanje drugog bračnog druga. Obaveza izdržavanja na osnovu ugovora o doživotnom izdržavanju, po pravilu, mnogo je veća od obaveze izdržavanja propisane PZ, prepuštena je u cjelini volji ugovornih strana, ali sadrži i elemente aleatornosti. Davalac izdržavanja je jedno ili dvoje punoljetnih i poslovno sposobnih lica (bračni drugovi ili, u slučaju smrti jednog davaoca izdržavanja, njegov bračni drug i djeca preživjelog bračnog druga), a primalac (primaoci) izdržavanja najčešće jeste starije lice.

Najznačajnija zakonska obaveza izdržavanja ustanovljena je PZ između roditelja i maloljetne djece. Dužnici izdržavanja u ovoj pravnoj situaciji jesu roditelji, a povjerioci izdržavanja maloljetna deca.

Obaveza izdržavanja može biti ustanovljeno dvostrano obaveznim ugovorom za određeno vrijeme, a ne ugovorom o doživotnom izdržavanju. Ako se tim ugovorom jedna

² I. Babić (2011), *Građansko pravo - Knjiga 1. Uvod u građansko pravo*, Službeni glasnik – Fakultet za evropske pravno-političke studije, Beograd - Novi Sad, 177. Neki pravni pisci ističu da je za pravni posao relevantno da je izjavljena volja kauzalna – v. A. Gams, sa LJ. Đurović (1991), *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd, 177. i 178. Ali izjavljena volja, osim što je kauzalna, mora ispunjavati i druge osobine. Postojanje kauze u pravnom poslu se, međutim, pretpostavlja pa je nije potrebno posebno isticati. Stoga je adekvatnije naglasiti da ona izaziva dozvoljena imovinskopravna dejstva.

³ D. Popov (2001), *Građansko pravo – Opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 191. и 192.

⁴ H. Kelzen (1998), *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 195.

⁵ *Službeni glasnik RS*, br. 1/2009, 55/2009 – ispravka i 91/2016.

strana obavezala drugoj da će mu kao protivnaku za izdržavanje prenijeti pravo svojine na nepokretnosti ugovor mora biti notarski obrađen (čl. 68. stav tačka 4. Zakona o notarima⁶). Ukoliko ugovor o izdržavanju na određeno vrijeme nema za predmet prenošenje prava svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnosti na davaoca izdržavanja, takav ugovor ne mora biti notarski obrađen. Volja za zaključenje ovog ugovora može se izjaviti na bilo koji način određen članom 28. stav 1. ZOO.

Ugovorne strane mogu zaključiti ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života (čl. 128-138. ZN) kao glavni ugovor. U ovaj ugovor mogu se unijeti sporedne odredbe o izdržavanju. Naime, ustupilac može za sebe i svog bračnog druga ili za koje drugo lice, pored ostalog, ugovoriti doživotnu rentu u naturi ili novcu ili doživotno izdržavanje.

Izdržavanje može nastati na osnovu posljednje izjave volje (testamenta). Tako, testator može testamentom obavezati nasljednika da iz nasljednog dijela koji mu je ostavio izdržava legatara (član 108. ZN).

Činjenice određene PZ kao izvor izdržavanja

Porodični zakon u dijelu kojim reguliše određivanje izdržavanja (čl. 253□260) koristi termine „potreba lica koje traži izdržavanje“ i „mogućnosti lica koje je dužno da daje izdržavanje“. Iz ovih izraza nesumljivo proizlazi da je institut izdržavanja obligacija u kojoj je primalac izdržavanja povjerilac, a davalac izdržavanja dužnik. Obligacija, slijedom toga, uvijek ima u vidu povjerioca i dužnika. Suprotno tome, Porodični zakon Republike Srbije⁷ izričito koristi izraze „povrilac izdržavanja“, i „dužnik izdržavanja“.

Izdržavanje nastaje kad se steknu pretpostavke (činjenice) određene PZ kao što su: srodstvo, brak, vanbračna zajednica, nedostatak sredstava za život primaoca izdržavanja i mogućnost davaoca izdržavanja da doprinosi za izdržavanje.

Svojstvo primaoca izdržavanja, predviđeno Porodičnim zakonom, ne može steći lice koje je poginuli izdržavao ili redovno pomagao. Lice koje je poginuli izdržavao ili redovno pomagao, kao i onaj ko je po zakonu imao pravo zahtijevati izdržavanje od poginulog, ovlašćen je da zahteva naknadu štete koju trpi gubitkom izdržavanja, odnosno pomaganja. Ova šteta se naknađuje plaćanjem novčane rente (član 194. ZOO). Plaćanje rente, bez obzira što se se može plaćati u jednakim mjesečnim iznosima, ne predstavlja iznos obroka izdržavanja nego naknadu štete koja se plaća u obliku rente.⁸

U pravnoj literaturi, sudskoj praksi i pojedinim zakonskim tekstovima⁹ izdržavanje određeno Porodičnim zakonom, označava se kao zakonsko izdržavanje.¹⁰

⁶ Službeni glasnik RS, br. 86/04, 2/05, 74/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, 20/14.

⁷ Službeni glasnik RS, br. 18/2005, 72/2011 – drugi zakon i 6/2015.

⁸ Vidi: O. Stanković (1998), *Naknada štete*, Nomos, Beograd, 407. i 408; M. Draškić (2007), *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 327.

⁹ Tako, član 373. stav 3. ZOO propisuje da ne može zastariti pravo na izdržavanje “određeno zakonom”.

¹⁰ Vidi npr.: V. Stanković (1978), *Zakonska obaveza izdržavanja*, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom treći, NIO Službeni list SFRJ, Beograd, 847.

Izdržavanje određeno Porodičnim zakonom nije samo po sebi poseban izvor obligacija.¹¹ Obligacija izvire iz relevantnih činjenica ili skupine činjenica za koje objektivno pravo vezuje nastanak obligacionog odnosa. Ako se te činjenice steknu nastaje (izvire) obligacija. Pravne činjenice (na primjer: izjava volje, prouzrokovanje štete, pravno neosnovano obogaćenje) se objedinjuju u skupine i na njih se primjenjuju ista osnovna pravila. Shodno tome, neposredno na osnovu zakona ne može nastati obaveza izdržavanja nego samo ako se za to steknu navedene pretpostavke za izdržavanje predviđene Porodičnim zakonom.

U pravnoj literaturi i sudskoj praksi je, međutim, uobičajeno da se izdržavanje predviđeno Porodičnim zakonom označava kao zakonsko izdržavanje, što ćemo i mi prihvatiti.

PRIRODA OBLIGACIJE IZDRŽAVANJA

Novčana, a izuzetno nenovčana obligacija

Zakonsko izdržavanje je obligacija koja nastaje čim se steknu činjenice određene Porodičnim zakonom. Obligacija izdržavanja je, uglavnom, novčana,¹² ali može biti i neneovčana.¹³ Novčane obligacije za predmet imaju sumu novca. Kad jedna strana duguje i druge prestacije osim isplate novčanog iznosa, obligacija je novčana ako isplata novčanog iznosa odnosi prevagu nad nenovčanim obavezama odnosno kad je novac suštinski deo obaveze jedne strane. Novčane obligacije se ispunjavaju radnjama koje se nazivaju plaćanje. Dužnik koji zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze izdržavanja duguje i zateznu kamatu – čl. 277. ZOO. Na novčane obaveze primenjuju se načelo monetarnog nominalizma i posebna pravila u pogledu mesta i vremena ispunjenja (čl. 318, 320. i 398. ZOO), valute obaveze (član 395. ZOO), klizne skale (čl. 394. i 397. ZOO) i drugo.

Ako obaveza ima za predmet svotu novca čl. 394. ZOO usvaja savremenu nominalističku teoriju prema kojoj je dužnik dužan isplatiti onaj broj novčanih jedinica na koji obaveza glasi, izuzev kad zakon određuje što drugo.¹⁴

Obaveza izdržavanja može biti određena u naturalnom obliku koda ima svojstvo nenovčane obligacije. Nenovčane obligacije za prvenstveni predmet (davanje, činjenje, nečinjenje ili trpljenje) imaju prestacije koje ne obuhvataju iznos novca kao zakonsko sredstvo plaćanja.¹⁵ Podela na nenovčane i novčane obligacije značajna je zbog različitih pravila koja važe za jednu ili drugu grupu obligacija.

¹¹ Z. Ponjavić (2014), *Porodično pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 357.

¹² Shodno tome: „Na pojedine obroke doprinosa za uzdržavanje dužnik duguje zateznu kamatu od dana dospijeća svakog pojedinog obroka uzdržavanja“ (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Rev. 1007/87 od 11. 6. 1987, *Pregled sudske prakse broj 35/88*, odluka broj 33).

¹³ Takav stav zauzet je i u sudskoj praksi: „Pravno je moguć i relevantan sporazum stranaka kojim se problem supružanskog izdržavanja rješava naturalnim davanjem“ (Rješenje Vrhovnog suda BiH Rev. 327/80 od 29. 8. 1980, *Zbirka sudskih odluka*, V, 3, 201).

¹⁴ Videti potpunije u: I. Babić I (1995), „Nominalizam i valorizam – odnos zatezne kamate i naknade štete“, *Pravni život*, broj 10/95.

¹⁵ S. Perović (1981), *Obligaciono pravo – Knjiga prva*, Službeni list SFRJ, Beograd, 94; B. Morait (2010), *Obligaciono pravo*, Comesgrafika, Banja Luka, 61.

Dužnik može biti u obavezi da preda određeni iznos novca i da izvrši neku drugu prestaciju. U toj situaciji trebalo bi utvrditi da li ima veću vrednost prestacija koja za neposredni predmet ima novac, kao zakonsko sredstvo plaćanja, ili nešto drugo. Ako preteže nenovčana prestacija, tada je obaveza nenovčana. Na nenovčane obaveze, po prirodi, ne teče zatezna kamata. Nasuprot tome, ako dužnik zadocni sa ispunjenjem novčane obaveze on po samom zakonu, bez ikakvog posebnog sporazuma, povjerioci duguje zateznu kamatu po stopi utvrđenoj zakonom. Upravo zbog toga ugovorna kazna ne može biti predviđena za novčane obaveze nego samo za nenovčane obaveze (v. član 270. ZOO).

Dugotrajna i pozitivna obligacija

Obaveza izdržavanja ispunjava se u dužem vremenskom periodu (više mjeseci ili godina) pa se može uvrstiti u sukcesivnu i dugotrajnu obligaciju. Posle zaključenja i za vreme ispunjenja dugotrajna obligacija može biti raskinuta ili izmenjena zbog promjenjenih okolnosti (član 133. ZOO), što po prirodi nije moguće kod kratkotrajnih obligacija. Ako je zasnovana dugotrajna novčana obligacija, u slučaju padanja u docnju sa plaćanjem novčane obaveze, dužnik duguje zateznu kamatu. Posebna pravila određena su i za zastarelost dugotrajnih obligacija. Potraživanja povremenih davanja koja dospevaju godišnje ili u kraćim određenim razmacima (potraživanje izdržavanja) zastarevaju za tri godine od dospelosti svakog pojedinog neispunjenog davanja.

Predmet obligacije izdržavanja su davanja i činjenja koja je opredjeljuju kao pozitivnu obligaciju. Pozitivne obligacije imaju za predmet obaveze dužnika koje se sastoje u aktivnom (pozitivnom) ponašanju: davanju (*dare*) ili činjenju (*facere*). U pozitivnoj obligaciji dužnik je u obavezi da preduzme radnje davanja i činjenja da bi ispunio svoju obavezu. Ova obligacija je povređena propuštanjem izvršenja neke radnje ili činjenja odnosno uzdržavanjem.

Po rodu određena obligacija

Davanja i činjenja su određena prema rodu i vrsti (ispunjavaju se predajom sume novca, drugih predmeta ili vršenja radnji - tj. iz odgovarajućeg roda) i predstavljaju po rodu određenu obligaciju. Po pravilu, sud određuje izdržavanje u novcu, ali presudom može biti određeno da dužnik izdržavanja doprinosi izdržavanje predajom povjerioci izdržavanja po rodu određenih stvari (brašna, krompira, pasulja, voća, povrća i drugih stvari) ili u vidu radnji (da obrađuje zemljište primaoca izdržavanja i drugo). Shodno tome, obaveza izdržavanja je po rodu određena. Po rodu određene obligacije su one kod kojih predmet obligacije nije određen precizno, nego rodnom, generički (*genus*)¹⁶ ili po vrsti (u rimskom pravu govorilo se da se stvari po rodu određuju vaganjem, brojenjem ili merenjem: *res quae pondere, numero, mensura consistunt*). Ove obligacije se, prema mišljenju jednog dela pravne teorije¹⁷ svrstavaju u neodređene. Obaveza čiji je predmet određen po rodu ispunjava se predajom stvari ili izvršenjem radnji činjenja ili uzdržavanja, određene vrste (koja je zbog toga najčešće zamenjiva), po izboru dužnika, ako drukčije nije ugovoreno.¹⁸ Po jednom mišljenju, generičke obaveze tiču se samo predaje stvari čiji identitet nije izvestan.¹⁹

¹⁶ Latinska reč *genus* znači rod, vrsta, pleme, narod.

¹⁷ G. Niketić (1928), *Specijalni deo građanskog prava II, Obligaciono (tražbeno) pravo*, Geca Kon, Beograd, 41. i 42; L. Marković (1997), *Obligaciono pravo*, Službeni list SRJ, Beograd, 58.

¹⁸ S. Perović S (1981), *op. cit.*, 109

¹⁹ J. Radišić (2000) *Obligaciono pravo – Opšti deo*, Nomos, Beograd, 55.

Propašću stvari ili nemogućnošću izvršenja radnji koje čine predmet obaveze ne prestaje obligacija pošto se umesto te prestacije može izvršiti druga iz istog roda ili vrste (*genus perire non censetur*²⁰ – po rodu određena stvar ne propada). Po rodu određena obligacija ne prestaje čak i kada sve što dužnik ima od takvih stvari propadne usled okolnosti za koje on ne odgovara.²¹ Ali, ako su predmet obligacije stvari određene po rodu koje se imaju uzeti iz određene mase tih stvari, obaveza prestaje kada propadne cela ta masa (član 355. ZOO).

Civilna i djeljiva obligacija

Pravo na izdržavanje je uvijek civilna (utuživa) obligacija.

Obaveza izdržavanja je zajednička i djeljiva u slučaju kada pada na više lica, bez obzira da li tereti npr. oba roditelja ili druge srodnike. Zakon nije predvidio obavezu izdržavanja kao solidarnu i nedjeljivu tako da bi se i samo jedan od dužnika izdržavanja mogao obavezati da doprinosi za izdržavanje primaoca izdržavanja u cjelini. Naime, prema odredbama člana 240. stav 2. PZ: „Ako obaveza izdržavanja pada na više lica zajedno, ona se dijeli među njima prema njihovim mogućnostima“.²² Oni, ipak, nisu nužni suparničari tako da tužilac nije dužan da ih tužbom sve obuhvati. Sud je dužan da, prilikom određivanja izdržavanja, vodi računa i o mogućnosti svih lica koja su dužna davati izdržavanje (iako nisu obuhvaćena tužbom) s obzirom da se obaveza izdržavanja između više davalaca dijeli prema njihovim mogućnostima.²³

Obligacija vezana za ličnost

Lične obligacije zasnovane su u odnosu na svojstva predmeta u obligacionom odnosu. One su najčešće vezane za lično postupanje jedne ili obe strane i ne mogu se od njih odvojiti.²⁴ Obligacioni odnos može biti ličan po prirodi stvari (kao što je zakonsko izdržavanje) ili je takvo svojstvo obligacije određeno ugovorom ili propisano zakonom. Izdržavanje je obligacija koja prozilazi iz porodičnih odnosa. Iako ima imovinsku sadržinu prava i obaveze koje nastaju između strana imaju strogo ličnu prirodu.²⁵ Obligacioni odnos zakonskog izdržavanja uslovljen je porodičnim i bračnim odnosima davaoca i primaoca izdržavanja zbog čega je vezan za ličnost i jedne i druge strane.²⁶ Obaveza i pravo na izdržavanje su neprenosivi. Drugo lice ne može izvršiti obavezu

²⁰ D. Stojčević, A. Romac (1989), *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Beograd, 183.

²¹ Posljedice propasti stvari ili nemogućnost izvršenja radnje određene po rodu reguliše član 933. OIZ: „Vrsta ne gine, opšte je imovinsko pravilo. Po tome, kad je dug u novcu ili u drugim suvrstnim stvarima, pa dužniku i kakvim nesretnim slučajem propadnu sve takve stvari, tako da nema čime namiriti duga, time, ipak, dug niti slabi niti prestaje.“

²² Isto rješenje usvojio je i član 166. stav 5. PZ Srbije i član 254. stav 3. PZ CG.

²³ „Kad obaveza izdržavanja pada na više lica ona se dijeli među njima i doprinos svakog od njih određuje se prema njegovim materijalnim prilikama“ (Odluka Vrhovnog suda BiH GŽ. 30/71 od 14. 10. 1971, *Bilten Vrhovnog suda BiH* broj 23/71).

„Ako je dijete tužbom obuhvatilo i uzdržavanje zahtijeva od oba roditelja, obaveza uzdržavanja dijeli se između njih prema njihovim mogućnostima“ (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 931/84 od 20. 9. 1984, *Pregled sudske prakse* broj 26/85).

²⁴ L. Marković (1997), *op. cit.*, 51; Loza B., *Obligaciono pravo – Opšti dio*, Službeni glasnik, Beograd 2000, str. 32; B. Morait, *op. cit.*, str. 68 i 69.

²⁵ A. Prokop, *Odnosi roditelja i djece*, Zagreb, 1954, strana 104.

²⁶ A. Gams, *op. cit.*, str. 119.

umesto obvezanog.²⁷ Pravom na izdržavanjem i obavezom da daje izdržavanje nijedna strana ne može punovažno raspolagati pravnim poslovima *inter vivos* i *mortis causa*. Povjericac izdržavanja sledom toga nije ovlašćen da punovažno prenese potraživanje koje ima prema dužniku izdržavanja na novog povjerioca (cesija potraživanja – čl. 436–445. ZOO). Takođe, dužnik izdržavanja nije ovlašćen da taj dug punovažno prenese na novog dužnika (preuzimanje duga – čl. 446–447. ZOO). Dužnik i poverilac izdržavanja nisu ovlašćeni da prebiju međusobna istorodna potraživanja od kojih je jedno izdržavanje (čl. 336–343. ZOO). Poverilac izdržavanja nije ovlašćen da otpusti dug dužniku izdržavanja (čl. 344–347. ZOO). Ovu mogućnost isključuje član 231. stav 3. Porodičnog zakona, koji propisuje da odricanje od prava na izdržavanje „nema pravnog učinka“, to jest ništavo je. Povjericac i dužnik izdržavanja ne mogu punovažno zaključiti ugovor kojim bi obavezu izdržavanja zemenili novom – novacija (vidi čl. 348–352. ZOO). Ugovorom o novaciji ranija obaveza prestaje, a nastaje nova. Tako bi se izigrali interesi povjerioca izdržavanja.

Lična obligacija, suprotno opštem pravilu iz člana 148. stava 2. ZOO, ne deluje na univerzalne pravne sledbenike i najčešće prestaje smrću jedne od strana.

U izvršnom postupku od izvršenja su izuzeta primanja po osnovu zakonskog izdržavanja (član 137. stav 1. Zakona o izvršnom postupku²⁸). Pravo na izdržavanje ne može biti predmet nasljeđivanja. Dospjelim obrocima primalac izdržavanja može slobodno raspolagati i poslije njegove smrti oni prelaze na njegove nasljednike.²⁹ Smrću primaoca ili davaoca izdržavanja obaveza zakonskog izdržavanja prestaje.³⁰

Prinudna obligacija

Zakonsko izdržavanje je uređeno prinudnim normama čiju primjenu strane ne mogu otkloniti ni promijeniti svojom voljom. Stoga odricanje od prava na izdržavanje nema pravnog učinka (član 231. stav 3. PZ).³¹ Shodno tome, primalac i davalac izdržavanja ne

²⁷ I. Babić, *Građansko pravo – Knjiga 4 Obligationo pravo - opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd 2016, str. 54.

²⁸ „Službeni glasnik RS“, br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13).

²⁹ V. Stanković, *op. cit.*, str. 863.

³⁰ „Prema odredbama čl. 229. do 259. Porodičnog zakona, pravo na izdržavanje je strogo lično pravo koje se gasi smrću izdržavanog i koje se ne nasljeđuje, osim ako do časa smrti izdržavanog nije bila donesena pravnosnažna presuda.

Zbog toga nasljednicima izdržavanog lica koje je umrlo u toku parnice po tužbi za plaćanje izdržavanja, ne pripada pravo ni na onaj dio potraživanja koji se odnosi na period od dana podnošenja tužbe pa do smrti izdržavanog“ (Odluka Vrhovnog suda BiH Rev. 59/81 od 18. 6. 1981, *Bilten Vrhovnog suda BiH*, broj 3/81).

³¹ Ranija sudska praksa je prihvatila isto stanovište:

„Smisao odredbe da je pravno ništavo odricanje od prava na izdržavanje iz člana 35. OZORD, koja se proteže i na ostale bračne srodnike u pravoj ushodnoj i nishodnoj liniji kao i između braće i sestara u pogledu izdržavanja maloljetne djece (član 32) je u tome da se niko ne može odreći prava od koga zavisi njegova životna egzistencija, pa se ta odredba po analogiji mora primjeniti i u odnosima između bračnih drugova“ (Odluka VS BiH Gž. 73/74 od 13. 12. 1975, *Bilten Vrhovnog suda BiH*, broj 30/75 i ZSO, I, 4, 460).

„Klauzula o poravnanju zaključenom između roditelja o doprinosu za izdržavanje deteta da roditelj kod koga se nalazi dete kasnije neće tražiti povećanje iznosa izdržavanja za dete ne proizvodi pravno dejstvo (Odluka Vrhovnog suda Srbije Gzz. 52/72 od 31. 5. 1972).

moгу mijenjati svojom voljom zakonske pretpostavke za izdržavanje, određivati unaprijed trajanje i prestanak izdržavanja ili se odreći prava da traže povišenje, sniženje ili ukidanje prava na izdržavanje. Međutim, strane mogu zaključiti sudsko ili vansudsko poravnanje u pogledu visine izdržavanja ili načina ispunjenja obaveze izdržavanja (npr. da se izdržavanje daje u naturi).

Nezastariva obligacija

Samo pravo na izdržavanje ne može zastarjeti (član 373. stav 3. ZOO), ali mogu zastarjeti pojedini dospjeli obroci izdržavanja. Potraživanje pojedinih obroka izdržavanja zastarjevaju za tri godine od dospelosti svakog pojedinog davanja (član 372. stav 1. ZOO).

Obligacija koja se osniva na odluci suda od podnošenja tužbe

Izdržavanje se ne može ostvariti za proteklo vrijeme, nego samo za buduće. Još u rimskom pravu je postavljeno pravilo: „*In praeteritum non vivitur*“³² (ne živi se unazad). Izdržavanje se može zahtijevati od podnošenja zahtjeva (tužbe) za izdržavanje, nezavisno od okolnosti koliko dugo je, poslije toga, postupak pred sudom trajao.³³ Izuzetno, starija sudska praksa je, pod određenim pretpostavkama, dosuđivala izdržavanje i prije podnošenja tužbe.³⁴ Trenutak podnošenja tužbe (zahtjeva sudu) vezuje se za vrijeme koje se po zakonu smatra da je predata sudu.

Kada bi pravo na izdržavanje teklo i prije podnošenja zahtjeva za izdržavanje pitanje je od kog momenta unazad bi se izdržavanje moglo odrediti (od momenta nastupanja promijenjenih okolnosti) i da li je izdržavanje za taj period bilo potrebno ako nije zahtijevano. Primalac izdržavanja bi, u tom slučaju, mogao zloupotrijebiti svoja prava i u tužbi zahtijevati izdržavanje i više godina unazad što bi nepravedno pogodilo davaoca izdržavanja, pogotovo ako bi bio dužan plaćati i zateznu kamatu zbog dcnje (čl. 324. i 277. ZOO u vezi

„Ugovor kojim se supružnik unaprijed odriče prava na izdržavanje nije pravovaljan, a niti je pravovaljano ugovaranje stranaka kojim se unaprijed određuje trajanje izdržavanja, bez obzira na prilike oba supružnika“, Odluka Okružnog suda u Šibeniku Gž. 41/46 od 20. 3. 1976).

³² D. Stojčević, A. Romac (1989), *op. cit.*, 218.

³³ U tom pravcu se, uglavnom, orjentisala i sudska praksa: „Izdržavanje maloletnog deteta za proteklo vreme ne može se dosuditi, već se samo može postaviti pitanje naknade troškova učinjenih na ime toga izdržavanja od strane lica koje nije bilou obavezi da daje izdržavanje“ (Rešenje Vrhovnog suda NR Srbije Gzz. 219/49 od 6. 5. 1949, *Zbirka odluka vrhovnih sudova i upustava Vrhovnog suda FNRJ 1945 - 1952, I*, Ahriv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1952). Isto pravilo je prošireno i na izdržavanje određeno testamentom: „Pravno načelo po kome se izdržavanje ne može tražiti za proteklo vrijeme prije tužbe (*nemo pro praeterito alitur*), primjenjuje se i u slučaju kad je oporukom određeno da nasljednik izdržava drugoga“ (Presuda Vrhovnog suda NR Hrvatske Gž. 1559/56 od 1. 11. 1956, *Zbirka sudskih odluka, I, 3, 659*).

„Maloletno dete nije aktivno legitimisano da zahteva od roditelja troškove izdržavanja za period pre podnošenja tužbe“ (Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 2.176/2010 od 2. 3. 2010).

³⁴ „Izdržavanje, koje je neko po Zakonu dužan davati, ovlašćeni subjekt može tražiti i za proteklo vrijeme prije tužbe (unazad), ako je van suda bezuspješno tražio da mu dužnik daje izdržavanje, i od vremena kada je to tražio, ukoliko su u tom vremenu postojali uslovi pod kojima se ova obaveza na davanje izdržavanja može zasnovati“ (Rješenje Vrhovnog suda NR Slovenije Gž. 39/56 od 18. 2. 1956, *Zbirka sudskih odluka, I, 1, 101*).

sa članom 3. Zakona o visini stope zatezne kamate³⁵). Određivanje izdržavanja tada i ne bi bilo usklađeno s potrebama lica koje zahtijeva izdržavanje i mogućnostima lica koje je dužno davati izdržavanje (član 253. PZ). Istraživanje takvih potreba više mjeseci i godina unazad, prije podnošenja zahtjeva, bilo bi otežano i nepouzđano.

Primljeni iznosi izdržavanja se ne vraćaju

Primalac izdržavanja nije dužan da vrati iznose izdržavanja licu koje ga je izdržavalo iako to nije bila njegova obaveza. Pravo na vraćanje iznosa izdržavanja ima lice koje je učinilo troškove radi izdržavanja. Zahtjev za naknadu troškova od lica koje je po zakonu bilo dužno da nekog izdržava je specifičan verzijski zahtjev regulisan članom 218. ZOO (ima pravo zahtijevati naknadu od drugog onaj ko za njega učini kakav izdatak ili nešto drugo što je ovaj po zakonu bio dužan učiniti). Naknada ovih troškova se ostvaruje tužbom od lica koje ga je po zakonu dužno da izdržava, ako su učinjeni troškovi bili opravdani (član 264. PZ). Tužbu za naknadu troškova podnosi lice koje je snosilo troškove izdržavanja protiv lica koje je bilo dužno doprinositi za izdržavanje. Pravo na vraćanje troškova izdržavanja nema lice koje je izdržavanje davalo u namjeri činjenja poklona (*animo domini*) ili kad je davalo izdržavanje i kad ono nije bilo potrebno.³⁶ Naknada se može zahtijevati samo u iznosu koji odgovara visini obaveze izdržavanja određenog lica.³⁷

Visina izdržavanja menja se odlukom suda ili sporazumom

Organ starateljstva će nastojati da se roditelji sporazumiju o doprinosu za izdržavanje djeteta (član 257. stav 1. PZ). Sporazum se može veoma brzo zaključiti i primjeniti, što je u interesu djeteta. Osim toga, izdržavanje određeno na osnovu sporazuma se, po pravilu, ispunjava dosljednije nego kad je doprinos za izdržavanje određen sudskom presudom. U članu 257. stav 2. PZ propisano je da ovaj sporazum „ima snagu izvršne isprave“. Iz stilizacije navedenih odredaba proizlazi da će organ starateljstva u pisanom obliku sačiniti sporazum koga su, prethodno, roditelji usmeno postigli, ako ocijeni da je on u najboljem interesu djeteta. Član 238. Porodičnog zakona FBiH³⁸ propisuje da roditelji mogu zaključiti sporazum o doprinosu za izdržavanje dejeteta i pred notarom u formi notarski obrađene isprave. Notar je dužan dostaviti organu starateljstva sporazum koji pred njim roditelji postignu o doprinosu za izdržavanje djeteta. Sporazum zaključen pred organom starateljstva i notarom proizvode jednaka

³⁵ „Službeni glasnik RS“, br. 19/01, 52/06, 103/08).

³⁶ „Nega i briga o roditelju kao članu domaćinstva kome nije potrebno izdržavanje predstavlja moralnu dužnost deteta za koju ne može ostvariti novčanu naknadu na teret drugih nasljednika“ (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1538/07 od 10. 4. 2008, *Bilten Vrhovnog suda Srbije*, broj 1/09).

³⁷ Takvo je stanovište i sudske prakse: „Lice koje je imalo troškove radi izdržavanja može zahtijevati naknadu tih troškova od lica pozvanog na plaćanje zakonskog izdržavanja samo u onom obimu koji odgovara obavezi tog lica prema odredbama Porodičnog zakona. Kada je obim obaveza lica pozvanog na plaćanje izdržavanja bio utvrđen ranijom pravnosnažnom presudom kojom je izdržavanom bio dosuđen određeni iznos doprinosa za izdržavanje, licu koje je faktički snosilo troškove izdržavanja ne pripada pravo da zahtijeva naknadu tih troškova preko pravnosnažno dosuđenog iznosa i kada su bili ispunjeni materijalni uslovi iz člana 257. stava 1. Porodičnog zakona za izmjenu pravnosnažne presude, ali nije bio istaknut i zahtjev za povišenje ranije dosuđenog iznosa doprinosa za izdržavanje“ (Presuda Vrhovnog suda BiH Gvl. 35/84 od 22. 11. 1984, *Bilten Vrhovnog suda BiH*, broj 4/84).

³⁸ „Službene novine FBiH“, br. 35/05 i 31/14.

pravna dejstva – imaju snagu izvršne isprave. Ovim odredbama, međutim, nije razriješena pravna situacija koja može nastati kad organ starateljstva, koji je primio sporazum roditelja sačinjen pred notarom, ocijeni da on nije u interesu djeteta. Isti problemi će nastati i u pravu Republike Srbije. Član 161. stav 3. Porodičnog zakona³⁹ propisuje da se sporazumi o zakonskom izdržavanju zaključuju u obliku javnobežničkog zapisa (javnobežnički zapis odgovara notarskoj obradi isprave iz čl. 68. Zakona o notarima), to jest pred javnim beležnikom (notarom), ali ne i organom starateljstva.

Izdržavanje se određuje u skladu sa potrebama lica koje traži izdržavanje i mogućnostima lica koje je dužno da daje izdržavanje (član 253. PZ). Ove okolnosti su različite, brojne i podložne stalnim promjenama. Nekada nastanak, izmjena ili prestanak samo jedne činjenice na strani primaoca ili davaoca izdržavanja može uticati na ranije utvrđeno izdržavanje (primalac ili davalac izdržavanja je ostao bez posla, prima garantovanu zaradu, postao je nesposoban za rad, pogoršalo mu se zdravstveno stanje, počeo je da se školuje ili mu je povećana zarada odnosno drugi prihodi, zakonska obaveza izdržavanja drugog djeteta je prestala, zaposlio se, naslijedio je nepokretnosti kojima je povećao svoje prihode, davalac izdržavanja bio je obavezan da doprinosi za izdržavanje u stranoj valuti, ali se vrati i zaposli u zemlji itd).

Zbog nastupanja ili prestanka činjenica relevantnih za postojanje izdržavanja ranije određena obaveza izdržavanja može postati nedovoljna ili nepotrebna. Da bi se navedeno odstupanje otklonilo i izdržavanje ostvarilo svrhu određenu zakonom, obaveza izdržavanja, predviđena sporazumom roditelja ili dosuđena ranijom pravnosnažnom presudom po zahtevu zainteresovanog lica može se izmijeniti. Zahtjev u tom pravcu ne predstavlja prijedlog za ponavljanje postupka koji je odlukom suda pravnosnažno završen. Ponavljanje postupka stranka zahtjeva prijedlogom zbog saznanja za nove činjenice i dokaze koje su postojale u ranijem postupku, ali stranka za njih nije znala ili nije imala mogućnosti da ih upotrijebi, a na osnovu njih je mogla biti donesena povoljnija odluka, i drugih razloga navedenih u članu 255. Zakona o parničnom postupku – ZPP.⁴⁰ Povišenje, sniženje ili ukidanje izdržavanja zainteresovano lice zahtjeva tužbom zbog izmjenjenih okolnosti nakon donošenja ranije presude o izdržavanju.

Izmjena okolnosti na osnovu kojih je određeno izdržavanje ne predstavlja institut obligacionog prava koji predviđa raskidanje ili izmjenu ugovora zbog promijenjenih okolnosti iz člana 133. ZOO (*clausula rebus sic stantibus*) koje su, uglavnom, objektivne prirode, nego institut porodičnog prava koji se primenjuje u slučaju promjene subjektivnih okolnosti na strani davaoca odnosno primaoca izdržavanja.⁴¹

³⁹ „Službeni glasnik RS“, br. 18/05, 72/11 i 5/15.

⁴⁰ „Službeni glasnik RS“, br. 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 49/09, 61/13.

⁴¹ U jednom dijelu sudske prakse usvojen je drukčiji stav: „Sudska nagodba (res transacta) kao i sudska presuda, kojima se određuje alimentacija, jednako su podložne pretpostavci promjenjenih prilika (*clausula rebus sic stantibus*), što znači da se tako nastale obaveze mogu pod tom pretpostavkom menjati, ali s obzirom na dispozitivnu maksimu samo na zahtev ovlaštenika“ (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 647/82 od 27. 4. 1982, *Pregled sudske prakse broj 21*, odluka br. 137)

Povišenje doprinosa za izdržavanje djeteta roditelji mogu urediti međusobnim ugovorom, zbog povećanih potreba djeteta ili boljih materijalnih prilika roditelja (član 257. stav 1. PZ). Roditelji nisu ovlašćeni da međusobnim sporazumom smanje doprinos jednog roditelja za izdržavanje ili da predvide ukidanje obaveze izdržavanja. Ovo restriktivno tumačenje člana 257. stav 1. PZ je u najboljem interesu djeteta.

Povišenje, sniženje ili ukidanje izdržavanja zahtjeva se tužbom. Povišenje doprinosa za izdržavanje djeteta roditelji mogu predvidjeti svojim sporazumom. Ako roditelji o tome ne mogu postići sporazum o povišenju doprinosa za izdržavanje odlučuje sud po tužbi. Tužbu za povišenje, sniženje ili ukidanje izdržavanja može podnijeti zainteresovano lice – primalac ili davalac izdržavanja. Ako roditelj kod koga se dijete nalazi na zaštiti i vaspitanju bez opravdanog razloga ne podnese tužbu za izdržavanje odnosno za povišenje izdržavanja maloljetnog djeteta organ starateljstva je ovlašćen da u njegovo ime pokrene takav spor (član 256. stav 1. PZ). Organ starateljstva može, u svojstvu punomoćnika, u ime i za račun starih i samohranih lica (ako ovlaste organ starateljstva) podnijeti tužbu za povišenje izdržavanja (član 258. PZ).

Kada odlučuje o povjeravanju djece na zaštitu i vaspitanje jednom od roditelja, pravnom ili fizičkom licu, sud je dužan da po službenoj dužnosti odluči o izdržavanju djece (tj. kada nije postavljen zahjev u tom pravcu) i da povisi, snizi ili ukine izdržavanje dosuđeno ranijom pravnosnažnom presudom, ako su se izmjenile okolnosti na osnovu kojih je donesena ranija presuda.

Povišenje, sniženje ili ukidanje izdržavanja može se zahtijevati ne samo ako je izdržavanje dosuđeno ranijom pravnosnažnom presudom, nego i ako je određeno sporazumom roditelja o izdržavanju deteta (takav sporazum ima snagu izvršne isprave—član 257. stav 2. PZ) ili sudskim poravnanjem.

Pravnosnažna je presuda ona koja se više ne može pobijati žalbom (član 196. stav 1. ZPP). U opštem parničnom postupku važi pravilo *non bis in idem*. Ako je u parničnom postupku donesena pravnosnažna presuda nije dozvoljeno u istoj stvari i po istom osnovu podnijeti tužbu. Ako je u tom slučaju podnesena tužba sud može, po prethodnom ispitivanju tužbe, rješenjem tužbu odbaciti ako utvrdi da je stvar pravnosnažno presuđena (član 67. stav 1. tač.4. ZPP). Izuzetak od ovog pravila propisan je članom 263. stav 1. PZ. Zainteresovano lice, naime. može tražiti da sud povisi, snizi ili ukine izdržavanje dosuđeno ranijom pravnosnažnom presudom ako su se izmijenile okolnosti na osnovu kojih je donesena ranija presuda.

Ranija pravnosnažna presuda se može izmijeniti bez obzira što je protiv nje izjavljen vanredni pravni lijek. Moguće je izmijeniti samo ranije donesenu pravnosnažnu odluku, ali ne i odluku koja nije postala pravnosnažna (npr. u toku postupka po žalbi protiv prvostepene presude zainteresovano lice podnese tužbu da sud povisi izdržavanje koje je postalo prenisko zbog toga što su se izmijenile okolnosti od momenta donošenja prvostepene presude do podnošenja tužbe, a o žalbi nije odlučeno).⁴²

Izdržavanje se, po pravilu, ne može zahtijevati za proteklo vrijeme nego samo za buduće – najranije od podnošenja tužbe. Stoga ni prava i obaveze utvrđene izmijenje-

⁴² Mogućnost da zainteresovano lice u parničnom postupku zahteva povišenje, sniženje ili ukidanje izdržavanja dosuđenog ranijom pravnosnažnom odlukom predviđa član 273. PZ CG i član 164. PZ Srbije.

nom odlukom ne mogu djelovati prije podnošenja tužbe (zahtjeva).⁴³ Takođe, ne može se izmjenjenom odlukom odrediti da će izdržavanje teče od nekog trenutka poslije donošenja presude.⁴⁴

Redosled obaveze izdržavanja određen je Porodičnim zakonom

Pravo na izdržavanje ostvaruje se redom kojim su davaoci izdržavanja pozvani na nasljeđivanje kao zakonski nasljednici. Tako su roditelji prvenstveno dužni izdržavati svoju decu.⁴⁵ Ako roditelj izdržava maloljetno dijete i punoljetno dijete koje se nalazi na redovnom školovanju, obaveza izdržavanja maloletnog deteta je primarna obaveza.⁴⁶

Pored obaveze izdržavanja između roditelja i djece, koja je prvenstvena, bračnih i vanbračnih drugova, slijedi obaveza izdržavanja između ostalih srodnika – svih potomaka, braće i sestara davaoca izdržavanja, a zatim djedova i baba i daljih ascendenata, u skladu sa redoslijedom nasljeđivanja određenim članom 9. stav 1. ZN. Shodno tom redosledu obaveza djeteta da izdržava svog bračnog druga ima prvenstvo u odnosu na obavezu tog djeteta da izdržava roditelja.⁴⁷

Obaveza izdržavanja ustanovljena je između rođene braće i sestara kao i braće i sestara po ocu, odnosno majci u odnosu na maloljetna lica. Ona je određena i u odnosu na ove punoljetne srodnike ako su brat ili sestra zbog bolesti, fizičkih ili psihičkih nedostataka nesposobni za rad, a nemaju dovoljno sredstava za život ili ih ne mogu ostvariti iz svoje imovine (član 239, a u vezi sa članom 233. stav 2. PZ). Brat (sestra) je obavezan, pod istaknutim pretpostavkama, izdržavati

⁴³ „Osoba koja prima uzdržavanje može tražiti da sud povisi iznos uzdržavanja ako su se promenile okolnosti na temelju kojih je donesena ranija odluka. Povišenje izdržavanja teče, uz pretpostavku da su povećane potrebe za uzdržavanje deteta te da postoji mogućnost većeg davanja na strani osobe koja daje uzdržavanje, od dana podnošenja tužbe, a ne tek od pravomoćnosti presude“ (Odluka Vrhovnog suda Hrvatske, Rev 104/82 od 3. 2. 1982, *Pregled sudske prakse* broj 21).

⁴⁴ „Ne može se odrediti da povećanje visine doprinosa za zakonsko uzdržavanje teče od nekog budućeg trenutka nakon donošenja presude. Prema odredbama iz čl. 259. i 260. Zakona o braku i porodičnim odnosima, doprinos za uzdržavanje određuje se prema stanju podataka odlučnih za osnovu i visinu davanja na dan presuđenja pa ubuduće dok za to postoje zakonski uslovi davanja, ali s tim što se po članu 266. istog zakona taj doprinos može tek naknadno posebnom sudskom odlukom povećati, sniziti, ukinuti ili promeniti, ako se tokom davanja promene okolnosti na temelju kojih je donesena ranija odluka o tom doprinosu“ (odluka Općinskog suda Zadar Gž. 573/87 od 26. 7. 1987, *Pregled sudske prakse* broj 35/88, 98).

⁴⁵ „Zakonska obaveza roditelja da izdržavaju svoju decu prethodi njihovoj zakonskoj obavezi da izdržavaju svoje roditelje i druge zakonom određene srodnike i isključuje je ako nisu u mogućnosti da zbog obaveze izdržavanja dece doprinose u izdržavanju svojih roditelja, odnosn o drugih zakonom određenih srodnika“ (odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1401/04 od 20. 4. 1994, *Zbirka sudskih odluka*, knjiga 19, sveska I, odluka broj 137).

⁴⁶ Takav stav usvojen je i u sudskoj praksi: „Obaveza roditelja da izdržavaju maloletnu decu je primarna u odnosu na izdržavanje punoletne dece koja se nalaze na redovnom školovanju“ (presuda Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 176/08 od 16. 1. 2008, *Bilten sudske prakse Okružnog suda u Novom Sadu*, broj 13/08).

⁴⁷ Ovo stanovište ima uporište i u sudskoj praksi: „Obaveza dece da izdržavaju roditelja je supsidijarna u odnosu na obavezu supružnika na izdržavanje drugog supružnika, čiji je primat ustanovljen zakonskim redosledom izdržavanja“ (presuda Apelacionog suda u Novom Sadu broj Gž 2.168/13 od 25. 3. 2013, *Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu*, broj 5/13).

maloljetnu sestru (brata) ako ona (on) nema roditelja ili potomaka ili oni nisu u mogućnosti da daju izdržavanje.

Ako primalac izdržavanja nema ni srodnika iz drugog stepena pobočnog srodstva (brata odnosno sestru) tada je dužan da ga izdržava djed odnosno baka po ocu i majci itd.

Kao što nasljednici bližeg naslednog reda isključuju iz nasljedstva lica daljeg naslednog reda tako srodnik iz bližeg stepena srodstva ima prvenstvo izdržavanja u odnosu na srodnika iz daljeg stepena srodstva.⁴⁸

Kad obaveza izdržavanja pada na više lica zajedno, ona se dijeli među njima prema njihovim mogućnostima.⁴⁹ Dužnici izdržavanja duguju deljivu (zajedničku) obavezu čije dijelove utvrđuje sud. Svaki od dužnika izdržavanja u ovoj obavezi odgovara za svoj dio obaveze (član 412. stav 2. ZOO).

ZAKLJUČCI

Izdržavanje je pravo jednog fizičkog lica, koje samo ne može obezbijediti svoje potrebe za biološki i duhovni razvitak, da zahtijeva i obaveza drugog lica da mu redovno, ubuduće, daje sredstva za zadovoljenje tih potreba, u novcu ili naturalnom obliku.

Obligacija izdržavanja propisana Porodičnim zakonom nastaje na osnovu činjenica koje su određene ovim zakonom. To je novčana (izuzetno nenovčana) obligacija, dugotrajna, pozitivna, po rodu određena, utuživa, djeljiva, vezana za ličnost, prinudna i nezastariva.

Zasniva se na odluci suda od podnošenja tužbe. Tužbom se ne može zahtijevati izdržavanje za proteklo vrijeme. U slučaju da je za izdržavanje doprinosilo lice koje nije po zakonu na to obavezno, primljeni iznosi izdržavanja se ne vraćaju.

Visina izdržavanja koja je ranije određena pravnosnažnom presudom, mijenja se odlukom suda ili sporazumom dužnika i povjerioca izdržavanja, a redosljed lica koja su dužna davati izdržavanje određen je Porodičnim zakonom.

⁴⁸ Takav stav je nedvosmisleno izražen i u ranijoj sudskoj praksi: „Kad obaveza izdržavanja pada na više lica onda se ona deli među njima i doprinos svakog od njih određuje se prema njegovim materijalnim prilikama” (odluka VS BiH Gž. 30/71 od 14. 10. 1971, *Bilten Vrhovnog suda BiH*, broj 23/71).

„I deda mladobnog deteta može biti obavezan na uzdržavanje ako roditelji nisu živi ili nisu u mogućnosti da oni pruže uzdržavanje (član 32. OZORD-a), ali pretpostavke kojima je uslovljeno nastajanje obaveze ostalih obračnih srodnika na uzdržavanje, trebaju biti čvrsto i realno dokazane i raspravljane uz učešće zainteresovanih osoba“ (odluka Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 127/73 od 21. 3. 1973, *Pregled sudske prakse* broj 3/73).

⁴⁹ Isti stav je prihvaćen u sudskoj praksi: „Roditelji ne odgovaraju solidarno za isplatu troškova iz člana 40. OZORD-a, jer zakonom nije propisana solidarna odgovornost. Obaveza uzdržavanja među njima deli se prema njihovim mogućnostima“ (odluka OS Split Gž. 1956/76 od 17. 12. 1976, PSP 11, 50)

„Ako je dete tužbom obuhvatilo i uzdržavanje zahteva od oba roditelja, obaveza uzdržavanja deli se između njih prema njihovim mogućnostima“ (odluka VSH Rev. 931/84 od 20. 9. 1984, PSP 26/85).

LITERATURA:

- Babić Ilija, „Nominalizam i valorizam – odnos zatezne kamate i naknade štete“, *Pravni život*, br. 10/95.
- Babić Ilija, *Građansko pravo - Knjiga 1. Uvod u građansko pravo*, Službeni glasnik - Fakultet za evropske pravno-političke studije, Beograd - Novi Sad 2011.
- Babić Ilija, *Građansko pravo - Knjiga 4. Obligaciono pravo - opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd 2016.
- Draškić Marija, *Porodično pravo i prava deteta*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd 2007.
- Gams Andrija, *Bračno i porodično imovinsko pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1966.
- Gams Andrija, sa Đurović Lj., *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 1991.
- Kelzen Hans, *Opšta teorija prava i države*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 1998.
- Loza Bogdan, *Obligaciono pravo - Opšti dio*, Službeni glasnik, Beograd 2000.
- Marković Lazar, *Obligaciono pravo*, Službeni list SRJ, Beograd 1997.
- Morać Branko, *Obligaciono pravo*, Comesgrafika, Banja Luka, 2010.
- Niketić Gojko, *Specijalni deo građanskog prava II, Obligaciono (tražbeno) pravo*, Geca Kon, Beograd 1928.
- Perović Slobodan, *Obligaciono pravo - Knjiga prva*, Službeni list SFRJ, Beograd 1981.
- Ponjavić Zoran., *Porodično pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Popov Danica, *Građansko pravo - Opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd 2001.
- Prokop Ana, *Odnosi roditelja i djece*, Zagreb 1954.
- Radišić Jakov, *Obligaciono pravo - Opšti deo*, Nomos, Beograd 2000.
- Stanković Obren, *Naknada štete*, Nomos, Beograd 1998.
- Stanković Vladan, *Zakonska obaveza izdržavanja, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, tom treći, NIO Službeni list SFRJ, Beograd 1978.
- Stojčević Dragoljub, Romac Ante, *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Beograd 1989.

Prof. Ilija Babić, PhD

Full Professor of the Faculty for European Law and Political Studies, Novi Sad, University "Educons", e-mail: babic.ilija@yahoo.com

The Concept and the Legal Nature of Legal Support

Abstract: In the paper, the author points out the difference between the obligation prescribed by the Family Law of the Republika Srpska (FL) and the obligations arising under the legal act (e.g. a contract on lifelong support, a contract on support, a contract on assignment and division of property during lifetime or the will). He points out that the obligation to support prescribed FL is not formed directly on the basis of law, but rather on the basis of facts stipulated by law.

The author states that the obligation of legal support as stipulated by FL is financial (in some cases, non-financial), long-lasting, positive, determined by gender, with possibility to litigate, divisible, related to the personality, compulsive and with no possibility to superannuate. In addition, it is the obligation which is based on the decision of the court from filing a lawsuit. In case when a person legally not obliged to give support contributed to it, the amount of received alimony will not be returned. The amount of support is changed through the decision of the court or an agreement, while the order of the persons required to give support is determined by the Family Law.

Keywords: legal support; support creditor; support debtor; the legal nature of the support; legal act as the source of livelihood.

DOI: 10.7251/GFP1707055J

UDC: 343.988-053.2/.6(485)(436)(47+57)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
1. februar 2017.*Datum prihvatanja rada:*
22. jun 2017.**Dete - žrtva seksualnog nasilja u švedskom, austrijskom i ruskom pravu**

Rezime: Među najopasnije oblike i vidove ispoljavanja nasilničkog kriminaliteta svakako spadaju nasilni akti upravljani protiv polnog integriteta drugih lica. To su seksualni delikti među, kojima se po svom značaju, prirodi, karakteristikama i posledicama izdvajaju krivična dela polnog nasilja za koja su u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima zaprećene teške kazne. Sva savremena krivična zakonodavstva razlikuju više oblika i vidova polnog nasilja zavisno od kriterijuma za deobu. Među njima se, posebno, ističu dela polnog nasilja nad decom. Standardi krivičnopravne zaštite dece koji su postavljeni u Konvenciji o zaštiti dece od seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja su njenim ratifikovanjem postali deo nacionalnog pravnog poretkta. Upravo o pojmu, karakteristikama i elementima krivičnih dela polnog nasilja kod kojih se svojstvo deteta javlja kao elemenat njihovog bića u švedskom austrijskom i rusom pravu sa teorijskog i praktičnog aspekta govori ovaj rad.

Ključne reči: polna sloboda, nasilje, dete, zakon, Švedska, Austrija, Ruska federacija, krivično delo, odgovornost, kazna.

*Prof. dr***Dragan Jovašević***Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu
jovas@prafak.ni.ac.rs***UVODNA RAZMATRANJA**

Krivični zakonik Kraljevine Švedske¹ donet je daleke 1962. godine od kada je više puta menjan i dopunjavan. Zakonik, koji je stupio na snagu 1965. godine, u glavi šestoj pod nazivom : "Polni zločini" propisuje više krivičnih dela protiv polne slobode i polnog integriteta. Posebna zaštita maloletnika je obezbeđena kroz više posebnih krivičnih dela u osnovnom, privilegovanom ili kvalifikovanom obliku².

Pri tome je sam Zakonik izričito odredio da se kao dete smatra lice uzrasta do četrnaest godina. Za razliku od modernih zakona (zakonika) koja imenuju krivična dela, ovde se, naprotiv, radi o neimenovanim krivičnim delima, kao i posebnoj zakonskoj nomotehnici (gde su prvo propisani instituti poseb-

¹ N.Bishop, *Brottsbalken, Simson Straffrattens Utveckling*, Ny Strafflag 48 SvJT 583.

² Кузьнецова, Н.Ф., Бельаев, С.С. (2001). *Уголовний кодекс Швеции*. Санкт Петербург : Юридический центр Пресс., 54-62

nog dela krivičnog prava), pa tek potom i instituti opšteg dela krivičnog prava (što nije svojstveno kontinentalnom pravnom sistemu).

Na sličan način krivičnopravnu zaštitu polne slobode dece predviđa i Krivični zakonik Republike Austrije iz 1974. godine sa nizom izmena i dopuna do 4. novembra 2013. godine. Ova su krivična dela propisana u posebnoj glavi – glavi deset koja nosi naziv : "Krivična dela protiv seksualnog integriteta i samoopredeljenja".

Između dvadeset i jednog krivičnog dela ove vrste (koji spadaju u oblast seksualnog kriminaliteta), posebna zaštita maloletnika je obezbeđena kroz više posebnih krivičnih dela u osnovnom ili kvalifikovanom obliku. Pri tome je sam Zakonik izričito odredio da se kao maloletnik smatra lice uzrasta do četrnaest godina (član 74. stav 1.KZ).

I na kraju, Krivični zakonik Ruske federacije³ donet je 24.maja 1996. godine kojim je zamenjeno dotadašnje socijalističko sovjetsko krivično zakonodavstvo. Zakonik koji je stupio na snagu 1. marta 1997. godine do sada je više puna noveliran. On u posebnoj glavi osamnaestoj pod nazivom : "Krivična dela protiv polne nepovredivosti i polnih sloboda" propisuje više krivičnih dela protiv polne slobode i polnog integriteta. Posebna zaštita maloletnika je obezbeđena kroz više posebnih krivičnih dela u osnovnom, privilegovanom ili kvalifikovanom obliku.

Kao i kod prethodnih zakona, i ruski je Zakonik izričito odredio da se kao dete smatra lice uzrasta do četrnaest godina

POLNO NASILJE U ŠVEDSKOM PRAVU

U nastavku rada ćemo analizirati pojam, karakteristike i obeležja bića krivičnih dela kojima se povređuje ili ugrožava seksualni integritet i samoopredeljenje dece (polna sloboda – sloboda odlučivanja čoveka kao pasivnog subjekta u pogledu stupanja u polne odnose ili na drugi način zadovoljavanje polnog nagona).

U članu 1. u glavi šestoj pod nazivom : "Polni zločini" švedskog Krivičnog zakonika propisano je krivično delo koje se sastoji u upotrebi sile ili pretnje ili u izlaganju neposrednoj opasnosti kako bi se drugo lice prinudilo na polni odnos ili sa njim izjednačenu polnu radnju. Pri tome sam je Zakonik izričito odredio da se iskorišćavanje stanja nemoći (bespomoćnosti – fizičke ili psihičke) pasivnog subjekta izjednačava sa upotrebom sile. Za ovo je delo propisana zatvora od dve do šest godina⁴. Radnja izvršenja je trojako alternativno određena kao : a) upotreba sile u bilo kom obliku upotrebe fizičke, mehaničke ili druge snage učinioca prema pasivnom subjektu koja može biti kao apsolutna ili kompulzivna sila, b) upotreba pretnje – stavljanje u izgled drugom licu da će njemu ili bliskom licu biti naneto kakvo zlo i c) izlaganje neposrednoj opasnosti kako bi se drugo lice prinudilo na polni odnos ili sa njim izjednačenu polnu radnju

Lakši, privilegovani oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora do četiri godine postoji ako je karakter, obim i intenzitet primenjene sile bio takav da se može zavisno

³ Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji ot 13. 6. 1996. N 63-FZ.

⁴ Strahl, Olivecrona. (1999). *A kuella Sporsmal*. Stockholm: Svensk Juristtdning, 213

od konkretnih okolnosti (što je faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju) kvalifikovati kao "manje ozbiljno nasilje". Kada se radi o prinudi (nasilju) koja je "manje" ili "više" ozbiljna, faktičko je pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju na bazi svih objektivnih i subjektivnih okolnosti učinjenog dela i ličnosti aktivnog i pasivnog subjekta. Pri odmeravanju kazne u ovom slučaju sud je u obavezi da primeni zakonom predviđene okonosti kao što su : a) da li je doveden u opasnost život pasivnog subjekta, b) intenzitet primenjene sile ili pretnje, c) obim i intenzitet prouzrokovanih povreda ili izazvane bolesti i d) stepen brutalnosti i bezobzirnosti učinioca dela⁵.

Ako se radi o licu koje je u sticaju (ili u povratu) učinilo više krivičnih dela polnog nasilja, tada je zakonom propisana pooštrena kazna zatvora u trajanju od četiri do deset godina. Dakle, izvršenje dva ili više krivičnih dela polnog nasilja prema detetu sa jednom ili više radnji, istovremeno ili u različitim vremenskim periodima predstavlja kvalifikatornu okolnost za koju zakon propisuje pooštreno kažnjavanje.

Član 2. Krivični zakonik Kraljevine Švedske propisuje kaznu zatvora u trajanju do dve godine u slučaju ako je učinilac izvršio obljubu ili sa njom izjednačenu polnu radnju sa pasivnim subjektom protivno njegovoj volji, ali bez primene sile (ili iskorišćavanja stanja nemoći). Dakle, ovde se radi o dobrovoljnoj obljudi ili na drugi način zadovoljavanju polnog nagona učinioca sa detetom. Ukoliko je i ovom prilikom učinilac iskazao posebnu bezobzirnost (upornost) pri preduzimanju radnje izvršenja dela, tada se može kazniti zatvorom od šest meseci do četiri godine⁶.

Švedski zakonodavac u članu 3. predviđa krivično delo za koje je propisana kazna zatvora u trajanju do dve godine. Ovo delo čini lice koje podstiče drugoga na vršenje polnog nasilja. Ovde je radnja podstrekavanja dobila karakter samostalne radnje izvršenja, a ne oblik saučesništva. Delo se svršeno samim momentom navođenja, podstrekavanja, bez obzira da li je pod uticajem ove radnje navođeno lice i neposredno pristupilo polnom nasilju prema trećem licu.

Ista kazna je propisana i za lice koje izvrši polni odnos sa licem za koje pogrešno drži (gde se, dakle, nalazi se u zabludi) da nije bespomoćno, onesposobljeno za pružanje otpora ili da boluje od mentalne bolesti. Teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od šest meseci do šest godina postoji ako je prilikom preduzimanja radnje izvršenja u bilo kom od zakonom propisanih oblika ispoljavanja ovog dela učinilac pokazao poseban nivo bezobzirnosti koji značajno odstupa od uobičajenog nivoa⁷.

U članu 4. švedski zakonodavac propisuje kaznu zatvora do četiri godine za delo rodoskrnjenja (iako ga Zakonik tako ne naziva). Delo čini lice koje izvrši obljubu (polni odnos) sa licem koje je mlađe od 18 godina, a njegov je krvni potomak ili sa licem koje je učiniocu povereno na staranje, čuvanje ili vaspitanje. U slučaju izvršenja ovog dela gde je starosna razlika između učinioca dela i pasivnog subjekta "mala" (a kada takva granica po-

⁵ Wong, C. (2013). *Swedish Penal Code*. Lund University, 178-181

⁶ Sellin, T., Rothman, F. (1999). *Penal Code (Brottsbalk)*. London : Sweet and Maxwell, 115-116

⁷ Wennberg, S., Bogdan, M. (2000). *Swedish Law in the New Millennium*. Stockholm : Svensk Juristtdning, 175-177

stoji predstavlja faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju uzimajući u obzir sve okolnosti objektivnog i subjektivnog karaktera), tada se krivično gonjenje ne preduzima po službenoj dužnosti, osim ako se radi o opštem interesu⁸.

Ako je pri preduzimanju radnje izvršenja rodoskrvnjenja učinilac ispoljio poseban nivo bezobzirnosti, tada postoji teži, kvalifikovani oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od dve do osam godina.

Prilikom novele Krivičnog zakonika Kraljevine Švedske iz 1994. godine, brisana je inkriminacija predviđena u odredbi člana 5.

Sledeće krivično delo polnog nasilja shodno pozitivnom krivičnom pravu Švedske propisano je u članu 6. I ovde je inkriminisana radnja rodoskrvnjenja budući da se delo sastoji u polnom odnosu učinioaca sa svojim detetom ili unučetom (dakle, krvnim srodnikom u pravoj liniji). Za ovo je delo propisana kazna zatvora u trajanju do dve godine. Drugi, blaži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora do jedne godine postoji u slučaju vršenja polnog odnosa između brata i sestre, dakle krvnih srodnika u pobočnoj liniji u drugom stepenu⁹.

U članu 7. ovog Zakonika inkriminisana je nedozvoljena polna radnja. Delo se sastoji u dodirivanju drugog lica uzrasta ispod 15 godina na način kojim učinilac izaziva ili zadovoljava svoj polni nagon ili u podsticanju ovog lica da učestvuje u nedozvoljenim polnim radnjama. Ovo delo ima dva oblika ispoljavanja. To su:

a) dodirivanje (telesni kontakt bilo kojim delom tela) drugog lica uzrasta ispod 15 godina na način kojim učinilac izaziva ili zadovoljava svoj polni nagon i

b) podsticanje lica uzrasta do 15 godina da učestvuje u nedozvoljenim polnim radnjama sa učiniocem dela ili trećim licem, bez obzira da li je do ovakvog kontakta u konkretnom slučaju zaista i došlo.

Za ovo je delo propisana kazna zatvora do dve godine.

U slučaju izvršenja ovog dela gde je starosna razlika između učinioca dela i pasivnog subjekta "mala" (a kada takva "mala" granica postoji, predstavlja faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju uzimajući u obzir sve okolnosti objektivnog i subjektivnog karaktera), tada se krivično gonjenje ne preduzima po službenoj dužnosti, osim ako se radi o opštem interesu.

⁸ Jareborg, N. (1987). *Scandinavian Studies in Law*. Uppsala : University of Uppsala, 159-161

⁹ Stromhalm, S. (1981). *An Introduction to Swedish Law*. New York : Springer, 221

Interesantno je da ovo krivično delo postoji u još dva slučaja :

1) ako se prinudom, zavodaenjem ili podstrekavanjem navede lice uzrasta od 15 do 18 godina da učestvuje u proizvodnji pornografskog materijala sa eksplicitnim polnim radnjama i

2) ako se podstrekava ili omogućava vršenje nedozvoljene polne radnje pasivnog subjekta rečima ili delom čime se u znatnoj meri krši osećaj pristojnosti u sferi polnih odnosa¹⁰.

U članu 8. propisano je da se kaznom zatvora u trajanju do četiri godine kažnjava lice koje podstiče ili pomaže drugome da vrši polne radnje sa trećim licem ili koje promovise, podstiče ili omogućava prostituciju stavljanjem na raspolaganje svojih prostorija. Ovde su saučesničke radnje podstrekavanja i pomaganja u vezi sa prostitucijom predviđene kao samostalne radnje izvršenja krivičnog dela. To znači, da samim njihovim preduzimanjem, delo je svršeno, bez obzira da li je pasivni subjekt uopšte bio u mogućnosti da se upusti u prostituciju u konkretnom slučaju ili ne.

U članu 9. Krivičnog zakonika Švedske propisana je krivična odgovornost i kažnjivost za lice koje u sticaju (idealnom ili realnom) učini više krivičnih dela koja su upravljena na neposredno vršenje, podstrekavanje ili pomaganje u vršenju prostitucije. Za ovo delo je Zakonik propisao kaznu zatvora od dve do šest godina.

Sledeće krivično delo polnog nasilja nad decom je propisano u odredbi člana 10. KZ. Za ovo delo je propisana (po prvi put) novčana kazna ili kazna zatvora do šest meseci (alternativno) za lice koje ostvari ili pokuša da ostvari povremene polne odnose sa maloletnim licem obećanjem ili davanjem poklona ili druge naknade (imovinskog ili neimovinskog karaktera – npr. opojne droge i sl.). Ovo je prvi put da švedski zakonodavac propisuje odgovornost i kaznu za pokušano krivično delo polnog karaktera sa maloletnim licem. To je i logično jer je u ostalim slučajevima pokušaj kažnjiv po samoj zakonskoj definiciji s obzirom na vrstu i visinu propisane kazne za svršeno delo¹¹.

U članu 11. KZ zakonodavac ukazuje na uslove za postojanje krivice učinioca polnih delikata budući da traži postojanje umišljaja u vreme preduzimanja radnje izvršenja. Taj umišljaj treba da obuhvati svest učinioca o svim bitnim elementima bića krivičnog dela, a posebno svest o svojstvu pasivnog subjekta i njegovom uzrastu.

I na kraju, u članu 12. KZ Švedske koji je opšteg karaktera propisano je da će se za sva dela koja su propisana u grupi krivičnih dela pod nazivom : "Polni zločini" i njihove učinioce primenjivati odredbe o krivičnoj odgovornosti i kažnjavanju za : pripremanje, pokušaj, dogovor (zaveru) ili saučesništvo, posebno za udruživanje više lica u njihovom vršenju, čime su ove delatnosti izričito predviđene kao kažnjive¹².

¹⁰ Wong C., 184

¹¹ Sellin, T., Rothman, F., 187

¹² Wennberg, S., Bogdan, M., 189

POLNO NASILJE U AUSTRIJSKOM PRAVU

Na sličan način krivičnopravnu zaštitu polne slobode dece predviđa i Krivični zakonik Republike Austrije iz 1974. godine sa nizom izmena i dopuna do 4. novembra 2013. Godine. Ova su krivična dela propisana u posebnoj glavi – glavi deset koja nosi naziv : "Krivična dela protiv seksualnog integriteta i samoopredeljenja". Između dvadeset i jednog krivičnog dela ove vrste (koji spadaju u oblast seksualnog kriminaliteta), posebna zaštita maloletnika je obezbeđena kroz više posebnih krivičnih dela u osnovnom ili kvalifikovanom obliku.

Pri tome je sam Zakonik izričito odredio da se kao maloletnik smatra lice uzrasta do četrnaest godina (član 74. stav 1.KZ). To su sledeće inkriminacije ¹³:

- 1.teško seksualno zlostavljanje maloletnika – član 206. KZ.,
- 2.seksualna zloupotreba maloletnika – član 207. KZ.,
- 3.iskorišćavanje maloletnika za pornografiju i pornografske predstave – član 207a. KZ.,
- 4.seksualna zloupotreba mladih – član 207b.,
- 5.seksualne radnje sa licima uzrasta do šesnaest godina – član 208. KZ.,
- 6.podsticanje na seksualni odnos sa maloletnikom – član 208a. KZ.,
- 7.rodoskrvnjenje – član 211.,
- 8.zloupotreba položaja – član 212. KZ.,
- 9.navođenje na seksualni odnos – član 213.KZ.,
- 10.naplaćivanje kontakta sa maloletnikom radi ostvarenja seksualnog odnosa - član 214.,
11. navođenje na prostituciju – član 215. i
- 12.propagiranje prostitucije i prikazivanje pornografskih predstava sa maloletnim licima – član 215a. KZ.

U nastavku rada ćemo analizirati pojam, karakteristike i obeležja bića krivičnih dela kojima se povređuje ili ugrožava polni (seksualni) integritet i samoopredeljenje (polna sloboda – sloboda odlučivanja čoveka kao pasivnog subjekta u pogledu stupanja u polne odnose ili na drugi način zadovoljavanje polnog nagona).

Prvo krivično delo ove vrste nosi naziv : "Teško seksualno zlostavljanje maloletnika". Ono je predviđeno u odredbi člana 206. KZ¹⁴. Delo se sastoji u seksualnom (polnom odnosu – ljubavi) odnosu ili drugoj polnoj radnji sa maloletnikom ili navođenju ili omogućavanju seksualnog odnosa ili druge polne radnje sa maloletnikom ili maloletniku da ih izvrši nad samim sobom kako bi sebe ili treće lice uzbudio ili zadovoljio. Za postojanje dela su kažnjive, pored neposrednog preduzimanja radnje obljube ili sa njom izjednačene polne radnje učinio sa maloletnikom, i radnje saučesništva – podstrekavanje (navođenje) ili omogućavanje (pomaganje) u vršenju obljube ili druge polne radnje sa maloletnikom, odnosno vršenje ovih radnji od strane samog maloletnika prema sebi samom, pod uslovom da na taj način izaziva (raspaljuje) ili zadovoljava polni nagon nekog trećeg lica.

Za ovo je delo propisana kazna zatvora od jedne do deset godina. No, Zakonik je predvideo poseban osnov koji isključuje kažnjavanje učinio ovog dela - ako je pasivni subjekt lice uzrasta do trinaest godina. Ova izuzetna zakonska mogućnost je predviđena

¹³ Forregger, E., Serini, E. (1989). *Strafgesetzbuch StGB*. 9.Auflage. Wien:Manzsche Verlag, 34-35

¹⁴ Kienapfel, D., Schmoller, K. (2009). *Studienbuch Strafrecht. Besonderer teil*. Wien:Manzsche Verlag, 168

ako su ispunjeni sledeći kumulativni uslovi : 1) ako razlika u uzrastu između učinioca dela i žrtve nije veća od tri godine što je faktičko pitanje koje se utvrđuje u svakom konkretnom slučaju, 2) ako je delo izvršeno u kratkom vremenskom periodu i 3) ako nisu prouzrokovane ozbiljne telesne povrede ili smrt žrtve.

Pored osnovnog, delo ima i dva teža, kvalifikovana oblika ispoljavanja. Prvi teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od pet do petnaest godina postoji ako je usled preduzete radnje izvršenja osnovnog dela nastupila teža posledica (delo kvalifikovano težom posledicom) u odnosu na koju učinilac postupa sa nehatom. Ta teža posledica može da se javi kao : a) teška telesna povreda žrtve, b) trudnoća maloletnog ženskog lica i c) teške patnje žrtve koje su posledica duževremenog preduzimanja radnje izvršenja. Drugi teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od deset do dvadeset godina ili kazna doživotnog zatvora postoji ako je usled preduzete radnje izvršenja osnovnog dela nastupila iz nehata smrt maloletnog lica – žrtve seksualnog zlostavljanja.

Seksualna zloupotreba maloletnika je drugo krivično delo u austrijskom krivičnom pravu predviđeno u članu 207. KZ. Ovo je sekundarno, supsidijarno krivično delo budući da se njime kažnjava :

1) vršenje polnih radnji sa maloletnikom, ali onih radnji koje nisu obuhvaćene prethodnim krivičnim delom ili

2) navođenje maloletnika da vrši ove radnje nad samim sobom radi zadovoljenja seksualnog nagona učinioca ili trećeg lica.

Dakle, postojanje i pravna kvalifikacija ovog dela zavise od krivičnog dela iz člana 206. KZ. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina. No, učinilac dela se neće kazniti ako su ispunjena tri kumulativna uslova : 1) da razlika u uzrastu između učinioca dela i žrtve nije veća od četiri godine, 2) da nije nastupila teška telesna povreda ili smrt pasivnog subjekta i 3) da žrtva nije mlađa od dvanaest godina.

Delo im dva teža, kvalifikovana oblika ispoljavanja. Prvi teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od pet do petnaest godina postoji ako je usled preduzete radnje izvršenja osnovog dela nastupila iz nehata teška telesna povreda žrtve u bilo kom obliku i vidu ispoljavanja. Najteže delo ove vrste postoji ako je usled preduzete radnje izvršenja prouzrokovana smrt žrtve za što je propisana kazna zatvora od deset do dvadeset godina ili kazna doživotnog zatvora.

Iskorišćavanje maloletnika za pornografiju i pornografske predstave je novouvedeno krivično delo u članu 207a. KZ. Osnov ove inkriminacije se nalazi u ratifikovanim međunarodnim dokumentima univerzalnog ili regionalnog karaktera koji su potom implementirani u domaćem zakonodavstvu. Pod pornografijom se prema izričitom slovu zakona (stav 4.) smatraju¹⁵:

¹⁵ Forregger, E., Serini, E., 34-35

1) realni snimci seksualnih radnji nad maloletnikom ili maloletnika nad samim sobom, drugim licem ili sa životinjom,

2) realni snimci događaja sa maloletnikom koji ostavljaju utisak da se radi o seksualnim radnjama nad njim, samostalnim seksualnim radnjama maloletnika nad samim sobom ili sa drugim licem ili sa životinjom,

3) realni snimci seksualne radnje ili događaja maloletnika sa starijim licima ili genitalija ili intimnih delova tela maloletnika ako se radi o fokusiranim snimcima na ove delove tela koji su namenjeni radi seksualnog uzbuđenja gledalaca i

4) video materijal koji ostavlja utisak da se radi o napred navedenim realnim snimcima.

Ovo krivično delo se sastoji u izradi, nuđenju, nabavljanju, ustupanju drugome, prikazivanju ili na drugi način činjenju dostupnim drugim licima pornografskog snimka na kome je prikazano maloletno lice. Objekt zaštite je maloletno lice. Radnja izvršenja je višestruko alternativno određena kao : a) izrada- pravljenje novog, do tada nepostojećeg materijala, b) nuđenje – pokušaj davanja drugome ovakvog materijala, c) nabavljanje – dolaženje u posed ovakvog materijala na bilo koji način, d) ustupanje drugome – davanje drugom licu u posed materijala i e) prikazivanje ili na drugi način činjenju dostupnim drugim licima ovakvog materijala. Za postojanje dela je bitno da se radi o pornografskom snimku na kome je prikazano maloletno lice.

Za ovo je delo propisana kazna zatvora od šest meseci do tri godine. No, ovog krivičnog dela nema ako se prave ili poseduju pornografski snimci ili drugi video materijal koji ostavlja utisak da se radi o realnim snimcima maloletnika uz njegovo odobrenje i za njegovu ličnu upotrebu pod uslovom da ne postoji opasnost od distribucije (na bilo koji način činjenja dostupnim individualno neodređenim licima) ovakvog materijala.

Privilegovani oblik dela za koji je propisana kazna zatvora do dve godine postoji u dva slučaja¹⁶:

a) ako učinilac nabavlja (dolazi u posed na bilo koji način) ili poseduje (ima državinu, faktičku vlast) pornografske snimke starijeg maloletnika i

b) ako učinilac putem interneta pristupa odgovarajućim pornografskim sajtovima sa snimcima maloletnih lica.

Ovo krivično delo ima dva teža kvalifikovana oblika za koja je propisano strožije kažnjavanje¹⁷.

Prvi teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina

¹⁶ Kienapfel, D., Schmoller, K., 168

¹⁷ Triffterer, O. (1994). *Osterreichisches Strafrecht*. Wien, 278-280

čini lice koje u odnosu na pornografske snimke maloletnika preduzme jednu od više alternativno predviđenih radnji izvršenja kao što su : a) izrada – pravljenje, b) uvoz- unošenje u zemlju iz inostranstva, c) izvoz – iznošenje iz zemlje u inostranstvo i d) transport – prevoz, prenošenje radi njihove distribucije i činjenja dostupnim individualno neodređenom broju lica.

No, ovo delo postoji i ako učinilac bilo koju od navedenih radnji izvršenja preduzme u određenoj nameri – nameri pribavljanja imovinske koristi. Ova namera određuje oblik direktnog umišljaja. Ona mora da postoji na strani učinioca dela u vreme preduzimanja radnje izvršenja, ali ne mora biti i ostvarena u svakom konkretnom slučaju.

Drugi teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina postoji u sledećim slučajevima :

- 1) ako je delo izvršeno od strane kriminalne organizacije,
- 2) ako su usled preduzete radnje izvršenja osnovnog dela nastupile izuzetno teške posledice za maloletno lice (koje je prikazano na takvom pornografskom materijalu),
- 3) ako je učinilac primenio teško nasilje radi prisiljavanja maloletnika da učestvuje u izradi (snimanju) pornografskog materijala i
- 4) ako je prilikom izrade pornografskih snimaka maloletnika namerno ili sa grubom nepažnjom ugrožen njegov život.

U članu 207b. Krivični zakonik Austrije predviđa krivično delo pod nazivom : "Sekсуalna zлoupotreба mladih". Delo čini lice koje vrši polne radnje sa maloletnim licem uzrasta od 14 do 16 godina ili to lice navodi na vršenje takvih radnji sa učiniocem, samim sobom ili sa trećim licem ili trećeg lica sa njim. Za ovo je delo propisana kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna do 360 dnevnih iznosa. Ovde se radi o starijem maloletnom licu kod koga se zлoupotrebljava njegova nedovoljna duševna zrelost i sposobnost da shvati značaj polnih radnji u kojima učestvuje.

Delo ima dva teža oblika ispoljavanja za koja je propisana kazna zatvora do tri godine¹⁸.

Prvi teži oblik dela postoji ako se radnja izvršenja osnovnog dela preduzme na poseban način – iskorišćavajući težak položaj žrtve. Ovde je žrtva maloletno lice uzrasta od 14 do 16 godina. Kada postoji "težak" položaj žrtve koji mora biti poznat učiniocu dela i u čemu se on sastoji predstavlja faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju.

Drugi teži oblik dela je upravljen prema žrtvi – maloletnom licu uzrasta od 16 do 18 godina. On se sastoji u navođenju ovog lica na vršenje polne radnje ili dopuštanju da nad njim učinilac ili treće lice izvrši polnu radnju uz naknadu.

¹⁸ Kienapfel, D., Schmoller, K., 168

Seksualne radnje sa licima uzrasta do šesnaest godina je krivično delo predviđeno u odredbi člana 208. KZ. Delo se sastoji u vršenju polne radnje sa maloletnim licem uzrasta od 14 do 16 godina u cilju zadovoljenja polnog nagona učinioca ili trećeg lica čime se to lice može ugroziti moralno, zdravstveno ili duševno ili od strane učinioca kome je maloletno lice povereno radi vaspitanja, obrazovanja ili nadzora. Za ovo je delo propisana kazna zatvora do tri godine.

No, učinilac ovog dela se neće kazniti ako učinilac dela nije stariji više od četiri godine od žrtve (pasivnog subjekta). Ako se radi samo o navođenju maloletnog lica uzrasta od 14 do 16 godina na vršenje obljube ili polnog odnosa ili druge polne radnje u nameri da se učinilac ili treće lice seksualno zadovolje, tada se radi o delu za koje je propisana kazna zatvora do dve godine.

"Podsticanje na seksualni odnos sa maloletnikom" iz člana 208a. KZ predstavlja delo za koje je propisana kazna zatvora do dve godine. Ono postoji ako učinilac preduzme zakonom određene delatnosti u nameri da ostvari kontakt sa maloletnim licem radi vršenja obljube ili druge polne radnje na sledeće načine : a) putem sredstava telekomunikacija uz korišćenje kompjuterskih sistema i b) prevarom (dovođenjem ili održavanjem u zabludi) žrtve radi zakazivanja, predlaganja ili dogovaranja ličnog susreta sa učiniocem. No, učinilac dela se neće kazniti ako dobrovoljno odustane od preduzete radnje izvršenja i o tome obavesti nadležne državne organe pre nego što oni pokrenu ili započnu vođenje krivičnog postupka.

Lakši oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna do 360 dnevnih iznosa postoji ako učinilac ostvari kontakt sa maloletnikom u nameri da izvrši krivično delo iskorišćavanja maloletnika za pornografiju ili pornografsku predstavu.

Rodoskrnjenje (incest) iz člana 211.KZ se sastoji u vršenju obljube (polnog odnosa) sa krvim srodnikom u pravoj liniji za što je predviđena kazna zatvora do jedne godine. Učesnik u ovom delu je lice koje nije navršilo 19 godina, a koje je bilo navedeno (podstrekuto) od učinioca dela se ne kažnjava, odnosno ne smatra se nužnim saizvršiocem ovog dela. Ako se radi o obljubi između brata i sestre, tada je zakon propisano kaznu zatvora do šest meseci.

Teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora do tri godine postoji ako obljubu izvrše krvni srodnici u pravoj liniji – roditelj i potomak (dete).

U članu 212. Krivičnog zakonika je sistematizovano krivično delo zloupotreba položaja za koji je predviđena kazna zatvora do tri godine. Zavisno od svojstva učinioca koji zloupotrebljava svoj položaj (odnos) prema žrtvi – maloletnom licu, razlikuju se dva osnovna oblika dela.

Prvi osnovni oblik dela čini lice koje preduzme polnu radnju prema maloletniku ili ga podstrekne (navede) ili mu dozvoli (omogući) da je preduzme prema samom sebi ili prema trećem licu u nameri seksualnog uzbuđenja ili zadovoljenja iskorišćavanjem svog položaja

- a) prema maloletniku sa kojim je u krvnom srodstvu, usvojeniku, pastorku ili šticienuku i
 b) prema maloletniku koji mu je poveren na vaspitanje, školovanje ili nadzor.

Drugi osnovni oblik koji se sastoji u navedenim radnjama izvršenja može da izvrši određeno lice iskorišćavanjem svog položaja u odnosu prema maloletniku koji mu je poveren i to : a) lekar, psiholog, klinički psiholog, psihoterapeut, zdravstveno ili versko osoblje, b) lice zaposleno u vaspitnoj ustanovi i c) službeno lice.

Navođenje na seksualni odnos¹⁹ iz člana 213.KZ se sastoji u navođenju maloletnog lica na polni odnos sa drugim licem zloupotrebom položaja koji učinilac ima u odnosu na to lice. Za ovo je delo propisana kazna zatvora do tri godine. Ovde je radnja podstrekavanja predviđena kao samostalna radnja izvršenja, a ne kao oblik saučesništva. To znači da je delo svršeno samim uticanjem na volju maloletnika da ostvari polni kontakt sa trećim licem bez obzira da li je do takvog kontakta u konkretnom slučaju zaista i došlo.

Teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina postoji ako je preduzeta radnja izvršenja od strane učinioca u nameri da na ovaj način ostvari imovinsku korist za sebe ili drugo lice Ova namera na strani učinioca mora da postoji u vreme preduzimanja radnje izvršenja, ali ona ne mora da bude i ostvarena u svakom slučaju. Ona s druge strane kvalifikuje direktni umišljaj kao oblik krivice učinioca.

Naplaćivanje kontakta sa maloletnikom radi ostvarenja seksualnog odnosa je krivično delo predviđeno u članu 214.KZ za koje je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Delo se sastoji u uticanju na maloletno lice radi ličnog zblizavanja sa drugim licem u cilju vršenja polnog odnosa u nameri da učinilac ili drugo lice na ovaj način pribave imovinsku korist. Ovde je inkriminisano navođenje (podstrekavanje) maloletnika na prostituciju, bez obzira da li se ono uopšte i odalo takvom nedozvoljenom ponašanju.

Navođenje na prostituciju iz člana 215.KZ postoji kada učinilac preduzme različite delatnosti kojima navede (podstrekava – utiče na volju u smislu stvaranja ili učvršćivanja odluke) maloletnika na vršenje prostitucije. Za ovo je delo propisana kazna zatvora do dve godine.

Poslednje krivično delo kojim se ostvaruje krivičnopravna zaštita polnog integriteta maloletnika u autrijskom krivičnom pravu je propisano u članu 215a. KZ (Ritter, 2002:189-190). Delo nosi naziv : "Propagiranje prostitucije i prikazivanje pornografskih predstava sa maloletnim licima".

Za osnovno delo je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Ovo delo se sastoji u navođenju maloletnog lica na bavljenje prostitucijom ili učestvovanje u izradi pornografskog materijala, nuđenju maloletnog lica ili u posredovanju da maloletno lice učestvuje za ove svrhe ili u iskorišćavanju maloletnog lica za izradu pornografskog materijala u nameri pribavljanja imovinske koristi za sebe ili drugoga. Ovo delo postoji čak i kada se radi o maloletnom licu koje se dobrovoljno odalo prostituciji.

¹⁹ Triffterer, O., 278-280

Teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora do deset godina postoji i u sledećim slučajevima :

- 1) ako je radnju izvršenja preduzela kriminalna organizacija,
- 2) ako je delo izvršeno uz primenu teškog nasilja i
- 3) ako je delo izvršeno na takav način da je došlo do ugrožavanja života ili drugih teških posledica po maloletno lice.

No, Zakonik poznaje i dva lakša, privilegovana oblika ovog dela. Prvi lakši oblik dela za koji je propisana kazna zatvora do jedne godine čini lice koje posmatra pornografsku predstavu za koju zna da u njoj učestvuje starije maloletno lice.

Kazna zatvora do dve godine je predviđena za drugi privilegovani oblik dela koji se sastoji u svesnom posmatranju pornografske predstave u kojoj učestvuje mlađe maloletno lice što mora biti poznato učiniocu dela (mora dakle biti obuhvaćeno njegovim umišljajem).

POLNO NASILJE U RUSKOM PRAVU

Krivični zakonik Ruske federacije²⁰ donet je 24.maja 1996. godine kojim je zamenjeno dotadašnje socijalističko sovjetsko krivično zakonodavstvo. Zakonik koji je stupio na snagu 1. marta 1997. godine do sada je više puta noveliran. On u posebnoj glavi osamnaestoj pod nazivom : "Krivična dela protiv polne nepovredivosti i polnih sloboda" propisuje više krivičnih dela protiv polne slobode i polnog integriteta. Posebna zaštita maloletnika je obezbeđena kroz više posebnih krivičnih dela u osnovnom, privilegovanom ili kvalifikovanom obliku.

Pri tome je sam Zakonik izričito odredio da se kao dete smatra lice uzrasta do četrnaest godina.

Krivični zakonik poznaje više inkriminacija kojima se štiti polna sloboda maloletnika. To su sledeća krivična dela²¹:

- 1.silovanje – član 131.,
- 2.seksualni napad – član 132.,
- 3.prinuda na seksualni čin – član 133.,
- 4.obljuba i druge polne radnje sa licem mlađim od 16 godina – član 134. i
- 5.seksualno zlostavljanje – član 135.

U nastavku rada ćemo analizirati pojam, karakteristike i obeležja bića krivičnih dela kojima se povređuje ili ugrožava seksualni integritet i samoopredeljenje (polna sloboda – sloboda odlučivanja čoveka kao pasivnog subjekta u pogledu stupanja u polne odnose ili na drugi način zadovoljavanje polnog nagona).

Silovanje kao osnovno krivično delo protiv polne slobode i polnog integriteta iz člana 131. Krivičnog zakonika se sastoji u polnom odnosu upotrebom sile ili pretnje silom prema žrtvi ili njoj bliskom licu ili prema bespomoćnoj žrtvi²². Radnja izvršenja se sastoji u

²⁰ Uголовниј кодекс Россијској федерациј от 13. 6. 1996. N 63-FZ.

²¹ Дегтјарева, Д., Дружинец, А. (2014). *Уголовниј кодекс Россијској федерациј. текст с измененијами и дополнненнијами на 1. сентјабрја 2014.года*. Москва:Норма, 178-180

²² Журавлев, М.П., Наумов, А.В. (2003). *Уголовное право России. Части общаја и особеннаја*. Москва : Зерцало, 89-92

obljubi ili prirodnom polnom odnosu muškarca i žene. Za postojanje dela je bitno da se radnja izvršenja preduzima na tri načina: a) upotrebom neposredne ili posredne sile, b) upotrebom pretnje i c) prema bespomoćnom licu. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od tri do šest godina.

Delo ima tri kvalifikovana oblika ispoljavanja. Prvi teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od četiri do deset godina postoji u sledećim slučajevima²³:

1) ako je delo izvršeno od strane grupe lica, grupe lica po prethodnom dogovoru ili od strane organizovane grupe,

2) ako je delo izvršeno pretnjom smrću ili pretnjom nanošenjem teških telesnih povreda uz naročito okrutno ponašanje prema žrtvi ili drugom licu i

3) ako je usled preduzete radnje izvršenja nastupila infekcija polno prenosivim bolestima žrtve.

Drugi teži oblik dela postoji ako je radnja izvršenja preduzeta :

1) prema maloletniku – licu uzrasta do 18 godina u vreme preduzimanja radnje izvršenja,

2) ako su namerno (umišljajno) prouzrokovane teške telesne povrede upotrebjenom silom radi savladavanja otpora žrtve ili

3) ako je usled preduzete radnje izvršenja prouzrokovana HIV infekcija žrtve ili druga teška posledica.

Za ovo je delo propisana kazna zatvora od osam do petnaest godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do dvadeset godina sa ograničenjem slobode do dve godine²⁴.

Treći teži oblik dela postoji u dva slučaja. To su :

1) ako je iz nehata prouzrokovana smrt žrtve i

2) ako je radnja izvršenja preduzeta prema detetu - žrtvi uzrasta do 14 godina.

U ovom slučaju je propisana kazna zatvora od dvanaest do dvadeset godina sa ili bez ograničenja slobode do dve godine.

U slučaju da se kao učinilac ovog oblika dela javi specijalni povratnik, dakle, lice koje je već prethodno osuđivano pravnosnažno za istovrsno seksualno krivično delo, tada se

²³ Галикабаров, Р.Р. (2000). *Борба с груповими преступленијами*. Краснодар, 67-69

²⁴ Кругликов, Л.Л. (1999). *Уголовное право России. Общаја част*. Москва : ЕКСМО, 319

kažnjava pooštrenom kaznom – kaznom zatvora od petnaest do dvadeset godina sa lišavanjem prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do dvadeset godina ili kaznom doživotnog zatvora.

U članu 132.ruskog Krivičnog zakonika određeno je krivično delo : "Seksualni napad". Delo se sastoji u vršenju pederastije, lezbejstva ili druge polne radnje sa elementima nasilja ili pretnjom nasilja prema žrtvi ili drugom licu ili prema bespomoćnom licu. Ovde je protivprirodni blud - zadovoljenje polnog nagona bez prirodnog polnog odnosa – koitusa²⁵.

Bitno je da se radnja izvršenja preduzima : a) upotrebom sile – apsolutne ili kompulzivne, b) upotrebom pretnje nasiljem i c) prema bespomoćnom licu, dakle, licu koje usled fizičke ili psihičke nemoći nije u stanju, u mogućnosti da pruži otpor aktu zadovoljenja polnog nagona učinioca na neprirodan način. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od tri do šest godina.

Delo ima tri teža, kvalifikovana oblika ispoljavanja. Prvi teži oblik dela postoji ako je radnja izvršenja preduzeta²⁶:

- 1) od strane grupe lica, grupe lica uz perethodni dogovor ili od strane organizovane grupe,
- 2) na poseban način - pretnjom smrću ili nanošenjem teške telesne povrede žrtve,
- 3) na naročito okrutan način ili
- 4) ako je usled preduzete radnje izvršenja izazvana infekcija polno prenosivom bolešću uškarca – žrtve.

Za ovo je delo propisana kazna zatvora od četiri do deset godina sa ili bez ograničenja slobode do dve godine.

Drugi teži oblik dela postoji u sledećim slučajevima²⁷:

- 1) ako je radnja izvršenja preduzeta prema maloletnom licu gde je svojstvo pasivnog subjekta kvalifikatorna okolnost i
- 2) ako je usled preduzete radnje izvršenja sa umišljajem žrtvi prouzrokovana teška telesna povreda ili je izazvana HIV infekcija žrtve ili joj je naneta druga teška posledica.

Za ovo je delo propisana kazna zatvora od osam do petnaest godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do dvadeset godina ili ograničenje slobode do dve godine.

Treći kvalifikovani oblik ovog dela postoji u dva slučaja. To su :

- 1) ako je delo izvršeno prema maloletnom licu koje nije navršilo 14 godina, što mora biti poznato učiniocu dela u vreme preduzimanja radnje izvršenja i

²⁵ Ситковскаја, О.Д. (1999). *Психологическиј коментарий к Уголовному кодексу РФ*. Москва:Норма, 78-81

²⁶ Таганцев, Н.С. (1994). *Русское уголовное право. Часть общаја*. Москва:Зерцало, 319-321

²⁷ Федосова, И., Скуратова, Т. (2005). *Уголовный кодекс Российской Федерации*. Москва: Гарант, 79

2) ako je usled preduzete radnje izvršenja nastupila smrt žrtve²⁸.

Za ovo je delo propisana kazna zatvora od dvanaest do dvadeset godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do dvadeset godina ili ograničenje slobode do dve godine.

Ako se kao učinilac ovog oblika krivičnog dela javi specijalni povratnik, tada je propisana kazna zatvora u trajanju od petnaest do dvadeset godina uz lišavanje prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do dvadeset godina ili kazna doživotnog zatvora.

"Prinuda na seksualni čin" je krivično delo propisano u članu 133. KZ²⁹. Delo se sastoji u prinudi na vršenje polnog odnosa, sodomije, lezbejstva ili drugog akta (čina) seksualne prirode upotrebom ucene, pretnjom uništenjem, oštećenjem ili oduzimanjem imovine ili korišćenjem materijalne ili druge zavisnosti žrtve prema učiniocu. Za ovo je delo propisana novčana kazna od 120.000 rubalja ili novčana kazna u visini zarade ili drugih prihoda osuđenog u periodu od jedne godine, obavezni rad u trajanju od 400 sati ili kolektivni rad u trajanju od dve godne ili teški rad u trajanju do jedne godine ili kazna zatvora do jedne godine.

Ako je neka od zakonom predviđenih radnji izvršenja ovog dela preduzeta prema maloletniku, tada se radi o težem obliku dela za koji je propisana kazna prinudnog rada u trajanju do pet godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u periodu do tri godine.

"Obljuba ili druge polne radnje sa licem mlađem od 16 godina" iz čana 134. Krivičnog zakonika Ruske federacije se sastoji u vršenju obljuje ili druge polne radnje od strane punoletnog lica sa licem³⁰. Za ovo delo je propisana kazna obaveznog rada od 470 časova rada, ograničenje slobode u trajanju do četiri godine ili obavezni rad u periodu do četiri godine sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do tri godine. Interesantno je rešenje ruskog zakonodavca kod ovog krivičnog dela gde se usled nedostatka društvene opasnosti predviđa mogućnost fakultativnog oslobodenja od kazne učinioca dela u slučaju da on i žrtva sklope brak posle izvršenog dela.

Ovo krivično delo ima četiri teža, kvalifikovana oblika ispoljavanja³¹. Prvi teži oblik dela se sastoji u vršenju pederastije ili lezbejstva sa licem koje je mlađe od 16 godina za što je propisana kazna prinudnog rada u trajanju od pet godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju od tri godine ili kazna zatvora do šest godina.

²⁸ Михаев, Р.И. (1980). *Основи ученија овмењаемости и невмењаемости*. Владивосток, 176-179

²⁹ Парог, А.И., Есаков, Г.А., Чучаев, А.И., Степалин, В.П. (2007). *Уголовное право России. Части общаја и особеннаја. Курс лекциј*. Москва: Проспект, 217-219

³⁰ Есаков, Г.А. (2005). *Судебнаја практика по уголовним делам*. Москва: Норма, 139-142

³¹ Шаргородскиј, М.Д. (1973). *Курс советского уголовного права. Часть особеннаја*. Ленинград, 480

Drugi teži oblik dela postoji ako je radnja izvršenja preduzeta prema licu mlađem od 14 godina gde kvalifikatornu okolnost predstavlja uzrast pasivnog subjekta. Za ovo delo je propisana kazna zatvora od tri do deset godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do petnaest godina i ograničenje slobode do dve godine.

Ako se kao učinilac ovog dela javi specijalni povratnik (lice koje je prethodno osuđivano za istovrsna seksualna krivična dela) kažnjava se kaznom zatvora u trajanju od petnaest do dvadeset godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju od dvadeset godina ili kaznom doživotnog zatvora

Treći kvalifikovani oblik dela postoji ako je radnja izvršenja preduzeta prema dva ili više lica. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od osam do petnaest godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do dvadeset godina.

Četvrti teži oblik dela postoji ako je radnja izvršenja preduzeta od strane grupe lica po prethodnom dogovoru ili od strane organizovane grupe. Za ovo delo je propisana kazna zatvora od dvanaest do dvadeset godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do dvadeset godina ili ograničenje slobode u trajanju do dve godine.

"Seksualno zlostavljanje" je krivično delo određeno u članu 135. Krivičnog zakonika za koje je propisana kazna obaveznog rada od 470 časova, kazna zatvora do tri godine, težak rad u trajanju do pet godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do tri godine. Ovo delo se sastoji u vršenju bludnih radnji od strane punoletnog nad maloletnim licem koje nije navršilo 16 godina. Bitno je da se radnja izvršenja preduzima bez primene prinude. Ako je starosna granica između učinioca dela i žrtve manja od četiri godine, tada se učinilac dela ne kažnjava, što predstavlja poseban osnov isključenja postojanja krivičnog dela³².

Delo ima tri teža, kvalifikovana oblika ispoljavanja³³. Prvi teži oblik ovog dela postoji ako je radnja izvršenja preduzeta prema žrtvi uzrasta od 12 do 14 godina, što mora biti obuhvaćeno umišljajem učinioca. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od tri do osam godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do petnaest godina ili ograničenje slobode u trajanju do dve godine.

Ako je ovo delo izvršeno od strane specijalnog povratnika³⁴, tada je propisana kazna zatvora od deset do petnaest godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do dvadeset godina

Ako je radnja izvršenja bludnih radnji preduzeta prema dva ili više maloletnih lica, tada postoji drugi teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od pet do petnaest godina sa ili bez lišavanja prava na obavljanje određenih poslova ili delatnosti u trajanju do dvadeset godina.

³² Сундурова, Ф.Р. (2003). *Уголовное право России. Общая часть*. Казань, 215-217

³³ Парог, А.И. (2008). *Уголовное право России. Общая часть*. Москва:ЕКСМО, 156-159

³⁴ Парог, А.И. (2008). *Уголовное право России. Часть особенная*. Москва:ЕКСМО, 123-125

Трећи тежи облик дела постоји ако је радњу извршења предузела група лица по претходном договору или организована група. За ово је дело прописана казна затвора од седам до петнаест година са или без лишавања права на обављање одређених послова или делатности у трајању до двадесет година или ограничење слободe до две године.

ZAKLJUČAK

У структури класичног криминалитета, по својој природи, карактеру, значају обиму и интензитету прouzрокованих последица и ставу друштвене средине изdvajaju се кривична дела полног насиља (сексуални деликти). Бројни савремени кривични закони, па тако и кривични закони Краљевине Шведске, Републике Аустрије и Руске федерације познају више различитих облика и видова испoлјавања кривичних дела против полне слободe (сексуалног самоопредељења). Ова дела добијају посебну тежину и значај када се као њихова жртва јави дете – лице узрasta до 14, односно до 16 година.

Већ сам напад на такву жртву код које је полна слобода, као и слобода одлучивања уопште у значајној мери смањена (или чак искључена због недовољне душевне зрелости) представља изузетно тешко кривично дело забрањено строгим казнама. А када се радња извршења основног дела врши на посебан начин (употребом силе или претње, на нарочито свиреп или понижавајући начин) или од стране повратника (лица које је претходно већ осуђивано за истоvrсно сексуално кривично дело) или од стране више лица, организована криминална група или у стикају (idealном или realном, тада дело добија тежу квалификацију за које је прописано pooштрено казњивање. Ради се о кривичним делима која изазивају посебну пањњу, не само правне теорије и судске праксе, већ и опште јавности (грађанства).

Кривична дела ове врсте познаје и низ других савремених кривичних закона са готово идентичним овељжјима. Управо utvrđivanje и правилна правна квалификација објективних и субјективних околности извршењог кривичног дела и личности његовог учиниоца, односно жртве у сваком конкретном случају треба да омогуће суду да изведе правиан закључак о постојању и квалификацији неког од наведених облика кривичних дела полног насиља над дететом.

LITERATURA

- Bishop, N. *Brottsbalken, Simson Straffrattens Utveckling*. Ny Strafflag 48 SvJT 583.
- Детгјарева, Д., Дружинец, А. (2014). *Уголовниј кодекс Росијској федерацији*. текст с измененијама и допoлнненијама на 1. сентјабрја 2014.года. Москва:Норма.
- Есаков, Г.А. (2005). *Судебнаја практика по уголовним делам*. Москва:Норма.
- Федосова, И., Скурагова, Т. (2005). *Уголовниј кодекс Росијској федерацији*. Москва: Гарант.
- Forregger, E., Serini, E. (1989). *Strafgesetzbuch StGB*. 9.Auflage. Wien:Manzsche Verlag.
- Галикабаров, Р.Р. (2000). *Борба с груповими преступленијама*. Краснодар.
- Jareborg, N. (1987). *Scandinavian Studies in Law*. Uppsala : University of Uppsala.
- Kienapfel, D., Schmoller, K. (2009). *Studienbuch Strafrecht. Besonderer teil*. Wien:Manzsche Verlag.
- Кругликов, Л.Л. (1999). *Уголовное право Росии. Обиаја част*. Москва : ЕКСМО.
- Кругликов, Л.Л. (2004). *Уголовное право Росии. Част особеннаја*. Москва:ЕКСМО.
- Кузьнецова, Н.Ф., Бељаев, С.С. (2001). *Ugolovnij kodeks Швеции*. Санкт Петербург : Јуридрички центр Пресс.
- Михаев, Р.И. (1980). *Основи ученија овмењаемости и невмењаемости*. Владивосток.
- Neubekanntmachung des StGB idF der Bek.v.10.3.1987. (BGBl.I.S. 945,1160 in der seit 1.1.1999. gel-

tenden Fassung).

- Рарог, А.И., Есаков, Г.А., Чучаев, А.И., Степалин, В.П. (2007). *Уголовное право России. Части общаја и особеннаја. Курс лекциј*. Москва: Проспект.
- Рарог, А.И. (2008). *Уголовное право России. Общаја част*. Москва: ЕКСМО.
- Рарог, А.И. (2008). *Уголовное право России. Част особеннаја*. Москва: ЕКСМО.
- Ritter, T. (2002). *Lehrbuch des Osterreichischen Strafrecht*. Wien.
- Sellin, T., Rothman, F. (1999). *Penal Code (Brottsbalk)*. London : Sweet and Maxwell.
- Ситковскаја, О.Д. (1999). *Психологическиј коментарииј к Уголовному кодексу РФ*. Москва: Норма.
- Strahl, Olivecrona. (1999). *A kuella Sporsmal*. Stockholm: Svensk Juristtdning.
- Stromhalm, S. (1981). *An Introduction to Swedish Law*. New York : Springer.
- Сундурова, Ф.Р. (2003). *Уголовное право России. Общаја част*. Казань.
- Шаргородскиј, М.Д. (1973). *Курс советского уголовного права. Част особеннаја*. Ленинград.
- Таранцев, Н.С. (1994). *Русское уголовное право. Част общаја*. Москва: Зерцало.
- Triffterer, O. (1994). *Osterreichisches Strafrecht*. Wien.
- Журавлев, М.П., Наумов, А.В. (2003). *Уголовное право России. Части общаја и особеннаја*. Москва : Зерцало.
- Wennberg, S., Bogdan, M. (2000). *Swedish Law in the New Millennium*. Stockholm : Svensk Juristtdning
- Wong, C. (2013). *Swedish Penal Code*. Lund University.

Prof. dr Dragan Jovašević Ph.D

Full time professor of Faculty of law of University of Niš, jovas@prafak.ni.ac.rs

Minor - The Victim of Sexual Violence in Swedish, Austrian and Russian Law

Abstract: Violent offences directed against sexual integrity of other persons are indisputably considered as the most dangerous forms and aspects of criminality. They are known as the offences against sexual integrity or "sexual offences". Due to its significance, nature, characteristics and consequences, the crime of sexual violence, for which all contemporary legislations prescribe the most severe types and measures of punishment, particularly stands out among these criminal offences. All contemporary criminal legislations are familiar with various forms and aspects of the crime of sexual violence, depending on the division criteria. In these of offences are specially accenting crimes of sexual violences against minors The Convention for the Protection of Children against Sexsual Exploitation and Sexsual Abuse (2007) laid down the criminal law standards for the protection of minors. After the ratification of the Convention, these standards became part of domestic legal system. This paper discusses the term, characteristics, and elements of the crime of sexual violence in the cases when the attribute of minor as the element of their description in Swedish, Austrian and Russian law, from both – theoretical as well as practical aspect.

Key words: sexual freedom, violence, minor, law, Sweden, Austria, Russian federation, criminal offence, responsibility, punishment

DOI: 10.7251/GFP1707073S

UDC: 347.9(497.6)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
22. maj 2017.*Datum prihvatanja rada:*
28. jun 2017.

Neka sporna pitanja u vezi ocjene i razgraničenja stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova u Bosni i Hercegovini

Rezime: Prilikom ocjene nadležnosti u građanskim i privrednim sporovima, znatan broj sudova u Bosni i Hercegovini polazi isključivo od personalnog kriterija (*competentia ratione personae*), zasnivajući tako svoju odluku samo na okolnosti da se konkretan spor vodi između određenih kategorija subjekata prava¹, zanemarujući pri tome kauzalni kriterijum (*competentia ratione causa*) koji je zakonodavac propisao² bez kojega nije moguće valjano ocjeniti i razgraničiti stvarnu nadležnost građanskih i privrednih sudova u svakom pojedinom slučaju.

Ključne riječi : stvarna nadležnost, građanski sud, privredni sud, građanski spor, privredni spor.

*Prof. dr***Slobodan Stanišić**

*Advokat i vanredni profesor
Fakulteta pravnih nauka
Panevropskog univerziteta
"Apeiron" Banja Luka
slobodan.n.stanistic@apeiron-edu.eu*

TERMINOLOŠKE NAPOMENE

U daljim izlaganjima će se koristiti termini „građanski sud“ i „privredni sud“ radi jednostavnijeg i preglednijeg izlaganja materije o razgraničenju stvarne nadležnosti između građanskih i privrednih sudova u BiH.

Pod pojmom „građanski sud“ podrazumjevaju se: osnovni i okružni sudovi u Republici Srpskoj koji nisu privredni sudovi, osnovni sud Brčko Distrikta BiH i Apelacioni sud Brčko Distrikta, kao i općinski i kantonalni sudovi u Federaciji BiH koji sude u „građanskim i drugim predmetima“ koji ne spadaju u kategoriju „privrednih predmeta“.

¹ Na primjer, sporovi u kojima su obje stranke u postupku pravna lica, sporovi u kojima su obje stranke fizička lica koja u svojstvu samostalnih preduzetnika ili drugom svojstvu obavljaju privrednu ili drugu registrovanu djelatnost, sporovi u kojem je jedna stranka pravno, a druga fizičko lice koje u svojstvu samostalnog preduzetnika ili drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost)

² Vidi odredbe čl.26 i 27 b t.a) Zakona o sudovima Republike Srpske (Sl.glasnik Republike Srpske br.111/04, 109/05,37/06, 17/08,119/08, 58/09 i 116/09) i čl.27 t.2 i 3 Zakona o sudovima Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH br.38/05, 22/06 i 63/10)

Pojam „privredni sud“ je upotrebljen kao genusni pojam za Okružne privredne sudove i Viši privredni sud u Republici Srpskoj, kada u granicama svoje instancione nadležnosti odlučuju u slučajevima pobliže navedenim u čl.27b i čl.27v Zakona o sudovima Republike Srpske, Osnovni i Apelacioni sud Brčko Distrikta BiH kada u granicama svoje instancione nadležnosti odlučuju u privrednim (gospodarskim) sporovima iz čl.21 t.3 Zakona o sudovima Brčko distrikta BiH³, kao i za općinske sudove sa privrednim odjeljenjima i kantonalne sudove u Federaciji BiH, kada u okviru svoje instancione nadležnosti odlučuju u privrednim predmetima.

Obzirom da je Zakonom o parničnom postupku pred sudom BiH⁴ propisana stvarna nadležnost Suda BiH u rješavanju svih imovinskih sporova subjekata i institucija navedenih u čl.1 Zakona, to se pitanja ocjene i razgraničenja nadležnosti koja su predmet ovoga rada, u slučaju postupanja Suda BiH, ne postavlja.

POJAM NADLEŽNOSTI

Nadležnost (*competentio*)⁵ se najpotpunije definiše dvojako: u objektivnom i subjektivnom smislu.

U objektivnom smislu, pod nadležnošću se podrazumjeva krug poslova koje vrši određeni organ.⁶

Pod **sudskom nadležnošću**, u objektivnom smislu, podrazumjevamo djelokrug poslova jednog suda⁷ koje on obavlja u izvršavanju svoje funkcije ustanovljene Ustavom i zakonom.

U subjektivnom smislu, pod sudskom nadležnošću se podrazumjeva ovlaštenje i dužnost suda da riješi određeni spor⁸, dakle njegovo ovlaštenje i obavezu da u određenoj pravnoj stvari vrši pravosuđe.⁹

Propisivanje racionalnih i cjelishodnih pravila kojima se rješavanje pravnih odnosa ili preduzimanje procesnih radnji raspoređuje između pojedinih sudova u određenom sudskom sistemu je *conditio sine qua non* uspješnog i ekonomičnog pravosuđa i garancija efikasne pravne zaštite građana.

³ Sl.glasnik Brčko distrikta BiH br.19/07, 20/07 i 39/09)

⁴ Vidi čl.1 Zakona o parničnom postupku pred sudom Bosne i Hercegovine (Sl.glasnik BiH br.36/04 i 84/07)

⁵ Prevedena sa latinskog na srpski jezik, riječ „competentio“ znači „nadležnost“.

⁶ Triva S, V. Belajec, i M. Dika: “Građansko parnično procesno pravo”, str.197, paragraf 47/1, “Narodne Novine” Zagreb, 1989 g.

⁷ G. Stanković, “Građansko procesno pravo”, str.83., Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1989 g.; B. Poznić, “Građansko procesno pravo”, str.94, t.127, Savremena Administracija, Beograd, 1989

⁸ D. Arandelović, “Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije” str.54, Štamparija “Jovanović”, Beograd, 1932 g.; S. Zuglia, “Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije”- Građanski parnični postupak sa naukom o uređenju i nadležnosti sudskih vlasti, str.239, paragraf br.72, “Geca Kon” a.d. Beograd, 1936; S. Triva, V. Belajec i M. Dika, ibidem.

⁹ B. Poznić, ibidem.

Prilikom donošenja pravila o sudskoj nadležnosti i razgraničenju poslova između sudova i drugih organa, kao i između samih sudova, zakonodavac se mora rukovoditi određenim faktorima i izgraditi specifične kriterije za raspodjelu navedenih poslova.¹⁰

U takve faktore, bez sumnje, spada ustavno i teritorijalno uređenje u državi, vrste sudova u sudskom sistemu, teritorijalno područje određenog suda, instanciono suđenje, broj i vrste sporova, veličina državne teritorije, broj stanovnika i slično.

U okviru sudske nadležnosti, nadalje, trebamo razlikovati *apsolutnu nadležnost ili sudsku jurisdikciju* koja omogućava razgraničenje sudske nadležnosti od nadležnosti drugih organa, te *relativnu nadležnost ili kompetenciju*, pomoću koje se razgraničava djelokrug poslova u okviru našeg pravosudnog sistema.

U relativnu nadležnost spada tzv. **stvarna nadležnost** (*competentia ratione materie*), **mjesna nadležnost** (*competentia ratione loci*) i **funkcionalna nadležnost sudova**.

Funkcionalna nadležnost, koja se ocjenjuje prema funkcijama koje sudovi i sudski organi vrše u istoj stvari, razlikuje se od stvarne nadležnosti po tome što se pravilima o stvarnoj nadležnosti u stvari vrši podjela različitih pravnih stvari između iste vrste sudova, dok se kod funkcionalne nadležnosti ista stvar dijeli različitim sudskim organima.

Obzirom na predmet našeg istraživanja, u daljim izlaganjima ćemo se baviti isključivo stvarnom nadležnošću sudova.

Stvarna nadležnost (*competentia ratione materie*) predstavlja ovlaštenje i obavezu određenih sudova da sude određenu vrstu sporova. Pravila o stvarnoj nadležnosti se, ustanovljavaju posebnim zakonskim propisima¹¹ kojima se uređuje, osnivanje, funkcionisanje i organizacija rada sudova.

Stvarna nadležnost sudova se određuje po različitim kriterijumima, od kojih su od posebnog značaja personalni ili subjektivni, kauzalni ili objektivni, vrijednosni i atrakcioni kriterijum.

Personalni ili subjektivni kriterijum (*competentia ratione personae*)

Prema ovom kriteriju, stvarna nadležnost se određuje s obzirom procesne subjekte, tako da je učešće određenih kategorija subjekata prava u svojstvu suprostatljenih stranaka procesnom odnosu jedan od bitnih uslova za određivanje nadležnosti privrednih sudova.

U kombinaciji sa kauzalnim, ovaj kriterijum je prihvaćen i u entitetskom zakonodavstvu iakonodavstvu Brčko Distrikta BiH.¹²

¹⁰ G. Stanković, op.cit. str.84

¹¹ Vidi čl.1 i čl.17a i čl.17b Zakona o sudovima Republike Srpske (Sl.glasnik Republike Srpske br.111/04, 109/05,37/06, 17/08,119/08, 58/09 i 116/09) i čl.1 Zakona o sudovima Federacije BiH (Službene novine Federacije BiH br.38/05, 22/06 i 63/10)

¹² Vidi čl.27 b t.a) alineja II Zakona o sudovima Republike Srpske i čl.27 t.3a alineja II Zakona o sudovima Federacije BiH i Sl.glasnik Brčko distrikta BiH br.19/07, 20/07 i 39/09) Tako se,

Kauzalni ili objektivni kriterijum (*competentia ratione causae*)

Prema ovom kriterijumu stvarna nadležnost se određuje s obzirom na predmet spora. Pomoću ovog kriterijuma, a u kombinaciji sa personalnim kriterijumom, razgraničava se nadležnost građanskih i privrednih sudova u Republici Srpskoj, odnosno predmeta iz nadležnosti građanskih i privrednih odjeljenja općinskih sudova u Federaciji BiH.

Ovaj kriterijum se prepoznaje u zakonskom tekstu kada se propisuje da su, na primjer, „...*okružni privredni sudovi nadležni da u prvom stepenu odlučuju u parničnim i vanparničnim sporovima koji se odnose na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama...*“¹³; „...*sporovima koji se odnose na brodove i plovidbu na moru i na unutrašnjim vodama...*“¹⁴; „...*sporovima koji se odnose na avione i sporovima u kojima se primjenjuje autorsko pravo...*“¹⁵; „...*sporovima iz autorskog prava, srodnih prava i industrijske svojine...*“¹⁶, odnosno da općinski sudovi koji imaju privredna odjeljenja sude u određenim privrednim predmetima koji su u zakonskom tekstu taksativno nabrojani.¹⁴

Drugi kriterijumi za određivanje stvarne nadležnosti

Postoje i drugi kriterijumi za određivanje stvarne nadležnosti kao što su vrijednosni kriterijum, kada se nadležnost se razgraničava s obzirom na vrijednost predmeta spora (*competentia ratione valoris*) i s obzirom na činjenicu da se kod toga suda već vodi neki drugi postupak (atrakcioni kriterijum), na koje samo ukazujemo obzirom da bi detaljno razmatranje istih prevazilazilo okvire ovoga rada.

STVARNA NADLEŽNOST GRAĐANSKIH I PRIVREDNIH SUDOVA U BIH

Terminološke napomene

Kao što je to već ranije rečeno, kriterijumi za razgraničenje stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova sadržani su u entitetskim zakonima o sudovima i Zakonu o parničnom postupku, te Zakonu o sudovima Brčko distrikta BiH, stim što se ukazuje da različiti pojmovi i termini koji su upotrebljeni za označavanje djelokruga postupanja navedenih sudova ili pak pojmovi i termini upotrebljeni za označavanje procesnih subjekata ili vrste sporova, te vrste postupka, stvaraju teškoće u njihovoj svakodnevnoj primjeni.

Tako, na primjer, dok se u entitetskim zakonima o sudovima, djelokrug postupanja suda u određenim sporovima označava terminom „stvarna nadležnost“¹⁵, u Zakonu o sudovima Brčko distrikta se koristi termin „stvarna mjerodavnost“.¹⁶

na primjer, u čl. 27 b t.a Zakona o sudovima Republike Srpske navodi da : „Okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju: u parničnim i vanparničnim sporovima...“ „...u kojima su obje stranke u postupku pravno ili fizičko lice...“.

¹³ Vidi čl.27 b tačka a) do tačke k) Zakona o sudovima Republike Srpske

¹⁴ Vidi čl.27 t.3a-g Zakona o sudovima Federacije BiH

¹⁵ Vidi naslov pod 2 ispred odredaba čl.26-28 Zakona o sudovima Republike Srpske, naslove ispor čl.27-29 Zakona o sudovima Federacije BiH,

¹⁶ Vidi naslov pod 2 ispred čl.21 Zakona o sudovima Brčko Distrikta BiH

U Zakonu o sudovima Republike Srpske, a nakon osnivanja privrednih sudova u Republici Srpskoj, razdvajaju se odredbe o stvarnoj nadležnosti osnovnih sudova i okružnih privrednih sudova. U okviru odredaba o stvarnoj nadležnosti osnovnih sudova, zakon propisuje da su ti sudovi nadležni da u prvom stepenu sude u „građanskim predmetima i to u svim građanskim sporovima i u vanparničnom postupku.“¹⁷

U okviru posebnih odredaba o stvarnoj nadležnosti privrednih sudova, Zakon propisuje da su okružni privredni sudovi nadležni da u prvom stepenu odlučuju u slučajevima koji su taksativno nabrojani u samom tekstu navedenih zakonskih odredaba¹⁸.

U Zakonu o sudovima Federacije BiH se propisuje da su općinski sudovi nadležni da u prvom stepenu sude u „građanskim predmetima“ i to u svim građanskim sporovima i vanparničnom postupku, a da su općinski sudovi koji imaju privredna odjeljenja nadležni da sude u „privrednim predmetima“ i to u sporovima i postupcima koji su nabrojani u tekstu navedenih zakonskih odredaba.¹⁹

Za razliku od entitetskih zakona, u Zakonu o sudovima Brčko distrikta BiH²⁰ se u građanske predmete svrstavaju kako „građanski sporovi“, tako i „gospodarski sporovi“²¹.

U Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku²² koji je donijela Republika Srpska u maju mjesecu 2009 godine, u odredbama o postupku u privrednim sporovima, uvode se novi pojmovi „privredni spor“, „postupak u privrednim sporovima“, „međusobni privredni odnosi“, što je pruzrokovalo dodatne teškoće u ocjeni i razgraničenju nadležnosti građanskih i privrednih sudova u Republici Srpskoj.

Ovakva terminološka raznolikost i nomotehnička nepreciznost upotrebljenih riječi i izraza u pomenutim zakonskim tekstovima dovodi do različitih interpretacija propisa, te posljedičnih teškoća u primjeni odredaba o stvarnoj nadležnosti u sudskoj praksi.

Konkurencija propisa o stvarnoj nadležnosti privrednih sudova i propisa o postupku u privrednim sporovima u Republici Srpskoj

Novela ZPP u Republici Srpskoj koja se odnosi na pravila postupka u privrednim sporovima je sprovedena dodavanjem u tekst važećeg ZPP nove Glave br.XXXIXa pod nazivom „Postupak u privrednim sporovima“, te novih zakonskih odredaba i to čl.433a-433e ZPP, čime je ispravljen propust koji je učinjen 2003 godine prilikom donošenja ovog sistemskog procesnog zakona.

Potreba za inkorporisanjem u važeći ZPP odredaba o postupku u privrednim sporovima je postojala i prije osnivanja privrednih sudova, jer su sudovi u Republici Srpskoj

¹⁷ Vidi čl.26 t.2a i b Zakona o sudovima Republike Srpske

¹⁸ Vidi čl.27b Zakona o sudovima Republike Srpske

¹⁹ Vidi čl.27 t.3 a-g Zakona o sudovima Federacije BiH.

²⁰ čl.21 t.3 Zakona o sudovima Brčko distrikta BiH

²¹ Riječi „gospodarski spor“ u prevodu na srpski jezik odgovaraju riječima „privredni spor“.

²² Vidi odredbe čl.1-5 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku (Sl.glasnik Republike Srpske br.49/09)

u do osnivanja privrednih sudova sudili u sporovima i postupcima koji su bili propisani kako ranijim Zakonom o sudovima i sudskoj službi,²³ tako i važećim Zakonom o sudovima Republike Srpske.²⁴

U nedostatku posebnih pravila o postupku u privrednim sporovima, do donošenja Zakona o izmjenama i dopunama ZPP u maju mjesecu 2009 godine, u tzv. privrednim sporovima, primjenjivala su se opšta pravila parničnog postupka propisana ZPP.

Prethodno iznesene informacije o noveliranju ZPP u Republici Srpskoj nebi bile od značaja za predmet razmatranja ovoga rada, da novelirani ZPP, pored odredaba o pravilima postupka u privrednim sporovima, ne sadrže i odredbe kojima se propisuju kriterijumi za ocjenu i razgraničenje stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova, koje se terminološki i sadržinski razlikuju od takvih sličnih odredaba o stvarnoj nadležnosti sadržanih u Zakonu o sudovima Republike Srpske.

To se uočava običnim upoređivanjem jezičkog značenja upotrebljenih riječi i izraza u oba zakonska propisa:

A. ZAKON O SUDOVIMA REPUBLIKE SRPSKE
„Stvarna nadležnost okružnih privrednih sudova“

Član 27b.

Okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju:

a) u parničnim i vanparničnim sporovima koji se odnose na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, kao i na prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira, u kojima su obje stranke u postupku pravno ili fizičko lice, koje u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja;

b) u sporovima koji se odnose na brodove i na plovidbu na moru i na nutrašnjim vodama, kao i u sporovima na koje se primjenjuje plovidbeno pravo, osim sporova o prevozu putnika;

v) u sporovima koji se odnose na avione, kao i u sporovima na koje se primjenjuje vazduhoplovno pravo, osim sporova o prevozu putnika;

g) u sporovima iz autorskog prava, srodnih prava i prava industrijske svojine;

d) u sporovima nastalim povodom djela za koje se tvrdi da predstavljaju nelojalnu konkurenciju ili monopolistički sporazum;

đ) u postupcima stečaja i likvidacije, u skladu sa zakonom, kao i svim sporovima koji nastanu u toku i povodom sprovođenja postupka stečaja i likvidacije;

e) u poslovima registracije pravnih lica ili samostalnih preduzetnika uređenih Zakonom o upisu poslovnih subjekata u sudski registar;

²³ Vidi čl.16a Zakona o sudovima i sudskoj službi (Sl.glasnik Republike Srpske br.13/00, 15/00, 16/00, 70/01, 77/02, 85/03 i 114/03)

²⁴ Vidi čl.26 t.3a Zakona o sudovima Republike Srpske (Sl.glasnik Republike Srpske br.111/04, 109/05,37/06) i čl.4 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o sudovima Republike Srpske (Sl.glasnik Republike Srpske br.119/08)

ž) o sprovođenju izvršnog postupka po pravosnažnim presudama privrednih sudova;

z) o određivanju mjera obezbjeđenja;

i) o pružanju pravne pomoći sudovima u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovni iz svoje nadležnosti;

j) o vršenju poslova međunarodne pravne pomoći iz svoje nadležnosti;

k) o sporovima koji nastanu stranim ulaganjem;

l) o vršenju i drugih poslova uređenih zakonom.

B. ZAKON O PARNIČNOM POSTUPKU

Glava XXXIX.a

POSTUPAK U PRIVREDNIM SPOROVIMA

„Član 433.a

U postupku u privrednim sporovima primjenjuju se odredbe ovog zakona, ako odredbama ove glave nije drugačije određeno.

Član 433.b

Pravila postupka u privrednim sporovima primjenjuju se:

1) u sporovima u kojima su stranke Republika Srpska, jedinica lokalne samouprave, druga pravna lica koja nisu upisana u sudski registar, privredna društva, kao i druga pravna ili fizička lica koja se upisuju u odgovarajuće registre;

2) u sporovima u kojima se pojavljuju pravna lica, koja se finansiraju iz budžeta (Republike ili jedinice lokalne samouprave), a upisana su u odgovarajući sudski registar;

3) u sporovima koji proizlaze iz međusobnih privrednih odnosa imalaca radnji i drugih pojedinaca koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju privrednu djelatnost, kao i iz međusobnih privrednih odnosa tih lica i pravnih lica iz tačke 1. ovog člana.

Kao što se na prvi pogled može uočiti, postoje terminološke razlike, obzirom da govori „privredni sporovi“ i „sporovi iz međusobnih privrednih odnosa“ koji se pominju u čl.433a i čl.433b ZPP, ne postoje u važećem Zakonu o sudovima Republike Srpske.

Međutim navedene razlike nisu samo terminološke, već i suštinske, iz razloga što značenje upotrebljenih riječi i izraza u oba zakona nije isto.

Naime, odredbe o pravilima postupka u privrednim sporovima sadržane u čl.433b ZPP, po svom značenju i smislu imaju uže značenje i domašaj od odredaba čl.27b Zakona o sudovima Republike Srpske kojima se uređuje nadležnost okružnih privrednih sudova.

Međutim, ono što je i jednim i drugima zajedničko jeste u tome što su oba navedena propisa, po svojoj pravno-nomotehničkoj prirodi, propisi kojima se, u stvari, uređuje stvarna nadležnost privrednih sudova.

U slučaju odredbe čl.27b Zakona o sudovima Republike Srpske, to je razumljivo i poželjno, jer se radi o propisu koji je namjenski donesen kao propis kojim se uređuje stvarna nadležnost privrednih sudova, dok je u slučaju odredbe iz čl.433b ZPP, to nedopustivo i nesvrishodno, jer se navedenom odredbom, s obzirom na njenu sadržinu, uopšte ne pro-

pisuju pravila postupka u privrednim sporovima, već ponavljaju, doduše u užem značenju, postojeća pravila za ocjenu stvarne nadležnosti u privrednim sporovima sadržana u čl.27 b Zakona o sudovima Republike Srpske.

Ova nomotehnička nepreciznost i nedosljednost koja je posljedica nekritičkog preuzimanja dijela sadržaja odredaba o postupku u privrednim sporovima sadržanih u ranijem Zakonu o parničnom postupku²⁵, dovodi do nepotrebne i kontraproduktivne konkurencije odredaba čl.27b Zakona o sudovima Republike Srpske i sa odredbama čl.433b Zakona o parničnom postupku Republike Srpske, a jednako tako i apsurdnih situacija da se pravila postupka u privrednim sporovima mogu primjenivati samo u sporovima iz čl.433b t.1, 2 i 3 ZPP, a ne i u svim sporovima iz čl.27b t.a Zakona o sudovima Republike Srpske. Dodatnu zabunu stvara pojam „međusobni privredni odnosi“, jer se pomenuti pojam u istom ili bilo kojem drugom zakonskom propisu uopšte ne razrađuje.

Obzirom da će konkurencija navedenih zakonskih propisa bez svake sumnje stvarati teškoće u ocjeni stvarne nadležnosti privrednih sudova, to je intervencija zakonodavca u pogledu izmjene odredbe čl.433b ZPP, *de lege ferenda*, neophodna i cjelishodna.

PRIMJENA KRITERIJUMA ZA OCJENU STVARNE NADLEŽNOSTI PRIVREDNIH SUDOVA U ZAKONODAVNOJ I SUDSKOJ PRAKSI

Kao što je i ranije pomenuto, pravila o razgraničenju stvarne nadležnosti između građanskih i privrednih sudova, sadržana su prvenstveno u entitetskim propisima i propisima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine kojima se uređuje osnivanje, organizacija, sastav i nadležnost sudova, a dijelom i u drugim zakonskim propisima na entitetskom nivou.

U oba entitetska Zakona o sudovima, za razgraničenje stvarne nadležnosti građanskih i privrednih sudova zakonodavac se koristi kombinacijom kauzalnog i personalnog kriterijuma i to tako što propisuje da su privredni sudovi nadležni da odlučuju u tačno određenim i taksativno navedenim sporovima i postupcima (kauzalni kriterijum)²⁶, istovremeno propisujući koji subjekti, u svojstvu suprostavljenih stranaka u postupku, u tim sporovima učestvuju (personalni kriterijum).²⁷

Naglašen personalni kriterijum za razgraničenje stvarne nadležnosti je prepoznatljiv i u odredbama ZPP o pravilima postupka u privrednim sporovima²⁸ kada se propisuje

²⁵ Vidi odredbe čl.489-491 Zakona o parničnom postupku (Sl.list SFRJ br.4/77; 36/80; 69/82; 58/84; 74/87; 57/89; 20/90; 35/91 i Sl.glasnik Republike Srpske br.17/93;14/94 i 32/94)

²⁶ Na primjer: “Okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju: a) u parničnim i vanparničnim sporovima - koji se odnose na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, kao i na prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira, ...“ (čl.27b t.a alineja I Zakona o sudovima Republike Srpske)

²⁷ Na primjer: “Okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju: a) u parničnim i vanparničnim sporovima - ...“u kojima su obje stranke u postupku pravno ili fizičko lice, koje u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja (čl.27b t.a alineja II Zakona o sudovima Republike Srpske)

²⁸ Vidi čl.433bt.1-2 Zakona o parničnom postupku (Sl.glasnik RS br. 58/03,85/03,74/05,63/07,49/09)

da se pravila postupka u privrednim sporovima primjenjuju u sporovima u kojima se kao stranke pojavljuju tačno određeni pravni subjekti.

Kauzalni kriterijum je u navedenim odredbama jedva uočljiv i to samo u dijelu u kojem zakonodavac propisuje da je riječ „o sporovima koji proizlaze iz međusobnih privrednih odnosa...“.²⁹

Obzirom da se u pomenutim zakonskim propisima bliže ne razrađuju pojmovi koji određuju predmet i prirodu sporova koji se stavljaju u nadležnost privrednim sudovima, za pravilnu ocjenu i razgraničenje nadležnosti građanskih i privrednih sudova, neophodno je razjasniti pojmove: „pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama“, „prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira“, a takođe i pojam „međusobnog privrednog odnosa“.

Pojam pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama

U najširem smislu, promet podrazumjeva transfer ljudi i dobara sa jednog odredišta na drugo.

Pravni promet podrazumjeva postojanje pravnih poslova na osnovu kojih se takav promet obavlja.

Dakle, da bi došli do objašnjenja pojma pravnog prometa robe i usluga, moramo poći od pojma „posla prometa robom“ koji je bio određen u Opštim uzansama za promet robom – u daljem tekstu Uzanse, tako što su doslovno nabrojani ugovori koji se smatraju ugovorima pravnog prometa³⁰, pojma trgovačkog posla u razvijenim pravnim sistemima koji su imali presudan uticaj na naše pravo, te pojma „ugovora u privredi“ regulisanog u važećem Zakonu o obligacionim odnosima³¹ uz napomenu da zakonodavac nije bio terminološki dosljedan, pa koristi i pojam „ugovor o prometu robe i usluga“.³²

Poslove prometa robom i uslugama čine oni tipični, uobičajeni ugovori koji se masovno i često zaključuju u cilju razmjene robe i usluga.

Prema Uzansama to su „kupovina i prodaja robe, zamena robe, kao i poslovi posredništva, zastupništva, komisiona, prevoza, otpremništva (špedicije), uskladištenja i osiguranja.“³³

²⁹ Vidi čl.433b t.3 Zakona o parničnom postupku (Sl.glasnik RS br. 58/03,85/03,74/05,63/07,49/09)

³⁰ Vidi Službeni list FNRJ br.15/54

³¹ “Ugovori u privredi su, u smislu ovog zakona ugovori koje preduze}a i druga pravna lica koja obavljaju privrednu djelatnost, kao i imaoi radnji i drugi pojedinci koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnosti, zaklju~uju meju sobom u obavljanju djelatnosti koje sa~injavaju predmete njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.” (čl.25 st.2 Zakona o obligacionim odnosima - Sl.list SFRJ br.29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i Službeni glasnik Republike Srpske br.17/93, 3/96, 39/03, 74/04 - ZOO)

³² Vidi čl.374 st.1 ZOO

³³ Vidi čl.1 st.4 Opštih uzansi za promet robom

Iz smisla citirane odredbe proističe da su nabrojani pravni poslovi navedeni samo primjera radi, što znači da postoje i niz drugih pravnih poslova³⁴ koji nisu pomenuti, a ipak spadaju u istu kategoriju pod određenim uslovima. Ono, stim što je bitno da se njima vrši promet robe (na pr. ugovor o prodaji) ili pak vrše usluge u vezi sa prometom robe (na primjer, ugovor o uskladištenju), tj. obavlja tzv. privredna djelatnost. U tom smislu se izjašnjava i pravna nauka.³⁵

Za poslove prometa robe i usluga je specifično da se oni zaključuju (sklapaju) između tačno određenih subjekata prava-privrednih subjekata, pri čemu se prije svega misli kako na pravna lica, tako i na fizička lica koja u svojstvu samostalnih preduzetnika i u drugom svojstvu obavljaju privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja.

Predmet poslova „prometa robe i usluga“ su roba koja je predmet prometa, ali i usluge u obavljanju prometa robe ili tzv. trgovinske usluge, kao što je su na primjer: posredovanje, otpremanje, prevoz, uskladištenje i sl.

Njihovo zaključivanje i izvršavanje predstavlja redovan predmet djelatnosti onih pravnih lica koji se takvim poslovima bave „u vidu zanimanja“. Takva djelatnost se često naziva i „privredna djelatnost“.

Obavljanje poslova prometa robe je nužno radi toga da roba dospije od proizvođača do potrošača.

Ovaj prenos robe od proizvođača do potrošača rijetko se vrši neposredno i direktno, sa proizvođača na potrošača, već, po pravilu, putem raznih posrednika (trgovaca) i uz pomoć čitavog niza drugih lica u raznim ulogama, poput preprodavača, prerađivača, transporterata, skladištara i slično. „Roba dakle „putuje“ i to putovanje se pravno obavlja na osnovu raznih ugovora koji se zaključuju u prometu.“³⁶ Transfer robe od proizvođača do potrošača, najčešće počinje sa ugovorom o prodaji robe koji zaključuju proizvođač i trgovac, ali navedeni ugovor, po pravilu, prate drugi pomoćni poslovi pravnog prometa -ugovori uslužnog karaktera (tzv. trgovinske usluge), kao što su ugovori o trgovačkom posredovanju i zastupanju, ugovori o komisijonu, ugovori o špediciji, ugovori o prevozu, ugovori o uskladištenju, ugovori o osiguranju robe u transportu, ugovori o kontroli robe i usluga i slično.

Prema objektivnom sistemu određivanja pojma trgovačkog posla koji je prihvaćen

³⁴ Na primjer, ugovor o djelu, ugovor o građenju, ugovor o kooperaciji, ugovor o udruživanju sredstava, ugovor o kontroli robe i usluga, izdavački ugovor, ugovor o komisijonu, ugovor o turističkim uslugama, ugovor o faktoringu, ugovor o franšizingu, ugovor o zakupu, ugovor o posluži itd.

³⁵ I. Bukljaš, Privredno pravo sa osnovama prava, str.258, Školska knjiga, Zagreb, 1975; A. Godštajn, Privredno ugovorno pravo, str.59-60, Informator, Zagreb, 1980 g. ; Jankovec I, Privredno pravo, IV izdanje, str.237, JP Službeni list SRJ, Beograd, 1999 g.

³⁶ Vidi o tome detaljnije kod V. Kapor i S. Carić. U djelu „Ugovori robnog prometa“, str.22, X izdanje, Centar za privredni konsalting, Novi Sad, 2000 godine.

u *francuskom*, belgijskom, španskom i pravu većine zamalja latinske Amerike, trgovački odnosno privredni posao ili ugovor u privredi ima slijedeće osobine:

to je akt cirkulacije (između proizvođača i potrošača);

to je akt špekulacije, jer je cilj posla lukrativnog karaktera, što znači da sa navedeni poslovi sklapaju radi sticanja profita, zarade, odnosno dobiti.³⁷

Dalje se trgovački poslovi dijele na apsolutne ili trgovačke poslove po svojoj prirodi i akcesorne ili relativne trgovačke poslove koji u stvari predstavljaju građanske poslove kada ih ne vrši trgovac, ali postaju trgovački kada ih zaključuje trgovac kao svoju sporednu djelatnost koja je u funkciji osnovne djelatnosti kojom se bavi.³⁸

Za razliku od objektivnog sistema, subjektivni sistem ili subjektivna koncepcija koja je usvojena u njemačkom trgovačkom pravu, određuje trgovački posao kroz određivanje pojma trgovca.³⁹

Pojam „ugovora u privredi“ u smislu odredaba Zakona o obligacionim odnosima ima šire značenje od pravnog posla prometa robe i usluga, jer obuhvata i druge ugovore koji se u privredi zaključuju, kao i ugovore novčanog prometa u privredi. Pojam ugovora u privredi je širi od pojma „posla prometa robom“ iz Opštih uzansi za promet robom i pojma privrednog ugovora u pravnoj teoriji i s obzirom na subjekte koji te ugovore zaključuju međusobno u obavljanju djelatnosti koje sačinjavaju predmet njihovog redovnog poslovanja ili u vezi sa tim djelatnostima.

Dakle, pojam ugovora u privredi u ZOO je određen kombinacijom subjektivnog i objektivnog kriterijuma. Takvo mišljenje je zastupljeno i u domaćoj pravnoj nauci.⁴⁰

Prema subjektivnom kriterijumu, ugovori u privredi su samo oni ugovori koje međusobno zaključuju određeni subjekti-tzv. „privredni subjekti“. Ti subjekti su kako pravna, tako i fizička lica (imaoci radnji ili drugi pojedinci) koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju privrednu djelatnost.

Prema objektivnom kriterijumu, ugovori u privredi su samo oni koje privredni subjekti međusobno zaključuju u vršenju djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.

Iz zakonske definicije ugovora u privredi proističe da naše zakonodavstvo poznaje kako osnovne ugovore u privredi koje privredni subjekti zaključuju međusobno u obavljanju djelatnosti koja sačinjava predmet njihovog poslovanja, tako i akcesorne (sporedne)

³⁷ Hamel-Lagarde-Jauffret, *Droit commercial*, I, 1980, str.240; Guyon, *Droit des affaires*, Paris, 1984, str.52-55

³⁸ M. Vasiljević, *Poslovno pravo*, VI izmjenjeno i dopunjeno izdanje, str.362-363, „Savremena Administracija“ Beograd, 1999 g.

³⁹ M. Vasiljević, op.cit. str.363; Vidi i paragrafe 343-344 njemačkog Trgovačkog zakona.

⁴⁰ M. Vasiljević, op.cit.str.364; Vučetić, „Ugovori u privredi prema odredabama ZOO“, str.7, Informator, 3254/85; I. Jankovec, *Ugovori u privredi*, str.5, Beograd, 1987 g.

ugovore u privredi koje privredni subjekti zaključuju u vezi sa djelatnostima koje sačinjavaju predmet njihovog poslovanja, a s ciljem lakšeg obavljanja tih djelatnosti. Takvi ugovori su, na primjer ugovor o zakupu prostora koji zaključuje proizvođač radi skadištenja svojih proizvoda ili pak ugovor o osiguranju koji proizvođač zaključuje radi osiguranja vlastite imovine.

Da bi se neki ugovor smatrao ugovorom u privredi nije dovoljno samo da je zaključen između privrednih subjekata, već i to da oni ugovor zaključuju u vršenju djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.

Tako, na primjer, „ugovor koji sklopi imalac krojačke radnje s robnom kućom o kupnji štofa je ugovor u privredi, ali njihov međusobni ugovor o kupnji konfekcijskog odijela nije ugovor u privredi.“⁴¹

U naprijed citiranom primjeru, kupovina materijala (štofa) za krojačku radnju je bez sumnje u vezi sa djelatnošću kojom se krojač bavi u vidu zanimanja, pa ćemo takav ugovor uvijek kvalifikovati kao ugovor u privredi kojim se vrši promet.

Nasuprot prednjem, ukoliko je krojač otišao u robnu kuću i za svoje lične potrebe kupio odijelo, takav ugovor neće imati pravnu prirodu ugovora u privredi i pored nesumnjive činjenice da se i takvim ugovorom vrši pravni promet robe, jer se ne radi o ugovoru koji ugovorne strane međusobno zaključuju u obavljanju djelatnosti koji čine predmete njihovog poslovanja ili pak ugovoru u vezi sa djelatnostima koje ugovorne strane obavljaju.

Djelatnost o kojoj je riječ podrazumjeva poslove kojima se privredni subjekti (bili oni fizička ili pravna lica) bave u vidu zanimanja - profesionalno.

“Privrednu djelatnost“, prema tome, čine sve one djelatnosti koje nisu tzv. “društvene djelatnosti“, što znači da u privrednu djelatnost sigurno ne bi spadalo: obrazovanje, dječija i socijana zaštita, nauka, kultura, djelatnost državnih (republičkih) organa, djelatnost organa lokalne samouprave i slično.

Ipak, u sudskoj praksi je odavno poznat stav da se ugovorom o privredi mogu smatrati i ugovori kod kojih jedna od ugovornih strana ne obavlja privrednu djelatnost uz uslov da je propisano da ugovorna strana, koja inače ne obavlja privrednu djelatnost, može i takvu djelatnost obavljati, te da je ugovor zaključen u obavljanju dozvoljene privredne djelatnosti ili u vezi sa tom djelatnošću.⁴²

⁴¹ B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, str.108-109, Zagreb, 1978 g.

⁴² Pod ugovorom u privredi u smislu člana 25. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima podrazumijeva se i ugovor zaključen sa subjektom koji po zakonu obavlja vanprivrednu djelatnost ako je propisano da može obavljati i privrednu djelatnost, a ugovor je zaključen u obavljanju dozvoljene privredne djelatnosti ili u vezi sa tom djelatnošću. (Stav XXX zajedničke sjednice vrhovnih sudova bivše SFRJ, Beograd 25. i 26. 11.1986. - Bilten Vrhovnog suda BiH, br. 4/86 – str. 41)

Između objektivnog i subjektivnog kriterijuma u određivanju pojma „ugovora u privredi“, te kauzalnog (objektivnog) i personalnog (subjektivnog) kriterija za ocjenu razgraničenje stvarne nadležnosti privrednih sudova koje smo ranije izložili, uočavaju se mnoge sličnosti koje nisu slučajne, što nam samo potvrđuje da se njihovo zajedničko porijeklo upravo nalazi materijalnom pravu, tačnije u pojmovima „posao robnog prometa“ i „ugovor robnog prometa“ sadržanima u Opštim uzansama i važećem Zakonu o obligacionim odnosima.

Ono što je gore rečeno za promet robe, važi i za promet usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, tako da će se uvijek raditi o sporovima povodom prava i obaveza po osnovu navedenog prometa ukoliko su kumulativno zadovoljeni objektivni i subjektivni kriterijum kod određivanja pojma ugovora u privredi.

„Međusobni privredni odnosi“ iz čl.433b t.3 ZPP Republike Srpske su u stvari međusobni pravni odnosi povodom prometa robe, usluga i prava između subjekata navedenih u čl.27b t.a Zakona o sudovima Republike Srpske i čl.433b t.3 ZPP Republike Srpske.

Dakle, da bismo nekom sporu dali kvalifikaciju spora „koji se odnosi na prava i obaveza po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, te prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira“, potrebno je da se prije svega ispuni tzv. personalni (subjektivni kriterijum) za ocjenu i razgraničenje nadležnosti, što znači da je potrebno da u takvom sporu participiraju kao suprostavljene stranke:

- pravna lica;
- fizička lica koja u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavljaju privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja;
- pravno lice, s jedne strane i fizičko lice, s druge strane koje u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja.

Pod pravnim licima u smislu subjektivnog kriterija podrazumjevamo kako ona koja nisu upisana u odgovarajući sudski registar (republika, federacija, kanton, jedinica lokalne samouprave i slično), tako i privredna društva i druga pravna lica koja se upisuju u sudski registar, uključujući tu i pravna lica koja se finansiraju iz budžeta.

Pod fizičkim licima u smislu subjektivnog kriterija podrazumjevamo fizička lica koja u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavlja privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja. U pojmu samostalnog preduzetnika, po našem mišljenju, sadržan je pojam imaoca radnje odnosno drugog pojedinca u smislu čl.433b t.ZPP.

Osim toga, da bismo konkretnom sporu dali kvalifikaciju spora „koji se odnosi na prava i obaveza po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, te prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira“, potrebno je da se ispuni i tzv. kauzalni (objektivni) kriterijum koji se tiče samog predmeta spornog pravnog odnosa. Potrebno je, dakle, da sporna prava i obaveze imaju

svoje ishodište (osnov) u pravnom odnosu (na primjer, jednom ili više ugovora u privredi) koji je nastao među suprostavljenim stranama povodom vršenja djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja.

U vezi sa prethodnim izlaganjima i pravilnom primjenom kauzalnog kriterijuma, treba objasniti i pojam „privrednog odnosa“ koji zakonodavac upotrebljava u čl.433b t.3 ZPP.

Prije svega, pojam „privrednog odnosa“ ne treba ni suviše usko tumačiti i shvatiti ga isključivo kao pravni odnos po osnovu „pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama“ misleći pri tome na tipične ugovore robnog prometa, kao što je, na primjer ugovor o prodaji robe, ugovori čiju su predmet vrijednosni papiri (mjenica i ček, akcije, založnice) ili pak ugovore o prometu usluga, čiju su predmet tzv.trgovinske usluge, kao što je na primjer, trgovinsko posredovanje i zastupanje, skladištenje, prevoz, špedicija i druge), već i kao pravni odnos povodom raspolaganja pokretnim i nepokretnim stvarima, kao što je na primjer davanje stvari u zakup ili poslug⁴³, pod uslovom da se isti zaključuju u vršenju privredne ili druge registrovane djelatnosti koja čini predmet njihovog poslovanja ili su u vezi sa tim djelatnostima.

Upravo na takve odnose, odnosno djelatnosti, misli zakonodavac kada u odredbi čl.433b t.3 ZPP upotrebljava termine „privredni odnos“, „međusobni privredni odnos“ i „privredna djelatnost“.

Ocjena stvarne nadležnosti privrednih sudova u sudskoj praksi

Prilikom ocjenjivanja stvarne nadležnosti, u sudskoj praksi se spornom pokazala do-
sljedna primjena personalnog i kauzalnog kriterijuma za razgraničenje nadležnosti građanskih i privrednih sudova. Ovo pitanje je naročito postalo aktuelno u Republici Srpskoj nakon početka rada privrednih sudova.

Kada ocjenju stvarnu nadležnost privrednih sudova odnosno privrednih odjeljenja, znatan broj sudova prvog i drugog stepena u Bosni Hercegovini polazi isključivo od personalnog ili subjektivnog kriterija, zasnivajući tako svoju odluku samo na okolnosti da se konkretan spor vodi između određenih kategorija subjekata prava, zanemarujući pri tome kauzalni ili objektivni kriterijum za razgraničenje nadležnosti.⁴⁴

Gubi se iz vida da se prilikom ocjene stvarne nadležnosti privrednog suda moraju primijeniti oba kriterijuma o kojima je bilo riječi u prethodnim izlaganjima, dakle ispuniti, kako uslovi personalnog karaktera koji se odnose na subjekte (stranke) u spornom odnosu (subjektivni kriterijum), tako i uslovi kauzalnog karaktera koji se tiču predmeta odnosno sadržaja spornog odnosa (objektivni kriterijum).

⁴³ „Spor povodom ugovora o posluži između pravnih subjekata spada u nadležnost privrednog suda“ - Odluka Vrhovnog suda Republike Crne Gore br.69/95 od 16.01.1995 godine objavljena u knjizi „Najnovija sudaka praksa iz parničnog postupka“, priredili Tomislav Krsmanović i Žarko Bogdanović, str.24, sentenca br.50, Beograd, 1999.

⁴⁴ Vidi odluke Osnovnog suda u Prijedoru br. 77 0 Mal 00 7135 08 Mal od 22.10.2008 godine i odluku Okružnog suda u Banja Luci br. 11 0 Mal 00 7135 09 Gž

Pitanje razgraničenja stvarne nadležnosti između građanskih i privrednih sudova se gotovo i ne postavlja kada su u pitanju sporovi iz tzv. *ugovornih pravnih odnosa* po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama prometa robe ili pak sporovi povodom obaveze iz vrijednosnog papira koji nastaju prilikom vršenja pravnog prometa u okviru privredne ili druge registrovane djelatnosti pravnih subjekata navedenih u gore pomenutim propisima o sudovima. Navedeni sporovi će biti u nadležnosti privrednih sudova u Republici Srpskoj, odnosno privrednih odjeljenja Osnovnih sudova u Federaciji BiH i Brčko Distriktu BiH.

Posebno mjesto zauzimaju sporovi proistekli iz prava i obaveza po osnovu određenih bankarskih poslova kao što je na primjer, ugovor o kreditu, akreditiv i bankarska garancija. Sporno je da li navedeni sporovi spadaju u nadležnost privrednih sudova.

Navedeni pravni poslovi nisu ugovori o prometu usluga, već ugovori „sui generis“, pa stoga ni sporovi po osnovu prava i obaveza proisteklih iz navedenih ugovora nisu privredni sporovi u smislu entitetskih Zakona o sudovima i Zakona o sudovima Brčko Distrikta BiH.

Upravo iz razloga što navedeni ugovori nisu ugovori u privredi u smislu ZOO, na prava i obaveze iz navedenih ugovora se ne može primjeniti trogodišnji rok za zastarjelost potraživanja koji je zakonom propisan kod ugovora u privredi⁴⁵, već opšti rok⁴⁶ za zastarjelost potraživanja.

Međutim, sporno je pitanje nadležnosti privrednih sudova u sporovima za naknadu štete kada jedna strana u obligacionom - privrednom odnosu (ugovoru u privredi) svoju obavezu ne ispuni ili je ispuni sa zakašnjenjem. Dakle, predmet navedenih sporova su zahtjevi za naknadu štete zbog povrede ugovorne obaveze (na primjer, neispunjenje isplate ugovorene kupoprodajne cijene) ili neke druge obaveze⁴⁷ (na primjer obaveze nastale iz pravosnažne presude), na koje se primjenjuju odredbe ZOO o naknadi vanugovorne štete, ako odredbama Glave III, Odjeljka 1 Odsjeka 1 (čl.262-269 ZOO) nije drukčije propisano.⁴⁸

Obzirom da se radi o sporu o naknadi štete (pravima i obavezama proisteklim iz vanugovornog odnosa koji je nastao zbog propusta u ispunjenju ugovorne obaveze), po našem mišljenju, nije riječ o sporu po osnovu pravnog prometa robe i usluga, bez obzira na subjekte navedenog odnosa i bez obzira na eventualanu privredu djelatnost kojima se ti subjekti bave. Ne radi se o sporu po osnovu pravnog prometa robe i usluga, jer prava i obaveze koja nastaju između stranaka u spornom pravnom odnosu, nemaju svoj osnov u poslovima pravnog prometa, nego u aktivnim ili pasivnim deliktima radnjama dužnika (neispunjenje ili zakašnjenje u ispunjenju obaveze) koje su proizvele konkretnu posljedicu otjelovljenu u šteti koju je povjerilac zbog takvih komitivnih ili omisivnih radnjah dužnika pretrpio.

⁴⁵ Vidi čl.374 ZOO

⁴⁶ Vidi čl.371 ZOO, te odluke Vrhovnog suda Srbije br.Pre.294/97 od 18.06.1997 godine i Višeg trgovinskog suda Srbije br.Pž.1681/03 od 19.11.2003 g

⁴⁷ Vidi čl.262 st.2 ZOO u vezi sa čl.269 ZOO

⁴⁸ Vidi čl.269 ZOO

Iz navedenog razloga se ne slažemo sa stavovima izraženim u jednom dijelu sudske prakse⁴⁹ da i navedeni sporovi spadaju u stvarnu nadležnost privrednih sudova.

Inače, pitanje razgraničenja stvarne nadležnosti između građanskih i privrednih sudova je oduvijek bilo sporno, kada su u pitanju sporovi iz tzv. vanugovornih odnosa koji nastaju povodom vršenja pravnog prometa u okviru privredne ili druge registrovane djelatnosti pravnih subjekata kao što su, na primjer, pravni odnosi iz odgovornosti za štetu (naknade štete), neosnovanog obogaćenja, nezvanog vršenja tuđih poslova, sporovi o zahtjevima osiguravača po osnovu regresa⁵⁰ i zakonske subrogacije⁵¹.

U sudskoj praksi sudova u Srbiji, već duže vrijeme se zagovara da pojam međusobnog privrednog odnosa ne treba posmatrati usko i to samo u smislu ugovornog pravnog odnosa prodaje i prometa robe na tržištu, već da ga treba shvatiti mnogo šire, tako da se pod međusobnim privrednim odnosima trebaju shvatiti i vanugovorni odnosi koji su nastali povodom privrednog poslovanja (na primjer potraživanje iz osnova odgovornosti za štetu, neosnovanog obogaćenja, posloводства bez naloga i sl.)

To znači da bi na temelju ovog shvatanja postojala nadležnost privrednog suda i u onim sporovima privrednih subjekata koji su nastali iz vanugovornih odnosa, ali povodom njihovog privrednog poslovanja.

Dovoljno je da neko potraživanje vezano za poslovanje privrednih subjekata nastane iz neosnovanog obogaćenja, naknade štete ili posloводства bez naloga, pa da se i u slučaju takvog spora uspostavi nadležnost privrednog suda.

U rezimeu Pravnog shvatanja Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 05.03.1993 godine se ističe da „pojam međusobnog privrednog odnosa ne treba vezivati samo za pojam ugovora u privredi definisan članom čl.25 st.2 ZOO, već ga treba sagledavati i kroz sadržinu odnosa koji omogućavaju ili ometaju vršenje privredne delatnosti, odnosno uzročno posledičnu vezu nastalu u privrednom poslovanju stranaka u sporu.“⁵²

Oslanjajući se na navedeno pravno shvatanje, znatan broj sudova u Srbiji je gotovo sve vanugovorne pravne odnose između privrednih subjekata koji su nastali povodom privrednog poslovanja, smatrao privrednim odnosima ocjenjujući da je za rješavanje sporova povodom takvih vanugovornih odnosa nadležan privredni sud.⁵³

⁴⁹ Vidi Pravno shvatanje Građanskog odjeljenja Vrhovnog suda Srbije pod nazivom „Stvarna nadležnost privrednih sudova“ od 17.05.1993 godine.

⁵⁰ Vidi čl.12 Zakona o osiguranja za motorna vozila i ostalim obaveznim osiguranjima od odgovornosti (Sl.glasnik RS br.102/09-Prečišćeni tekst)

⁵¹ Vidi čl.939 ZOO

⁵² J.Mitrović, M. Golubović, “Pravna shvatanja Višeg privrednog suda u Beogradu“, str.14-16, „Pravo“ Novi Sad, 1997 godine

⁵³ Vidi: odluke Vrhovnog suda Srbije br. Pž.170/95 od 09.01.1996 i br. Prev. 616/98 od 19. januara 2000. godine; rješenje Višeg privrednog suda u Beogradu br. Pž. 2964/2001 od 29. maja 2001. godine

Izneseno ekstenzivno tumačenje privrednog odnosa odnosno spora povodom takvog odnosa je neprihvatljivo u pogledu vaugovornih odnosa kao što su sticanje bez osnova, poslovodstvo bez naloga ili pak obaveza naknade vanugovorne štete.

Ukoliko je povodom privrednog poslovanja došlo do prelaska nekog dijela imovine jednog lica u imovinu drugog lica, a da za takav prelaz imovine nema osnov u nekom pravnom poslu ili zakonu, potraživanje osiromašenog prema obogaćenom nema karakter spora koji se odnosi na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih ili drugih stvarnih prava, pa time ni karakter međusobnog privrednog odnosa.

Pravni odnos koji između privrednih subjekata nastane povodom neosnovanog obogaćenja, nema pravnu prirodu privrednog odnosa koji podrazumjeva prava i obaveze povodom prometa robe, usluga i prava navedenih u odredabama entitetskih zakona o sudovima, već građansko-pravni odnos, pa je za odlučivanje u takvom sporu nadležan građanski sud.

Isto važi i za poslovodstvo bez naloga i naknadu vanugovorne štete, kao i za sporove koji se po svojoj suštini mogu izjediniti sa sporom iz osnova naknade štete, kao što su na primjer, sporovi između osiguravajućih društava, kao i sporovi između pomenutih društava i drugih pravnih lica povodom regresnih ili zahtjeva iz zakonske subrogacije osiguravača.

Ovakav stav podržava i najnovija sudska praksa. Rješavajući sukob nadležnosti između Okružnog privrednog suda i Osnovnog suda, Vrhovni sud Republike Srpske iznosi stav da „za utvrđenje da li je u pitanju nadležnost privrednog suda nije relevantno da li se radi o sporu između pravnih lica, već da li je taj spor nastao u vezi obavljanja privredne djelatnosti“.

„Šteta koju potražuje tužitelj nije nastala iz međusobnog privrednog odnosa, već iz delikta, pa je po kauzalnom kriteriju, u pitanju građansko-pravni spor, a ne privredni spor.“⁵⁴

Isto tako, u slučaju subrogacije,⁵⁵ u parnici tužioca - osiguravača koji je platio štetu svome kasko osiguraniku, protiv tuženog - osiguravača od odgovornosti lica koje je pričinilo štetu, ne radi se o međusobnom privrednom odnosu između društava za osiguranje, već o vanugovornom pravnom odnosu po osnovu odgovornosti za štetu. Isplatom naknade iz osiguranja, na tužioca kao osiguravača, je prešlo pravo istog sadržaja koje je imao kasko osiguranik tužioca kao oštećeni po opštim pravilima o građanskoj odgovornosti za štetu, a tužilac kao osiguravač je platio upravo ono što bi svakako u ime štetnika bio dužan platiti tuženi kao osiguravač od odgovornosti štetnika.

Iz navedenog razloga, za regresne sporove između osiguravača, nije nadležan privredni, već građanski sud.

Dakle, sporovi koji nisu nastali iz međusobnog privrednog odnosa određenog u odredbama entitetskih zakona o sudovima, nisu privredni, već građansko-pravni sporovi za koje su u BiH nadležni osnovni, odnosno općinski sudovi.

⁵⁴ Vidi rješenje Vrhovnog suda Republike Srpske br.118 0 Gr 11000004 od 25.01.2011 godine i rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske br.Gr 15/1997/2 od 02.07.1997 godine objavljeno na www.vsrh.hr

⁵⁵ Vidi čl. 1.939 st.1 Zakona o obligacionim odnosima

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu da je nadležnost procesna pretpostavka za postupanje suda⁵⁶ u konkretnoj pravnoj stvari, te da su slijedom toga pravno valjane samo one procesne radnje koje je preduzeo nadležni sud, ne treba posebno naglašavati od kolikog je značaja pravilna i dosljedna primjena propisa kojima se uređuje nadležnost sudova.

Sud, naime, mora, po službenoj dužnosti, da vodi računa da li konkretan spor uopšte spada u sudsku nadležnost, da li je za rješavanje spora nadležan sud u Republici Srpskoj ili Federaciji BiH, da li je nadležan domaći ili pak neki inostrani sud, da li je za postupanje *stvarno nadležan* i slično.

Od pravilne primjene zakonskih odredaba kojima je regulisana stvarna nadležnost privrednih sudova odnosno privrednih odjeljenja u Bosni Hercegovini zavisi efikasno i djelotvorno konačno ostvarenje pravozaštitnih zahtjeva svih subjekata prava koji učestvuju o konkretnom procesnom odnosu kao i pravna sigurnost u najširem smislu te riječi. Zbog svega toga je, *de lege ferenda*, neophodno da se svi propisi kojima se uređuje nadležnost građanskih i privrednih sudova u Bosni i Hercegovini, međusobno usklade, pri čemu se posebno misli na harmonizaciju propisa o organizaciji i nadležnosti sudova sa odredbama važećih građansko-procesnih zakona u BiH kojima je regulisan postupak u privrednim sporovima.

LITERATURA:

- Arandelović D, "Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije", Štamparija "Jovanović", Beograd, 1932 g.
- Bukljaš Ivan, Privredno pravo sa osnovama prava, Školska knjiga, Zagreb, 1975.
- Dika Mihajlo i Čizmić Jozo, Komentar ZPP FBiH, Osce, Sarajevo, 2000. g.
- Goldštajn Aleksandar, Privredno ugovorno pravo, Informator, Zagreb, 1980 g.
- Guyon, Droit des affaires, Paris, 1984,
- Hamel-Lagarde-Jauffret, Droit commercial, I, 1980.
- Jankovec Ivica, Privredno pravo, IV izdanje, JP Službeni list SRJ, Beograd, 1999 g.
- Jankovec Ivica, Ugovori u privredi, Beograd, 1987 g.
- Janković Života, Janković Milka, Karamarković Hranislav i Petrović Dragoljub, Komentar Zakona o parničnom postupku, Savremena Administracija, Beograd, 1990. g.
- Kapor Vladimir i Carić Slavko, „Ugovori robnog prometa“, X izdanje, Centar za privredni konsalting, Novi Sad, 2000 g.
- Najman Georg, Komentar građanskog parničnog postupka I i II, Beograd, 1935 g. (sa Poznić Borivoje, "Građansko procesno pravo", Savremena Administracija, Beograd, 1989. preveo Dr. Savo Gregović, advokat)
- Ralčić Tomislav i Tanasković Vitoje, "ZPP sa komentarom, sudskom praksom i obrascima" NIP "Književne novine", Beograd, 1977 g.
- Stanišić, Milišić, Kulenović, Mikulić, Vučina: komentari Zakona o parničnom postupku u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, Izdanje Savjeta Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005
- Stanković Gordana, "Građansko procesno pravo", Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1989. g.
- Triva Siniša, "Građansko parnično procesno pravo", Narodne Novine, Zagreb, 1978.
- Triva Siniša, Belajec V. i Dika M: "Građansko parnično procesno pravo", "Narodne Novine" Za-

⁵⁶ Vidi odredbe čl.15,16,17,18,25,26 i 27 Zakona o parničnom postupku (Sl.glasnik Republike Srpske br.58/03,85/03,74/05,63/07,49/09 i Sl.novine Federacije FBiH br.53/03,73/05 i 22/06)

greb,1986 g.

Vasiljević Mirko, Poslovno pravo, VI izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Savremena Adminsitracija“, Beograd, 1999 g.

Verona Ante, Zuglia Srećko, Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama-GPP, Tisak jugoslovenske štampe d.d., Zagreb 1932.

Vizner Boris, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978 g

Vučetić Veljko, „Ugovori u privredi prema odredabama ZOO“, str.7, Informator, 3254/85;

Zuglia Srećko, “Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije”Građanski parnični postupak sa naukom o uređenju i nadležnosti sudskih vlasti, “Geca Kon” a.d. Beograd, 1936 g.

Zuglia-Triva, Kometar Zakona o parničnom postupku, Narodne Novine, Zagreb, 1957 g.

Prof. Slobodan Stanišić Ph.D

Attorney and Associate Professor at the Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University APEIRON in Banja Luka; e-mail: slobodan.n.stanistic@apeiron-edu.eu

Some Concerning Questions About Assessment and Disclosure of Subject Matter Jurisdiction of Civil and Commercial Courts in Bosnia and Herzegovina

Abstract: When assessing jurisdiction in civil and commercial disputes, a considerable number of courts in Bosnia and Herzegovina is based solely of personal criteria (*competentia ratione personae*), by basing its decision only on the circumstances that led to a concrete dispute between specific categories of subjects of law, neglecting the causal criterion (*competentia ratione causa*), which is prescribed by the legislature, without which can not properly assess and delineate the subject matter jurisdiction of civil and commercial courts in each case.

Key words: jurisdiction, civil court, commercial court, a civil dispute, commercial dispute.

DOI: 10.7251/GFP1707092DJ

UDC: 35.074:341.24

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
25. jun 2017.*Datum prihvatanja rada:*
30. jun 2017.

Poslovi državne uprave u oblasti zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora

Rezime: Predmet ovog rada je analiza poslova državne uprave u upravnoj oblasti spoljnih poslova koji se odnose na zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora. Nakon analize poslova državne uprave u vezi sa zaključivanjem i izvršavanjem međunarodnih ugovora u uporednom pravu, prikazani su pravni aspekti učešća organa državne uprave u BiH u iniciranju postupka zaključivanja međunarodnih ugovora, vođenju pregovora za njihovo zaključivanje, pripremanju neophodnih akata, uključujući i ratifikacionih instrumenata, objavljivanju teksta, stupanja na snagu i prestanka važenja međunarodnih ugovora, kao i u njihovom neposrednom izvršavanju u slučaju samoizvršnih ugovora. Zaključak je da se po svojoj pravnoj prirodi takvi poslovi ne mogu smatrati ekstrapravnim djelatnostima državnih organa koja neposredno proističu iz suvereniteta države, već isključivo pravom predviđenim i uređenim djelatnostima koje načelno odgovaraju opštim poslovima organa državne uprave, što ne protivrječi tome da se, u određenim slučajevima, aktivnosti u vezi sa zaključivanjem i izvršavanjem međunarodnih ugovora određuju kao diskreciono pravo izvršne vlasti.

Ključne riječi: državna uprava, zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora i spoljni poslovi.

*Prof. dr***Vladimir Đurić***Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banja Luka
vladimir.b.djuric@apeiron-edu.eu**Prof. dr***Nevenko Vranješ***Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banja Luka
nevenko.d.vranjes@apeiron-edu.eu*

Suverenim državama kao teritorijalnim ljudskim zajednicama svojstveni su spoljni poslovi. U savremenoj literaturi, prvo značenje koje se pridaje pojmu spoljni poslovi, ili spoljnopolitička vlast je *sposobnost države da vodi spoljnu politiku*.¹ Tako shvaćeni, spoljni poslovi, ili spoljnopolitička vlast atribut su suvereniteta države, odnosno izjednačavaju se sa samim suverenitetom i kao suštinski element države, identični su sa državnosću.² Imajući u vidu da se spoljni poslovi određuju kao suštinski element države, prema tradicionalnoj pravnoj nauci koja ne izjednačava državu i pravo, spoljni poslovi, odnosno spoljnopolitička vlast nisu konstituisani kroz pravni poredak, tako da se prije određuju

¹ Öhlinger, T. (1973). Der völkerrechtliche Vertrag im statlichen Recht, S. 2.

² Reichel, D. (1967). Die auswärtige Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 1949, S. 22.

kao “prirodni” poslovi države, odnosno “prirodna” vlast,³ što implicira da imaju ekstrappravno ishodište.

Sa pravnom teorijom podjele vlasti, pojam spoljnih poslova, odnosno spoljnopolitičke vlasti doživljava svojevrstni obrt. U smislu teorije podjele vlasti, vršenje spoljnih poslova, odnosno spoljnopolitička vlast ne dovodi se više samo u vezu sa državom kao cjelinom, već se sagledava u vezi sa jednom specijalnom funkcijom ili organom, odnosno organima, koji u okviru države vrše te poslove, što vodi određivanju spoljnih poslova kao *pravnog fenomena*.⁴ Ukoliko se u analizi pođe od stava da se u savremenoj demokratskoj državi zasnovanoj na vladavini prava politika formuliše i vodi u granicama prava, utoliko se može zaključiti da se i spoljna politika formuliše i vodi u granicama prava – kako međunarodnog, tako i unutrašnjeg. U tom smislu, spoljni poslovi, odnosno njihovo vršenje, nesumnjivo proističu iz (unutrašnjeg) pravnog poretka, jer unutrašnji pravni poredak država određuje pojedina pitanja koja spadaju u sferu spoljnih poslova, uređujući najčešće i način njihovog vršenja i da, u tom smislu, čine posebnu oblast državnog djelovanja.

U nauci upravnog prava smatra se da su upravne oblasti, one oblasti u kojima dominiraju upravni instrumenti državnog djelovanja, odnosno da su to, uvažavajući osobenosti inostranih poslova, „tipična državna područja pojačanog unutar-državnog autoritativnog intervenisanja prema građanima i organizacijama.”⁵ Imajući u vidu izloženo određenje, “uvažavanje osobenosti inostranih poslova” moglo bi da vodi isticanju, da su inostrani poslovi *područije državnog autoritativnog istupanja zasnovanog na međunarodnom pravu i u njegovim okvirima, na način uređen unutrašnjim pravom, od strane organa određenih unutrašnjim pravom, prema drugim državama, međunarodnim organizacijama i u određenim slučajevima, stranim državljanima, u cilju zaštite prava i na ustavan način utvrđenih državnih interesa i prava i interesa domaćih državljana i pravnih lica*. Svaka oblast državnog djelovanja sastoji se iz užih grupa srodnih poslova. U najširem materijalnom smislu, spoljni poslovi se vrše uspostavljanjem, održavanjem i prekidanjem diplomatskih odnosa, vršenjem diplomatske i konzularne zaštite, učestvovanjem u radu međunarodnih organizacija, zaključivanjem i izvršavanjem međunarodnih ugovora, itd. Predmet ovog rada je analiza poslova državne uprave u upravnoj oblasti spoljnih poslova koji se odnose na zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora. Prije iznošenja takve analize koja će, zbog sistematike izlaganja i samog naslova rada, biti podijeljena u cjeline posvećene zaključivanju, sa jedne, i izvršavanju međunarodnih ugovora, sa druge strane, potrebno je učiniti jednu važnu napomenu. Naime, iako u zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora učestvuju različiti državni organi i pored činjenice da su u pravnoj nauci izložena različita shvatanja o njihovoj pravnoj prirodi, uključujući i ona koja su ih smatrala dvjema, potpuno odvojenim, djelatnostima,⁶ ipak treba stati na stanovište da postoji jedinstvo zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, odnosno da te djelatnosti čine jedinstveni neprekinuti postupak zbog zahtjeva za poštovanjem cjeline ugovornog djelanja i primjene cjeline ugovora.⁷

³ Öhlinger, T. nav. delo, S. 3.

⁴ Isto, str. 7.

⁵ Tomić, Z. (2002). Upravno pravo sistem, str. 265.

⁶ Pregled tih shvatanja u knjizi Đurić, V (2007). Ustav i međunarodni ugovori, Beograd 200.

⁷ “*Treaty-making must be seen together with treaty performance, as a continuous uninterrupted procedure*” - Wildhaber, L. (1971). Treaty-making power and the Constitution, p. 82.

POSLOVI DRŽAVNE UPRAVE U POSTUPKU ZAKLJUČIVANJA MEĐUNARODNOG UGOVORA

Postupak zaključivanja međunarodnih ugovora prolazi kroz nekoliko faza. Prva od tih faza je pregovaranje. U ustavnopravnom smislu, nadležnost za pregovaranje povjerena je onim ustavnim organima koji predstavljaju državu. Riječ je o jednom elementu ukupnih spoljnih odnosa koje najčešće održava izvršna vlast. U kontekstu teme rada, posebno pitanje u vezi sa procesom pregovaranja je odnos između pojedinih grana ili resora u okviru izvršne vlasti u čiju nadeležnost načelno spada vođenje pregovora za zaključivanje međunarodnih ugovora. Ostavljajući po strani pitanje organizacije državne uprave u različitim sistemima vlasti u državama koje su odabrane za uporedni prikaz, treba istaći da u svim državama postoji poseban resor u okviru upravno-izvršne vlasti koji je zadužen za spoljne poslove. Imajući u vidu da su međunarodni sporazumi forma u kojoj se reguliše različita materija koja spada u nadležnost različitih resora u okviru izvršne vlasti, neophodno je da se sagleda odnos između resora koji je zadužen za spoljne poslove i drugih resora u okviru izvršne vlasti.

U predsjedničkom sistemu SAD egzekutiva je monocefalna. Departmani koji čine Kabinet koji nije Ustavom predviđen već je nastao faktičkim putem, vrše svoja ovlašćenja u ime predsjednika, a njihovi šefovi za svoj rad snose odgovornost isključivo pred predsjednikom.⁸ Predsjednik, naravno, rijetko kad sam pregovara za zaključivanje međunarodnog ugovora. U pogledu zaključivanja međunarodnih ugovora, Stejt departman je 1955. godine izdao poseban Cirkular broj 175. koji je, između ostalog, sadržavao odrednice i o pregovaranju za zaključivanje međunarodnih ugovora. Cirkular je nekoliko puta mijenjan, a trenutno čini 700. poglavlje u 11. volumenu Priručnika spoljnih poslova koji je pripremio Stejt departman. Predviđajući ulogu Stejt departmana u kordiniranju poslova u vezi sa zaključivanjem međunarodnih sporazuma, Cirkular, a kasnije i Priručnik u koji je uvršten, bili su osporavani od strane drugih resora u okviru izvršne vlasti na osnovu stanovišta da predstavljaju akte koji se oslanjaju isključivo na vlast Stejt departmana i da stoga, nemaju obavezujuću snagu van tog resora. Imajući u vidu da praksa osporavanja uloge Stejt departmana u procesu zaključivanja međunarodnih ugovora nije odgovarala odredbi Kejs – Zablocki akta, zakona koji predviđa da međunarodni ugovor i sporazum (u smislu ustavnopravnog razlikovanja koje se u toj zemlji čini između tih kategorija akata –prim. autori) ne može da bude zaključen bez prethodnih konsultacija sa državnim sekretarom, u SAD su 1981. godine usvojene odredbe kojima se izričito predviđaju šira ovlašćenja državnog sekretara u kontrolisanju zaključivanja međunarodnih sporazuma od strane drugih resora, čak i u slučaju da drugi resori imaju zakonska ovlašćenja da zaključuju pojedine vrste sporazuma. Prema tim rješenjima, državni sekretar je u ime predsjednika SAD, odgovoran da osigura da svi predloženi međunarodni sporazumi u potpunosti odgovaraju ciljevima američke spoljne politike, tako da ni jedan resor ne može da zaključi međunarodni sporazum, bez obzira da li se sporazum zaključuje u ime vlade Sjedinjenih Država ili samog resora, bez prethodnih konsultacija sa državnim sekretarom. Štaviše, prema Priručniku spoljnih poslova koji je izdao Stejt departman, pregovori o zaključivanju ugovora ili drugih međunarodnih sporazuma ne mogu da budu preduzeti dok se ne pribavi „pismeno ovlašćenje” državnog sekretara, ili zvaničnika specijalno ovlašćenog od strane državnog sekretara.

⁸ O predsjedničkom sistemu u SAD: Corwin, E.S. (1984) *The President*; Jovičić, M. (1984) *Veliki ustavni sistemi*, 1984, Marković, R. (1990). *Predsednički sistem, Dva veka savremene ustavnosti*.

Učešće izvršne vlasti u procesu pregovaranja u okviru kancelarskog parlamentarnog sistema u SR Njemačkoj načelno je regulisano ustavnim odredbama, a precizno je uređeno Poslovnikom Savezne vlade i Zajedničkim pravilima procedure saveznih ministarstava. Savezni predsjednik SR Njemačke ne postupa samostalno u procesu zaključivanja međunarodnih ugovora. Ugovori se sačinjavaju u procesu u kojem učestvuju predstavnici vlade, budući da se na čelu Vlade nalazi kancelar koji prema ustavnim odredbama određuje načela opšte politike, naravno i spoljne politike. Na koji način je izvršena raspodjela nadležnosti za pregovaranje u okviru same Savezne vlade? Prema članu 11. stav 2. Pravila procedure Savezne vlade - Poslovnika Savezne vlade, pregovori sa ili u stranim državama biće vođeni samo uz saglasnost Ministarstva spoljnih poslova, ili ako ono to želi, samo uz učešće njegovih predstavnika. Prema članu 79. Zajedničkih pravila procedure saveznih ministarstava, prije otpočinjanja pregovora, nadležno ministarstvo blagovremeno će informisati Ministarstvo spoljnih poslova i pribaviti njegovu saglasnost za pregovore. Prema članu 81. Zajedničkih pravila procedure, Priručnik za zaključivanje međunarodnih ugovora koji je izdalo Ministarstvo spoljnih poslova SR Njemačke ima, u procesu zaključivanja ugovora, primjenu koja prevazilazi okvire Ministarstva spoljnih poslova.

U Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske spoljnopolitički aspekti zaključivanja međunarodnog sporazuma i pitanja forme i procedure njihovog zaključivanja, kao i pitanja međunarodnog prava u nadležnosti su Forin ofisa i ostaju u njegovoj nadležnosti čak i u slučaju da se vođenje pregovora za zaključivanje međunarodnog sporazuma sprovodi od strane vladinog resora koji je prvenstveno nadležan za materiju koja se reguliše sporazumom. Prema tome, bez pravnih akata koji izričito regulišu pitanja pregovora, praksa Ujedinjenog Kraljevstva kombinuje „široku fleksibilnost sa određenim stepenom centralne koordinacije koju obavlja Forin ofis”.⁹ Vladin resor koji je nadležan za materiju koja se reguliše sporazumom traži savjet o spoljnopolitičkim aspektima zaključivanja sporazuma i u najranijoj fazi pregovaranja, ukoliko samostalno vodi pregovore, treba da ispunji preporuku da pravnim savjetnicima Forin ofisa pruži priliku da komentarišu ne samo *formu*, već i *sadržinu* nacрта sporazuma.¹⁰ U mnogim slučajevima pravni savjetnici Forin ofisa su članovi pregovaračkog tima čime se obezbjeđuje ispunjavanje izloženog zahtjeva. U Ujedinjenom Kraljevstvu je Forin ofis izdao vodič o praksi i proceduri zaključivanja međunarodnih sporazuma koji je distribuiran u okviru izvršne vlasti.

U Ruskoj Federaciji prema članu 9. stav 6. Zakona o međunarodnim ugovorima, federalna agencija izvršne vlasti ima prava da u *sporazumu sa Ministarstvom spoljnih poslova* vodi konsultacije sa respektivnim organima stranih država u cilju pripreme nacрта međunarodnog ugovora.

Posebno pitanje u postupku zaključivanja međunarodnih ugovora odnosi se na ulogu organa državne uprave u vezi sa punomoćjem pregovarača i instrukcijama u vezi sa vođenjem pregovora. U uporednom pravu, izdavanje punomoćja načelno zavisi od toga da li su u pitanju tzv. državni ili vladini ugovori. Ukoliko je potrebno da se izda punomoćje za ugovore koji zaključuju šefovi država, ili za ugovore koji se zaključuju u ime države, utoliko su za izdavanje punomoćja nadležni šefovi država. Ukoliko se pak punomoćja iz-

⁹ Sinclair, S. J. Dickson, (1995). United Kingdom in National Treaty Law and Practice, I, p.228.

¹⁰ Aust, A. (2000). Modern Treaty Law and Practice, p. 62.

daju za zaključivanje ugovora u ime vlada, utoliko su za izdavanje punomoćja nadležne vlade. Punomoćje mora da sadrži potpis šefa države, i/ili predsjednika vlade, i/ili ministra inostranih poslova (zbog premapotpisa). U međunarodnom pravu nije dozvoljeno da punomoćje bude izdato od strane zamjenika ministra inostranih poslova, osim u slučaju da privremeno obavlja tu dužnost, odnosno da je vršilac dužnosti.¹¹

U Francuskoj predsjednik izdaje punomoćje (*lettre de pleins pouvoirs*) za vođenje pregovora, ili za potpisivanje ugovora, dok Vlada izdaje tzv. prosto ovlašćenje (*pouvoirs simples*) za ugovore koji ne podliježu predsjednikovoj ratifikaciji. Punomoćje koje izdaje predsjednik prema članu 19. Ustava iz 1958 spada u akte predsjednika koji treba da budu premapotpisani. Ustav u izloženom članu navodi koje akte predsjednika premapotpisuju predsjednik Vlade i odgovorni ministri. U ustavnoj praksi Pete Republike punomoćja predsjednika premapotpisuje samo prvi ministar. U francuskoj ustavnopravnoj nauci ističe se da predsjednik Republike, u osnovi, ima prerogative koji „zahtijevaju pravnu asisitenciju u formi ministarskog premapotpisa” koji prema kompromisu iz 1958. godine ima dva značenja – značenje generalne afirmacije da je odluka šefa izvršne vlasti verifikovana sa stanovišta legaliteta i značenje da je politička odgovornost za akt prihvaćena od strane ministra, što je specifično za države u kojima je ustanovljen parlamentarni režim.¹² Punomoćja Vlade potpisuje samo ministar inostranih poslova.

U SR Njemačkoj, prema članovima 79. i 82. Zajedničkih pravila procedure saveznih ministarstava „punomoćje za pregovaranje i/ili potpisivanje ugovora *u ime države* treba, posredstvom Ministarstva inostranih poslova, pribaviti od saveznog predsjednika. Predsjednikova punomoćja premapotpisuje ministar inostranih poslova. Punomoćja za pregovaranje i/ili potpisivanje sporazuma *u ime Savezne vlade* (naravno i to su međunarodni ugovori) izdaje ministar inostranih poslova, dok punomoćje za potpisivanje međuresornog sporazuma koji se odnosi samo na pitanja iz nadležnosti jednog ministarstva izdaje nadležni ministar, pri čemu i u slučaju međuministarskih sporazuma treba prije otpočinjanja pregovora obavijestiti Ministarstvo inostranih poslova i pribaviti njegovu saglasnost.

U Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske takođe postoje dva vida punomoćja za pregovaranje i/ili potpisivanje međunarodnih ugovora – punomoćja izdata od Krune i punomoćja izdata od Vlade. Iako u Ujedinjenom Kraljevstvu formalno nema razlikovanja u pogledu interne procedure zaključivanja međunarodnih ugovora i „međunarodnih sporazuma drugačijih od ugovora”, slično kao i u drugim državama, ima razlikovanja između ugovora koji se zaključuju u ime Ujedinjenog Kraljevstva i podliježu ratifikaciji Krune, sa jedne strane, i ugovora koji se zaključuju u ime Vlade (iako su to naravno međunarodni ugovori) i podliježu odobrenju Vlade. U prvom slučaju punomoćje izdaje Kruna, dok u drugom slučaju punomoćje izdaje ministar inostranih poslova. Interesantno je da se uoči da punomoćja Krune ne sadrže premapotpis resornog ministra.

U SAD ovlašćenje za vođenje pregovora pribavlja se od državnog sekretara. Štaviše, prema Priručniku spoljnih poslova, pregovori za zaključivanje međunarodnih ugovora ne mogu da se preduzmu bez pismenog ovlašćenja državnog sekretara. Ovlašćenje za vo-

¹¹ Isto, n. m.

¹² Gicquel, J. (1991). *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, p. 675.

đenje pregovora ne znači saglasnost sa predloženim tekstom ugovora, niti ovlaštenje za utvrđivanje datuma potpisivanja ili za samo potpisivanje ugovora. U ustavnoj praksi SAD punomoćjem se naziva samo akt koji ovlašćuje predstavnika države da *potpiše* ugovor i obično se ne izdaje za tzv. međunarodne sporazume drugačije od međunarodnih ugovora. Punomoćje za potpisivanje međunarodnih ugovora izdaje državni sekretar.

Načelno posmatrano, u okviru izvršne vlasti instrukcije za vođenje pregovora za zaključivanje međunarodnog ugovora daje ona grana izvršne vlasti koja prema ustavnim odredbama kreira politiku zemlje. U okviru državne uprave, važno je istaći da u SR Nemačkoj Zajednička pravila procedure saveznih ministarstava u članu 80. predviđaju obavezno konsultovanje Ministarstva unutrašnjih poslova i Ministarstva pravde tokom pripreme nacрта međunarodnog ugovora u cilju verifikovanja ustavnosti nacрта, osim u slučaju da takve konsultacije jasno nisu neophodne. Prema istom članu, Ministarstvo pravde će uvijek biti konsultovano u slučaju da međunarodni ugovor treba da bude podvrgnut parlamentarnom potvrđivanju, ili je za njegovu implementaciju neophodno donijeti posebne direktive. Slično rješenje nalazimo i u Ruskoj Federaciji u kojoj postoji pravilo da se u toku pregovora za zaključivanje sporazuma koji bi ustanovio drugačije odredbe od onih koje su sadržane u postojećem zakonodavstvu, predlog mora usaglasiti sa Ministarstvom pravde.¹³

Usvajanje, autentifikacija i potpisivanje međunarodnog ugovora, kao faza/e koje u postupku zaključivanja međunarodnog ugovora slijede nakon pregovora, u unutrašnjem pravu najčešće nije posebno, ili nije detaljno, regulisana/e posebnim pravnim aktima. U praksi, za usvajanje, autentifikaciju i potpisivanje međunarodnog ugovora nadležna je izvršna vlast, odnosno onaj resor koji je vodio pregovore i/ili ono lice koje za to ima punomoćje. U Francuskoj, prema članu 52. Ustava predsjednik Republike zaključuje ugovore što zapravo znači da je u njegovoj nadležnosti pregovaranje i potpisivanje. U praksi, usvajanje i autentifikaciju obavljaju ovlašćeni predstavnici. Predsjednik lično veoma rijetko potpisuje međunarodne ugovore, tako da i potpisivanje ugovora obavljaju opunomoćeni predstavnici, nosioci punomoćja koje je izdao predsjednik Republike, ili Vlada. Francuski Državni savjet smatra da je potpisivanje, čak i ako se u njemu mogu naći aspekti unutrašnjeg prava, previše povezano sa međunarodnim aspektom ugovora da bi njegova sadržina mogla da se postavi pred administrativni sud.¹⁴

U SR Njemačkoj usvajanje i autentifikaciju ugovora najčešće obavljaju ovlašćeni pregovarači, odnosno predstavnici zemlje na međunarodnim konferencijama. Potpisivanje ugovora vrši ministar inostranih poslova, državni sekretari, zvaničnici Ministarstva inostranih poslova ili šefovi diplomatskih misija.

U SAD, takođe, usvajanje, autentifikacija i potpisivanje ugovora, spadaju u nadležnost predsjednika, odnosno njegovog predstavnika i smatraju se funkcijom egzekutive.¹⁵

Organi državne uprave imaju važnu ulogu i u fazi ustavnopravne ratifikacije među-

¹³ Batler, W. E. (2001). *Russia in National Treaty Law and Practice*, III, p. 156.

¹⁴ Vedel, G. *Delvolvé*, P. (1992). *Droit Administratif*, 1, p. 161.

¹⁵ *Treaties and Other International Agreements: The Role of The United States Senate*, A Study, 2001 p.111.

narodnog ugovora, kao posebnoj fazi u postupku njegovog zaključivanja koja se može odrediti kao pristanak, prihvatanje, potvrđivanje, odnosno odobrenje sadržaja i forme međunarodnog ugovora koje daje organ, ili više njih, određen ustavnim poretком u cilju da sopstvenu državu obaveže na poštovanje i izvršavanje međunarodnog ugovora.¹⁶ Ukoliko se ustavnopravna ratifikacija vrši u parlamentarnom postupku, utoliko organi državne uprave, najčešće organ nadležan za spoljne poslove, priprema nacrt zakona, odnosno drugog akta kojim se vrši ratifikacija. S druge strane, ukoliko je riječ o tzv. administrativnim sporazumima, odnosno međunarodnim ugovorima koji ne podliježu parlamentarnom ustavnopravnom potvrđivanju (ratifikaciji), utoliko je uloga organa državne uprave izražena samo ako takvi ugovori iziskuju potvrđivanje u formi opšteg akta koji donosi izvršna vlast (uredbe) i svode se na pripremu nacrta takvog akta, a ne i u slučaju da takvi sporazumi stupaju na snagu potpisivanjem ili notifikacijom, odnosno na dan koji je predviđen samim sporazumom.¹⁷

Organi državne uprave imaju zapaženu ulogu i u pripremi međunarodnopravne ratifikacije međunarodnog ugovora, shvaćenoj kao konačno izražavanje volje države da na međunarodnom planu bude obavezana međunarodnim ugovorom. Uloga organa državne uprave, u prvom redu resora nadležnog za spoljne poslove, izražena je u pripremi ratifikacionih instrumenata i njihovoj razmjeni, kao i u njihovom deponovanju i/ili obavještanju o njihovom izdavanju, odnosno o okončanju unutrašnjih procedura za potvrđivanje međunarodnog ugovora. Ratifikacione instrumente potpisuju šefovi država, vlada ili ministri inostranih poslova.¹⁸ Osim pripreme i razmjene ratifikacionih instrumenata i/ili obavještenja o okončanju unutrašnjih procedura za zaključivanje međunarodnog ugovora, uloga organa državne uprave u međunarodnopravnoj ratifikaciji može da bude sagledana i u kontekstu pitanja obaveznosti njihovog izdavanja nakon završetka postupka ustavnopravne ratifikacije. U svim analiziranim sistemima, nezavisno od sistema vlasti koji u njima postoji, izdavanje ratifikacionih instrumenata smatra se i sa stanovišta unutrašnjeg prava diskrecionim aktom izvršne vlasti koja je nadležna za njihovo izdavanje. U Francuskoj stoji se na stanovištu da je vlast egzekutive da ratifikuje ili prihvati sporazum diskreciona jer zakon kojim se vrši parlamentarna ustavnopravna ratifikacija daje autorizaciju, ali ne nameće obavezu izdavanja ratifikacionih instrumenata.¹⁹ Državni savjet smatra da je ratifikacija, čak i da u njoj mogu da se nađu aspekti unutrašnjeg prava, previše povezana sa međunarodnim aspektom ugovora da bi njena sadržina mogla da se postavi pred administrativni sud.²⁰ Predsjednik SAD takođe može da izabere

¹⁶ Stefanović, J. (1950). Ustavno pravo FNJR i komparativno, str.364-365 i Basdevant, J. (1926). La Conclusion et la Redaction des Traités et des Instruments Diplomatiques Autres que les Traités, *Recueil des Cours*, 15, p.577.

¹⁷ Primjera radi, U SR Njemačkoj, vršenje ovlašćenja za zaključivanje administrativnih sporazuma nije detaljno regulisano Osnovnim zakonom, već je stvar međunarodne upotrebe i nacionalne prakse. Načelno, administrativni sporazumi se ne ratifikuju posebnim aktom, već stupaju na snagu potpisivanjem ili notifikacijom, odnosno na dan koji je predviđen samim sporazumom. Vidjeti: Treviranus, H. D. Beemelmans, H. (1995). Germany in National Treaty Law and Practice, I, p. 46.

¹⁸ Wildhaber, L. (1971). Treaty - Making Power and Constitution, p.103.

¹⁹ Eisemann, P.M. Kessedjian, C. (1995). France in National Treaty Law and Practice, I, p.8; Wildhaber, L. (1971). Treaty - Making Power and Constitution, p. 40; Dinh, N. Q. (1959). La Constitution de 1958 et le Droit International, *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et l'Étranger*, p.515, 530, 531.

²⁰ Vedel, G. Delvolvé, P. (1992). Droit Administratif, I, p. 161.

da li će da ratifikuje međunarodni ugovor koji je Senat odobrio.²¹ U parlamentarnom sistemu vlasti SR Njemačke izvršna vlast je takođe slobodna da odluči da li će da pristupi ratifikovanju ugovora koji je prošao kroz postupak parlamentarne ustavnopravne ratifikacije, a među autorima, pobornicima različitih teorijskih stavova, postoji načelna saglasnost da ustavnopravna ratifikacija daje ovlaštenje, ali ne stvara obavezu ratifikovanja.²² Izloženi stav zasniva se donekle na političkim argumentima – ako nastupi slučaj da se zbog promijenjenih spoljnopolitičkih okolnosti ratifikacija čini nemogućom, Vlada mora da zadrži spoljnopolitički teren i da zamoli predsjednika države da ne upotrebljava ovlaštenje za ratifikaciju koje je sadržano u zakonu o ugovoru kojim je izvršena parlamentarna ustavnopravna ratifikacija.²³ Ukoliko se produbljenije sagledaju izloženi stavovi, utoliko se može doći do zaključka da spoljnopolitički razlozi značajno utiču na izdavanje ratifikacionih instrumenata, tako da zbog specifičnog položaja koji izvršna vlast ima u vršenju spoljnih poslova, naročito posredstvom organa državne uprave u čiji djelokrug spadaju spoljni poslovi, njena nadležnost za izdavanje ratifikacionih instrumenata u pojedinim ustavnim sistemima nije identična sa njenim ustavnopravnim položajem u zakonodavnom procesu.

POSLOVI DRŽAVNE UPRAVE U VEZI SA IZVRŠAVANJEM MEĐUNARODNOG UGOVORA

Načelno posmatrano, budući da je međunarodni ugovor izvor i unutrašnjeg prava, organi državne uprave imaju u njegovom izvršavanju analognu ulogu kao i u slučaju izvršavanja zakona i drugih opštih akata unutrašnjeg prava, uz razumljive specifičnosti. Prva od tih specifičnosti odnosi se na poslove u vezi s objavljivanjem međunarodnog ugovora koje se može smatrati svojevrsnim preduslovom za primjenu međunarodnog ugovora u unutrašnjem pravu.

U Francuskoj, prema članu 3. Uredbe – Dekreta o ratifikaciji i objavljivanju međunarodnih sporazuma iz 1953. godine koja je izmjenjena i dopunjena 1986. godine, Ministarstvo spoljnih poslova nadležno je da u Službenim novinama Republike Francuske objavi međunarodne ugovore čija primjena utiče na prava i obaveze pojedinaca. U pogledu ostalih sporazuma, sporazuma čija primjena ne utiče na prava i obaveze pojedinaca, izvršna vlast ima slobodu da ocijeni opravdanost i neophodnost njihovog objavljivanja. Budući da Ustav u članu 55. jasno ističe da međunarodni ugovori od trenutka objavljivanja imaju veću pravnu snagu od zakona, čime objavljivanje postavlja kao jedan uslov za primjenu ugovora, jasno je da izostanak publikovanja ugovora neutralizuje njihov efekat u unutrašnjem pravu, tako da izvršna vlast, propuštajući da objavi ugovor, može da blokira njegovu primjenu u unutrašnjem pravu.²⁴ U Francuskoj je vođena rasprava o pravnoj prirodi objavljivanja koje je svojevremeno tumačeno ili kao element uvođenja ugovora u unutrašnji pravni poredak ili kao interna notifikacija međunarodnopravno važećeg teksta, koja usljed toga nije ništa

²¹ Treaties and Other International Agreements: The Role of the United States Senate, A Study, 2001. p.147.

²² Partsch, J. (1964). Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 6, p. 92; Reichel, D. (1967). Die auswärtige Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 1949, p. 75-78; Rudolf, W. (1967). Völkerrecht und deutsches Recht, p. 204; Geiger, R. (1994). Grundgesetz und Völkerrecht, p. 133.

²³ Rudolf, W. n. d.

²⁴ M.Eisemann, P. Kessedjian, C. (1995). France in National Treaty Law and Practice, I, p.12.

drugo do skrivena promulgacija.²⁵ U francuskoj nauci upravnog prava u kojoj se stoji na stanovištu da administrativni sudovi nisu nadležni da ocjenjuju regularnost postupka zaključivanja međunarodnih ugovora, smatra se da je postojanje nadležnosti kontrole objavljivanja međunarodnih ugovora posljedica činjenice da je „*objavljivanje jedna obična operacija unutrašnjeg prava.*”²⁶

U SR Njemačkoj međunarodni ugovori objavljuju se zajedno sa zakonom kojim je izvršena njihova parlamentarna ustavnopravna ratifikacija. Osnovni zakon ne sadrži izričitu odredbu o objavljivanju, ali objavljivanje proističe iz ustavnog rješenja prema kome se parlamentarna ustavnopravna ratifikacija obavlja u formi zakona čiji jedan član sadrži tekst ugovora. Savezno ministarstvo pravde nadležno je za objavljivanje koje se obavlja u Službenom listu – dio drugi (Bundesgesetzblatt).

Ustav Ruske Federacije takođe ne sadrži izričitu odredbu kojom bi se regulisalo objavljivanje međunarodnih ugovora ili predvidjelo da je objavljivanje međunarodnih ugovora uslov njihove primjene u unutrašnjem pravnom poretku. U članu 15. stav 3. Ustav zabranjuje primjenu bilo kog normativnog pravnog akata koji utiče na prava, slobode i dužnosti čovjeka i građanina ukoliko takav akt nije bio zvanično objavljen. Zakon o međunarodnim ugovorima iz 1995. godine predviđa da se međunarodni ugovori objavljuju na preporuku Ministarstva spoljnih poslova u Sobranie – u zakonodateljstva Rossijskih Federaciji, pri čemu se u naučnim radovima postavlja pitanje da li predviđanje takve preporuke znači prepuštanje objavljivanja međunarodnih ugovora diskrecionoj vlasti Ministarstva.²⁷ Imajući u vidu da zakonska rješenja predviđaju objavljivanje ugovora koji su bili podvrgnuti parlamentarnoj ustavnopravnoj ratifikaciji, može se postaviti pitanje usaglašenosti takvih rješenja sa odredbom člana 15. stav 4. Ustava Ruske Federacije kojom se predviđa da su svi međunarodni ugovori sastavni dio ruskog pravnog sistema. Međunarodni ugovori koji nisu bili podvrgnuti parlamentarnoj ustavnopravnoj ratifikaciji, odnosno administrativni sporazumi (ali ne i međuresorski) *moгу*, na prijedlog Ministarstva inostranih poslova da budu objavljeni u Biltenu međunarodnih ugovora. Dakle, objavljivanje administrativnih sporazuma podvrgnuto je diskrecionoj ocjeni izvršne vlasti.

U Ujedinjenom Kraljevstvu, međunarodni ugovor koji je potpisan, ali još nije stupio na snagu objavljuje se u domaćoj seriji *Command Papers-a*, a po stupanju na snagu u *Treaty Series Command Papers-a*. Za objavljivanje je načelno nadležan Forin ofis, ali su za objavljivanje pojedinih vrsta međunarodnih ugovore, kao rezultat „administrativne pristojnosti” nadležni drugi resori (npr. u slučaju konvencija ILO, međunarodnih ugovora donesenih pod Univerzalnom poštanskom unijom, itd).²⁸

U SAD zakonom iz 1950. godine predviđeno je da će se pokrenuti izdanje „Ugovori i međunarodni sporazumi Sjedinjenih Država” (*United States Treaties and Other International Agreements*) u kojem će biti publikovani međunarodni ugovori koji su od strane predsjednika SAD proglašeni tokom svake kalendarske godine i svi međunarodni sporazumi drugačiji od međunarodnih ugovora u kojima su SAD strana ugovornica. U kasnijim izmjenama i dopunama zakona, predviđeno je da će publikacija *United States Treaties*

²⁵ opširnije u Wildhaber, L. (1971). *Treaty-Making Power*, p. 208.

²⁶ Vedel, G. Delvolvé, P. (1992). *Droit Administratif*, 1, p. 161.

²⁷ Batler, W.E. (2001). *Russia in National Treaty Law and Practice*, III, p. 164-165.

²⁸ Sinclair, I. Dickson, S. J. (1995). *United Kingdom in National Treaty Law and Practice*, I, p. 238.

and Other International Agreements biti dokaz tekstova koji su u njoj sadržani u svim sudovima SAD i njenih federalnih jedinica i teritorija. Zbog ograničenih izvora, Stejt departman nije bio u mogućnosti da promptno objavljuje sporazume,²⁹ tako da je 1994. godine došlo do nove zakonske izmjene kojom se državni sekretar ovlašćuje da odredi da publikovanje pojedinih ugovora i sporazuma nije neophodno, ukoliko se zadovolji neki od sljedećih kriterijuma: 1) da takvi sporazumi nisu ugovori koji su stupili na snagu za SAD nkon što su dobili odobrenje Senata; 2) da javni interes u takvim sporazumima nije dovoljan da opravda njihovo publikovanje i 3) da će Stejt departman za sudske sporove, ili na drugi zahtjev, obezbijediti kopije takvih sporazuma.

Organi državne uprave se mogu naći u ulozi subjekata koji neposredno primjenjuju, odnosno sprovode odredbe međunarodnog ugovora, ali samo u slučaju da je ugovor podoban za neposrednu primjenu, odnosno da za svoju primjenu ne iziskuje dalje donošenje opštih akata unutrašnjeg prava – zakona i podzakonskih akata. Takvi, u teoriji i praksi pojedinih država nazvani samoizvršni ugovori, različito se određuju, baš kao što se različito određuje i nadležnost za utvrđivanje da li je neki međunarodni ugovor, po svom karakteru, samoizvršni ili prenosnoizvršni.³⁰ Načelno, utvrđivanje karaktera ugovora je pitanje koje u prvom redu rješavaju nacionalni sudovi, ali u pojedinim državama, kao što je to slučaj u SR Njemačkoj i SAD, izvršna vlast, ili izvršna i zakonodavna vlast zajedno, mogu, posredstvom rezervi i interpretativnih deklaracija, prethodno da utvrde, odnosno nametnu da ugovor nema neposrednu primjenu. Ukoliko je ugovor prenosnoizvršni, utoliko organi državne uprave mogu da budu donosioci opštih akata koji su neophodni za njegovu primjenu, odnosno da budu u ulozi organa koji pripremaju nacрте akata koji su neophodni za primjenu ugovora u unutrašnjem pravu (zakona i uredbi izvršne vlasti).

Posebno pitanje je kakva je uloga organa državne uprave u slučaju da međunarodni ugovor iziskuje dalje sporazume između upravnih resora država koje su ga zaključile. Takvi, međuresorni i implementirajući sporazumi, postoje u svim analiziranim državama i načelno se po svojoj pravnoj prirodi razlikuju od međunarodnih ugovora, jer ne obavezuju čitavu državu. U Francuskoj, Ministarstvo spoljnih poslova je još od Dekreta od 25. decembra 1810. godine centralna nacionalna institucija koja ima monopol u aktivnostima vezanim za međunarodne odnose. Prema članu 2. Uredbe - Dekreta o ratifikaciji i publikaciji međunarodnih sporazuma od 1953. godine sa izmjenama i dopunama od 1986. godine sva ministarstva i vladine agencije u Francuskoj dužne su da Ministarstvu spoljnih poslova podnesu tekst svake konvencije, sporazuma, protokola ili uredbe koja obavezuje Francusku spram neke države ili međunarodne organizacije bez obzira na značaj koji taj akt ima i bez obzira na pravnu prirodu tog akta nakon potpisa ili adopcije. Izuzetak od tog pravila čine međuresorni sporazumi (administrativni aranžmani – “*arrangements administratifs*”) koji regulišu samo pitanja u okviru nadležnosti vladine agencije ili resora koji je takav sporazum zaključio. U suštini, osnovni cilj tih sporazuma je implementacija postojećeg sporazuma i oni ne obavezuju državu, već samo agenciju, odnosno resor potpisnika takvog sporazuma.³¹ Otuda i protivljenje u francuskoj praksi da se takvi sporazumi podnose Ministarstvu spoljnih poslova.³²

U SR Njemačkoj, posebnu vrstu čine sporazumi koji su zaključeni između njemačkog saveznog ministarstva i stranog ministarstva, agencije ili drugog upravnog organa u okviru

²⁹ Dalton, R. E. (1999). *United States in National Treaty Law and Practice*, II, p. 11.

³⁰ Pregled shvatanja u Đurić, V. (2007). n.d.

³¹ Eisemann, P.M. Kessedjian, C. (1995). *France in National Treaty Law and Practice*, I, p. 2.

³² Isto, n. m.

sfere nadležnosti tog ministarstva i koji su primjenjivi u administrativnoj oblasti za koje je to ministarstvo nadležno (tzv. *Ressortabkommen*). Takvi sporazumi najčešća su forma za sporazume koji regulišu „administrativna pitanja”, naročito administrativnu implementaciju postojećih ugovora.³³ U SR Njemačkoj, prema članu 79. stav 2. Zajedničkih pravila procedure saveznih ministarstava, prije otpočinjanja pregovora o svim, pa i međuresornim sporazumima, neophodno je informisati Ministarstvo spoljnih poslova i dobiti njegovu saglasnost za zaključenje takvog sporazuma. Ukoliko se za potpisivanje međuresornog sporazuma zahtijeva punomoćje, utoliko, prema članu 82. stav 3. istog akta, punomoćje daje resorni ministar.

U Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske, međuresorni sporazumi načelno mogu da se smatraju međunarodnim ugovorima. Da li će jedan međuresorni sporazum imati karakter međunarodnog ugovora suštinski zavisi od njegove sadržine: ukoliko međuresorni sporazum stvara prava i obaveze koji imaju efekta po međunarodnom pravu, utoliko je takav sporazum međunarodni ugovor. Ipak, u Ujedinjenom Kraljevstvu, međuresorni sporazumi najčešće regulišu minorna ili tehnička pitanja i stoga ne stvaraju međunarodna prava i obaveze. Istovjetno je i sa implementirajućim sporazumima: ukoliko takvi sporazumi predviđaju „administrativne implementirajuće mjere”, utoliko ne mogu da budu svrstani u međunarodne ugovore.³⁴

Uloga izvršne vlasti, pa time i resornih organa državne uprave, može da bude izražena i u vezi sa suspenzijom primjene i prestankom međunarodnog ugovora. Ovlašćenje egzekutive da suspenduje međunarodne ugovore karakteristično je i za sve države koje su odabrane za uporedni prikaz, nezavisno od sistema vlasti koji u njima postoji. U Francuskoj ustavnoj teoriji i praksi stoji se na stanovištu da je suspenzija međunarodnog ugovora diskreciono ovlašćenje izvršne vlasti.³⁵ Suspenzija međunarodnih ugovora je u isključivoj nadležnosti izvršne vlasti i u SR Njemačkoj,³⁶ i u Ujedinjenom Kraljevstvu.³⁷ Istovjetno je i u pogledu okončanja (otkazivanja) ugovora. Tako, primjera radi, francuski Državni savjet stoji na stanovištu da je otkazivanje međunarodnog ugovora previše povezano sa međunarodnim aspektom ugovora da bi moglo da bude predmet spora pred administrativnim sudom.³⁸

Posebno pitanje koje je u vezi s poslovima državne uprave koji se odnose na izvršavanje i primjenu međunarodnog ugovora u unutrašnjem pravu je da li izvršna vlast posredstvom organa državne uprave nadležnog za spoljne poslove može da daje tumačenje međunarodnog ugovora čije bi zahtjevanje i sadržina bili obavezni za sudske organe. U uporednom pravu postoje dvije tendencije rješavanja izloženog pitanja. U pojedinim zemljama sudovi su slobodni u tumačenju međunarodnog ugovora. Tako, u SR Njemačkoj sudovi primjenjuju i tumače međunarodne ugovore bez obaveze da u slučaju sumnje, odnosno nejasnih odredbi, zatraže mišljenje Savezne vlade o značenju i implikacijama po-

³³ Treviranus, H.D. Beemelmans, H. (1995). Germany in National Treaty Law and Practice, I, p. 46.

³⁴ Sinclair, I. Dickson, S. J. n.d. str. 226.

³⁵ Eisemann, P. M. Kessedjian, C. (1995). France in National Treaty Law and Practice, I, p.14-15.

³⁶ Treviranus, H. D. Beemelmans, H. (1995). Germany in National Treaty Law and Practice, I, p. 52.

³⁷ Sinclair, I. Dickson, S. J.(1995). United Kingdom in National Treaty Law and Practice, I, p. 242.

³⁸ Vedel, G. Delvolvé, P. (1992). Droit Administratif, p.161.

jedinih određenja sadržanih u međunarodnom ugovoru.³⁹ Načelno, istovjetna je praksa i u SAD – sudovi nisu u obavezi da zatraže i slijede mišljenje izvršne vlasti. Drugačiji pristup imali su sudovi u Francuskoj. Administrativni sudovi u Francuskoj stajali su na stanovištu da nisu ovlašćeni da tumače međunarodne ugovore, bez obzira da li je riječ o ugovorima privatnopravne ili javnopravne prirode. Državni savjet podnosio je Ministarstvu spoljnih poslova Francuske sve do 1990. godine pitanja u vezi sa tumačenjem međunarodnih ugovora jer je smatrao da nije nadležan da tumači međunarodni ugovor, osim u slučajevima jasnog značenja ugovora (tzv. *théorie de l'acte clair*). Tumačenja Ministarstva spoljnih poslova bila su obavezujuća za Državni savjet, a takvo rješenje je u naučnim radovima kritikovano, uz opasku, da bez obzira koliko logično djelovalo, nije manje opasno, jer omogućava da primjena jednog ugovora bude diskreciono pravo Ministarstva spoljnih poslova koje može da zloupotrijebi svoje nadležnosti u vezi sa tumačenjem ugovora.⁴⁰ U jednom slučaju 1990. godine Državni savjet je promijenio svoje viđenje i otada stoji na stanovištu da se Ministarstvo spoljnih poslova prilikom tumačenja konsultuje, ali da mišljenje Ministarstva ne vezuje administrativnog sudiju.⁴¹

POSLOVI DRŽAVNE UPRAVE U VEZI SA ZAKLJUČIVANJEM I IZVRŠAVANJEM MEĐUNARODNIH UGOVORA U BIH

Poslovi državne uprave u vezi sa zaključivanjem i izvršavanjem međunarodnih ugovora regulisani su u BiH Zakonom o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora iz 2000. godine (u daljem tekstu Zakon).⁴² Kao i u uporednom pravu, proces zaključivanja međunarodnih ugovora počinje pregovaranjem. U okviru procesa pregvaranja međunarodnih ugovora, treba razlikovati inicijativu za otpočinjanje pregovora, nadležnost za vođenje pregovora, izbor i ovlašćenja pregovarača, davanje instrukcija pregovaračima, konsultacije tokom pregovora, itd.

Načelno posmatrano, pravo na podnošenje inicijative za otpočinjanje pregovora za zaključivanje međunarodnog ugovora je u BiH veoma široko postavljeno. Inicijativu za pokretanje postupka za zaključivanje međunarodnih ugovora mogu dati institucije Bosne i Hercegovine, entiteti, kantoni, i druge regionalne i lokalne zajednice, te preduzeća, ustanove, nevladine organizacije i druga pravna lica iz područja svog djelovanja.⁴³ Inicijativa se, prema stavu 2. istog člana Zakona, upućuje Savjetu ministara, ali posredstvom ministarstva Bosne i Hercegovine u čiji djelokrug rada spadaju pitanja koja se uređuju međunarodnim ugovorom. U toj fazi do posebnog izražaja dolazi uloga resornog ministarstva, jer ono dostavlja takvu inicijativu Savjetu ministara **kada ocijeni da je ona opravdana** sa nacrtom **prijedloga** za pokretanje postupka

³⁹ T reviranus, H. D. Beemelmans, H. (1995). Germany in National Treaty Law and Practice, I, p. 53.

⁴⁰ Vedel, G. Delvolvé, P. p.162-163.

⁴¹ Conseil d'Etat, June 29, 1990, Groupe d'Information et de Soutien des Travailleurs Immigrés, Rec.Lebon, p.171 – komentar u Vedel, G. Delvolvé, P. (1992). n. m.; Eisemann, P. M. Kessedjian, C. (1995). n. m.; Lerche, R. (1990). Die Kompetenz des französischen Conseil d'Etata zur Auslegung völkerrechtlicher Vertrag: Anmerkung zum Urteil vom 29 Juni 1990, Fall G. I. S. T. I. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 50. p. 869.

⁴² "Službeni glasnik BiH", br. 29/00.

⁴³ Čl. 4 st.1. Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, „Službeni glasnik BiH“, br. 29/00.

i osnovom za vođenje pregovora radi zaključivanja međunarodnog ugovora.⁴⁴ Iz izložene odredbe Zakona zapravo slijedi da je ovlašćeni predlagač za pokretanje postupka zaključivanja međunarodnog ugovora i to prema Savjetu ministara nadležno ministarstvo BiH i to onda kada ono samo ocjeni da je inicijativa opravdana. Osnova za vođenje pregovora koju priprema nadležno ministarstvo, između ostalog, sadrži i mišljenje Ministarstva inostranih poslova Bosne i Hercegovine o spoljno-političkoj ocjeni razloga za zaključivanje ugovora i usaglašenosti sa odredbama međunarodnog ugovornog prava. Dakle slično kao i u uporednom pravu, u fazi predlaganja vođenja pregovora za zaključivanje međunarodnog ugovora do izražaja dolazi poseban položaj resora nadležnog za spoljne poslove. Zanimljivo je uočiti da Zakon propisuje da osnova sadrži i mišljenje nadležnih organa entiteta kada se međunarodnim ugovorom uređuju pitanja koja su u isključivoj nadležnosti entiteta, pri čemu Zakon ne određuje o kojim i kakvim entitetskim organima je riječ, tako da ostaje otvoreno pitanje da li bi se eventualno pribavljeno mišljenje entitetskog organa uprave moglo smatrati dovoljnim čak i u slučaju da se međunarodnim ugovorom uređuju pitanja koja spadaju u isključivu zakonodavnu nadležnost entiteta. Mišljenja smo da se takvo mišljenje ne bi moglo, niti smjelo smatrati dovoljnim, već da bi u tom slučaju nadležno ministarstvo BiH bilo u obavezi da pribavi mišljenje zakonodavnog organa entiteta, ili bar entitetske vlade. Prema članu 6. Zakona, odluku o pokretanju postupka za vođenje pregovora radi zaključivanja međunarodnog ugovora, po vlastitoj inicijativi ili na prijedlog Savjeta ministara Bosne i Hercegovine, donosi Predsjedništvo BiH.

Predsjedništvo BiH određuje, prema članu 7. Zakona, delegaciju koja zastupa BiH u pregovorima za zaključivanje međunarodnog ugovora, a može da ovlasti i Savjet ministara da to učini umjesto njega. Delegacija je vezana utvrđenom osnovom za vođenje pregovora, jer, po izričitim zakonskim odredbama, od nje ne može odstupiti tokom pregovora, a u slučaju da tokom pregovora druga pregovaračka strana ili druge pregovaračke strane ne prihvate bitne stavove iz utvrđene osnove ili predlože da se razmatraju pitanja o kojima nisu zauzeti stavovi u osnovi, zatražiće uputstva, a prema potrebi i odgoditi pregovore. U takvom slučaju, o zahtjevu delegacije za davanjem dodatnih uputstava će odlučiti Predsjedništvo BiH, ili Savjet ministara,⁴⁵ u zavisnosti od toga u čiju nadležnost spada materija koja će biti regulisana međunarodnim ugovorom o kojem se pregovara.

Po okončanju pregovora delegacija dostavlja Predsjedništvu Bosne i Hercegovine i Savjetu ministara izvještaj o pregovorima, a Ministarstvu inostranih poslova i tekst sporazuma. U slučaju da pregovori nisu uspješno okončani, delegacija je u obavezi da u izvještaju posebno obrazloži razloge za neuspjeh pregovora i da predloži daljnje postupanje.⁴⁶ Prijedlog daljnjeg postupanja koji potiče od delegacije ne obavezuje Savjet ministara i Predsjedništvo.

Zakon, slično kao i u uporednom pravu, ne reguliše detaljnije usvajanje, autentifikaciju i potpisivanje međunarodnog ugovora, kao faze koje u postupku zaključivanja međunarodnog ugovora slijede nakon pregovora. U članu 12. Zakon propisuje da kada je Predsjedništvo dalo ovlašćenje za potpisivanje međunarodnog ugovora jednom od članova delegacije, taj član delegacije može, nakon završenih pregovora, ugovor potpisati, ako je njegov sadržaj u skladu sa osnovom za vođenje

⁴⁴ Čl. 4 st. 3. Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, „Službeni glasnik BiH“, br. 29/00.

⁴⁵ Čl. 8. Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, „Službeni glasnik BiH“, br. 29/00.

⁴⁶ Čl. 11. Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, „Službeni glasnik BiH“, br. 29/00.

pregovora radi zaključivanja međunarodnog ugovora iz čega slijedi da punomoćje za potpisivanje ugovora daje Predsjedništvo, ali i da usklađenost teksta ugovora sa osnovom za vođenje pregovora ocjenjuje opunomoćeni član delegacije.

Nakon potpisivanja, original ugovora delegacija dostavlja Ministarstvu inostranih poslova koje priprema i dostavlja Savjetu ministara nacrt odluke o ratifikaciji međunarodnog ugovora čiji je sastavni dio i tekst ugovora. Savjet ministara utvrđuje prijedlog odluke o ratifikaciji ugovora i dostavlja ga Predsjedništvu koje, radi dobijanja prethodne saglasnosti za ratifikaciju, dostavlja Parlamentarnoj skupštini potpisani⁴⁷ međunarodni ugovor zajedno sa detaljnim obrazloženjem Savjeta ministara o potrebi i uslovima zaključivanja predmetnog ugovora. Zakon ne precizira koji organ državne uprave za potrebe Savjeta ministara sačinjava detaljno obrazloženje koje se dostavlja Parlamentarnoj skupštini, ali treba stati na stanovište da je to organ koji je sačinio nacrt prijedloga za pokretanje postupka, odnosno ministarstvo u čiji djelokrug rada spadaju pitanja koja se uređuju međunarodnim ugovorom.

Analogno kao u svim analiziranim sistemima, nezavisno od sistema vlasti koji u njima postoji, i u BiH se izdavanje ratifikacionih instrumenata, sa stanovišta unutrašnjeg prava, smatra diskrecionim aktom izvršne vlasti koja je nadležna za njihovo izdavanje. Naime, prema članu 17. Zakona, Predsjedništvo, po dobijenoj saglasnosti Parlamentarne skupštine, **odlučuje** o ratifikaciji međunarodnog ugovora, što znači da nije u obavezi da međunarodnopravno ratifikuje ugovor, iako je dobilo saglasnost Parlamentarne skupštine, odnosno iako je okončana unutrašnja procedura za njegovo zaključivanje. Zanimljivo je uočiti da Zakon u članu 20. propisuje da instrument o ratifikaciji, prihvatanju, odobravanju ili pristupanju međunarodnom, ugovoru, na osnovu odluke Predsjedništva, potpisuje predsjedavajući Predsjedništva, predsjedavajući Savjeta ministara ili ministar inostranih poslova Bosne i Hercegovine, što znači da Zakon ne propisuje izričito premapotpis ministra inostranih poslova na odgovarajućim instrumentima kojima se izražava namjera države da konačno bude obavezana ugovorom u međunarodnom pravu. Razmjena ili deponovanje instrumenata o ratifikaciji, prihvatanju, odobravanju ili pristupanju i izvršavanje drugih radnji koje se odnose na stupanje međunarodnog ugovora na snagu za Bosnu i Hercegovinu, u nadležnosti su Ministarstva inostranih poslova. Zakon izričito propisuje da je riječ o „radnjama“, dakle aktivnostima koje odgovaraju klasičnom pojmu upravnih radnji shvaćenih kao materijalni akti uprave koji nemaju neposredno pravno dejstvo, već prethode donošenju pravnog akta, u ovom slučaju zaključivanju međunarodnog ugovora.

Objavljivanje teksta međunarodnog ugovora u „Službenom glasniku BiH“ slijedi nakon odluke o ratifikaciji. Zapravo, prema članu 24. Zakona, u „Službenom glasniku BiH“ objavljuje se odluka o ratifikaciji sa tekstom ugovora. Budući da stav 1. tog člana Zakona propisuje da se odluka o ratifikaciji objavljuje „bez odlaganja“, a najkasnije u roku od 90 dana od njenog donošenja, jasno je da objavljivanje nije diskrecionog karaktera i da izvršna vlast, odnosno nadležni organ državne uprave, nije u mogućnosti da odlaganjem objavljivanja odluke i teksta ugovora eventualno odloži, ili spriječi njegovu primjenu u

⁴⁷ Zakon navodi „zaključeni“, što razumije se nije tačno, jer u toj fazi ugovor još uvijek nije zaključen.

unutrašnjem pravu. Prema Zakonu, Ministarstvo inostranih poslova stara se o objavljivanju odluke o ratifikaciji i teksta ugovora. Važno je istaći da Zakon ne predviđa obavezu objavljivanja datuma stupanja ugovora na snagu (koji najčešće slijedi nakon objavljivanja u „Službenom glasniku BiH“), a što upućuje da nadležni organi koji treba da primjenjuju i izvršavaju ugovor treba da od Ministarstva inostranih poslova pribave informacije o stupanju ugovora na snagu, a time i početku njegove primjene u unutrašnjem pravu.

Međunarodne ugovore u okviru unutrašnjeg prava, slično kao i u drugim državama, izvršava izvršna vlast. Zakon propisuje da se Savjet ministara stara o izvršavanju međunarodnih ugovora, a da nadležni organi državne uprave prate izvršavanje međunarodnih ugovora i o tome obavještavaju Savjet ministara.⁴⁸ Budući da je BiH država složenog državnog uređenja, posebno pitanje koje se nameće u vezi s izvršavanjem međunarodnih ugovora je koji je nivo državne vlasti, a samim tim i čiji organi državne uprave su nadležni za izvršavanje međunarodnih ugovora zaključenih u okviru materije koja spada u entitetsku nadležnost. U tom smislu, polazeći od člana 28. Zakona kojim je propisano da Međunarodne ugovore kojima se stvaraju *neposredne* obaveze za Bosnu i Hercegovinu, izvršavaju nadležni organi državne uprave u čiju nadležnost spadaju pitanja koja se uređuju tim ugovorima, može se zaključiti, da su organi državne uprave BiH nadležni za izvršavanje samo onih ugovora koji sadrže *neposredno izvršive obaveze* i to samo iz okvira nadležnosti BiH, dok su entitetski organi državne uprave nadležni za primjenjivanje onih međunarodnih ugovora koji sadrže *neposredno izvršive obaveze* u okviru nadležnosti entiteta. Za izvršavanje svih ostalih, kako se u uporednom pravu nazivaju prenosnoizvršnih sporazuma, načelno je nadležan Savjet ministara koji se o njihovom izvršavanju *stara*, što treba tumačiti kao nadležnost Savjeta ministara da donosi odgovarajuće podzakonske opšte akte neophodne za implementaciju takvih ugovora koji su zaključeni u okviru nadležnosti BiH, odnosno da kroz pravno uređene mehanizme koordinacije i saradnje sa nosiocima izvršne vlasti u entitetima obezbijedi izvršavanje takvih ugovora koji su zaključeni u materiji koja spada u entitetsku nadležnost. Izloženo tumačenje podržava i član 29. Zakona prema kome međunarodne ugovore koje je zaključila Bosna i Hercegovina, a kojima se stvaraju obaveze za domaća pravna lica, neposredno izvršavaju ta pravna lica, a u slučaju da domaća pravna lica ne izvrši svoje obaveze koje proističu iz međunarodnih ugovora koje je zaključila Bosna i Hercegovina, te će obaveze izvršiti Bosna i Hercegovina na teret onog entiteta na čijoj se teritoriji nalazi to pravno lice.

Organi državne uprave mogu da imaju ulogu i u aktivnostima u vezi s izmjenama i prestankom ugovora. Prema članu 31. st. 2. Zakona, na postupak izmjene međunarodnog ugovora primjenjuju se odredbe Zakona koje se odnose na njegovo zaključivanje, što znači da nadležni organ državne uprave, odnosno resorno ministarstvo može, samostalno, ili kada ocjeni da je opravdana inicijativa institucije Bosne i Hercegovine, entiteta, kantona, i druge regionalne i lokalne zajednice, te preduzeća, ustanove, nevladine organizacije i drugog pravnog lica, da započne kod Savjeta ministara postupak za izmjenu međunarodnog ugovora i izradi nacrt prijedloga za pokretanje postupka sa osnovom za vođenje pregovora radi izmjene međunarodnog ugovora. Takođe, sve ostale radnje koje organi državne uprave obavljaju u vezi sa zaključivanjem međunarodnog ugovora, naročito Ministarstvo inostranih poslova, mogu da budu obavljane i u postupku izmjene ugovora. Važno je istaći da Zakon u odredbama posvećenim izmjenama i prestanku ugovora izričito propisuje da se

⁴⁸ Čl. 27. Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, „Službeni glasnik BiH“, br. 29/00.

privremeni ili trajni prestanak primjene međunarodnog ugovora objavljuje u "Službenom glasniku BiH",⁴⁹ što je svakako od značaja za obezbjeđivanje pravne sigurnosti i što je, kao što je istaknuto, rješenje koje nije predviđeno i za stupanje ugovora na snagu. Zakon ne precizira koji je organ državne uprave nadležan za poslove objavljivanja privremenog ili trajnog prestanka primjene međunarodnog ugovora, ali treba stati na stanovište da je to Ministarstvo inostranih poslova. Prema članu 33. stav 2. Zakona, o otkazivanju ili povlačenju iz međunarodnog ugovora od strane Bosne i Hercegovine odlučuje Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, po vlastitoj inicijativi ili na prijedlog Savjeta ministara Bosne i Hercegovine, po prethodno dobijenoj saglasnosti Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine. Iako Zakon ne predviđa izričito ulogu organa državne uprave u vezi sa otkazivanjem ili povlačenjem iz ugovora, treba stati na stanovište da oni ipak, analogno sa postupkom zaključivanja, odnosno izmjene ugovora, imaju mogućnost da iniciraju otkazivanje ili povlačenje iz ugovora. Takođe, njihova uloga u donošenju odluke o otkazivanju ili povlačenju iz ugovora može se ogledati i u pripremi informacija za Savjet ministara o izvršavanju međunarodnih ugovora, a o čemu Savjet ministara, prema čl. 30. Zakona, najmanje jedanput godišnje obavještava Predsjedništvo Bosne i Hercegovine i Parlamentarnu skupštinu, kao i u ocjeni, od strane Ministarstva inostranih poslova, spoljnopolitičkih razloga za tkazivanje ili povlačenje iz ugovora i usaglašenosti otkazivanja ili povlačenja sa odredbama međunarodnog ugovornog prava.

ZAKLJUČAK

Suverenim državama kao teritorijalnim ljudskim zajednicama svojstveni su spoljni poslovi. Spoljni poslovi su tradicionalno posebna upravna oblast autoritativnog istupanja državnih organa u okviru koje zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora ima zapaženo mjesto i često je regulisano posebnim zakonima. U okviru sistema podjele vlasti, egzekutiva ima prvenstvenu ulogu u procesu zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, a samim tim važna uloga u tom procesu pripada i organima državne uprave. Organi državne uprave iniciraju postupak zaključivanja međunarodnih ugovora, učestvuju u pregovorima za njihovo zaključivanje, pripremaju neophodne akte, uključujući i ratifikacione instrumente, nadležni su za objavljivanje teksta, stupanja na snagu i prestanka važenja međunarodnih ugovora, kao i za njihovo neposredno izvršavanje u slučaju samoizvršnih ugovora. Posebna uloga pripada departmanu spoljnih poslova koji je uključen u ocjenu spoljnopolitičkih razloga za zaključivanje međunarodnih ugovora i u obezbjeđivanje da sve faze u tom procesu, uključujući i sam tekst ugovora, budu u skladu s međunarodnim pravom. Načelno posmatrano, takva uloga organa državne uprave u skladu je sa njihovim autoritativnim položajem i nadležnostima u okviru sistema podjele vlasti i proističe iz odgovarajućih pozitivno-pravnih rješenja koja obezbjeđuju da se zaključivanje i izvršavanje međunarodnih ugovora ne može smatrati ekstrapravnim djelatnostima državnih organa koja neposredno proističu iz suvereniteta države, već isključivo pravom predviđenim i uređenim djelatnostima. No, to ne znači i ne protivrječi tome da se, u određenim slučajevima, aktivnosti u vezi sa zaključivanjem i izvršavanjem međunarodnih ugovora određuju kao diskreciono pravo izvršne vlasti.

Poslovi organa državne uprave u BiH u vezi sa zaključivanjem i izvršavanjem međunarodnih ugovora regulisani su Zakonom o postupku zaključivanja i izvršavanja međuna-

⁴⁹ Čl. 32.st.2. Zakona o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora, „Službeni glasnik BiH“, br. 29/00.

rodnih ugovora i načelno posmatrano, analogni su poslovima koji organi državne uprave, u tom kontekstu, obavljaju u uporednom pravu. Takođe, po svom pravnom karakteru i sadržini, ti poslovi se mogu upodobiti u opšte poslove koje organi državne uprave vrše u BiH. S druge strane, određena pitanja u vezi sa zaključivanjem i izvršavanjem međunarodnih ugovora nisu Zakonom o postupku zaključivanja i izvršavanja međunarodnih ugovora precizno regulisana ili nisu uopšte regulisana, što otvara pitanje potrebe eventualnog unaprijedenja zakonskih rješenja.

LITERATURA

- Aust, A. (2000). *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press
- Basdevant, J. (1926). *La Conclusion et la Redaction des Traités et des Instruments Diplomatiques Autres que les Traités*, *Recueil des Cours* 15
- Batler, W. E. (2001). *Russia in National Treaty Law and Practice III*;
- Corwin, E.S. (1984) *The President*, NYU Press;
- Dalton, R. E. (1999). *United States in Leigh, M. and Blakeslee M.R. (Eds.), National treaty law and practice II*. Washington, American Society of International Law;
- Dinh, N. Q. (1959). *La Constitution de 1958 et le Droit International*, *Revue de Droit Public et de la Science politique en France et l'Étranger*;
- Đurić, V (2007). *Ustav i međunarodni ugovori*, Institut za uporedno pravo;
- Eisemann, P.M. Kessedjian, C. (1995). *France in Leigh, M. and Blakeslee M.R. (Eds.), National treaty law and practice I*. Washington, American Society of International Law;
- Geiger, R. (1994). *Grundgesetz und Völkerrecht*, Munich: C.H. Beck;
- Gicquel, J. (1991). *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*;
- Jovičić, M. (1984) *Veliki ustavni sistemi*, 1984, Beograd, Svetozar Marković;
- Lerche, R. (1990). *Die Kompetenz des französischen Conseil d'État zur Auslegung völkerrechtlicher Vertrag: Anmerkung zum Urteil vom 29 Juni 1990, Fall G. I. S. T. I. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 50. p. 869.
- Marković, R. (1990). *Predsednički sistem, Dva veka savremene ustavnosti*, Beograd, Srpska akademija nauka i umetnosti;
- Öhlinger, T. (1973). *Der völkerrechtliche Vertrag im statlichen Recht*, Wien–New York, Springer;
- Partsch, J. (1964). *Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 6;
- Reichel, D. (1967). *Die auswärtige Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 1949*, Duncker & Humblot;
- Rudolf, W. (1967). *Völkerrecht und deutsches Recht*, Tübingen: Mohr;
- Sinclair, S. J. Dickson, (1995). *United Kingdom in Leigh, M. and Blakeslee M.R. (Eds.), National treaty law and practice I*. Washington, American Society of International Law;
- Stefanović, J. (1950). *Ustavno pravo FNRJ i komparativno*, Zagreb, Nakladni zavod Hrvatske;
- Tomić, Z. (2002). *Upravno pravo sistem*, Beograd, Službeni list SRJ;
- Treaties and Other International Agreements: The Role of The United States Senate, A Study prepared for the Committee on Foreign Relations United States Senate by the Congressional research service Library of Congress*, 2001;
- Treviranus, H. D. Beemelmans, H. (1995). *Germany in Leigh, M. and Blakeslee M.R. (Eds.), National treaty law and practice I*. Washington, American Society of International Law;
- Vedel, G. Delvolvé, P. (1992). *Droit Administratif*, Tome 1, Presses Universitaires de France;
- Wildhaber, L. (1971). *Treaty-making power and the Constitution*, Helbing & Lichtenhahn.

Associate Prof. Vladimir Djurić, Ph. D

Associate Professor at the Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University APEIRON in Banja Luka, e-mail: vladimir.b.djuric@apeiron-edu.eu

Assist. Prof. Nevenko Vranješ, Ph. D

Assistant Professor at the Faculty of Legal Sciences of the Pan-European University APEIRON in Banja Luka, e-mail: nevenko.d.vranjes@apeiron-edu.eu

State Administrations Affairs in the Field of Conclusion and Implementation of International Treaties

Abstract: The purpose of this article is to analyze the state administration activities in the administrative area of foreign affairs which are related to the conclusion and implementation of international treaties. After analyzing those activities in comparative law, the legal aspects of the participation of state administration bodies in Bosnia and Herzegovina in initiating of the process of conclusion of international agreements, negotiations for their conclusion, preparation of necessary documents, including instruments of ratification, publication of the text, entry into force, and termination of international treaties, as well as of their implementation in the case of self-executing treaties are presented. The conclusion is that, according to their legal nature, those activities can not be considered as extralegal activities of the state bodies that are directly derived from state sovereignty, but rather and only as the activities which are provided and arranged by law and which are in line with general administrative affairs of the state administration. However, such conclusion isn't in contradiction to the fact that, in certain cases, those activities fall within the scope of executive powers discretion.

Keywords: state administration, the conclusion and implementation of international treaties, foreign affairs.

DOI: 10.7251/GFP1707110K

UDC: 334.726:341.1/8

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
22. januar 2017.*Datum prihvatanja rada:*
20. jun 2017.

Multinacionalne (transnacionalne) kompanije kao subjekti međunarodnog javnog prava

Rezime: Rad se bavi međunarodnopravnim položajem multinacionalnih (transnacionalnih) kompanija. U prvom delu dat je osvrt na te kompanije i specifičnosti njihove uloge u savremenom svetu.

U drugom delu rada autor se bavi elementima međunarodnopravnog subjektiviteta multinacionalnih (transnacionalnih) kompanija. Takvim kao što su međunarodnopravna uređenost položaja tih subjekata, njihova konkretna međunarodna prava, njihove međunarodnopravne obaveze, međunarodna odgovornost, procesni subjektivitet kod određenih međunarodnih sudskih tela i poseban odnos (partnerstvo) sa međunarodnim organizacijama. Tome treba dodati da ne samo da međunarodno pravo uvažava njihovo postojanje, već i same multinacionalne kompanije makar jednim delom utiču na razvoj tog prava.

U okviru zaključnih razmatranja autor konstatuje da multinacionalne (transnacionalne) kompanije nemaju sve elemente punog međunarodnopravnog subjektiviteta, onog koji je svojstven državama. Ipak, čak i ako nije potpun njihov subjektivitet je nesumnjiv. Mada među njima, zavisno od slučaja, postoje velike razlike, nema spora da, iz ugla međunarodnog prava, makar neke multinacionalne kompanije imaju pravnu sposobnost (sposobnost da budu nosilac većeg ili manjeg kruga međunarodnim pravom utvrđenih prava i obaveza), poslovnu sposobnost (sposobnost zaključenja međunarodnih ugovora, stvaranja međunarodnopravnih običaja itd.), deliktну sposobnost (sposobnost da se snosi predviđena pravna odgovornost zbog kršenja normi međunarodnog prava), procesnu sposobnost (aktivnu i pasivnu legitimaciju kod nekih međunarodnih sudova) itd. Sva je prilika da će se međunarodnopravni subjektivitet multinacionalnih kompanija tokom vremena sve više razvijati, uporedo sa očekivanim daljim jačanjem ekonomske, ali i političke i svake druge moći i uloge samih kompanija. To će zahtevati da on u jednom trenutku bude uređen globalnim (univerzalnim) ugovorom kojim bi što preciznije bili definisani prava, ali, posebno, i obaveze i odgovornost ovih subjekata.

Ključne reči: Multinacionalne kompanije, Transnacionalne kompanije, Međunarodno pravo, Subjekti, Globalizacija.

*Prof. dr***Boris Krivokapić**

Inostrani član Ruske akademije prirodnih nauka (Moskva); Redovni profesor, Poslovni i pravni fakultet, Univerzitet „Union – Nikola Tesla“ (Beograd) i Pravni fakultet Samarskog nacionalnog istraživačkog univerziteta “S.P. Koroljov” (Samara, Rusija), krivokapicboris@yahoo.com

U prošlosti jedini priznati subjekti međunarodnog javnog prava bile su države. One su stvarale to pravo, starale se o njegovom poštovanju, uživale na osnovu njega određena prava i obaveze itd.

Današnji svet koji je sve više povezan raznim vidljivim i manje vidljivim nitima, mnogo je složeniji. Mada su u naše vreme države i dalje osnovni subjekti međunarodnog prava, one više nisu i jedini subjekti tog prava. Uz međunarodne organizacije, koje su se javile u XIX i naglo omasovile i razvile u XX veku, prisutni su i neki drugi akteri koji imaju više ili manje izraženi međunarodnopravni subjektivitet ili makar neke njegove elemente. U tom smislu moglo bi se, kao o subjektima međunarodnog prava, govoriti o državama, kvazi-državama, međunarodnim organizacijama, kvazimeđunarodnim organizacijama i ostalim subjektima (subjekti *sui generis*, pojedinci i grupe).¹

Ovaj rad je pokušaj da se, sa osloncem na postojeće stanje, osvetli pozicija samo jednog od uslovno rečeno „novih“ subjekata savremenog međunarodnog prava. Reč je o multinacionalnim odnosno transnacionalnim kompanijama.

MULTINACIONALNE (TRANSNACIONALNE) KOMPANIJE

Multinacionalne kompanije je opšti naziv na razna privredna preduzeća koja u svojoj strukturi i radu imaju izražene elemente inostranosti odnosno transnacionalnosti. Premda, strogo uzev, svaki od tih termina ima donekle specifično uže značenje, često se kao sinonimi koriste nazivi „transnacionalne kompanije“, „globalne korporacije“, „svetska preduzeća“ i tome slično.²

Mada su, razume se, moguće različite definicije, neće se pogrešiti ako se, opšte uzev, multinacionalne kompanije odrede kao ona velika privredna preduzeća koja imaju sedišta u jednoj državi, ali koja, u cilju postizanja što većeg profita, imaju ogranke (filijale) i posluju u raznim, često i u mnogim državama, širom planete. U širem smislu pod ovim kompanijama podrazumevaju se i takve finansijske institucije (transnacionalne banke).

Drugim rečima, u pitanju su multinacionalna odnosno transnacionalna (prekografična) preduzeća i slične korporacije koji po svojoj prirodi predstavljaju udruženja koja su osnovana i funkcionišu radi sticanja što veće imovinske koristi.³ Ovaj lukrativni cilj je

¹ Krivokapić B., *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2014, 223-447.

² Kada je reč o preciznijem utvrđivanju značenja svakog od ovih termina, najvažnije je razlikovanje između transnacionalnih kompanija u užem smislu (preduzeća koja posluju širom sveta, ali čiji kapital potiče iz jedne zemlje) i multinacionalnih kompanija (preduzeća koja ne samo što posluju širom sveta, već je i njihov kapital višenacionalan tj. potiče iz raznih država). Sa druge strane „globalna“ ili „svetska“ preduzeća su ona čije poslovanje obuhvata čitav svet ili makar različite njegove delove, za razliku od onih kompanija koje su usmerene i deluju regionalno. Mada važne u nekim drugim okvirima, sa stanovišta teme kojom se ovde bavimo ove nijanse nisu od naročitog značaja.

³ Premda je ogromna većina multinacionalnih kompanija u vlasništvu privatnog kapitala, nije mali broj njih (i to velikih, sa velikim obrtom i brojem radnika) čiji su većinski vlasnici pojedine države. Tako npr. *Volkswagen Group* i *Deutsche Telekom AG* (Nemačka), *Eni SpA* i *Enel SpA* (Italija), *EDF SA*, *GDF Suez* i *Airbus Group NV* (Francuska), *CITIC Group* (Kina), *Statoil*

razlog njihovog osnivanja i postojanja i istovremeno ono po čemu se ti subjekti razlikuju od nevladinih organizacija.

Neki začetke multinacionalnih kompanija vide još u antičkom svetu, posebno u okviru kolonijalnih ekspanzija Feničana i Rimljana. Drugi ih nalaze u templarima koji su razvili poseban način transnacionalnih transakcija i time stekli ogromno bogatstvo. Treći smatraju da su prvi istorijski oblici bile istočnoindijske kompanije, kako su se nazivala udruženja osnovana u XVI i XVII v. u nizu evropskih zemalja (Engleska, Holandija, Francuska, Španija, Austrija, Švedska) radi kolonijalnog osvajanja i iskorišćavanja istočne i jugoistočne Azije. Ipak, strogo uzev, multinacionalne kompanije kao moćna transnacionalna preduzeća okrenuta svetskom tržištu, javljaju se tek krajem XIX i početkom XX veka.

Za naše vreme karakteristični su stalni porast broja,⁴ veličine, uloge i značaja multinacionalnih kompanija. One se više ne bave samo industrijskom proizvodnjom i trgovinom, već i poljoprivredom, građevinom, energetikom, bankarstvom, raznim vidovima saobraćaja, informatikom, medijima, izdavaštvom, šoubiznisom, sportom i uopšte svim onim delatnostima koje donose profit. Neće se pogrešiti ako se primeti da su multinacionalne kompanije istovremeno i proizvod procesa globalizacije i jedan od njegovih najvećih pokretača.

Ovo što je ovde posebno važno, to je činjenica da su već sada neke transnacionalne korporacije ekonomski jače od mnogih država. Vođene težnjom za sticanjem što većeg profita, one ulaze u razne vrste aranžmana i „brakova“, spajajući se u još već finansijska i proizvodna carstva. Prirodna posledica toga je da postaju još jače u ekonomskom smislu, ali i da, samim tim, stiču sve veću političku moć. Tako osnažene na razne načine nastoje da obezbede onaj tok zbivanja (i u pojedinim zemljama i na širem međunarodnom planu) koji odgovara njihovim interesima.

ASA (Norveška), *General Motors* (SAD) itd. Međutim, ove kompanije imaju suštinski isti pravni položaj, kao one koje su u celosti privatne. Ovo ne samo zato što su države retko jedini vlasnici (kapital je obično mešoviti) već pre svega zbog toga što se tu država pojavljuje kao vlasnik odnosno preduzetnik, u svom privatnopravnom kapacitetu (akti *jure gestionis*) a ne kao suverena jedinka tj. u javnopravnom kapacitetu (akti *jure imperii*).

⁴ Procene se razlikuju, ali uglavnom se veruje da je 1970. u svetu bilo 7.000 multinacionalnih kompanija, da se 1995. njihov broj popeo na 40.000, sa oko 200.000 filijala u inostranstvu, a u prvim godinama XXI v. na 53.000, sa 450.000 filijala. Smatra se da je 2010. bilo čak 100.000 ovih kompanija, sa preko 890.000 filijala. Ogromna većina ovih preduzeća (86,5%) ima sedište u razvijenim zemljama, u prvom redu u SAD, EU i Japanu. Samo 500 najvećih korporacija je u 2015. imalo ukupan prihod od 27,6 biliona (engl. *trillion*) US dolara i profit od 1,5 biliona (engl. *trillion*) dolara, zapošljavajući 67 miliona ljudi širom sveta. Kegli Č.V. Jr., Vitkof J.R.: *Svetska politika – trend i transformacija*, Beograd 2004, 267-268; Jaworek M., Kuzel M., „Transnational Corporations in the World Economy: Formation, Development and Present Position“, *Copernican Journal of Finance & Accounting* 1/2015, 58; *Global 500*, Fortune, <http://beta.fortune.com/global500>; Annex table 24: *The World's top 100 non-financial MNEs, ranked by foreign assets, 2015*, UNCTAD, <http://unctad.org/en/pages/DIAE/World%20Investment%20Report/Annex-Tables.aspx>. Ovi i svi ostali u ovom radu korišćeni izvori sa Interneta poslednji put su konsultovani 21.1.2017.

Multinacionalne kompanije ulaze u razne odnose sa državama, koje su neretko prinuđene da sa njima sarađuju, pa i da im čine određene ustupke, što u ekstremnim slučajevima može da vodi pretvaranja date države u tzv. banana republiku. Uz to, pošto ove kompanije obavljaju svoju delatnost širom sveta, one su sve više sklone da (raznim legalnim i manje legalnim sredstvima) ne samo utiču na vlade pojedinih zemalja, već i da orkestriraju postupke vlada čitavog niza država. Takođe, one nastoje da, u meri u kojoj za to imaju interes, usmeravaju i rad određenih međunarodnih organizacija, pa i onih iz sistema Ujedinjenih nacija.⁵

Na taj način, u naše vreme, kada usled nezadrživog procesa globalizacije državne granice postaju sve „mekše“ i sve manje sputavaju protok ljudi, robe, usluga, tehnologije i kapitala, multinacionalne kompanije sve više utiču ne samo na politiku konkretnih država (one u kojoj imaju sedišta ili onih u kojima iz nekog razloga imaju dovoljan uticaj) već i na međunarode odnose u regionalnim, pa i svetskim okvirima. Uostalom, uz države i određene međunarodne organizacije, multinacionalne kompanije su najmoćniji subjekti savremenih međunarodnih ekonomskih odnosa.⁶ To se onda, sasvim razumljivo, reflektuje i na njihov opšti položaj u međunarodnoj zajednici, pa i na to kako je taj položaj regulisan međunarodnim pravom. Premda nemaju sve multinacionalne kompanije isti status, očito je da one najveće i najjače među njima imaju makar neke obrise međunarodnog subjektiviteta.

ELEMENTI MEĐUNARODNOPRAVNOG SUBJEKTIVITETA MULTINACIONALNIH KOMPANIJA

Da bi se uopšte moglo govoriti o nekom obliku bilo čijeg međunarodnog subjektiviteta, mora se utvrditi da su položaj i aktivnosti tog subjekta regulisani međunarodnim pravom, da on sam uživa određena međunarodnim pravom utvrđena prava i obaveze, pri čemu nije samo korisnik priznatih prava i povlastica, već je makar u određenoj meri aktivni učesnik u međunarodnim odnosima i procesima. To važi za sve subjekte, pa i za multinacionalne kompanije.⁷

S tim u vezi, može se primetiti da pozitivno međunarodno pravo sve više i sve potpunije uređuje položaj multinacionalnih kompanija u nekim oblastima društvenih odnosa; da su te kompanije nosioci određenih međunarodnim pravom utvrđenih prava i obaveza; da najvažnije multinacionalne kompanije u nekim slučajevima na izvestan način utiču na

⁵ Tako su npr. razne korporacije uticale na mnoge pregovore koji su u vezi sa zaštitom životne sredine preduzeti pod okriljem UN, uključujući Montrealski protokol o zaštiti ozonskog omotača (1987), Konvenciju o biološkoj raznovrsnosti (1992), Protokol iz Kjota uz Okvirnu konvenciju UN o klimatskim promenama (1997) i dr.

⁶ Razume se, i pojedine međunarodne organizacije su i te kako moćni faktori međunarodnih ekonomskih odnosa. Ipak, mada u pravnom smislu predstavljaju posebne ličnosti, različite od država članica, činjenica je da u suštinskom pogledu one nisu autonomne kao što to na prvi pogled izgleda, pošto njihova uloga odnosno angažovanje zavise od volje država članica. Ovim se ni na koji način ne dovodi u pitanje međunarodnopravni subjektivitet međunarodnih organizacija, već se samo nastoji da ukaže da one ne vode nekakvu zaista samostalnu međunarodnu politiku, nezavisnu od država koje su ih osnovale i koje su predstavljene u njihovim organima.

⁷ Više: Krivokapić B., *op. cit.*, 223-227.

nastanak novih normi međunarodnog prava; da multinacionalne kompanije sve više sarađuju sa međunarodnim organizacijama; itd. Posebno treba primetiti da nije u pitanju neki pojedinačni, izolovani element, već se ovi momenti prepliću i dopunjuju.

1. Međunarodnopravna uređenost položaja multinacionalnih kompanija. - Iako su, po logici stvari, pitanja koja se tiču osnivanja i poslovanja multinacionalnih kompanija regulisana prvenstveno unutrašnjim propisima odnosnih država (države u kojoj je sedište kompanije, a zatim i onih zemalja u kojima ona ima filijale ili je aktivna na drugi način) pravni položaj ovih subjekata je makar delom uređen i normama međunarodnog prava.⁸

Razume se, pošto se kao i sva druga preduzeća, multinacionalne kompanije osnivaju i registruju u državama, a ne kod međunarodnih organa i tela, u tom delu je uloga unutrašnjeg prava i dalje nezamenjiva. Kao suverena jedinka teritorijalna država određuje uslove pod kojima kompanija može da se osnuje i posluje, mehanizme kontrole zakonitosti njenog rada, dažbine koje je dužna plaća i tome slično. Pa ipak, može se zapaziti da čak i tu međunarodno pravo postepeno neposredno ili posredno preuzima na sebe regulisanje određenih problema. To se ostvaruje kao posledica tzv. unifikacije pojedinih oblasti nacionalnih zakonodavstava država.

Sa druge strane, važna pitanja koja se tiču multinacionalnih kompanija mogu i u pravom smislu reći tj. neposredno biti regulisana međunarodnim pravom. Primer koji se sam nudi je ono što se odvija u okviru nadnacionalne međunarodne organizacije kakva je Evropska unija, gde su mnogi odnosi uređeni tzv. komunitarnim pravom, koje, istina, ima svoje osobenosti ali je, bar za sada, pre deo međunarodnog, nego unutrašnjeg prava.

Čak i nezavisno od toga, sve je veći krug pitanja koja se tiču multinacionalnih (transnacionalnih) kompanija, a naposredno su regulisana međunarodnim pravom, pre svega međunarodnim sporazumima. To naročito važi za probleme koji proističu iz raznih vidova odnosa između ovih kompanija i država odnosno međunarodnih organizacija.

Ova problematika, podrazumevajući i konkretna prava i obaveze multinacionalnih preduzeća, uređena je nekim važnim međunarodnim ugovorima, uključujući one kojima je kodifikovana određena oblast međunarodnog prava. Primer je Deo XI Konvencije UN o pravu mora (1982) koji se tiče Međunarodne zone i sa njom povezanih odnosa. Na međunarodne korporacije se, makar delom, odnose i norme niza drugih međunarodnih sporazuma, kao npr. onih ugovora koji se bave borbom protiv korupcije, poštovanjem osnovnih

⁸ Uostalom, pošto ova preduzeća posluju u više država, širom sveta, njihov pravni položaj ne može biti do kraja uređen samo normama unutrašnjeg prava nijedne države. Ovo, pored ostalog, zbog toga što je u pitanju velika strukturalna mreža u procesu donošenja odluka i njihovoj realizaciji, koju sačinjavaju sedišta ovih korporacija, njihove filijale i ogranci i preduzeća koja su tesno povezana sa njima, kao i zbog velike fleksibilnosti kada je reč o promeni (preseljenju) sedišta, centara proizvodnje i kapitala. Malanczuk P., „Multinational Enterprises and Treaty-Making – A Contribution to the Discussion of Non-State Actors and the „Subjects“ of International Law, in: Gowlland-Debbas Vera (ed.): *Multilateral Treaty Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, Springer Science 2000, 50.

ljudskih prava i sloboda, zaštitom životne sredine, sprečavanjem i kažnjavanjem međunarodnih krivičnih dela i slično.

Međunarodne korporacije su na razne načine deo regulative i prakse UN i drugih najvažnijih međunarodnih organizacija i tela.⁹

2. Međunarodnopravna prava. – Savremeno međunarodno pravo i praksa jasno ukazuju da multinacionalne kompanije uživaju određena međunarodnim pravom priznata i regulisana prava. Ova prava definisana su uglavnom međunarodnim sporazumima, ali i drugim izvorima međunarodnog prava, uključujući međunarodnopravne običaje.

Tu svakako spadaju pravo na opstanak (u skladu sa normama međunarodnog i unutrašnjeg prava) kao i niz konkretnih prava od kojih će ovde biti ukazano na samo neka.

1. Pravo na zaključenje međunarodnih sporazuma. – U naše vreme realnost zahteva da najvažnije multinacionalne kompanije makar u nekim oblastima učestvuju u pripremi i zaključenju međunarodnih sporazuma, uključujući one koji imaju više ili manje izražen javnopravni karakter. Stvar je u tome da multinacionalne kompanije neretko imaju ne samo više raspoloživih finansijskih sredstava od država, već su daleko ispred njih u pogledu naučnih otkrića, tehnologije i slično. U tom smislu dovoljno je primetiti da ugovori između kompanija i država spadaju u izvore međunarodnog vazduhoplovnog prava, da su na razne načine multinacionalne kompanije uključene u formulisanje i usvajanje višestranih, pa i univerzalnih međunarodnih ugovora iz oblasti telekomunikacija, zaštite životne sredine, osvajanja i eksploatacije kosmosa itd.

S tim u vezi, s pravom se primećuje, da ako se očekuje da određeni međunarodni ugovor neposredno vezuje i transnacionalne kompanije, red je da one budu uključene u proces njegovog zaključenja.¹⁰ Tome bi se moglo dodati da prosta logika kazuje da ako ne bi bile uključene u nastanak odnosnih međunarodnih sporazuma, multinacionalne korporacije bi, vrlo verovatno, kršile njihova rešenja, često puta nekažnjeno,¹¹ ili bi jednostavno

⁹ Više: Horn N., „International Rules for Multinational Enterprises: the ICC, OESC, and ILO Initiatives“, *The American University Law Review* vol. 30, 1981, 823-940; Weilert K., „Taming the Untamable? Transnational Corporations in United Nations Law and Practice“, *Max Plank Yearbook of United Nations Law* 14/2010, 445-506.

¹⁰ De Jonge A., *Transnational Corporations and International Law*, Edward Elgar Publ. Ltd. 2011, 194.

¹¹ Treba podsetiti da to što je zaključen neki višestrani, pa i univerzalni međunarodni sporazum, još ne znači i da on vezuje sve države. Multinacionalne (transnacionalne) kompanije imaju mnogo načina da privole vladu zemlje u kojoj im je sedište odnosno vladu druge zemlje, da ne ratifikuje odnosni ugovor i tada on nije obavezujući za tu državu, što znači i da njegova rešenja makar u toj državi ne važe za odnosne transnacionalne kompanije. Kada su u pitanju kompanije, sa sedištem u najvećim i najrazvijenijim zemljama, šteta je u takvom slučaju ogromna, jer šta vredi što su neki ugovor, npr. u vezi sa očuvanjem i zaštitom životne sredine, prihvatile skoro sve države sveta, ako to nisu učinile one koje su (čiji su privredni subjekti) najveći zagađivači. Primer je Protokol iz Kjota (1997) uz Okvirnu konvenciju o klimatskim promenama (1992) kojim su se države članice obavezale da će smanjiti ispuštanje štetnih gasova u atmosferu. Mada na dan 21.1.2017. ima čak 192 članice (191 državu i EU) Protokol nisu ratifikovale SAD - jedan od najvećih svetskih zagađivača, koji sam emituje oko 20% gasova koji izazivaju klimatske

preselile svoj kapital u druge, isplativije oblasti, one u kojima se takođe stiče veliki profit, ali bez nekih međunarodnim pravom utvrđenih stega.

Uostalom, i kada transnacionalne korporacije sa državama sklapaju dvostrane sporazume, oni, zavisno od predmeta regulisanja, mogu biti u najmanju ruku na granici između privatnog i javnog prava – npr. određeni ugovori o direktnim investicijama, o kupovini oružja i vojne tehnike, o korišćenju usluga privatnih vojnih kompanija i slično.

2. *Pravo učešća na međunarodnim konferencijama.* – Višestrani međunarodni sporazumi se pripremaju i zaključuju na međunarodnim konferencijama. U tom smislu, ako već mogu biti uključene u taj proces, logično je i da transnacionalne kompanije imaju pravo učešća na određenim međunarodnim skupovima. Reč je o rešenju koje diktira praksa. U nekim oblastima najveće multinacionalne kompanije imaju daleko veća sredstva i tehnološka znanja, bolje kadrove i kapacitete, iskustvo itd. od ogromne većine država. Stoga su države prosto primorane da sa njima razgovaraju i pregovaraju, nastojeći da se iznađe najpovoljnije rešenje koje će svima biti u interesu. Gledano iz drugog ugla, mnogo je bolje da uticaj transnacionalnih kompanija na zaključenje odnosnih ugovora (koji je u nekim materijama prosto neminovao, svejedno da li preko vlada pojedinih država ili na druge načine) bude transparentan i podložan pregovorima.

3. *Pravo na zaštitu investicija.* – Jedno od najvažnijih međunarodno priznatih prava multinacionalnih kompanija je pravo na zaštitu investicija. Sama priroda ovih preduzeća je takva da ona ulažu značajna sredstva i to ne samo u državi u kojoj su osnovana i gde im je glavno sedište, već širom sveta. Kada te investicije ne bi bilo pravno zaštićene, kompanije ne bi ulagale odnosna sredstva, što ne bi bilo u interesu međunarodne trgovine, a svakako bi škodilo i pojedinačnim interesima samih država koje, kako praksa svedoči, na razne načine nastoje da privuku strane investitore. Stoga se pravo na zaštitu investicija pojavljuje ne samo kao jedno od osnovnih prava multinacionalnih kompanija, već i kao pretpostavka za ulaganja tih preduzeća u inostranstvu, a u neku ruku i kao preduslov za samo postojanje tih kompanija (kao transnacionalnih). Ovo pravo je priznato i zaštićeno ne samo unutrašnjim propisima konkretne zemlje, već i međunarodnim pravom, i to kako višestranim i dvostranim međunarodnim sporazumima, tako u izvesnom smislu i običajnim međunarodnim pravom. Ovim aktima se investicije transnacionalnih kompanija štite od takvih zahvata država kao što su konfiskacija, eksproprijacija, nacionalizacija i slično.¹²

4. *Zaštita osnovnih ljudskih prava i sloboda.* – Mada to na prvi pogled mora da začudi, u literaturi se ukazuje da su neka od najvažnijih prava transnacionalnih kompanija zaštićena normama međunarodnog prava ljudskih prava.

Ono što je još važnije, i praksa pokazuje da se određena rešenja najvažnijih relevantnih međunarodnih ugovora iz ove materije, u prvom redu Evropske konvencije o ljudskim

promene. *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change*, Status, United Nations Treaty Collection, Status as at 06-10-2010. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-a&chapter=27&clang=_en.

¹² Više: Wouters J., Chané A.L., "Multinational Corporations in International Law", Working Paper No. 129. – December 2013, 7-9, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2371216.

pravima (1950) odnose i na preduzeća, pa tako i multinacionalne kompanije. U tom pogledu od posebnog interesa su: pravo na pravično suđenje (čl. 6. Konvencije), pravo na poštovanje privatnosti (čl. 8. Konvencije), sloboda izražavanja (čl. 10. Konvencije);¹³ zabrana diskriminacije (čl. 14. Konvencije i Protokol 12 iz 2000), pravo na pojedinačne predstavke Evropskom sudu za ljudska prava zbog kršenja Konvencije (čl. 34. Konvencije); pravo na pravično zadovoljenje (čl. 41. Konvencije), pravo na zaštitu imovine (čl. 1. Protokola 1 iz 1952) itd. Ne samo da ova prava i slobode načelno mogu biti od interesa za multinacionalne kompanije, već su se one u praksi uspešno pozivale na njih odnosno tražile i dobijale njihovu zaštitu od Evropskog suda za ljudska prava.¹⁴ Dakle, ona su pred tim međunarodnim sudom priznata i zaštićena.

Istine radi, ovde se mora primetiti da je po mnogo čemu takav pristup nelogičan, a dobrim delom i nerealan.¹⁵ Ljudska prava i slobode su zajamčeni ljudima – pojedincima i grupama, a neka među njima i čovečanstvu kao jedinstvenom titularu (tzv. prava treće generacije).¹⁶ Ona, strogo uzev, ne pripadaju pravnim licima, među njima i transnacionalnim kompanijama. Ovo zato što to nisu prosti zbirovi pojedinaca (fizičkih lica) koji su njihovi vlasnici ili u njima rade, već su posebni subjekti prava, sa odvojenom pravnom ličnošću.

Sa druge strane, nema sumnje da zaštita od diskriminacije, sloboda izražavanja, zaštita imovine i mnoga srodna prava moraju biti priznati i transnacionalnim kompanijama. Ta prava su po prirodi stvari nerazdvojiva od pravnog subjektiviteta. Uostalom, prosta logika kazuje da bi bez toga odnosni subjekti (pravna lica, među njima i kompanije) bili u veoma nepovoljnom položaju, a u nekim slučajevima ne samo da bi njihovo funkcionisanje bilo otežano, već bi i sâmo njihovo postojanje (osnivanje) bilo besmisleno. Dovoljno je primetiti da, ako im ne bi bila priznata zaštita imovine (posebno od takvih zahvata država kao što su konfiskacija, nacionalizacija i slično) multinacionalne kompanije ne bi ulagale svoja sredstva, što bi strahovito unazadilo međunarodnu trgovinu, a bilo bi i protiv neposrednih interesa samih odnosnih zemalja, koje se trude da privuku strane investitore. Stoga je ovo pravo priznato i zaštićeno unutrašnjim propisima savremenih država, ali i međunarodnim pravom, i to kako višestranim i dvostranim međunarodnim sporazumima, tako u izvesnom smislu i običajnim međunarodnim pravom.

Pošto njihovi titulari nisu ljudi (fizička lica i grupe) prava o kojima je ovde reč nisu, strogo uzev, ljudska prava, već su prava transnacionalnih kompanija kao posebne vrste

¹³ Ova sloboda je posebno važna za kompanije iz oblasti informisanja, mas-medija, izdavaštva i šoubiznisa.

¹⁴ Više: Wouters J., Chané A.L., *op. cit.*, 5-7; Emberland M., "The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* vol. 63, 2003, 945-959; Tishler S.C.C.: „A New Approach to Shareholder Standing Before the European Court of Human Rights“, *Duke Journal of Comparative & International Law* vol. 25, 2014, 259-287.

¹⁵ Uz to, na teorijskom i praktičnom planu, on bi pre ili kasnije doveo do zamagljivanja koncepta ljudskih prava kakav danas postoji i razvija se, jer bi se izgubila razlika između ljudskih prava (kao posebne, po mnogo čemu specifične kategorije) i prava drugih subjekata.

¹⁶ Paunović M., Krivokapić B., Krstić I., *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2016, 26-27.

pravnih lica. Iz tih razloga bi, kada je reč o opštem pristupu, njihovo jamčenje i zaštita trebalo da budu uređeni drugim, posebnim normama međunarodnog prava, onima kojima bi na sveobuhvatan način bio regulisan međunarodnopravni položaj (prava, obaveze i odgovornost) ovih subjekata. Uostalom, inicijative i naponi u tom pravcu već postoje.

Prema izloženom: 1) određena međunarodnopravna prava multinacionalnih kompanija nesumnjivo postoje; 2) ona su u nekim slučajevima više ili manje precizno zajamčena međunarodnim pravom, ali nisu kodifikovana; 3) takvu kodifikaciju potrebno je usvojiti što pre i to na univerzalnom planu; 4) krug precizno utvrđenih međunarodnih prava ovih subjekata morao bi obuhvatiti i procesna prava tj. pravo na obraćanje međunarodnim sudovima (ali ne i sudovima za ljudska prava).¹⁷

To su sve posebna, složena pitanja, koja tek treba da budu rešena. Na ovom mestu dovoljno je to da se konstatuje da transnacionalne kompanije nesumnjivo imaju određena međunarodnim pravom priznata prava, te da taj deo njihovog međunarodnopravnog subjektiviteta nije sporan.

3. Međunarodnopravne obaveze. – U situaciji kada opšte međunarodno pravo nameće određene obaveze državama, logično je da takve obaveze moraju da važe i za druge subjekte, posebno one čija ekonomska i druga snaga prevazilazi moć mnogih država. U protivnom, to bi značilo da države, kao suverene jedinice, stvaraju međunarodno pravo kojim ograničavaju sebe, ali ne i druge važne aktere na međunarodnoj sceni.

Ovo posebno važi za opšte (univerzalne) međunarodnopravne običaje koji su obavezni za sve.¹⁸ Ako države ne smeju da vrše, tolerišu ili propagiraju agresiju, genocid, ropstvo, rasnu diskriminaciju, aparthejd, diskriminaciju žena, moraju da obezbede poštovanje prava radnika itd., to utoliko pre mora da važi za transnacionalne kompanije i to na osnovu samog međunarodnog prava, nezavisno od toga da li ih na to obavezuje zakonodavstvo države na čijoj teritoriji posluju. Uostalom, u vreme pretvaranja sveta u „globalno selo“ primat međunarodnog prava, mada ne do kraja uvek obezbeđen u praksi, ne bi trebalo da je sporan.¹⁹

Izneta zapažanja posebno dobijaju na značaju u svetlu sve veću ekonomske, političke i druge moći multinacionalnih kompanija, njihove sve izraženije kontrole nad hranom, vodom, informacijama, energentima, sredstvima komunikacije, lekovima itd. A time neposredno ili posredno i nad svetskim mirom, glađu, bolestima, svetskom privredom i uopšte nad sudbinom najvećeg dela čovečanstva.²⁰

¹⁷ Naprotiv, logično je i potrebno da se predvidi pravo nezadovoljnih strana (u prvom redu njihovih zaposlenih, ali ne samo njih) da tuže multinacionalne kompanije kod nadležnih međunarodnih sudova za ljudska prava.

¹⁸ Više: Krivokapić B., „Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu“, *Megatrend revija – Megatrend Review* 3/2012, 35-81.

¹⁹ Više: Krivokapić B., „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, *Strani pravni život* 2/2013, 59-103; Krivokapić B., „Primat međunarodnog prava“, *Strani pravni život* 3/2013, 45-62.

²⁰ Prema izveštaju Organizacije za ishranu i poljoprivredu (FAO) i Svetskog programa za hranu (WFP) iz 2014. u svetu je hronično gladno oko 805,3 mil. ljudi, što je 11,3% ili jedan od 9 sta-

U takvoj stvarnosti ograničenja i kontrola koje nameće unutrašnje pravo države u kojoj je sedište transnacionalne kompanije nisu dovoljni. I to ne samo zato što odnosna kompanija posluje i izvan granica države glavnog sedišta, u nizu država, pa i širom sveta. Suviše često se dešava da država na čijoj teritoriji operišu transnacionalne kompanije nije u stanju (zbog toga što je suviše slaba i zavisna od stranih investicija) ili nije voljna (zato što je na vlasti autoritativni ili/i korumpirani režim) da efikasno kontroliše operacije transnacionalnih organizacija, posebno u vezi sa poštovanjem ljudskih prava, zaštitom prirode, trgovinom oružjem itd. Praksa pokazuje da iz raznih razloga (npr. iznudica, ucena, korupcija političara) takva država može da pristane na pružanje transnacionalnim korporacijama posebnih uslova, na njihovo izuzeće od lokalnih zakona ili jurisdikcije i slično.

Sa druge strane, ako pravila opšteg međunarodnog prava važe za države, međunarodne organizacije, pa čak i pojedince (npr. međunarodno krivično pravo) nema razloga da ne važe i za transnacionalne kompanije. I one su dužne da poštuju opšte međunarodnopravne norme, naročito u domenu ljudskih prava, humanitarnog prava i zaštite životne sredine, te da u slučaju njihovog kršenja treba da odgovaraju na nacionalnom (u odnosnim državama) ali, zavisno od slučaja, i međunarodnom planu.

Konkretno, činjenica je da multinacionalne kompanije zapošljavaju ogroman broj radnika iz raznih država (oko 75 miliona ljudi, a po nekima i više). Već to otvara problem poštovanja osnovnih ljudskih prava i sloboda tih lica i njihovih posebnih prava iz radnog odnosa, i to nezavisno od toga u kojoj državi žive. Ovo tim pre, što su kompanije, s jedne strane, u stalnom iskušenju da radi sticanja što većeg profita drastično krše prava radnika - koriste dečiji rad, ne obezbeđuju zdrave odn. bezbedne uslove rada, uskraćuju radnicima pravo na bolovanje i odmore, na sindikalno udruživanje itd.).

Isto tako, ne bi trebalo da bude spora oko toga da su i transnacionalne kompanije (a ne samo države) dužne da poštuju i neke norme međunarodnog prava iz domena zaštite životne sredine (o zabrani prekomernog zagađenja, postupanju sa otpadom i sl.); da ne smeju nikako, pa ni podstrekavanjem, korišćenjem plaćenika i slično vršiti agresiju, ratne zločine, zločine protiv čovečnosti i druga međunarodna krivična dela ili učestvovati u tome; itd.

Ova pitanja su već stigla na dnevni red.

Pored ostalog, u okviru UN je Potkomisija za zaštitu i unapređenje ljudskih prava usvojila Norme o odgovornosti transnacionalnih korporacija i drugih privrednih preduzeća u pogledu ljudskih prava (2003). Njima je precizirano da iako države imaju primarnu odgovornost da obezbeđuju, štite i unapređuju ljudska prava, transnacionalne korporacije i druga privredna preduzeća, njihovi rukovodioci i lica koja rade za njih takođe su dužni da poštuju opšteprihvaćene odgovornosti i norme sadržane u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima, relevantnim ugovorima UN i drugim međunarodnim instrumentima. To podrazumeva obavezu obezbeđenja poštovanja ljudskih prava, njihovu zaštitu i promovi-

novnika planete. *The State of Food Insecurity in the World 2014*, FAO, IFAD and WFP, Rome 2014, 8, <http://www.fao.org/3/a-i4030e.pdf>.

sanje, a naročito obezbeđenje jednakosti mogućnosti i tretmana bez ikakve diskriminacije; poštovanje prava dece da budu zaštićena od ekonomske eksploatacije; obavezu obezbeđenja bezbednog i zdravog radnog okruženja; obavezu poštovanja prava na udruživanje; zabranu korišćenja prinudnog rada, zabranu učešća u ratnim zločinima, zločinima protiv čovečnosti, uzimanju talaca i drugim međunarodnim zločinima i zabranu izvlačenja koristi iz takvih zločina; zabranu nuđenja, davanja i primanja mita odnosno izvlačenja koristi iz toga; i dr.²¹ Nažalost, zbog opstrukcije od strane nekih razvijenih država ovaj dokument nije dobio očekivanu podršku u drugim telima UN.²²

U međuvremenu samo u okviru UN doneto je nekoliko dokumenata (razni okvirni i rukovodeći principi)²³ a staranje o ovim problemima povereno jednom broju novih specijalizovanih tela.

Tako je 2005. imenovan specijalni izvestilac za pitanje ljudskih prava i transnacionalne korporacije i druga privredna preduzeća, sa zadatkom da, pored ostalog, utvrdi i razjasni odgovornosti ovih korporacija i preduzeća u pogledu ljudskih prava.

Sa druge strane, Savet za ljudska prava je 2011. ustanovio Radnu grupu za pitanja ljudskih prava i transnacionalnih korporacija i drugih poslovnih preduzeća. Mandat ovog tela, sastavljenog od 5 nezavisnih eksperata bio je 3 godine, ali je 2014. produžen na neodređeno vreme. Zadatak Grupe je da: promoviše Rukovodeće principe o biznisu i ljudskim pravima; identifikuje, razmenjuje i promoviše dobru praksu i iskustva; posećuje države; daje preporuke na nacionalnom, regionalnom i univerzalnom nivou; saraduje sa drugim organima i telima UN iz domena ljudskih prava; podnosi godišnje izveštaje Savetu za ljudska prava i Generalnoj skupštini UN; itd.

Jedan od ciljeva svih uključenih organa i tela je da se pod okriljem UN pripremi obavezujući međunarodnopravni instrument (međunarodni sporazum) kojim će biti regulisana najvažnija pitanja iz ove materije.²⁴

²¹ Više: Wouters J, Chané A.L., *op. cit.* 9-19; Weissbrodt D., Kruger M., „Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights“, *American Journal of International Law* 4/ 2003, 901-922; Ruggie J.G., „Business and Human Rights: the Evolving International Agenda“, *American Journal of International Law* 4/2007, 819-840; Durugbo E, „Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges“, *Northwestern Journal of International Human Rights* 2/2008, 222-261; Jerbi S., „Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?“, *Human Rights Quarterly* 2/2009, 299-320; Kirshner J.A., „A Call for the EU to Assume Jurisdiction over Extraterritorial Corporate Human Rights Abuses“, *Northwestern Journal of International Human Rights* 1/2015, 1-26; Drouby S., „Transnational Corporations and International Human Rights Law“, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law* 1/2016, 119-144.

²² Ponajviše zbog rešenja kojima su predviđeni periodični nadzor i verifikacija korporacija od strane UN i drugih međunarodnih i nacionalnih mehanizama.

²³ *Guiding Principles on Business and Human Rights*, United Nations Human Rights, United Nations 2011, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

²⁴ To je, uostalom, jedan od najvažnijih zadataka Radne grupe Saveta UN za ljudska prava, shodno odlukama Saveta iz 2014.

Prema izloženom, više nije sporno da postoje odgovarajuće obaveze i međunarodno-pravna odgovornost transnacionalnih korporacija u ovoj oblasti, već su samo nedovoljno definisani njihovi modaliteti - konkretna sadržina obaveza i načini za obezbeđenje efikasnog međunarodnog nadzora nad njihovim poštovanjem.²⁵

Istovremeno, od transnacionalnih korporacija se s pravom zahteva da poštuju i druge svoje međunarodnim pravom utvrđene obaveze. Pored ostalog, da obavljaju svoje aktivnosti ne samo u skladu sa nacionalnim propisima o zaštiti životne sredine država u kojima rade, već i u skladu sa najvažnijim normama međunarodnog prava u toj oblasti.²⁶

4. Međunarodna odgovornost. – U tesnoj vezi sa međunarodnopravnim obavezama je pitanje odgovornosti za kršenje tih obaveza odnosno međunarodnog prava.

Jasno je da neizvršavanje ili kršenje pravnih obaveza, pa tako i onih definisanih međunarodnim pravom, povlači pravnu odgovornost. To važi i za multinacionalne (transnacionalne) kompanije.

Pitanje odgovornosti tih kompanija može se, pre svega, postaviti u vezi sa nepoštovanjem odnosno kršenjem ljudskih prava i sloboda. Mada se po sebi razume da ovi subjekti mogu povrediti prava svojih radnika (na pravičnu naknadu za rad, na bezbedne i higijenske uslove rada, na odmor i slobodno vreme, na sindikalno udruživanje, itd.) oni na razne načine mogu kršiti i ljudska prava veoma širokog kruga lica, čak i kada se to ne vidi na prvi pogled. Pored ostalog, zloupotrebom mas-medija; diskriminatorским postupanjem (npr. uskraćivanjem pristupa određenim mestima ili predmetima ili odbijanjem pružanja usluga nekim licima ili grupama); zagađivanjem vode, vazduha i uopšte upropašćavanjem prirode; protivpravnim vršenjem medicinskih eksperimenata i ispitivanja lekova; plasi-ranjem štetnih namirnica, lekova i drugih proizvoda; praćenjem telefonskih razgovora, elektronske pošte i drugih komunikacija; itd. mogu kršiti prava pojedinaca, grupa, pa i najširih slojeva društva na informisanje; na jednakost i nediskriminaciju; na zdravu životnu sredinu: na zdravu i prihvatljivu hranu; na privatnost i poštovanje prepiske; itd.²⁷

²⁵ Više: Weissbrodt D., Kruger M., *op. cit.*, 901-922; Ruggie John Gerard: *op. cit.*, 819-840; Ratner S.R., „Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility“, *Yale Law Journal* 3/2001, 443-545; Stephens B., „The Amoralität of Profit: Transnational Corporations and Human Rights“, *Berkeley Journal of International Law* 1/2002, 45-90; Lowe V., „Corporations as International Actors and International Law Makers“, *Italian Yearbook of International Law* Vol. XIV, 2004, 23-38; Jerbi S., „Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?“, *Human Rights Quarterly* 2/2009, 299-320; Arnold D.G., „Transnational Corporations and the Duty to Respect Basic Human Rights“, *Business Ethics Quarterly* 3/2010, 371-399; Pariotti E., „Transnational corporations and human rights“, in: Cushman Th.(ed.): *Handbook of Human Rights*, Routledge 2012, 466-475.

²⁶ Više o međunarodnopravnim obavezama transnacionalnih kompanija: Vasquez C.W., „Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law“, *Columbia Journal of Transnational Law* vol. 43, 2005, 927-959; Mongerland E., „Corporate civil liability for violations of international humanitarian law“, *International Review of the Red Cross* 863/2006, 665-691.

²⁷ Neke od poznatih primera velikih kriminalnih afera transnacionalnih korporacija vidi kod: Milošević M.M.: „Globalne dimenzije kriminaliteta korporacija i mogućnosti međunarodnog prava“, *Kultura polisa*, god. XII, posebno izdanje, 2015, 42-43.

Problem odgovornosti multinacionalnih kompanija i njihovih odgovornih lica i zaposlenih može se javiti i u vezi sa nekim drugim situacijama, kao npr. povodom izvršenja međunarodnih zločina. Primera radi, može se raditi ne samo o pukom kršenju prava radnika multinacionalnih kompanija (npr. njihovih prava iz radnih odnosa) već o takvim postupcima prema njima koji imaju obeležja međunarodnih krivičnih dela (npr. mučenje, rasna diskriminacija itd.).

Uostalom, multinacionalne kompanije i lica koja za njih rade mogu izvršiti i takva dela kao što su ratni zločini, zločini protiv čovečnosti, pa čak i genocid. Dovoljno je podsetiti da u naše vreme postoje brojne privatne vojne i bezbedosne kompanije²⁸ koje vladama ili nekom drugom ko je voljan da za to plati, nude obuku, naoružanje, obaveštajne usluge, obezbeđenje lica i objekata itd. sve do operativnog korišćenja sopstvenih oružanih snaga (paravojnih jedinica).²⁹ Ne samo da su načelno mogućí, već su u praksi već poznati teški zločini koje su izvršili pripadnici tih kompanija.³⁰ Gledano iz drugog ugla, ovde nije reč samo o tome da su odnosni postupci inkriminisani kao međunarodna krivična dela, već, u načelu, takvi slučajevi mogu završiti pred međunarodnim krivičnim sudovima.

Konačno, multinacionalne (transnacionalne) kompanije mogu biti međunarodno odgovorne i iz mnogih drugih razloga. Pored ostalog, zbog korupcije (podmićivanja), zbog kršenja propisa o zabrani snabdevanja određenih subjekata nekom robom (npr. kršenje sankcija UN koje se sastoje u zabrani prodaje oružja nekim subjektima, kršenje međunarodnih normi o zabrani prodaje određenih medicinskih i drugih preparata, šverc i nedozvoljeni promet opojnih droga i psihotropskih supstanci i slično), zbog teškog kršenja normi o zaštiti životne sredine, itd.

Činjenica da su multinacionalne kompanije u principu nosioci međunarodne odgovornosti zbog kršenja međunarodnog prava, ne znači, na žalost, i da se ta odgovornost uvek ostvaruje u praksi. Najveće kompanije su toliko moćne i uticajne da obično uspevaju da zataškaju sporne slučajeve ili na drugi način izbegnu odgovornost. Takođe, u pogledu onih situacija koje predstavljaju međunarodne zločine, za gonjenje i kažnjavanje još uvek su prvenstveno nadležne države, a one to obično iz raznih razloga nisu voljne ili nisu u

²⁸ Više: Singer P.W. "War, Profits, and the Vacuum of Law: Private Military Firms and International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, 521-549; Frye E.L., "Private Military Firms in the New World Order: How Redefining 'Mercenary' Can Tame the 'Dogs of War'", *Fordham Law Review*, 6/2005, 2607-2664; Gillard E.C., "Business goes to war: private military / security companies and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross* 863/2006, 525-572; Ebrahim A., „Going to War With the Army You Can Afford: The United States, International Law, and the Private Military Industry“, *Boston University International Law Journal*, vol. 28, 2010, 181-218.

²⁹ Za pregled najpoznatijih privatnih vojnih kompanija vidi: "List of private military contractors", *Wikipedia*, http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_private_military_contractors.

³⁰ Poznat je masakr iračkih civila koji su izvršili američki čuvari, zaposleni kod privatne vojne kompanije Blekvoter. Oni su na gradskom trgu u Bagdadu 16.9.2007. ubili 17 i ranili oko 20 Iračana. Istraga američkog FBI je pokazala da je najmanje 14 lica ubijeno bez ikakvog razloga. „F.B.I. Says Guards Killed 14 Iraqis Without Cause, *The New York Times*, November 14 2007, http://www.nytimes.com/2007/11/14/world/middleeast/14blackwater.html?_r=0.

stanju da učine.³¹ Konačno, dok oštećena strana može pod određenim uslovima pokrenuti postupak protiv države pred nadležnim sudom za ljudska prava, za sada nema pravne mogućnosti za vođenje takvog postupka zbog kršenja ljudskih prava od strane multinacionanih kompanija. Sve su to ozbiljni problemi, koji zahtevaju brzo rešavanje, ali oni sami po sebi ne dovode u pitanje činjenicu da u pomenutim slučajevima i na multinacionalnim kompanijama leži međunarodna odgovornost.

5. Procesni subjektivitet. - U novije vreme multinacionalne kompanije dobile su i izvestan procesni subjektivitet kod određenih međunarodnih sudskih tela. Sporovi između njih i država ponekad se poveravaju raznim međunarodnim arbitražama, koje postupaju na osnovu međunarodnog prava.

Uostalom, ove kompanije mogu se javiti kao parnične strane i pred Stalnim arbitražnim sudom koji je donedavno bio otvoren samo za države,³² kao i pred Međunarodnim sudom za pravo mora.³³ Takođe, već je pominjano da su se u nekim slučajevima multinacionalne kompanije pojavljivale kao strane u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Dakle, iako se još ne može bezrezervno tvrditi da, opšte uzev, multinacionalne kompanije imaju procesni subjektivitet pred međunarodnim sudovima, takvih primera ima i oni nisu izolovani.

6. Odnos (partnerstvo) sa međunarodnim organizacijama. - Nezavisno od napred iznetog, činjenica je da su transnacionalne korporacije već dugo vremena prisutne na mnogim međunarodnim konferencijama, da na razne načine učestvuju u radu pojedinih međunarodnih organizacija – dajući donacije i finansijsku i sličnu pomoć, izrađujući ekspertize, učestvujući u izradi određenih dokumenata itd.

Stoga nije čudno što se u naše vreme u dokumentima UN (npr. odgovarajućim izveštajima Generalnog sekretara) i drugih međunarodnih organizacija govori o *partnerstvu* ili drugim oblicima *saradnje* sa transnacionalnim kompanijama odn. *privatnim sektorom*. Ova saradnja poprima sve raznovrsnije oblike.

7. Doprinos razvoju međunarodnog prava. - Ne samo da međunarodno pravo uvažava njihovo postojanje, već i same multinacionalne kompanije makar jednim delom

³¹ Nadležnost stalnog Međunarodnog krivičnog suda i *ad hoc* međunarodnih krivičnih sudova je na mnogo načina (stvarno, personalno, teritorijalno, vremenski) ograničena, a čak i u onim slučajevima u kojima postoji, praksa pokazuje da ti sudovi nisu uvek smogli snagu da pokrenu postupke protiv visokih funkcionera velikih sila i drugih moćnika.

³² Više, uključujući i opciona arbitražna pravila i pregled slučajeva, na sajtu Suda: *Permanent Court of Arbitration*, <https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/pca-arbitration-rules-2012/>.

³³ Ako se radi o predmetu koji je izričito predviđen u delu XI Konvencije UN o pravu mora (1982) koji se odnosi na Međunarodnu zonu ili ako je nadležnost Suda predviđena nekim ugovorom i prihvaćena od svih strana u sporu. Ovo rešenje predviđeno je čl. 291/2 Konvencije i čl. 20/2 Statuta Suda. Više o svemu na sajtu Suda: *International Tribunal for the Law of the Sea*, <https://www.itlos.org/basic-texts-and-other-documents/>.

utiču na dalji razvoj tog prava. U tom smislu dovoljno je podsetiti da u nekim oblastima međunarodne saradnje, kao npr. u domenu vazdušnog saobraćaja, ugovori država sa korporacijama (u ovom slučaju: vazduhoplovnim kompanijama) ulaze u red važnih pravnih izvora.³⁴

Mnogo toga navodi na zaključak da će se najveće multinacionalne kompanije koje se pretvaraju u prava nadnacionalna carstva (sa ogromnim kapitalom, ograncima u velikom broju država, velikim brojem zaposlenih sa različitim državljanstvom itd.) uskoro pojaviti i kao neposredni učesnici u pregovorima o kreiranju odgovarajućih međunarodnih ugovora iz materije zaštite životne sredine, telekomunikacija, naučnog istraživanja i osvajanja kosmosa, ljudskih prava i sloboda itd., odnosno kao ugovorne strane, na ravnopravnoj osnovi sa državama i međunarodnim organizacijama.

ZAKLJUČAK

Multinacionalne kompanije nemaju sve elemente punog međunarodnog subjektiviteta, onog koji je svojstven državama.³⁵

Pored ostalog, pošto nisu suverene jedinice niti teritorijalne tvorevine, one nemaju sposobnost da poseduju razne vidove međunarodnopravne nadležnosti (teritorijalna, personalna i u interesu međunarodne zajednice); nemaju sposobnost vođenja odbrambenog rata; nemaju sposobnost mirnog rešavanja međunarodnih sporova u užem smislu odnosno učešća u tim procesima; nemaju aktivno i pasivno pravo poslanstva (sposobnost da se šalju i primaju diplomatski predstavnici); ne uživaju imunitet od strane jurisdikcije (kao što je to slučaj sa državama); nemaju sposobnost da kažnjavaju druge subjekte međunarodnog prava tj. da vrše kaznenu funkciju (*jus punendi*), u principu ne mogu biti članice međunarodnih (vladinih) organizacija; itd.

Ipak, njihov subjektivitet čak i ako nije potpun je nesumnjiv.³⁶ Mada među njima, zavisno od slučaja, postoje velike razlike, nema spora da, iz ugla međunarodnog prava, makar neke multinacionalne kompanije imaju pravnu sposobnost (sposobnost da budu nosilac većeg ili manjeg kruga međunarodnim pravom utvrđenih prava i obaveza), poslovnu sposobnost (sposobnost zaključenja međunarodnih ugovora, stvaranja međunarodnopravnih običaja itd.), deliktnu sposobnost (sposobnost da se snosi predviđena pravna odgovornost zbog kršenja normi međunarodnog prava), procesnu sposobnost (aktivnu i pasivnu legitimaciju kod nekih međunarodnih sudova) itd.

³⁴ Više: Wouters J., Chané A.L., *op. cit.* 9-19; Charney J.I., „Transnational Corporations and Developing Public International Law“, *Duke Law Journal*, 4/1983, 748-788, Muchlinski P., „Multinational Enterprises as Actors in International Law: Creating ‘Soft Law’ and ‘Hard Law’ Rights“, in: Noortmann M., Ryngaert C. (eds.): *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law – Takers to Law-Makers*, Routledge 2016, 9-40.

³⁵ Više: Krivokapić B., *Međunarodno javno pravo, op. cit.*, 224-225.

³⁶ Istine radi, mada su takva gledišta karakteristična za prošlost, i u naše vreme ima i onih koji, sa osloncem na sopstvene argumente, osporavaju međunarodnopravni subjektivitet privrednih preduzeća. U tom smislu ponekad se ističe da se tu pre može govoriti o “učesnicima” nego o “subjektima”. Vidi npr. Alvarez J.E., “Are Corporations ‘Subjects’ of International Law?” *Santa Clara Journal of International Law* 1/2011, 1-36.

Sva je prilika da će se međunarodnopravni subjektivitet multinacionalnih kompanija tokom vremena sve više razvijati, uporedo sa očekivanim daljim jačanjem ekonomske, ali i političke i svake druge moći i uloge samih kompanija. To će zahtevati da on u jednom trenutku bude uređen globalnim (univerzalnim) ugovorom kojim bi što preciznije bili definisani prava, ali, posebno, i obaveze i odgovornost ovih subjekata.³⁷

LITERATURA

Svi radovi sa Interneta poslednji put su konsultovani 21.1.2017.

- Alvarez José E.: "Are Corporations 'Subjects' of International Law?" *Santa Clara Journal of International Law* 1/2011, 1-36
- Annex table 24: *The World's top 100 non-financial MNEs, ranked by foreign assets, 2015*, UNCTAD, <http://unctad.org/en/pages/DIAE/World%20Investment%20Report/Annex-Tables.aspx>
- Arnold Denis G.: „Transnational Corporations and the Duty to Respect Basic Human Rights“, *Business Ethics Quarterly* 3/2010, 371-399
- Charney Jonathan I.: „Transnational Corporations and Developing Public International Law“, *Duke Law Journal*, 4/1983, 748-788
- De Jonge Alice: *Transnational Corporations and International Law*, Edward Elgar Publ. Ltd. 2011
- Drouby Sufyan: „Transnational Corporations and International Human Rights Law“, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law* 1/2016, 119-144
- Durugbo Emeka: „Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges“, *Northwestern Journal of International Human Rights* 2/2008, 222-261
- Ebrahim Adam: „Going to War With the Army You Can Afford: The United States, International Law, and the Private Military Industry“, *Boston University International Law Journal*, vol. 28, 2010, 181-218
- Emberland Marius: "The Corporate Veil in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* vol. 63, 2003, 945-959
- „F.B.I. Says Guards Killed 14 Iraqis Without Cause, *The New York Times*, November 14 2007, http://www.nytimes.com/2007/11/14/world/middleeast/14blackwater.html?_r=0
- Frye Ellen L.: "Private Military Firms in the New World Order: How Redefining 'Mercenary' Can Tame the 'Dogs of War'", *Fordham Law Review*, 6/2005, 2607-2664
- Gillard Emanuela-Chiara: "Business goes to war: private military / security companies and international humanitarian law", *International Review of the Red Cross* 863/2006, 525-572
- Global 500*, Fortune, <http://beta.fortune.com/global500>
- Guiding Principles on Business and Human Rights*, United Nation Human Rights, United Nations 2011, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf
- Horn Norbert: „International Rules for Multinational Enterprises: the ICC, OES, and ILO Initiatives“, *The American University Law Review* vol. 30, 1981, 823-940
- Jaworek Malgorzata, Kuzel Marcin: „Transnational Corporations in the World Economy: Formation, Development and Present Position“, *Copernican Journal of Finance & Accounting* 1/2015, 58
- Jerbi Scott: „Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?“, *Human Rights*

³⁷ Život nosi mnoga iznenađenja i ne može se unapred znati šta nas čeka. Ipak, kada je reč o obavezama multinacionalnih kompanija ovde se ne misli samo na obaveze i odgovornosti o kojima je veći bilo reći u ovom radu, već i na neke nove momente. Jedan od njih bi npr. moglo biti rešenje prema kojem su globalne kompanije dužne da plaćaju jednu vrstu poreza u korist UN ili druge odgovarajuće svetske organizacije.

Quarterly 2/2009, 299-320

- Kirshner Jodie A.: „A Call for the EU to Assume Jurisdiction over Extraterritorial Corporate Human Rights Abuses“, *Northwestern Journal of International Human Rights* 1/2015, 1-26
- Kegli Čarls V. Jr., Vitkof Judžin R.: *Svetskapolitika – trend itransformacija*, Beograd 2004
- Krivokapić Boris: „Običajna pravna pravila u međunarodnom pravu“, *Megatrend revija – Megatrend Review* 3/2012, 35-81
- Krivokapić Boris: „Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava“, *Strani pravni život* 2/2013, 59-103
- Krivokapić Boris: „Primat međunarodnog prava“, *Strani pravni život* 3/2013, 45-62
- Krivokapić Boris: *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2014
- “List of private military contractors”, *Wikipedia*, http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_private_military_contractors
- Lowe Vaughan: „Corporations as International Actors and International Law Makers“, *Italian Yearbook of International Law* Vol. XIV, 2004, 23-38
- Malanczuk Peter: „Multinational Enterprises and Treaty-Making – A Contribution to the Discussion of Non-State Actors and the „Subjects“ of International Law, in: Gowlland-Debbas Vera (ed.): *Multilateral Treaty Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in the International Legislative Process*, Springer Science 2000, 45-73
- Milošević Mladen M.: „Globalne dimenzije kriminaliteta korporacija i mogućnosti međunarodnog prava“, *Kultura polisa*, god. XII, posebno izdanje, 2015, 39-51
- Mongerland Eric: „Corporate civil liability for violations of international humanitarian law“, *International Review of the Red Cross* 863/2006, 665-691
- Muchlinski Peter: „Multinational Enterprises as Actors in International Law: Creating ‘Soft Law’ and ‘Hard Law’ Rights“, in: Noortmann Math, Ryngaert Cedric (eds.): *Non-State Actor Dynamics in International Law: From Law – Takers to Law-Makers*, Routledge 2016, 9-40
- Pariotti Elena: „Transnational corporations and human rights“, in: Cushman Thomas (ed.): *Handbook of Human Rights*, Routledge 2012, 466-475
- Paunović Milan, Krivokapić Boris, Krstić Ivana: *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2016
- Ratner Steven R.: „Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility“, *Yale Law Journal* 3/2001, 443-545
- Ruggie John Gerard: „Business and Human Rights: the Evolving International Agenda“, *American Journal of International Law* 4/2007, 819-840
- Singer P.W. “War, Profits, and the Vacuum of Law: Private Military Firms and International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 42, 2004, 521-549
- Stephens Beth: „The Amoralism of Profit: Transnational Corporations and Human Rights“, *Berkeley Journal of International Law* 1/2002, 45-90
- The State of Food Insecurity in the World 2014*, FAO, IFAD and WFP, Rome 2014, 8, <http://www.fao.org/3/a-i4030e.pdf>
- Tishler Sarah C. C.: „A New Approach to Shareholder Standing Before the European Court of Human Rights“, *Duke Journal of Comparative & International Law* vol. 25, 2014, 259-287
- Vasquez Carlos W.: „Direct vs. Indirect Obligations of Corporations Under International Law“, *Columbia Journal of Transnational Law* vol. 43, 2005, 927-959
- Weilert Katarina: „Taming the Untamable? Transnational Corporations in United Nations Law and Practice“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 14/2010, 445-506
- Weissbrodt David, Kruger Muria: „Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights“, *American Journal of International Law* 4/ 2003, 901-922
- Wouters Jan, Chané Anna-Luise: “Multinational Corporations in International Law”, Working Paper No. 129. – December 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2371216

Prof. dr Boris Krivokapić

Academician of the Russian Academy of Natural Sciences (Moscow), Full Professor, Business and Law Faculty, University „Union – Nikola Tesla“ (Belgrade) and Law Faculty, Samara National Research University “S.P. Korolev” (Samara, Russia), krivokapicboris@yahoo.com

Multinational (Transnational) Companies as Subjects of Public International Law

Abstract: The paper deals with international legal status of multinational (transnational) companies. The first part gives an overview of this entities and the specifics of their role in the modern world.

In the second part, the author deals with the elements of international legal personality of multinational (transnational) companies. Such as international legal regulation of the position of these entities, their specific rights and obligations under international law, international responsibility, process subjectivity before certain international judicial bodies and the special relationship (partnership) with international organizations. It should be added that not only that international law acknowledges their existence, but also multinational companies themselves at least in part influence the development of that law.

In the concluding remarks the author notes that multinational (transnational) companies do not have all the elements of a full international personality, the one that is inherent to states. However, even if not complete their personality is beyond doubt. Although between them, depending on the case, there are major differences, there is no dispute that, from the perspective of international law, at least some multinational companies have the legal capacity (the ability to be the holder of a larger or smaller circle of rights and obligations established by international law), legal capacity (the ability to conclude international agreements, create international custom, etc.), tort capacity (the ability to provide for the legal bears responsibility for violating the norms of international law), process capability (active and passive legitimacy before some international courts), etc. In all likelihood, along with the expected further strengthening of the economic, but also political and every other power and role of the companies themselves, their international personality will also become more and more developed. At one point this will require global (universal) agreement which would precisely define rights, but, in particular, the duties and responsibilities of these entities.

Keywords: Multinational Companies, Transnational Corporations, International Law, Entities, Globalization

DOI: 10.7251/GFP1707128K

UDC: 342.4:351.74/.76

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
18. april 2017.*Datum prihvatanja rada:*
28. jun 2017.

Ustavno pravo na privatnost, slobodu kretanja i prebivalište korišćenjem biometrijskih podataka

Rezime: Ustav Bosne i Hercegovine, članu II definiše ljudska prava i osnovne slobode koja su garantovana na teritoriji Bosne i Hercegovine, a u tački 3. ovog člana se nalazi pobrojani katalog garantovanih prava. Pravo lica na ličnu slobodu, sigurnost, privatnost i porodični život, te pravo na slobodu kretanja i prebivalište se konzumiraju u okruženju koje je regulisano nizom zakona i podzakonskih akata u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Osnovna ljudska prava i slobode nisu aposlutne i mogu biti ograničene ostvarenjem prava na bezbjedno i sigurno okruženje.

Ustavom Bosne i Hercegovine je regulisano da će se uspostaviti centralni registar svih pasoša, što implicira uspostavu evidencije lica koji su državljani Bosne i Hercegovine. Sloboda kretanja je reducirana obavezom da se lica evidentiraju i izdaju im se pasoši. U postupku izdavanja pasoša, shodno međunarodnim standardima, od lica se preuzimaju biometrijski podaci. Navedeno se vrši u svrhu regulisanja prava na slobodu kretanja uz garanciju prava na bezbjedno i sigurno okruženje.

Pasoši moraju biti izrađeni u skladu sa međunarodnim preporukama i standardima koje definiše UN specijalizovana agencija za avionski saobraćaj ICAO. U pasoše se nose biometrijski i drugi podaci o nosiocu pasoša na način da moraju biti mašinski i elektronski čitljivi. Prema ICAO standardima se izrađuju i čitači na graničnim prelazima koji garantuju efikasnu i brzu čitljivost pasoša, uz obavezu da svaka država mora obezbjediti mehanizme koji garantuju identitet svakog nosioca pasoša.

Svaki pojedinačni izdati pasoš jedne zemlje je garant međunarodne sigurnosti, a svaki podatak, pa i biometrijski mora biti čuvan na način da garantuje pravo na privatnost. U radu je prezentovan pregled optimalnog odnosa koji je neophodno uspostaviti između osnovnih ljudskih prava i osnovnih sloboda, te ograničenja tih prava i sloboda u svhu bezbjednosti, korišćenjem biometrijskih podataka uz prezentovanje mehanizama zaštite od zloupotreba tih podataka.

Ključne riječi: Sloboda kretanja, sigurno okruženje, registar biometrijskih podataka, mehanizmi zaštite ličnih podataka, razmjena podataka, globalna interoperabilnost.

*Prof. dr***Siniša Karan***Generalni sekretar
predsjednika Republike
Srpske; Vanredni profesor
Fakulteta pravnih nauka
Panevropskog Univerziteta
„Apeiron“ Banja Luka
sinisa.n.karan@apeironedu.
onmicrosoft.com**Mr***Siniša Macan***Magistar tehničkih nauka,
MUP Republike Srpske*

UVODNI DIO

Država predstavlja posebnim pravom uređenu organizaciju koja raspolaže monopolom fizičke prinude i koja na određenoj teritoriji stanovništvo podvrgava svojoj suverenoj vlasti. Drugačije rečeno, državu definišu ograničena teritorija, stanovništvo i suverena vlast, koji su normirani ustavom kao najvišim pravnim aktom. U vršenju suverene državne vlasti na određenoj teritoriji, kroz istoriju je izgrađen sistem zaštite osnovnih ljudskih prava i osnovnih sloboda za svakog pojedinca. Osnovna ljudska prava i slobode predstavljaju danas u demokratskom svijetu, centralni dio, odnosno jezgro svakog Ustava. Organi državne vlasti su isključivo odgovorni da obezbijede efikasne mehanizme zaštite i poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda, sa tendencijom daljeg proširenja.

Ustav Bosne i Hercegovine koji predstavlja političku volju strana potpisnica, Entiteta, kao dio Međunarodnog sporazuma (Dejtonskog mirovnog sporazuma), u značajnoj mjeri stavlja fokus na zaštitu prava i sloboda pojedinca. Ustav prvenstveno obavezuje institucije Bosne i Hercegovine i oba entiteta da osiguraju najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda. To znači da su svi državni organi, zakonodavni, izvršni i sudski, od opštine preko kantona i entiteta¹ do institucija Bosne i Hercegovine, dužni da u cijelosti osiguraju one slobode i prava koji su izričito navedeni u Ustavu² kao i one sadržane u međunarodnim dokumentima navedenim u Aneksu I na Ustav Bosne i Hercegovine.

Zakonodavni organi svih nivoa vlasti su, prvenstveno, dužni da sve propise usklade sa Ustavom Bosne i Hercegovine i sa nabrojanim međunarodno - pravnim dokumentima i time stvore normativne pretpostavke za ostvarivanje i zaštitu ljudskih prava. Ustavni sud Bosne i Hercegovine i ustavni sudovi entiteta su ovlašćeni da iz pravnog poretka uklone sve zakone i druge propise koji nisu u skladu sa ustavima i međunarodnim dokumentima. Prvobitno Mirovni sporazum za Bosnu i Hercegovinu uspostavlja i posebne institucije za zaštitu ljudskih prava (Aneks 6. ovog Sporazuma definiše institucije Ombudsmena i Doma za ljudska prava koji prestaje sa radom 2002. godine, a ovim pitanjima se nastavlja baviti Ustavni sud Bosne i Hercegovine).

Kao specifikum Ustava Bosne i Hercegovine je veliki broj međunarodno - pravnih akata univerzalnog karaktera o ljudskim pravima koji se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini i koji su navedeni u Aneksu I na Ustav Bosne i Hercegovine.³

¹ Ustav Republike Srpske se, već u preambuli, poziva na ostvarenje ljudskih prava i zabranu diskriminacije, dok član V Ustava propisuje da se ustavno uređenje Republike temelji na garantovanju i zaštiti ljudskih sloboda i prava u skladu sa međunarodnim standardima. Detalji koncepta zaštite razrađuju se daljim tekstom ustavnih odredaba, a opšta je konstatacija da su, normativno posmatrano, ustavi kako BiH, tako i entiteta, sasvim izvjesno u kategoriji demokratskih i modernih u segmentu zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda. To, naravno, ni u kom slučaju ne mora podrazumijevati i stvarno ili faktičko uvažavanje prava i sloboda svakog pojedinca, a svjedoci smo da u BiH u ovom segmentu nesporno postoji jaz između normativnog i faktičkog.

² Ustav Bosne i Hercegovine Član II tačka 2.: „Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima“.

³ Dodatni sporazumi o ljudskim pravima koji će se primjenjivati u Bosni i Hercegovini: 1. Kon-

Osim navedenih i brojnih drugih međunarodno - pravnih dokumenata o ljudskim pravima univerzalnog značaja, prihvaćen je i veliki broj konvencija i drugih akata regionalnog značaja, među kojima je veliki broj onih koji su prihvaćeni u okviru Savjeta Evropu kao najstarije evropske asocijacije formirane, upravo, radi zaštite ljudskih sloboda i prava. Kako je već istaknuto, Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, prema izričitoj ustavnoj odredbi se neposredno primjenjuje i, što je neuobičajeno za pravni sistem uopšte, a specifikum u Bosni i Hercegovini, ona ima prioritet u primjeni u odnosu na ostale zakone u Bosni i Hercegovini.

U teoriji i međunarodnoj praksi Evropska konvencija je posebno značajna po tome što je razvila međunarodne mehanizme za sudsku zaštitu prava navedenih u njoj. Građani svih zemalja potpisnica stekli su pravo da se neposredno pozivaju na ovu Konvenciju, kao i pravo, kad iscrpe sva pravna sredstva u zemlji, da se mogu neposredno obratiti evropskim institucijama za zaštitu ljudskih prava - Evropskoj komisiji i Evropskom sudu za ljudska prava. Značaj Konvencije je u tome što zaštita ljudskih prava izlazi iz isključivog domena državnog suvereniteta i dobiva međunarodno - pravnu snagu i što čovjek pojedinac postaje subjekt međunarodnog prava.⁴ S druge strane, države potpisnice su se obavezale ne samo da će domaćim zakonodavstvom sankcionisati prava koja garantuje Konvencija nego i da će svojim građanima omogućiti obraćanje evropskim institucijama za zaštitu ljudskih prava i da će osigurati provođenje njihovih odluka.

Vodeći se činjenicom da pojedinac postaje subjektom međunarodnog prava, neophodno je uspostaviti mrežu pravnih propisa i mehanizama koji garantuju zakonsku zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda, a istovremeno vodeći računa da ni jedno pravo nije apsolutno. Svako pravo može biti ograničeno ukoliko ugrožava drugo pravo.

Država, prema Žan Žak Rusou, sa svakim pojedincem sklapa Društveni ugovor⁵ prema kome se svakom čovjeku garantuje zaštita prirodnih prava čovjeka, kao što su pravo na život, slobodu i imovinu, dok se čovjek državi oduži kroz plaćanje poreza. U savremenom,

vencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) 2. Ženevske konvencije I-IV o zaštiti žrtava rata (1949) i Dopunski protokoli I-II (1977) 3. Konvencija koja se odnosi na status izbjeglica (1951) i Protokol (1966) 4. Konvencija o državljanstvu udatih žena (1957) 5. Konvencija o smanjenju broja lica bez državljanstva (1961) 6. Međunarodna konvencija o uklanjanju svih oblika rasne diskriminacije (1965) 7. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966) i Opcioni protokoli (1966 i 1989) 8. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966) 9. Konvencija o uklanjanju svih oblika diskriminacije u odnosu na žene (1979) 10. Konvencija protiv mučenja i drugih surovih, nehumanih ili ponižavajućih tretmana ili kažnjavanja (1984) 11. Evropska konvencija o sprečavanju mučenja, nehumanog ili ponižavajućeg tretmana ili kažnjavanja (1987) 12. Konvencija o pravima djeteta (1989) 13. Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika-migranata i članova njihovih porodica (1990) 14. Evropska povelja za regionalne jezike i jezike manjina (1992)

⁴ Aneks 6 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH posvećen je poštovanju ljudskih prava i organizaciji nadležnosti u postupku njihove zaštite. Pri tome, Ustav BiH ove međunarodne standarde proglašava prioritetom nad svim drugim zakonima. Na taj način sve tekovine ljudskih prava, kodifikovane u brojnim međunarodnim dokumentima, postale su sastavni dio zakonodavstva, kako BiH tako i entiteta.

⁵ Otac ovog izraza je Žan Žak Ruso

globalnom svijetu se Rusoov Društveni ugovor može proširiti sa države, kao subjekta međunarodnog prava, na globalni nivo, odnosno na cijeli svijet. Naime, Ujedinjene Nacije, preko svojih članica, a kroz međunarodno usvojene dokumenta garantuju pravo na slobodu kretanja i bezbjedno okruženje. Istovremeno svaki pojedinac, institucijama pojedinačne zemlje predaje svoje lične podatke, uključujući i biometrijske podatke, te time prihvata da bude provjeravan kako bi slobodno i bezbjedno mogao da putuje. Ujedinjene nacije su, preko svojih specijalizovanih Agencija standardizovale načine preuzimanja biometrijskih podataka, te lična dokumenta i čuvanje ličnih podataka, a kako bi se ubrzao protok ljudi uz smanjenje bezbjedonosnih rizika. Svaka pojedinačna zemlja se obavezala da će svoja dokumenta izdavati prema propisanim standardima, a svaki pojedinac, kako bi putovao, pristao je da preda svoje lične podatke, uključujući i biometrijske podatke, koji jesu njegova priroda i suština. U savremenom svjetu, pravo na slobodu kretanja postaje imperativ, kao što je nekada bio imperativ prava na imovinu. Savremeni čovjek funkcioniše u globalnom okruženju na način da ima mogućnosti da učestvuje ili prati dešavanja na bilo kom dijelu Planete. U današnjem svjetu, ukoliko čovjek ne putuje, isto je kao u Rusoovom svjetu kao da mu je uskraćeno pravo na imovinu. Pravo na slobodu kretanja je minimalno jednako važno kao na pravo na imovinu. Konstanta koja je nepromjenjena kroz istoriju, jeste čovjekova želja da bude bezbjedan i slobodan. Pravo na bezbjednost i slobodu jeste ono pravo koje može ograničiti svako drugo pravo i ono je direktno u prirodi samog čovjeka. Nekad je to pravo branjeno i silom na kućnom pragu, a danas je čovjek spreman da državi preda na raspolaganje i svoje biometrijske podatke kako bi putovao. I Ujedinjene nacije i svaka pojedinačna država i svaki pojedinac moraju biti uvjereni da se biometrijski podaci čuvaju na adekvatan način i da se ne zloupotrebjavaju, te da tako predati podaci zaista garantuju bezbjednu slobodu kretanja.

CILJ, PREDMET I METOD ISTRAŽIVANJA

Ustav Bosne i Hercegovine je sastavni dio Međunarodnog ugovora, odnosno Deytonskog miravnog sporazuma. Kao proizvod Međunarodnog sporazuma, Ustav Bosne i Hercegovine je preuzeo i na centralno mjesto stavio pojedinca, odnosno garanciju osnovnih ljudskih prava i sloboda pojedinca. Koliki značaj je, prilikom izrade Ustava Bosne i Hercegovine stavljen na zaštitu osnovnih prava i sloboda govori član X Ustava kojim se reguliše procedura izmjene samog Ustava. Članom X ⁶ stav 2 Ustava je navedeno da se odredbe koje govore o ljudskim pravima i osnovnim slobodama ne mogu mijenjati. Na ovaj način je Bosna i Hercegovina obavezana da niti na koji način na svojoj teritoriji ne može redukovati slobode i ljudska prava. Samim tim se garantuje sloboda kretanja, ali i pravo na sigurno okruženje.

U lepezi ljudskih prava i osnovnih sloboda, posebno se ističe pravo na slobodu kretanja, te pravo na bezbjedno okruženje, a koji se nalaze u članu II tačka 3. Ustava Bosne i Hercegovine. U članu I Ustava Bosne i Hercegovine se, tačkom 4. garantuje sloboda kretanja roba, usluga i ljudi unutar Bosne i Hercegovine⁷. Također, u članu 1 Ustava Bosne i

⁶ Član X stav 2) Ustava Bosne i Hercegovine glasi: „Ni jedna izmjena ili dopuna ovog Ustava ne može ukinuti ili umanjiti ni jedno od prava i sloboda navedenih u članu II ovog Ustava ili izmijeniti ovaj stav.“

⁷ Član 1 stav 4) Ustava Bosne i Hercegovine glasi: „Sloboda kretanja postoji po cijeloj Bosni i Hercegovini. Bosna i Hercegovina i entiteti neće ometati punu slobodu kretanja osoba, roba,

Hercegovine definisano je da državljani Bosne i Hercegovine imaju pravo na pasoš, te da će se uspostaviti centralna evidencija pasoša⁸. Pasoš predstavlja dokument koji omogućava slobodu kretanja van teritorije Bosne i Hercegovine.

Ustavnim rješenjem Bosna i Hercegovina je preuzela obavezu da svojim građanima garantuje slobodu kretanja van granica svoje teritorije, na način da će se državljanima Bosne i Hercegovine izdavati putne isprave onako kako reguliše Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. Ustavom je predviđeno da će se uspostaviti centralnu evidenciju izdatih pasoša, te da će garantovati svojim državljanima izdavanje pasoša.

U postupcima uspostave centralnog registra putnih isprava, institucije nadležne za izdavanje pasoša preuzimaju biometrijske podatke građana. Biometrijski podaci građana se nalaze u centralnom registru pasoša⁹.

Cilj istraživanja je da se predstavi način ostvarenja prava na slobodu kretanja, prava na privatnost i prava na sigurno okruženje iz aspekta korišćenja i zaštite biometrijskih podataka.

Pravo na slobodu kretanja je, posebno izraženo u savremenom svijetu. Kako bi se ubrzao protok lica između država, izvršena je standardizacija dokumenata za putovanje, na način koji garantuje efikasnu identifikaciju lica, tako da se ubrza protok ljudi i omogući konzumacija prava na slobodu kretanja, ali i da se otkriju lica koja potencijalno ugrožavaju bezbjednost, te omogući konzumacija prava na bezbjedno okruženje. Implementacijom međunarodnih standarda u zakonodavstvo zemalja članica UN se efikasno štiti globalna bezbjednost, što je cilj ovog istraživanja. Istraživanje će se izvršiti metodama analize sadržaja, te ustavno-pravnom metodom.

PRAVO NA SLOBODU KRETANJA I BEZBJEDNO OKRUŽENJE U KONTEKSTU BOSNE I HERCEGOVINE

Ustavom Bosne i Hercegovine se garantuje sloboda kretanja za lica koja se nalaze na teritoriji Bosne i Hercegovine. Ustav, koji je nastao kao produkt međunarodnog ugovora, a nakon tragičnih sukoba na teritoriji Bosne i Hercegovine, u svom prvom članu posebno opisuje pravo na slobodu kretanja unutar teritorije Bosne i Hercegovine, a kao posljedica istorijskog momenta nastanka Ustava. U momentu nastanka Ustava, koji je sastavni dio Međunarodnom Ugovoru, na teritoriji Bosne i Hercegovine je vladalo ratno stanje. Sloboda

usluga i kapitala po cijeloj Bosni i Hercegovini. Ni jedan entitet neće postavljati bilo kakve kontrole na granici između entiteta.

⁸ Član 1 stav 7) tačka e) Ustava Bosne i Hercegovine glasi: „Državljanin Bosne i Hercegovine u inostranstvu uživa zaštitu Bosne i Hercegovine. Svaki entitet može izdavati pasoše Bosne i Hercegovine svojim državljanima, na način kako je to regulisala Parlamentarna skupština. Bosna i Hercegovina može izdavati pasoše onim državljanima kojima pasoš nije izdat od strane entiteta. Uspostaviće se centralni registar svih pasoša izdatih od strane entiteta i od strane Bosne i Hercegovine.“

⁹ Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencija (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine 55/15 u članu 21 stav 1) navodi u tački b) fotografija, u tački c) svojeručan potpis i tački d) podaci otiscima prstiju

da kretanja je bila limitirana u zavisnosti od nacionalne pripadnosti lica koje se nalazilo na teritoriji Bosne i Hercegovine. Iz gore navedenog, u Ustavu se posebno ističe pravo na slobodu kretanja ljudi i roba bez ikakvog ograničenja unutar teritorije države.

Ustavom se garantuju pravo na državljanstvo Bosne i Hercegovine, a državljanstvo se direktno veže za posjedovanje pasoša. Čak se, specifično, u Zakona o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine ističe u članu 2 da je pasoš dokaz državljanstva Bosne i Hercegovine¹⁰. Kroz ovu odredbu iz Zakona o putnim ispravama državljana BiH, a koja je direktno proistekla iz Ustava Bosne i Hercegovine se naglašava značaj prava na slobodu kretanja i prebivališta.

Zakonom o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine se definišu postupci izdavanja pasoša, te nadležnost za izdavanje pasoša, oblik i sadržaj pasoša i uspostava centralnih evidencija pasoša¹¹. Ustavna obaveza za uspostavu evidencija izdatih putnih obaveza se implementira u Zakonu o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine, još 1997 godine. Poglavlje kojim su obuhvaćeni članovi 26 do 28. Zakona o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine koji je Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine usvojila 1997 godine se naziva *Centralne evidencije*¹². Ustavnom odredbom iz člana 1 stav 7 tačka e) je navedeno da će se uspostaviti centralni registar svih pasoša izdatih od strane entiteta i od strane Bosne i Hercegovine. Ovdje se može postaviti pitanje iz kog razloga je *centralni registar putnih isprava* toliko bitan da u okviru mirovnog sporazuma strane potpisnice i garanti mirovnog sporazuma ovu odredbu upišu u sam ustav. Zašto je pitanje centralnog registra putnih isprava toliko bitno?

Pitanje izdavanja putnih isprava je direktno vezano sa univerzalnim međunarodnim pravom na slobodu kretanja. Istovremeno, sloboda kretanja se može ograničiti sa drugim izuzetno bitnim pravom, a to je pravo na ličnu slobodu i bezbjednost. U Ustavu Bosne i Hercegovine, u članu II stav 3. Katalog prava, pod tačkom d) je navedeno „Pravo na ličnu slobodu i bezbjednost“. Evidencija izdatih putnih isprava je neophodna kako bi se smanjio

¹⁰ Član 2 stav 1) Zakona o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH”, broj 4/97, 1/99, 9/99, 27/00, 32/00, 19/01, 19/01, 47/04, 53/07, 15/08, 33/08, 39/08, 60/13) glasi „Putna isprava je javna isprava kojom se dokazuje identitet i državljanstvo Bosne i Hercegovine“

¹¹ Član 1 Zakona o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH”, broj 4/97, 1/99, 9/99, 27/00, 32/00, 19/01, 19/01, 47/04, 53/07, 15/08, 33/08, 39/08, 60/13) glasi: „Ovim zakonom propisuju se vrste i oblik putnih isprava Bosne i Hercegovine, organi nadležni za izdavanje putnih isprava, postupak izdavanja putnih isprava i centralna evidencija i personalizacija putnih isprava Bosne i Hercegovine (u daljnjem tekstu: Zakon)“

¹² Poglavlje „Centralne evidencije“ Zakon o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH”, broj 4/97) glasi: „Član 26. Ministarstvo civilnih poslova i komunikacija Bosne i Hercegovine uspostaviti će centralni registar svih pasoša izdatih od strane nadležnih organa iz člana 13. ovog zakona. Član 27. Organi nadležni za izdavanje putnih isprava iz člana 13. ovog zakona dužni su dostaviti podatke o izdatim i oduzetim putnim ispravama organu iz prethodnog člana u roku od 7 dana od dana izdavanja odnosno oduzimanja putne isprave. Član 28. Ministarstvo civilnih poslova i komunikacija Bosne i Hercegovine nadležno je za nabavku, štampanje i određivanje cijena putnih isprava, kao i za njihovu distribuciju organima iz člana 13. ovog zakona.“

rizik za ugrožavanje prava na ličnu slobodu i bezbjednost korišćenjem prava na slobodu kretanja. Kreatori Ustava Bosne i Hercegovine su u potpunosti svjesni situacije koja se desila u toku tragičnog sukoba u Bosni i Hercegovini kada je veliki broj stranih državljana učestvovao u ratnim sukobima i dobio državljanstvo Bosne i Hercegovine. Ustav Bosne i Hercegovine na specifičan način, shodno situaciji i momentu u kojem je nastao, tretira državljane Bosne i Hercegovine¹³ u zavisnosti od momenta sticanja državljanstva. Naime, kao granica početka tragičnog sukoba u Bosni i Hercegovine se, iz Ustava Bosne i Hercegovine određuje *de facto* 6.4.1992 godine. Sva lica koja su do stupanja na snagu Ustava bili državljani federalne jedinice Bosna i Hercegovina u okviru Jugoslavije, a kasnije Republike Bosne i Hercegovine jesu državljani Bosne i Hercegovine. Međutim, posebno se ističu lica koja su, nakon 6.4.1992 godine naturalizacijom, stekla pravo da budu državljani Bosne i Hercegovine. Ovim licima će, prema Ustavu Bosne i Hercegovine, Parlamentarna Skupština Bosne i Hercegovine posebno regulisati pravo na državljanstvo. Prema Ustavu Bosne i Hercegovine, u Zakonu o državljanstvu Bosne i Hercegovine se posebno tretira status i vrši revizija državljanstva lica koja su stekla državljanstvo naturalizacijom u periodu između 6.4.1992 godine i stupanja na snagu Ustava Bosne i Hercegovine koji je sastavni dio Međunarodnog ugovora.¹⁴

Ako imamo u vidu da je, nakon 6.4.1992 godine na teritoriji Bosne i Hercegovine bio ratni sukob, te da su strani državljani na teritoriju Bosne i Hercegovine, u najvećem broju dolazili kako bi bili učesnici sukoba i po tom osnovu stekli državljanstvo, onda je nesporno, da je namjera pisaca Ustava bila da se naknadno utvrdi osnov za sticanje prava na državljanstvo, a kasnije i prava na slobodu kretanja sa takvim državljanstvom. Jer, u istom članu Ustava, u kome je definisan status lica koje su stekli državljanstvo Bosne i Hercegovine naturalizacijom, u članu 1 stav 7. Državljanstvo, tačka e) se uz pojam državljanstva veže i pojam pasoša i pojam centralne evidencije pasoša. Nesporna namjera pisaca Ustava je bila da se građanima koji su bili državljani Bosne i Hercegovine prije početka tragičnog sukoba nesmetano omoguću pravo na posjedovanje dokumenta koji će garantovati slobodu kretanja. Istovremeno, u istom članu Ustava se ističe kategorija lica koja su stekla državljanstvo naturalizacijom nakon početka tragičnog sukoba, te se ovaj integriše pravo na državljanstvo i pravo na pasoše, ali i posebno tretira lica koja su, zbog ratnih sukoba pristupili Bosni i Hercegovini. U Bosni i Hercegovini, kao zemlju u Evropi, u toku tragičnog sukoba koji je, prema Ustavu zvanično otpočeo 6.4.1992 godine se doselio veliki broj dobrovoljaca za učešće u ratnim sukobima. Veliko broj njih je bio iz zemalja Bliskog Istoka, koji se vežu za potencijalne terorističke aktivnosti. Upravo ustavni mehanizam posebnog regulisanja statusa lica koji su stekli državljanstvo BiH u periodu nakon 6.4.1992 godine od strane Parlamentarne skupštine je uveden kako bi se smanjio rizik da su državljani BiH postala lica koja su vezana za terorističke aktivnosti. Dalje, ustavni mehanizam uspostave

¹³ Član 1 stav 7) tačka c) Ustava Bosne i Hercegovine glasi: „Sva lica koja su bila državljani Republike Bosne i Hercegovine, neposredno prije stupanja na snagu ovog Ustava, su državljani Bosne i Hercegovine. Državljanstvo lica koja su naturalizovana poslije 6.4.1992. godine, a prije stupanja na snagu ovog Ustava, regulisat će Parlamentarna skupština.”

¹⁴ Članom 43 i 44 Zakona o državljanstvu Bosne i Hercegovine (Službeni prečišćen tekst, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj 22/16) se uvodi pojam revizije državljanstva i opisuje postupak kod sticanja državljanstva za lica koja su naturalizacijom postali državljani Bosne i Hercegovine u periodu 6.4.1992 godine do 1.1.2016 godine

centralnog registra izdatih pasoša garantuje efikasnije kontrole i smanjenje rizika od omoćavanja slobode kretanja za bezbjedonosno sumnjiva lica. Na ovaj način se nesporno pravi veza između globalne sigurnosti, te globalnog prava na slobodu kretanja. Sigurnost Bosne i Hercegovine ili bilo koje druge države jeste i sigurnost kompletne planete Zemlje. Ukoliko bilo koje lice koje ima kriminalističke ili terorističke namjere legalno stekne putnu ispravu neke države sa skrivenim ili lažnim identitetom, tada to lice postaje bezbjedonosni problem za cijeli svijet. Iz ovih razloga se uvode pojmovi standardizovanog izdavanja putnih isprava, takovog da se na bilo kojoj granici na svijetu ovi pasoši uniformno kontrolišu i ukoliko postoji bilo kakva indicija da se zamjenio ili skrio identitet, da se vrši svojevrsna indikacija. Nakon što se izvrši indikacija, na primjer, da je lice sa sličnim ili istim podacima evidentirano u nekim globalnim kriminalnim evidencijama, tada se pokreću međunarodni mehanizmi provjere i u tom momentu takvom licu se ograničava sloboda kretanja.

Centralne evidencije izdatih pasoša i biometrijski podaci

Pravo na slobodu kretanja može biti ograničeno pravom na ličnu slobodu i bezbjedno okruženje, na način da se licima za koje postoji sumnja na potencijalne terorističke aktivnosti, ograniči sloboda kretanja. Svaka zemlja ima suvereno pravo da odlučuje o pristupu državljana drugih zemalja na svoju teritoriju. U pravilu, sloboda kretanja između država podrazumjeva posjedovanje ličnog identifikacionog dokumenta kojim se potvrđuje identitet lica koje ima namjeru pristupiti teritoriji. Između zemalja se uspostavlja režim dodatnih kontrola putnika, na način da je uspostavljen vizni režim. Vizni režim podrazumjeva da zemlja na čiju teritoriju državljanin druge zemlje ima namjeru da pristupi, vrši dodatne provjere tog lica, uz suvereno pravo da se tom licu ne dozvoli pristup iz određenih razloga. Nakon izvršenih provjera, u identifikacioni dokument lica, najčešće pasoše, se unosi viza. Viza je dokument kojim se stiče pravo na ulazak na određenu teritoriju.

Između zemalja se, bilateralnim ili multilateralnim sporazumima definiše pravo na tzv. bezvizni režim. Ovo pravo podrazumjeva da se između određenih država licima dozvoljava pristup na teritorije samo uz posjedovanje važećih putnih isprava. Ovo pravo je obično vezano za kraće i turističke boravke, a u pravilu se ne odnosi na sticanje prava na rad ili život u drugoj državi. Bezvizni režim podrazumjeva da je između zemalja uspostavljeno povjerenje u sisteme evidencije građana i izdavanje putnih isprava. Dakle, podrazumjeva se da zemlje izdaju dokumente prema određenim pravilima i standardima.

Standarde putnih isprava propisuje Međunarodna Agencija za avionski saobraćaj (ICAO). ICAO je UN Agencija koja je osnovana 1944 godine od zemalja članica UN, a kako bi se starala za provođenje UN Konvencije o avionskom saobraćaju. Počevši od 1968 godine ICAO se bavi mašinski čitljivim dokumentima¹⁵. Prema podacima Međunarodne asocijacije avio prevoznika, u toku 2015 godine je prevezeno avio kompanijama preko 3.6 milijardi putnika. Ovako veliki broj putnika zahtjeva da se vrše izuzetno brze kontrole putnika, a kako bi se garantovalo pravo na slobodu kretanja. Istovremeno, zbog rizika od

¹⁵ U ICAO dokumentu ICAO 9303 - Machine Readable Travel Documents, Seventh Edition u uvodnom dijelu se navodi da ICAO počevši od 1968 godine se bavi mašinski čitljivim dokumentima, da je 1984 godine osnovana tehnička savjetodavna grupa za mašinski čitljiva dokumenta (*Technical Advice Group on Machine Readable Travel Documents – TAG/MRTD*), a od 1998 godine ova grupa priprema biometrijske bazirana identifikaciona dokumenta

terorističkih akata, potrebno je zaista da se garantuje da je nosilac putne isprave i stvarni nosilac identiteta. Na velikoj frekvenciji putnika potrebno je obezbjediti da se maksimalno ubrza protok putnika, te garantuje sloboda kretanja, a istovremeno da se garantuje i pravo na bezbjedno okruženje i ličnu slobodu. Iz navedenog razloga je ICAO, a kao specijalizovana Agencija Ujedinjenih nacija preuzeo obavezu uvođenja standarda za lična dokumenta, a zemlje članice su se obavezale izdavati dokumenta prema standardima koji definiše ICAO. Broj putnika koji se preveze avio kompanijama i koji prelaze granice se mjeri milijardama godišnje, a s obzirom da se na svakom aerodromu može pojaviti lice sa pasošom bilo koje zemlje, neophodno je da su identifikaciona dokumenta za prelazak granice standardizovana kako bi se ubrzao protok putnika. Pitanje standarda za dokumente prelazi pitanje jedne države, odnosno pitanje sigurnosti sistema dokumenata je globalno pitanje, isto kao i pitanje brzine protoka putnika i slobode kretanja. Vezajući se na ovo, nesporno je da su pisci Ustava Bosne i Hercegovine, odnosno Međunarodnog mirovnog sporazuma čiji je Ustav Bosne i Hercegovine sastavni dio, kada su određivali da se pravo na pasoše i pravo na uspostavu centralnih evidencija uvede u Ustav vodili računa o globalnoj slobodi kretanja i pravu da svaki građanin Bosne i Hercegovine neometano ostvari ovo pravo. Ali je isto tako očigledno da su pisci Ustava, stavljanjem odredbe da će se dodatno provjeriti sva državljanstva Bosne i Hercegovine koja su dodjeljena naturalizacijom u periodu nakon 6.4.1992 godine imali namjeru da spriječe da lica, takozvani „psi rata“ koja imaju kriminalne ili terorističke namjere, neometano mogu da putuju sa pasošem Bosne i Hercegovine. Bosna i Hercegovina je, tek 19.12.2010 godine dobila pravo na bezvizni režim sa zemljama Šengentskog sporazuma. Jedan od uslova za dobijanje bezviznog režima je bio početak izdavanja tzv biometrijskih pasoša u skladu sa ICAO standardima. Ovi pasoši omogućavaju efikasniju kontrolu lica prilikom prelaska granice. Dakle, tek 15 godina nakon završetka tragičnog sukoba se vratilo povjerenje u sistem dokumenata Bosne i Hercegovine. To je jasan signal da sigurnost svakog pojedinca i svake zemlje jeste i globalna sigurnost. Upravo iz razloga globalne sigurnosti je i uvedena ustavna odredba da se posebno provjeravaju lica koja su kao „psi rata“ stekli državljanstvo Bosne i Hercegovine, te je, upravo, postojanje ovakvih lica sa pasošem Bosne i Hercegovine bilo i jedan od osnovnih razloga viznog režima ulaska na teritoriju Evropske unije za građane Bosne i Hercegovine dugi niz godina.

Izdavanje putnih isprava je isključivo vezano za uspostavu sistema evidencija građana kojima se izdaje putna isprava. Navedene evidencije se uspostavljaju u cilju vršenja kontrole protoka ljudi, a kako bi se moglo garantovati pravo na sigurno okruženje. Upravo je Ustavom Bosne i Hercegovine garantovano da će se licima koji su državljani Bosne i Hercegovine izdavati pasoši, te da će se uspostaviti centralna evidencija izdatih pasoša. Pasoši koji se izdaju neophodno je da se izdaju u skladu sa međunarodnim standardima koje propisuje ICAO.

Zakonom o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podatka Bosne i Hercegovine uspostavljeni su i precizno definisani mehanizmi vođenja evidencija, među kojima je i evidencija izdatih putnih isprava. Također, definisane su obaveze izdavanja ličnih dokumenata u skladu sa ICAO 9303. Zakonom o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podatka Bosne i Hercegovine je preuzeta međunarodna obaveza da Bosna i Hercegovina svoj sistem dokumenata uskladi sa ICAO standardima i na taj način postane integralni dio međunarodne zajednice u pogledu omogućavanja efika-

snog prava na slobudu kretanja za svoje građane.¹⁶ Dakle, nesporno je da je Bosna i Hercegovine preuzela obavezu da se izdaju pasoši u skladu sa međunarodnim standardima, te da, prema Ustavu, uspostavi centralne evidencije.

Podaci u centralne evidencije izdatih pasoša su, prema Zakonu o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine u vlasništvu nadležnih organa koji izdaju pasoše, odnosno entitetskih organa.¹⁷ Na ovaj način je jasno odslikana Ustavna struktura Bosne i Hercegovine, te je definisano da suštinsku nadležnost u izdavanju pasoša i donošenju odluke koje lice ima pravo na pasoš Bosne i Hercegovine jeste na strani entiteta. Entiteti u Bosni i Hercegovini su nosioci odluke kome se dodjeljuje pasoš Bosne i Hercegovine, odnosno entiteti su nosioci odgovornosti za međunarodnu sigurnost. Agencija za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine je isključivo nadležna za tehničko održavanje i elektronsko arhiviranje podataka i informacija koje se vode u evidencijama za koje je nadležna¹⁸. Ustavom Bosne i Hercegovine je propisano da entiteti mogu izdavati pasoše onako kako to predviđi Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine. Parlamentarna skupština je, shodno Ustavu, odredila da su entiteti, praktično vlasnici navedenih podataka, a da nivo Bosne i Hercegovine održava i vodi elektronske evidencije u svrhu razmjene podataka.

Agencija pruža stručnu i tehničku podršku organima koji izdaju lična dokumenta, održava i uspostavlja mrežu za prenos podataka koja se nalazi u svakoj opštini u BiH, u svakom kantonu te u entitetima (jedna mreža uz definisane nadležnosti i prava pristupa), te održava evidencije i čini ih dostupnim svim nadležnim organima. Zakonom o Agenciji za identifikaciona dokumenta, a u svrhu efikasnije razmjene podataka, uspostavljen je jedan tehnički sistem sa delegiranim nadležnostima, kako bi se, u konačnici, omogućili svi mehanizmi koji garantuju da je nosilac pasoša Bosne i Hercegovine zaista to lice. Otkako odluku o tome ko ima pravo na pasoš Bosne i Hercegovine u konačnici donosi organ entiteta, dakle organ entiteta je taj koji odlučuje da omogućiti pravo putovanja, odnosno posredno je odgovoran za međunarodnu sigurnost. Agencija samo i isključivo pruža tehničku podršku, a što je vidljivo iz zakonskih nadležnosti Agencije¹⁹

¹⁶ Članom 8 stav 1 tačka a) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine (Službenik glasnik Bosne i Hercegovine broj 56/08) je definisana sledeća nadležnost Agencije za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka BiH: „predlaže i sprovodi strategiju i politiku razvoja u Bosni i Hercegovini u oblasti identifikacionih dokumenata, a prema ICAO 9303 standardu i drugim relevantnim standardima“

¹⁷ Članom 8, stav (5) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine (Službenik glasnik Bosne i Hercegovine broj 56/08) glasi: „Agencija nije vlasnik podataka pohranjenih u evidencijama definisanim u stavu (3) ovog člana, nego je to izvorni organ.“

¹⁸ Članom 8, stav (4) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine (Službenik glasnik Bosne i Hercegovine broj 56/08) glasi: „Agencija je isključivo nadležna za tehničko održavanje i elektronsko arhiviranje podataka i informacija koje se vode u evidencijama definisanim u stavu (3) ovog člana, kao javnog dobra na nivou Bosne i Hercegovine.“

¹⁹ Shodno članu 8) Zakonu o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine (Službenik glasnik Bosne i Hercegovine broj 56/08), Agencija je nadležna za sledeće: predlaže i provodi strategiju i politiku razvoja u Bosni i Hercegovini u oblasti iden-

Agencija za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine je stručna i tehnička podrška u procesu izdavanja ličnih dokumenata. Građani BiH se obraćaju nadležnim organima (MUP-ovima, Javnom registru Brčko distrikta te diplomatsko-konzularnim predstavništvima BiH u inostranstvu). Navedene institucije su nadležne za provođenje upravnih postupaka, a Agencija je nadležna za tehničku podršku procesa izdavanja dokumenata, tehničko vođenje registara, te personalizaciju dokumenata. Osnovni zadatak Agencije je da omogući da odgovorni organi u Bosni i Hercegovini izdaju dokumenta u skladu sa ICAO standardima. Također, centralni registri se uspostavljaju na način da se garantuje globalna interoperabilnost, te se u podacima u pasošima, ali i u centralnim registrima nalaze biometrijski podaci koji garantuju da će dokumenta koja izdaju odgovorni organi u Bosni i Hercegovini biti globalno interoperabilni.

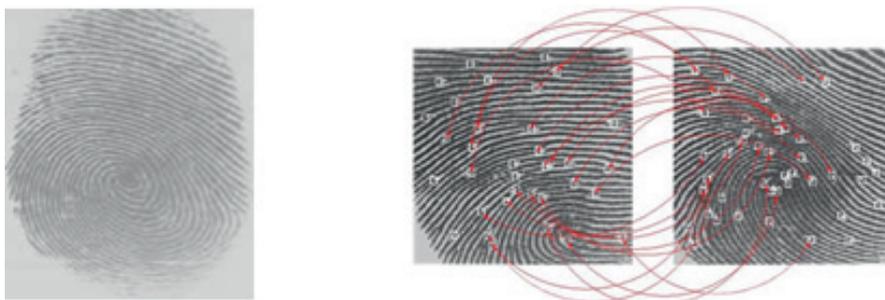
Zakonom o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine su, u članovima od 26 do 29 je opisan način realizacije ustavne obaveze vezane za uspostavu centralnih evidencija. Zakonom o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka BiH se bliže određuje sadržaj evidencije putnih isprava. Podzakonski akt kojim se određuje sadržaj evidencija utvrđuje Savjet ministara Bosne i Hercegovine, a na prijedlog direktora Agencije za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka BiH. Pravilnikom o sadržaju i načinu vođenja evidencija BiH propisan je sadržaj evidencije o pasošima.

tifikacionih dokumenata, a prema ICAO 9303 standardu i drugim relevantnim standardima; vrši nabavku, skladištenje, personalizaciju, kontrolu kvalitete i transport identifikacionih dokumenata za potrebe nadležnih organa Bosne i Hercegovine; tehnički dizajnira i formira evidencije definirane ovim zakonom; održava i upravlja bazama podataka u koje se pohranjuju podaci iz evidencija koje su definirane ovim zakonom i informacionih sistema, putem kojih se pristupa navedenim evidencijama; osigurava adekvatnu infrastrukturu, posebne uslove za rad i zaštitu podataka, te druge tehničke predušlove za nesmetano funkcioniranje baza podataka koje su u njenoj nadležnosti i baza podataka koje su u nadležnosti drugih ministarstava, institucija i organa na njihov zahtjev i u skladu sa zakonom; izdaje podatke o evidencijama i iz evidencija ovlaštenim institucijama i pravnim licima; projektuje, razvija i održava softverska rješenja potrebna za vođenje evidencija u nadležnosti Agencije, bilo internim resursima, saradnjom sa izvornim organima ili angažmanom kompanija; razvija, održava i unapređuje telekomunikacione mreže za prenos podataka za potrebe Agencije, te drugih organa javne sigurnosti u skladu sa Zakonom o telekomunikacijama, a kako bi se omogućila efikasna razmjena podataka iz registara definiranih ovim zakonom; definira standarde za opremu koju će nadležni, prijemni i izvorni organi nabavljati i koristiti u procesu obrade i razmjene podataka u skladu s ovim zakonom; definira standarde što je neophodno na lokacijama s kojih se vrši pristup sistemu centralne evidencije i razmjene podataka kako bi se postigla sigurnost i zaštita podataka i sistema; provodi upravne postupke koji se tiču djelokruga Agencije u skladu s važećim zakonskim propisima.

Agencija je nadležna za personalizaciju i tehničku obradu sljedećih identifikacionih dokumenata: ličnih karata, ličnih karata za strance, vozačkih dozvola, putnih isprava, dokumenata za registraciju vozila, pograničnih propusnica, tahografskih kartica, drugih identifikacionih dokumenata uz saglasnost nadležnih organa i posebnu odluku Vijeća ministara.

Agencija vodi evidenciju: jedinstvenih matičnih brojeva (JMB); prebivališta i boravišta državljana Bosne i Hercegovine; ličnih karata državljana Bosne i Hercegovine; građanskih, službenih i diplomatskih pasoša; vozačkih dozvola; registracije motornih vozila i dokumenata za registraciju; pograničnih propusnica, tahografskih kartica, ličnih karata za strane državljanke; novčanih kazni i prekršajnu evidenciju; i druge evidencije za koje postoji saglasnost izvornih organa, a uz posebnu odluku Vijeća ministara.

U Pravilniku o sadržaju i načinu vođenja evidencija, koji je usvojen na osnovu Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka Bosne i Hercegovine navedeno je da se, između ostalih, u evidencijama o pasošima nalaze podaci o fotografiji i otisku prska kao biometriji baziranoj na fizički karakteristikama, te potpisu kao biometriji baziranoj na karakterističnim ponašanjima.²⁰ Prema sedmom izdanju ICAO 9303 dokumenta iz 2015, kao obavezni biometrijski elemenat u elektronskim pasošima se nalazi fotografija nosioca pasoša, a opcioni je otisak prsta ili fotografija zjenice oka (IRIS). Biometrijski podatak je predstavlja jedinstvenu biološku karakteristiku čovjeka, na osnovu kojeg ga je moguće jedinstveno identifikovati. Ova karakteristika mora biti *univerzalna* (da je svaki čovjek posjeduje), *jedinstvene* (karakteristika mora biti različita za sve članove populacije), *nepromenljive* (karakteristika ne smije da se mijenja pri različitim uslovima prikupljanja ili tokom vremena) i na kraju, karakteristika mora biti takva da joj se može *pristupiti* i mora biti *mjerljiva*.²¹



Slika 1: Biometrija otiska prsta

Uz gore navedene karakteristike moguće je jedinstveno odrediti osobu. Mjerljive mogu biti sledeće karakteristike:

- Fizičke karakteristike
- Karakteristična ponašanja

Fizičke karakteristike, kako je gore pomenuto, u smislu ICAO standardu su mjerljive na osnovu izvedenih i jedinstvenih modela karakterističnih tačaka lica, modela karakterističnih tačaka otiska prsta ili modela karakterističnih tačaka zjenice.

Na slici 1 su prikazane karakteristične tačke za kreiranje jedinstvenog broja za otiške prsta. Koriste se dve klase sistema i to: *minutiae* (*minuše*) bazirani sistemi i *uzorak* (*pattern*) bazirani sistemi. U okviru klasa tehnologije su interoperabilne ali međusobno nisu. Ovome se može još pridodati i kompletna slika otiska.²² Suština je da se za svaki otisak prsta definiše „šifra“ koja jedinstveno određuje čovjeka na osnovu papilarnih linija

²⁰ Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencija (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine 55/15), u članu 21 navodi da su biometrijski podaci fotografija (stav 1 tačka b), svojeručni potpis (stav 1 tačka d) i otiskak prsta (stav 1 tačka d)

²¹ P.R. Cook, *Human Computer Interface Technology*, Biometrics Introduction and Issues, October 21, 2002, Princeton University, Princeton, New Jersey, USA.

²² S.Macan, *Identifikacioni menadžment, 2005, INFO M, Beograd, Srbija*

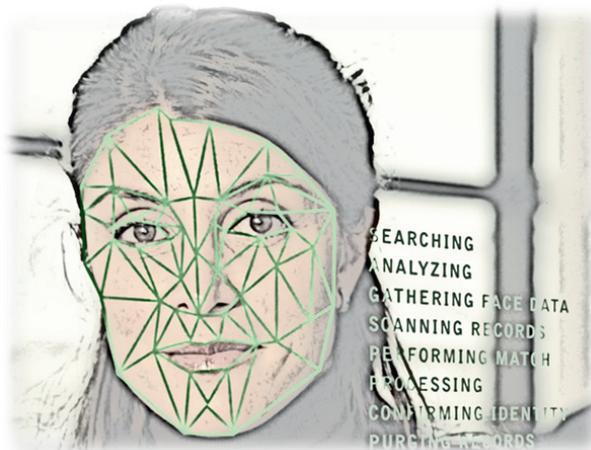
i takav standardizovan podatak se nanosi u dokument bilo koje države. Prilikom prelaska bilo koje granice, ovaj podatak postaje čitljiv na standardnim uređajima, te se mogu vršiti provjere iz razloga sigurnosti.

Na slici 2 su prikazane jedinstvene tačke za biometriju lica. Na lici je prikazana mreža lica koja je jedinstvena za svakog čovjeka. Iz navedene mreže se, slično otisku prsta, definiše jedinstven podatak. Ovaj podatak se upisuje u dokument, te koristi kod mašinski i elektronski čitljivih dokumenata. Prema ICAO standardima se podatak upisuju u dokumenta, a prema BiH propisima i u centralne registre pasoša.

Ovako definisani podacima se upisuju u lična dokumenta, odnosno u centralne evidencije ličnih dokumenata. Sve zemlje članice UN su preuzele obezbe da na način kako se definiše ICAO dokumentom 9303 upisuju podatke. Na ovaj način se uspostavlja globalna interoperabilnost kod razmjene podataka iz dokumenata. Prema standardima ICAO se kreira oprema za mašinsko očitavanje podataka i na taj način se ubrzava protok ljudi preko granica, uz garanciju sigurnosti. Svako lice koje se pojavi na bilo kojoj granici na planeti, predajom svog dokumenta pristaje da mu se provjere podaci, a samim tim da mu se utvrdi identitet.

Prema ICAO podacima, za biometriju fotografije kod mašinski čitljivih dokumenata se u preko 85% slučajeva vrše pogađanja, za biometriju otiska prsta i zjenice oka, stepen pogađanja je preko 60%. Veoma često se koristi kombinacija ova dva biometrijska podatka, a što je slučaj u sistemu dokumenata u Bosni i Hercegovini.

Karakteristike ponašanja mogu biti svojeručan potpis ili snimak glasa. Za potpis se mjeri karakteristična brzina pisanja, snaga pritiska i izvlačenje određenih karakterističnih slova. Prema ICAO podacima, ispod 50% je pogađanja kod ove vrste biometrijskog podatka. U centralnim evidencijama Bosne i Hercegovine se nalazi podatak svojeručan potpis u vidu fotografije potpisa koji se elektronski uzima od lica prilikom akvizicije podataka.



Slika 2: Mreža biometrije lica

U stavu 1 tačka a) Pravilnika o sadržaju i načinu vođenja evidencija navedenog člana kao sadržaj evidencije se navodi JMB građanina. U pravnom sistemu bivše Jugoslavije uveden je pojam jedinstvenog matičnog broja (PIN na engleskom - personal identification number). Ovaj broj jedinstveno određuje lice na osnovu datuma i mjesta rođenja, te pola osobe. Ovim brojem je uvedena veza između evidencija, tako da se čuva integritet podataka. Hijerarhijski su uvezene evidencije na način da je na najvećem nivou evidencija JMB sa osnovnim podacima o licu, kao što su ime, prezime, datum i mjesto rođenja i podaci o roditelju i polu. Preko JMB, ovi podaci se nasljeđuju u druge evidencije, konkretno u evidenciju pasoša.

Iako je JMB jedinstven, u praksi se dešavaju situacije da jedan broj može imati više lica. Tu situaciju prepoznaje i Zakon o jedinstvenom matičnom broju državljana Bosne i Hercegovine te se predviđa postupanja organa u ovim slučajevima²³. Dakle, iako ima namjeru da jedinstveno određuje lice, u praksi se dešava situacija koja je pokazala da dva lica mogu imati isti JMB ranije određen od strane nadležnih organa ili da jedno lice može imati više JMB. Ove situacije nastaju administrativnim greškama ili kriminalnim namjerama. Jedinstveni matični broj u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine se generiše na način da je za lice čitljiv pol, godine i čak region gdje je lice rođeno. Po prirodi zaštite ličnih podataka, ovi su sve podaci koji mogu da dovedu do diskriminacije, te je neophodno da podliježu posebnim mehanizmima zaštite ličnih podataka.

Dakle, biometrijski podaci se ističu kao merljivi podaci koji se pohranjuju u centralnim evidencijama i koji jednoznacno, sa određenim procentom vjerovatnoće određuju lice, nosioca identiteta.

Prikupljeni biometrijski podaci se pohranjuju u evidencije putnih isprava, ali i nose se na sam pasoš prema ICAO standardima.

Biometrijski podatak predstavlja lični podatak koji je samo i isključivo vezan za čoveka. Od ključnog značaja je zaštita i kontrola pristupa ovim podacima. U pravilu, biometrijskim podacima se može pristupiti samo prema nalog Suda. Pravilnikom o sadržaju i načinu vođenja evidencija je definisano da se samo odlukama Suda ili po nalogu Tužilaštva može pristupiti biometrijskim podacima.²⁴

²³ Članom 28 Zakona o jedinstvenom matičnom broju državljana Bosne i Hercegovine (“Službeni glasnik BiH”, broj 32/01, 63/08,103/11, 87/13)., u stavovu 1 je predviđena situacija nepravilno dodjeljenog JMB: “Ukoliko nadležni organ licu nepravilno dodijeli JMB, taj JMB se poništava i dodjeljuje mu se novi JMB.”, a u stavu 2 situacija kada se pogrešno dodjeli JMB na sledeći način: “Ukoliko nadležni organ pogrešno dodijeli licu dva ili više JMB-a, prvi dodijeljeni JMB je važeći, a ostali se poništavaju.”

²⁴ Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencija (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine 55/15), u članu 25 stav (2) navodi sledeću odredbu: „Podaci vezani za otisak prstiju će se prenositi ukoliko postoji nalog suda ili tužilaštva, odnosno u drugim slučajevima propisanim Zakonom o zaštiti ličnih podataka ili međunarodnim ugovorom. O prenosu ovih podataka posebno rješenje donosi direktor Agencije.“. Slične odredbe se nalaze u članu 19 stav (2), članu 31 stav (2), članu 50 stav (2) i članu 53 stav (2) ovog Pravilnika

Posedovanje biometrijskih podataka je direktno vezano sa pravom čoveka na privatnost i ličnu slobodu. Primjenom modela biometrijskih podataka, svaki čovjek dobiva jedinstvenu šifru, koja je vezana sa njegovom prirodom i suštinom. Ovakvo uspostavljane evidencije svih biometrijskih podataka predstavljaju izuzetno moćno sredstvo u rukama državnog aparata koje utiče na pravo na slobodu i privatnost. Zato su izuzetno bitni jasni i transparentni mehanizmi kontrole i zaštite podataka.

Regulativa EU ne dozvoljava da se podaci o otiscima prstiju ili drugim biometrijskim parametrima nalaze u centralnim registrima. Naime, za potrebe sistema pasoša EU zemalja, biometrijski podaci se uzimaju od građana i unose u pasoš, a zatim uništavaju, odnosno ne dostavljaju se u centralne ili bilo kakve druge evidencije, odnosno baze podataka. Ovakvi podaci se samo unose u elektronski dio pasoša i građanin ga nosi sa sobom. Za očekivati je da se u narednom periodu i zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini usaglasi sa zakonodavstvom EU, tako da se još rigoroznije čuvaju lični podaci.

Zakonom o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka BiH je, kao kontrolni mehanizam uvedena obaveza da se podaci o svakom pristupu elektronski čuvaju 10 godina kroz uspostavu evidencije logova²⁵. Dakle, svaki pristup bilo kom podatku iz evidencija pasoša je elektronski sačuvan, a obavezno se navode podaci o licu koje je dalo nalog za pristup, te o razlogu pristupa. Za pristup biometrijskim podacima je neophodna odluka Suda, a kako je ranije navedeno.

Prilikom izdavanja pasoša u Bosni i Hercegovini, kako bi se obezbjedila garancija da jedno lice ne može imati više putnih isprava, uveden je mehanizam provjere svih otisaka prstiju i fotografija koji je automatski i na koji službenik nema uticaja. Prilikom predaje zahtjeva za pasoš od lica se uzimaju otisci prstiju i fotografija. Nakon toga se utvrđuju dodatne provjere podataka u upisima u matične knjige i, konačno se provjerava baza podataka otisaka prstiju i utvrđuje da li lice sa takvim otiscima prstiju već posjeduje pasoš Bosne i Hercegovine, pod drugim identitetom. Koristeći određene softverske mehanizme provjere, utvrđuje se stepen vjerovatnoće da su isti ili slični otisci prstiju ili fotografija. Ako se desi neki stepen vjerovatnoće, onda se prosleđuje informacija ovlaštenim policijskim službenicima koji utvrđuju pravo stanje²⁶.

²⁵ Članom 9 stav 3 tačka f) Zakona o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podatka Bosne i Hercegovine (Službenik glasnik Bosne i Hercegovine broj 56/08) obavezuje da se čuvaju zapisi o svim pristupima ličnim podacima 10 godina, a to je regulisano na sledeći način: „Agencija mora elektronski dokumentovati sve zahtjeve i sve informacije koje su joj date na rapoložanje, najmanje 10 godina od dana podnošenja zahtjeva. Svaki javni organ može ostvariti pristup informacijama putem zahtjeva koje podnese. Organ Bosne i Hercegovine koji se bavi zaštitom podataka ima puni pristup ovim evidentiranim podacima, s ciljem osiguranja zakonitosti rada Agencije i zakonitosti zahtjeva“

²⁶ Na web stranici www.iddeea.gov.ba su objavljeni je Odluka o Standardima zaštite na lokacijama i preporuka za rad službenika nadležnih organa Verzija 3. broj Broj: 15-04/45-2-137/15 od: 13.03.2015. godine. Ovim dokumentom su usvojeni Standardi zaštite na lokacijama i preporuka za rad službenika nadležnih organa Verzija 3. od 13.03.2015. godine, a čiji prilog 2 su Minimalni sigurnosni standardi za rukovanje i izdavanje mašinski čitljivih (i drugih) pasoša te drugih dokumenata na osnovu kojih se izdaju pasoši (ICAO preporučene standardne prakse za vlade u svijetu) koji su modifikovani od strane Agencije za identifikacione dokumente, evidenciju i

Sistem identifikacionih dokumenata jedne zemlje je neophodno izraditi na način da garantuje da je nosilac ličnog dokumenta zaista i nosilac identiteta. Sistem identifikacionih dokumenata je dio globalnog sistema koji garantuje slobodu kretanja, ali i pravo na bezbjedno okruženje. U takvom sistemu, svaki pojedinac koji je nosilac putne isprave je jednako odgovoran da daje tačne i istinite podatke po pitanju svog identiteta, kao i organ koji izdaje dokumenta, te organ koji vrši kontrolu dokumenata na granici. Svaki nedostatak ovog sistem ili nepravilna upotreba može dovesti do ugrožavanja ljudskih prava.

ZAKLJUČAK

Ustavom Bosne i Hercegovine su garantovane osnovna ljudska prava i slobode. Pravo na slobodu kretanja i pravo na privatnost se mogu ograničavati zbog razloga ugrožavanja prava na ličnu bezbjednosti. Pravo na slobodu kretanja se ograničava i limitira obavezom posedovanja pasoša i evidencije podataka o pasošima u centralnim evidencijama. Evidencije i dokumenta se uspostavljaju u skladu sa međunarodnim standardima. Podaci se čuvaju na način da postoje garancije da neće biti nezakonito upotrebljeni, odnosno da su uspostavljeni kontrolni mehanizmi zaštite podataka. Građanima Bosne i Hercegovine, ukoliko želi da ostvari pravo na putovanje i slobodu kretanja, podnosi zahtjev za izdavanje pasoša. Podnošenjem zahtjeva, obavezan je priznati pravo državi da posjeduje njegove lične, pa čak i biološke podatke. Država se, kroz Ustav i zakone obavezala da će ove podatke isključivo zakonito obrađivati i to samo u svrhe i u mjeri u kojoj je to neophodno, a da se ne ugroze prava drugih ljudi. Dakle, država se obavezala da neće učiniti zloupotrebu ličnih podataka. Građanin Bosne i Hercegovine u svakom momentu može tražiti informacije o tome kako se obrađuju i čuvaju njegovi lični podaci

Ustavom se, dakle, garantuju osnovne slobode i ljudska prava. Svako garantovana ljudsko pravo se može konzumirati do mjere dok se ne ugrožavaju prava drugih ljudi. Odnos prava na slobodu kretanja i prava na privatnost prema pravu na ličnu slobodu i bezbjedno okruženje je međusobno ograničavajući. Neophodno je naći optimalan odnos između mehanizama kojima se garantuje pravo na slobodu kretanja u odnosu na pravo na bezbjedno okruženje. Kao efikasno sredstvo, koriste se biometrijski podaci. S obzirom na prirodu biometrijskih podataka, neophodno je garantovati da ovi podaci neće biti zloupotrebljavani. Biometrijski podatak se može smatrati jedinstvenom šifrom, odnosno brojem čovjeka, tako da se ovi podaci moraju koristiti izuzetno oprezno, te u obimu kojim je to neophodno uz garantovane sve mehanizme zaštite ličnih podataka i privatnosti. Sa aspekta Rusoovog Društvenog ugovora, u kojem se garantuju prirodna prava čovjeka, može se posmatrati da je na sceni svojevrsna modifikacija ovog ugovora u Globalni ugovor, u kome svijet sa jedne strane garantuje pravo na slobodu kretanja i na bezbjedno okruženje svakom pojedincu, a pojedinac državama predaje dio svoje privatnosti kroz predaju biometrijskih podataka. Predajom ovih podataka, pristaje da ga kod svakog prelaska granice

razmjenu podataka BiH. U prilogu 2 Minimalni sigurnosni standardi za rukovanje i izdavanje mašinski čitljivih (i drugih) pasoša te drugih dokumenata na osnovu kojih se izdaju pasoši se u poglavlju 9.9 Sistemi provjere (ili upoređivanja) imena i biometrijskih podataka je navedno kroz tačku 9.9.1 sledeće „Centralni sistem u BiH će, pored JMB, vršiti provjere da li lice sa istim biometrijskim podacima već ima dokument pod drugim identitetom.“. Autor ovog rada Mr Siniša Macan je idejni tvorac modifikacije ICAO preporuka u Bosni i Hercegovini, a koji prilagođeni uslovima u Bosni i Hercegovini.

ili slične upotrebe dokumenta njegove prirodne iskonske karakteristike budu podvrgnute provjeri. Da li ovakav način ugrožava osnovno ljudsko pravo na privatnost, isključivo zavisi od mehanizama kontrole i provjere. Ono što je sigurno, jeste da se globalno garantuje pravo na slobodu kretanja, koje se može ograničiti pravom na bezbjedno okruženje, a čovjek, davanjem biometrijskih podataka pristaje da svaki put bude provjeravan da li postoji sumnja da ugrožava drugom pravo na bezbjednost. Kako bi se ubrzao protok putnika osmišljen je sistem međunarodnih standarda koji podrazumjevaju da se prikupljaju biometrijski podaci, pohranjuju u dokumentima, što omogućava brze provjere na granicama i smanjuje rizik da se bezbjedonosno sumnjiva lica olakšano kreću. Na ovaj način je stvoren svojevrsan odnos u kome globalni svijet garantuje brzo i bezbjedno putovanje, a svaki pojedinac dio svoje privatnosti u vidu biometrijskih identifikatora predaje državama članicama UN na upravljanje. Dakle, izvršena je integracija pravnih normi i tehničkih rješenja na primjeru konzumacije prava na slobodu kretanja i prava na bezbjedno okruženje.

LITERATURA

- Dejtonski mirovni sporazum i Ustav BiH.
- ICAO Introduction Part, ICAO 9303 - Machine Readible Travel Documents, Seventh Edition, Montreal: ICAO, 2015.
- ICAO, Part 9, ICAO 9303 - Machine Readible Travel Documents, Deployment of Biometric Identification and Electronic Storage of Data in eMRTDS, Seventh Edition, Montreal: ICAO, 2015.
- ICAO, www.icao.int, Montreal, Canada: ICAO, 2017.
- IATA, www.iata.org, Montreal: IATA, 2017.
- Parlamentarna Skupština Bosne i Hercegovine, Zakon o putnim ispravama državljana Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", broj 4/97, 1/99, 9/99, 27/00, 32/00, 19/01, 19/01, 47/04, 53/07, 15/08, 33/08, 39/08, 60/13), Sarajevo: Službeni glasnik BiH, 1997.
- Parlament BiH, Zakon o Agenciji za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podatka Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH 56/08), Sarajevo: Službeni glasnik BiH, 2008.
- Parlamentarna skupština BiH, Zakon o jedinstvenom matičnom broju državljana Bosne i Hercegovine ("Službeni glasnik BiH", broj 32/01, 63/08, 103/11, 87/13), Sarajevo: Službeni glasnik BiH, 2001.
- P. R. Cook, Human Computer Interface Technology, Biometrics Introduction and Issues,, , Princeton, New Jersey, USA: Princeton University, October 21, 2002.
- R. Kuzmanović and S. Karan, Ustavno pravo, Banja Luka: Aperion, 2015.
- Savjet ministra BiH, Pravilnik o sadržaju i načinu vođenja evidencija (Službeni glasnik BiH 55/15), Sarajevo: Službeni glasnik BiH, 2015.
- S. Macan, Identifikacioni Menadžment, Beograd: INFO M, 2005.
- S. Karan, Oblik državnog uređenja u Bosni i Hercegovini,, Banja Luka: Aperion, Godišnjak Pravnog fakulteta, Naučno-stručni časopis iz oblasti pravnih nauka broj 4, 2014.
- S. Karan, Institucije Bosne i Hercegovine u oblasti bezbjednost - Ustavopravni okvir, Bezbjednost – Policija - Građani, Banja Luka: Časopis MUP Republike Srpske, br 3-4/10, ISSN 1840-0698, UDK 351.74, 2010.
- S. Karan, Nadležnost institucija Bosne i Hercegovine u oblasti bezbjednosti-politički i ustavni aspekt – Bezbjednost – Policija- Građani, Banja Luka: Časopis MUP Republike Srpske, 1/08, 2008.
- S. Karan, Revizija Dejtonsko-Pariškog mirovnog sporazuma u funkciji unitarizacije Bosne i Hercegovine, Beograd: Bezbjedonosni forum, Evroazijski bezbjedonosni forum, broj 2/16, UDK 327.56, ISSN 2466-4448, COBBIS.CP-ID 223673868, 2016.
- S. Karan - Koljević, Referat, Globalni bezbjednosni rizici i prijetnje - Tendencije nove bezbjednosne politike, Banja Luka: Zbornik radova deveti međunarodni naučni skup dani bezbjednosti,

- Fakultet za bezbjednosti i zaštitu, ISBN 978-99955-23-58-9 COBISS.RS-ID 5935640, 1.7.2016.
- S. Karan, Pravo na bezbjednost, slobodu i ličnu sigurnost-ustavnopravni okvir – Bezbjednost – Policija - Građani, Banja Luka: Časopis MUP Republike Srpske, 2010.
- S. Karan, Pravo na pravično suđenje u Bosni i Hercegovine, Kopaonik, Srbija: Kopaonička škola prirodnog prava, Pravni život - časopis za pravnu teoriju i praksu broj 12/11, ISSN 0350-0500, UDK 34(497.11)(05), 2011.
- S. Karan, Pravo na slobodu izražavanja - Odgovornost za javno iskazanu riječ-, Zbornik radova, Međunarodni dan ljudskih prava, Tematska sjednica Odbora za predstavke, prijedloge i društveni nadzor, Banja Luka: Narodna skupština Republike Srpske, 10.12.2009.
- S. Macan and S. Nogo, Upotreba biometrijskih podataka i njihova razmjena u ID sistemima u BiH, Jahorina: INFOTEH, Vol.11,Mart,2012..
- S. Macan, ID card-digital identity-security and services, Abu Dhabi, UAE: ID World Conference, 2014.
- www.iddeea.gov.ba, www.iddeea.gov.ba, Banja Luka: Agencija za identifikaciona dokumenta, evidenciju i razmjenu podataka, 2017.

Prof. Siniša Karan Ph.D

General Secretary of the President of the Republic of Srpska; Associate Professor, Pan European University „Apeiron,, Banja Luka, Faculty of Law Sciences; e-mail: sinisa.n.karan@apeironedu.onmicrosoft.com

Siniša Macan L.L.M.

LLM, Technical Sciences

Constitutional Right to Privacy, Freedom of Movement and Residence by Use of Biometric Data

Abstract: The Constitution of Bosnia and Herzegovina, Article 2 defines human rights and fundamental freedoms that are guaranteed in the territory of Bosnia and Herzegovina, and in paragraph 3 of this Article is enumerated a catalog of guaranteed human rights and freedoms. The right to liberty, security, privacy and family life and the right to freedom of movement and residence are consumed in an environment that is regulated by a number of laws and regulations in the legislation of Bosnia and Herzegovina. Fundamental human rights and freedoms cannot of absolute and may be limited realization of the right to a safe environment. Constitution of Bosnia and Herzegovina regulates that will establish a central register of all passports, which implies the establishment of the register persons who are citizens of Bosnia and Herzegovina, and for issuing passports. Freedom of movement is therefore limited by the obligation to persons registered and issued them passports. In the process of issuing passports citizen submits biometric data, in accordance with international standards. This shall be done for the purpose of regulating the right to freedom of movement with the guarantee of the right to a safe environment. Passports must be made in accordance with international recommendations and standards defined by the UN specialized agency for air traffic ICAO. The passports are entered biometric and other data of the passport holder in such a way that they must be machine-readable and electronic readable. According to ICAO standards are created and readers at border crossings to ensure an efficient and quick readability of passports. Each state must provide mechanisms that guarantee the identity of each holder of the passport. Every single issued passport in every country is the guarantor of international security, and each piece of data, including biometric must be kept in a way that guarantees the right to privacy. This paper presents an overview of the optimal relationship that is necessary to establish a basic human rights, and limitations of these rights in the allocation of a small security using biometric data and are presented with safeguards against abuse of biometric data.

Keywords: Freedom of movement, a safe environment, a register of biometric data, the mechanisms of protection of personal data, data exchange, global interoperability.

DOI: 10.7251/GFP1707146A

UDC: 336.221+336.1/5

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
10. maj 2017.*Datum prihvatanja rada:*
27. jun 2017.

Evolucija pravičnosti poreza: Od načela finansijske teorije do globalnog koncepta oporezivanja

Rezime: Načelo pravičnosti poreza svrstava se u socijalno-politička načela finansijske teorije. Njegova primjena u poreskim sistemima savremenih zemalja treba da osigura ravnomjerno oporezivanje „između jednakih“ i redistribuciju dohotka i bogatstva „između nejednakih“ pojedinaca. Horizontalna pravičnost poreza podrazumijeva da se „jednaki oporezuju jednako“, odnosno da osobe sa istom ekonomskom snagom (dohotkom, prihodima, imovinom) trebaju u istoj mjeri doprinosti državi za javna dobra i usluge koje zauzvrat dobija od nje. Vertikalna pravičnost oporezivanja se osigurava na način da se pojedinci oporezuju u skladu sa njihovom ekonomskom snagom, što znači da bogatiji pojedinci treba da plaćaju veće poreze. Era globalizacije finansijskih i ekonomskih tokova dovela je do transformacije načela pravičnosti poreza iz nacionalnog načela, nužnog za kreiranje pravičnog nacionalnog poreskog sistema, do globalnog koncepta fer oporezivanja, koji bi trebao osigurati pravičnu podjelu poreskog tereta između zemalja.

Ključne riječi: načelo pravičnosti poreza, pravično oporezivanje.

*Prof. dr***Dinka Antić**

*Vanredni profesor na Fakultetu
pravnih nauka Panevropskog
univerziteta „Apeiron“,
Banjaluka i šef Odjeljenja za
makroekonomsku analizu
Upravnog odbora Uprave za
indirektno oporezivanje BiH,
Banjaluka
dinka.s.antic@apeiron-edu.eu*

UVOD

Načela oporezivanja, kao segment normativne ekonomije, nužna su za vrednovanje različitih prijedloga i mjera u području poreske politike. U dugom vremenskom razdoblju razvoja čovječanstva finansijska (fiskalna) načela su imala primat u odnosu na ostala, u to vrijeme, poresko-tehnička načela. Fiskalni cilj, kojeg država (fiskus) realizira prikupljanjem sredstava putem poreza, ostao je primarni cilj oporezivanja u većoj ili manjoj mjeri sve do danas. Fiskalna načela su i dalje ostala vodeća načela, s tim da su ekonomska načela počela dobijati na sve većem značaju uporedo sa jačanjem uloge države i razvojem ekonomske misli, tako da porezi postaju instrument poreske/fiskalne politike i važna poluga makroekonomske politike savremenih država. Polovinom XX vijeka, pod utjecajem teorije blagostanja i socijalne države, javljaju se i socijalnopolitička načela pravičnosti i ravnomjernosti oporezivanja. Porezi postaju instrument socijalne politike i politike redistribucije dohotka i bogatstva. Pod utjecajem civilnog društva i razvojem demokratije savremene države nastoje osigurati pravičnost

u oporezivanju, u smislu da se „jednaki oporezuju jednako“, odnosno da osobe sa istom ekonomskom snagom (dohotkom, prihodima, imovinom) trebaju u istoj mjeri doprinostiti državi za javna dobra i usluge koje zauzvrat dobija od nje. Osim horizontalne pravičnosti oporezivanja „između jednakih“ finansijska teorija zahtijeva postojanje vertikalne pravičnosti oporezivanja „između nejednakih“, vodeći se načelom da se pojedinci oporezuju u skladu sa njihovom ekonomskom snagom.

Evolucija ciljeva oporezivanja je dovela do transformacije poreskih struktura, što se odrazilo i na normativni aspekt oporezivanja. Dok se u XX vijeku načelo pravičnosti fokusiralo na osiguranje pravičnosti oporezivanja različitih pojedinaca u određenom društvu u okvirima nacionalnog poreskog sistema, pojavom globalizacije i ekspanzijom međunarodnih poslovnih i finansijskih transakcija nacionalni normativni okviri oporezivanja postaju preuski. Tradicionalna finansijska poreska načela, koja su modificirana intenzivnijom primjenom ekonomskih i socijalnih načela, pojavom novih poreskih oblika uloge i oblika poreza, dobijaju i cjelovitu globalnu dimenziju. U tom smislu i načelo pravičnosti oporezivanja se preobrazilo iz nacionalnih okvira u globalni koncept pravičnog oporezivanja (engl. *fair taxation*), koji bi trebao osigurati pravičnije oporezivanje između zemalja, pogotovo u cilju smanjenja jaza u razvoju između razvijenih i nerazvijenih zemalja. Osim toga, pravičnost oporezivanja na globalnom nivou trebala bi doprinijeti smanjenju ili eliminaciji globalnih prijetnji koje proistječu iz nelegalnih i neoporezovanih finansijskih tokova, poput terorizma, trgovine narkoticima i ljudima i sl.

Rad ima za cilj da analizira teorijske fundiranosti načela oporezivanja i istraživanja različitih aspekata pravičnosti poreza. U prvom dijelu rada analizira se konceptualna osnova načela pravičnosti u klasičnoj finansijskoj teoriji, različite dimenzije pravičnosti poreza, te interakcije, konflikti i proturječnosti načela pravičnosti u odnosu na ostala načela oporezivanja. U drugom dijelu rada predstavljena je evolucija načela pravičnosti oporezivanja od nacionalnog aspekta do globalnog koncepta oporezivanja, te je ujedno i analizirana sadržina globalne dimenzije pravičnosti poreza. Treći dio rada fokusiran je na perspektive implementacije globalnog koncepta pravičnosti poreza, naznačeni su glavni problemi i mogući pravci razvoja u neposrednoj budućnosti.

NAČELO PRAVIČNOSTI U FINANSIJSKOJ TEORIJI

Adam Smith, u svom djelu „Bogatstvo naroda“ (1776: 676), formulirao je četiri kanona oporezivanja. Kanon prema kojem su građani dužni da sudjeluju u podmirenju potreba države srazmjerno dohotku koji uživaju pod njezinom zaštitom predstavlja načelo pravičnosti ili ravnomjernosti. Država, između ostalog, distributivnu funkciju ostvaruje primjenom načela ravnomjernosti kod oporezivanja. Sistemom oporezivanja, oduzimanja dijela dohotka od bogatijeg sloja građana, država nastoji da poboljša socijalni položaj siromašnijih slojeva. Smith poredi izdatke vlade pojedincima sa izdacima upravljanja zakupcima na imanju, koji su dužni da doprinose srazmjerno udjelima u imanju i zaključuje da zanemarivanje te maksime predstavlja nepravično oporezivanje, a njeno poštivanje pravično oporezivanje. Prema Smithu svaki porez koji terete jedan od tri izvora prihoda (rentu, profit i plate) je nužno nepravičan, ukoliko ne utječe na ostala dva.

Richard Musgrave (1984), prilikom elaboracije poželjnih karakteristika poreskog si-

stema, apostrofirao je značaj načela pravičnosti. Smatrao je da distribucija poreza treba biti pravična na način da svako treba da plati „fer udio“ poreza. Prema Stiglitzu (2008) postoji pet osnovnih principa oporezivanja, među koje svrstava i načelo pravednosti poreskog sistema, koje podrazumijeva osiguranje jednakog poreskog tretmana prema licima istog ili sličnog materijalnog stanja, odnosno progresivno oporezivanje lica sa višim dohocima koji lakše mogu da podnesu poreski teret.

Vertikalna vs horizontalna pravičnost

Pravičnost oporezivanja ima dvije strane. Formalnu stranu pravičnosti oporezivanja čini univerzalnost poreske obaveze, a materijalnu ravnomjernost oporezivanja.

Univerzalnost poreza podrazumijeva da sva lica moraju učestvovati u plaćanju poreza. Univerzalnost poreske obaveze je propisana ustavom. Prema ustavu svi građani su dužni plaćati poreze prema ekonomskoj snazi. Ovaj apstraktan zahjev, koji je upućen ka nepoznatom građaninu – potencijalnom poreskom obvezniku, predstavlja formalni uvjet pravičnosti poreskog sistema. Načelno, ovaj zahtjev se u pravilu odnosi na rezidente (rjeđe na državljane), ali i na nerezidente ukoliko se primjenjuje teritorijalni princip oporezivanja prema poreskom izvoru. Formalna univerzalnost poreza se u savremenim državama podrazumijeva, no, istorijska analiza evolucije oporezivanja ukazuje na relativno skoriji nastanak ovog principa. Naime, princip univerzalnosti poreza javlja u vrijeme Francuske revolucije, kada su pod geslom „jednakost, bratstvo, sloboda“ 1790.g. ukinute poreske privilegije viših (prvog i drugog) staleža, a u ostalim evropskim državama tek sa pojavom industrijske revolucije u XIX vijeku (Popović, 2009). Međutim, ukidanjem staleških poreskih privilegija nije ukinut povlašteni poreski tretman u cjelini. Ni savremeni poreski sistemi nisu imuni na pokušaje da se uvedu poreske olakšice za određene kategorije obveznika. Poreske privilegije javljaju se u obliku oslobađanja, odbitaka, nižih stopa poreza ili poreskog kredita. Prema cilju uvođenja mogu se sistematizirati na političke, ekonomske, poresko-tehničke, finansijske i socijalno-političke, koje su u praksi najčešće. Politički aspekt socijalnih olakšica je značajan, budući da su vrlo često posljedica predizbornih obećanja političkih elita na vlasti. Socijalne olakšice se uvode u cilju ostvarenje redistribucije dohotka i ostvarenja ciljeva socijalne i demografske politike. Za socijalne poreske privilegije, u smislu neoporezivanja egzistencijalnog minimuma, zalagali su se još i A. Smith i J.S. Mill, pravdajući to teorijom jednakosti žrtve (Ekelund i Hébert, 2007).

Načelo pravičnosti oporezivanja je potrebno ostvariti u poreskom sistemu horizontalno, prema pojedincima koji imaju isti dohodak, ali i vertikalno, u relacijama između pojedinaca sa različitom visinom dohotka. Načelo *horizontalne pravičnosti* nalaže da lica sa istom ekonomskom snagom treba da plate isti iznos poreza. Za uspostavu horizontalne pravičnosti oporezivanja nije dovoljno uporediti dohotke, jer lica sa istim dohocima ne moraju imati istu ekonomsku snagu ukoliko jedno od njih je samac, a drugo ima nekoliko izdržanih članova domaćinstva. Fiskalne vlasti nastoje uspostaviti horizontalnu pravičnost uvođenjem ličnog odbitka i odbitka za izdržavane članove domaćinstva. Načelo *vertikalne pravičnosti* u oporezivanju nalaže da lice sa većom ekonomskom snagom treba da plati veći porez u odnosu na lice s manjom ekonomskom snagom. Primjena ovog načela otvara pitanje primjene progresivnih stopa poreza na dohodak, odnosno visine žrtve koju obveznik treba da snosi zato što je član određene zajednice (Musgrave, 1984).

Literatura iz finansijske teorije daje primat horizontalnoj pravičnosti kao primarnom pravilu, jer postoji saglasnost da se sve osobe u sličnom okolnostima trebaju oporezovati na sličan način, dok kod vertikalne pravičnosti postoji problem na koji način ostvariti jednak poreski tretmana nejednakih, zbog čega je ostvarenje vertikalne pravičnosti kontroveržno pitanje javnih finansija. Ili, drugim riječima, u osnovi horizontalne pravičnosti jeste izbjegavanje diskriminacije jednakih u poreskom sistemu, dok se u osnovi vertikalne pravičnosti nalazi problem kreiranja adekvatne nejednakosti u poreskom sistemu između nejednakih pojedinaca u pogledu ekonomske snage koja se oporezuje (Musgrave, 1959). Tradicionalna Pigovijanska finansijska teorija primat daje načelu vertikalne pravičnosti smatrajući je osnovnim pravilom pravičnosti i neovisnom normom za dizajn poreskog sistema, dok se horizontalna pravičnost smatra izvedenom normom i posljedicom vertikalne pravičnosti (Kaplow, 1989). Uovoljavanje vertikalnoj pravičnosti uvijek vodi horizontalnoj pravičnosti. Obrnuta relacija ne vrijedi, jer postojanje horizontalne pravičnosti ne garantira ujedno i postojanje vertikalne pravičnosti. Štaviše, teoretičari utilitarizma smatraju da se horizontalna pravičnost može postići samo u savršenim okolnostima (Elkins, 2006). Na osnovu novijih istraživanja Musgrave (1990) zaključuje da su horizontalna i vertikalna pravičnost „dvije strane iste medalje”, iz čega implicira da su obje strane pravičnosti oporezivanja osnovna norma prilikom kreiranja poreskog sistema. U realnom svijetu moraju se praviti kompromisi (*trade-off*) između zahtjeva koje nalažu vertikalna i horizontalna pravičnost, odnosno između distribucije i redistribucije. U takvim okolnostima ostvarenje horizontalne pravičnosti predstavlja minimum pravičnosti oporezivanja. Ipak, apsolutna horizontalna pravičnost ne postoji, budući da poreske vlasti uvode i neproporcionalne poreze kako bi se ostvarili nefiskalni ciljevi (ekološki, zdravstveni) i nadoknadili eksterni troškovi koje određene kategorije obveznika (npr. pušači, konzumenti alkoholnih pića, potrošači derivata nafte i sl.) proizvode društvu (Cordes, 1999). S druge strane, da li će se postići vertikalna pravičnost ovisi o stepenu socijalne osjetljivosti i snazi političkih rasprava na koji način ostvariti vertikalnu pravičnost (proporcionalnim, progresivnim, regresivnim stopama i sl.).

Značaj definiranja i mjerenja horizontalne i vertikalne pravičnosti dobija na punom značaju tek prilikom kreiranja poreskih reformi. Feldstein (1976) je horizontalnu pravičnost oporezivanja objasnio na način da ukoliko dvije osobe imaju isti nivo koristi u situaciji kada su poreske stope neizmijenjene, onda bi trebale imati isti nivo koristi i nakon sprovođenja poreskih reformi ili mjera. Beach (2005) proširuje sadržaj načela pravičnosti šire od relativnog odnosa između dva poreska obveznika, bilo u vertikalnom, bilo u horizontalnom smislu, i uvodi načelo *buduće pravičnosti*, koje nalaže da poreska politika ne smije dovesti niti jednu kategoriju obveznika u nepovoljniji položaj u odnosu na druge u pogledu ostvarenja njihovih ekonomskih ciljeva. Horizontalna pravičnost podrazumijeva održavanje slične distribucije blagostanja prije i poslije oporezivanja, dok vertikalna pravičnost podrazumijeva ostvarenje redistribucije blagostanja između nejednakih pojedinaca. Postavlja se pitanje da li je moguće u realnim poreskim sistemima ostvariti pravičnu distribuciju i pravičnu redistribuciju. Elkins (2006) smatra da je takav dvojni cilj u osnovi iracionalan, da jenemoguće pomiriti zahtjeve za pravičnu distribuciju i pravičnu redistribuciju. Oni se zasnivaju na različitim principima, zahtijevaju različite poreske mjere i rezultiraju različitim poreskim strukturama. Imajući u vidu da je danas problem redistribucije u fokusu poreskih vlasti Elkins smatara da je potrebno odlučiti u kojoj mjeri treba

žrtvovati horizontalnu pravičnost da bi se osigurala vertikalna pravičnost oporezivanja.

Novije debate o horizontalnoj pravičnosti odražavaju dva različita razmišljanja o pravičnosti, koja se razlikuju u polazištima. Prvi pristup polazi od načela pravične raspodjele dohotka, resursa i koristi, na temelju kojih se kreiraju poreski propisi. Polazište drugog pristupa je analiza pravičnosti kao norme kao kompromisa između pojedinaca različitih moralnih stajališta i međusobno konfliktnih interesa (Lindsay, 2016). Autori smatraju da samo u idealnom društvu koje se temelji na idealu socijalne pravde horizontalna pravičnost nema svoju važnost. Međutim, u realnim društvima, u kojem postoji duboko moralno i empirijsko neslaganje u vezi sa poreskom politikom uvažavanje stanja pojedinaca prije oporezivanja dohotka predstavlja normativnu osnovicu koja može spriječiti konflikte u vezi sa distribucijom bogatstva nastale primjenom štetne i nepravedne poreske politike. Pri tome, ostvarenje horizontalne pravičnosti oporezivanja ostavlja otvoreno pitanje načina ostvarenja vertikalne raspodjele bogatstva (Lindsay, 2016).

Pristupi za ostvarenje pravičnosti

Postoje dva pristupa ostvarenju načela ravnopravnosti kao materijalne strane pravičnosti oporezivanja. Prvi pristup se temelji na primjeni načela koristi (engl. *benefit principle*), a drugi se zasniva na primjeni načela sposobnosti plaćanja poreza (engl. *ability-to-pay principle*). Polazište za navedenu diferencijaciju nalazi se u stajalištima Adama Smitha (1776), koji, definirajući kanon pravičnosti poreza. Smith ukazuje na potrebu da pojedinac snosi poreze srazmjerno prihodima, što korespondira načelu sposobnosti plaćanja poreza, a s druge strane, zahvatanje iz prihoda pojedinca na ime poreza pravda izdacima koje država ima prilikom osiguranja zaštite njenih građana, što korespondira načelu koristi.

Načelo koristi zahtijeva da obveznici plaćaju porez srazmjerno koristi koju povratno dobijaju od države. Da bi se utvrdila relacija između poreza i koristi potrebno je vrednovati korist, budući da je porez izveden prema visini dobijene koristi. Izračun koristi zahtijeva vrednovanje rashoda koji se odnose na pojedinog građanina, što je tehnički nemoguće precizno izračunati s obzirom da potrošnja javnih dobara građanin ovisi o nizu faktora (starosti, pola, radnog statusa, visine dohotka, nivoa obrazovanja, zdravstvenog stanja, kvarta, grada i regiona gdje stanuje, nivoa infrastrukture, razvijenosti kulturnih i sportskih institucija, zdravstvenih i socijalnih službi, geografske lokacije i podneblja, istorijskih i religijskih faktora, i dr.). U konačnici, potrošnja određenih javnih dobara ovisi i o preferencijama građana. Osim problema tehničke naravi primjena načela koristi može pojačati regresivnost poreskog sistema, s obzirom da je fokus samo na koristi, a ne i na dohocima iz kojih se finansiraju potrebe. Analitičari ističu da je primjena načela koristi kontraproduktivna budući da su mnogi socijalni programi vlada kreirani samo u cilju redistribucije resursa prema građanima sa niskim dohocima koji ne mogu da si priušte određena dobra i usluge. U tom slučaju bilo bi kontraproduktivno postaviti oporezivanje prema koristima koje pojedinci primaju od države (ITEP, 2011). Iako je primjena načela koristi krajnje kompleksna ipak postoje područja oporezivanja gdje se može primijeniti. Na primjer, načelo koristi se može primijeniti kod definiranja visine naknada, taksa i ostalih neporeskih prihoda države koje ona ubire od građana za dobra i usluge koje im osigurava zauzvat. Isto tako, načelo koristi se može uspješno primijeniti i kod koncepta namjenskih poreza koji se koriste za finansiranje određenih rashoda (Musgrave, 1984).

Načelo sposobnosti plaćanja poreza nalaže da obveznici plaćaju porez srazmjerno ekonomskoj snazi. A. Smith (1776) je smatrao da „*subjekti svake države treba da doprinesu podršci vlade, što je moguće više u srazmjeri sa svojim sposobnostima, odnosno u srazmjeri sa prihodima koje subjekt uživa pod zaštitom države*”. Obveznici koji imaju veću ekonomsku snagu plaćaju srazmjerno veći porez u odnosu na obveznike koji imaju manju ekonomsku snagu. Ekonomska snaga se manifestira u dohotku, prihodima i imovini. Iako je lakše utvrditi ekonomsku snagu nego visinu koristi kod načela koristi, nije jednostavno izmjeriti sposobnost plaćanja. Otkako je porastao značaj poreza na dohodak i dobit ekonomisti širom svijeta, pogotovo u SAD, raspravljaju o tome da li kao ekonomsku snagu za oporezivanje uzeti dohodak ili potrošnju. Prihodi predstavljaju doprinos pojedinca društvu, a potrošnja ono što pojedinac uzima od društva. Oporezivanjem prihoda *de facto* se oporezuje i štednja, dok to nije slučaj kod potrošnje.

DIMENZIJE PRAVIČNOSTI POREZA

Idealni poreski sistem *de facto* podrazumijeva definiranje idealnog poreskog objekta, odnosno idealne poreske osnovice, koja će omogućiti ostvarenje obje strane pravičnosti, i horizontalne, u smislu “jednakog oporezivanja jednakih”, i vertikalne pravičnosti, u smislu da oni sa širom idealnom poreskom osnovicom plaćaju veći porez (Banks i Diamond., 2010). Načelo pravičnosti oporezivanja je nužno poštivati prilikom kreiranja poreskog sistema da bi se osigurala socijalna dimenzija postojanja države. Porezi koji su regresivnog karaktera ili koji proističu iz primjene teorije apsolutne žrtve, koju svi građani moraju podnijeti u jendakom apsolutnom iznosu, bez obzira na dohodak i imovinu, u najvećoj mjeri pogađaju siromašnije slojeve stanovništva. Pravičnost u oporezivanju podrazumijeva uvažavanje visine ekonomske snage građana, a ne apstraktno definiranu poresku dužnost. U tom smislu, oporezivanje bi trebalo da slijedi teoriju proporcionalno jednake žrtve ili teoriju minimalne žrtve primjenjujući umjerenije progresivne stope poreza (Carver, 1904). Drugi razlog za osiguranje pravičnosti poreza jeste osiguranje integriteta poreskog sistema i sistema javnih prihoda i budžeta. Ukoliko porezi nisu pravični, ukoliko nisu umjereni u smislu stope i ostalih zahvatanja, odnosno ukoliko država ne osigurava za naplaćene poreze adekvatne protuusluge, u pogledu vrste, strukture i obima, građani će ukupan poreski sistem doživjeti kao nepravedan. Snaženje poreske nediscipline na duži rok dovodi do poreske evazije i ugrožavanja finansiranja budžeta, podriivanja pravnog, ekonomskog, političkog i socijalnog sistema. Prilikom procjene pravičnosti poreskog sistema moraju se sagledavati porezi integralno, sa svih nivoa vlasti. U složenim državama sa visokim stepenom fiskalne decentralizacije, u kojoj su nižim nivoima vlasti (srednji, lokalni) dodijeljene značajne nadležnosti za poreze moguća je pojava preklapanja poreza ili njihovog dupliciranja u odnosu na istu poresku osnovicu.

Nobelovac Mirrlees (2011) smatra da načelo pravičnosti ima više dimenzija. Najvažnija dimenzija pravičnosti je da se pojedinci sličnog stanja tretiraju slično u poreskom smislu. U osnovi se radi o fer distribuciji poreskog tereta, odnosno potrebi da se pomoću poreskih instrumenata izvrši redistribucija dohotka između bogatijih i siromašnijih slojeva društva. Horizontalna dimenzija pravičnosti oporezivanja se ne može procijeniti pomoću standardnih analitičkih alata, koji vrlo često proizvode dodatne horizontalne nejednakosti zbog nasumičnih poreskih kontrola i kreiranjem poreskih obaveza ovisno o kategorijama obveznika i njihovom svrstavanju u određene skale dohotka. Konceptualno

je teško izvršiti poređenje, jer postoje poteškoće u definiranju sličnosti, pri čemu se najčešće kao osnovni parametar uzima dohodak, dok se zanemaruju personalni faktori, kao npr. bračno stanje ili broj izdržanih članova domaćinstva i dr. Međutim, postoje snažna osporavanja uzimanja oporezivog dohotka kao mjerila ekonomske snage, jer postoje razlike prilikom definiranja dohotka, koje proizilaze iz različitih pristupa i teorija dohotka, a u suštini se odnose na problem (ne)uključivanja nestalnih i povremenih pritjecanja dohotka (Antić, 2012). Pored toga, u svakom poreskom sistemu postoje i dohoci koji su neoporezivi, oslobođeni poreza ili su izuzeti od oporezivanja. "Slično stanje" iz deficijencije pravičnosti poreza podrazumijeva slično blagostanje ili životni standard sličnog nivoa. S obzirom da zagovornici oporezivanja potrošnje smatraju da dohodak nije pravo mjerilo blagostanja te bi se reference u smislu pravičnosti trebale praviti u odnosu na potrošnju, postavlja se pitanje da li se horizontalna pravičnost poreza treba odnositi na jednake imaoce dohotka ili jednake potrošače (Elkins, 2006). Kategorija potrošnje je uvijek šira od dohotka. Razlozi za to su uključivanje potrošnje koja se finansira iz dohodaka koji nisu zarađeni u nacionalnoj ekonomiji (transferi i doznake izvana), potrošnje koja proizilazi iz korištenja kredita i pozajmica ili akumulirane štednje. Imajući to u vidu procjena pravičnosti poreskog sistema samo na osnovu poreza na dohodak podriva ne bi bila kompletna, budući da porezom nije obuhvaćena ukupno blagostanje obveznika. Prilikom mjerenja pravičnosti potrebno je voditi računa da se rezultati ne mogu jednako tumačiti. Ukoliko se nakon izvršene poreske reforme želi zadržati distribucija dohotka sa stajališta potrošnje koja je bila prije reforme takav pristup može dovesti i do neželjene redistribucije, jer bogatiji sloj stanovništva ima tendenciju da troši manje u odnosu na dohodak u odnosu na siromašniji sloj. Analitičari predlažu nekoliko solucija: da se odbaci potrošnja kao mjerilo blagostanja, jer obezvrjeđuje politike koje imaju za cilj redistribuciju između različitih slojeva, ili da se uzme strukturirano mjerilo koje će sadržavati i dohodak i potrošnju ili da se oba mjerila smatraju legitimnima, a primijenije se na način koji će omogućiti da se zadrži pravična distribucija prema jednom mjerilu uz određeni stepen redistribucije prema drugom mjerilu (Elkins, 2006).

Efekti poreske politike se procjenjuju u odnosu premisu da je najbolji poreski sistem onaj koji omogućava blagostanje građanima, bez obzira na proces koji dovodi do blagostanja. Pri tome se često zanemaruje činjenica da blagostanje može biti i rezultat izbjegavanja plaćanja poreza i poreske evazije. Osim toga, pravičnost poreskog sistema se procjenjuje na bazi raspodjele blagostanja između pojedinaca, a ne na osnovu procesa koji koji generira takvu raspodjelu (Shaw i dr., 2010).

Druga dimenzija pravičnosti poreza se odnosi na fer poreske procedure, ne samo u fazi implementacije poreskih zakona, već i procedura u ranoj fazi izrade poreskih propisa (Mirrlees, 2011). Fer pristup u oporezivanju u osnovi podrazumijeva javnost procedura i punu transparentnost postupka kreiranja i implementacije reformi kako bi svi poreski obveznici bili upoznati sa poreskom politikom, pogotovo ukoliko će biti pogođeni pojedinim mjerama. Treća dimenzija poreske pravičnosti se odnosi na legitimna očekivanja obveznika u pogledu izmjena poreskog sistema. Izmjene koje dovedu do neočekivanih gubitaka na dohotku, imovini, štednji se smatraju nepravičnim od strane obveznika. Budući da je teško ove gubitke izbjeći kreatori reformi vrlo često odustanu od reformi ili radikalnijih poreskih mjera zbog negativne percepcije javnosti (Mirrlees, 2011). U takvim okolnostima,

posljedice implementacije planiranih poreskih mjera se mogu u određenoj mjeri ublažiti većom transparentnosti procesa kreiranja poreske politike, što podrazumijeva dvosmjernan proces – upoznavanje javnosti (kompanija, građana obveznika, građana i koji plaćaju indirektno poreze) o poreskim reformama i poreskim mjerama, i otvorenost prema argumentima i prijedlozima obveznika. U savremenom društva pravičnost oporezivanja nije moguće ostvariti bez pune transparentnosti svih segmenata, procesa, procedura, kreiranja poreskih mjere, njihovog usvajanja i implementacije, izvještavanja o efektima, kontrole i revizije. Pri tome je potrebno osigurati i transparentnost inputa na kojima se temelji oporezivanje, pogotovo kad se radi o poreskim olakšicama, što u nekim segmentima može značiti i ugrožavanje privatnosti građana (Shaw i dr., 2010). Međutim, u takvim situacijama je potrebno balansirati potrebu za javnosti podataka kako bi se porezi razrezali na pravičan način u odnosu na zaštitu podataka koji se mogu smatrati ličnom, profesionalnom, komercijalnom ili industrijskom tajnom.

INTERAKCIJE IZMEĐU NAČELA PRAVIČNOSTI I OSTALIH NAČELA OPOREZIVANJA

Normativni pristup oporezivanju podrazumijeva postojanje seta načela, koja se, načelno, mogu svrstati u finansijska, ekonomska, socijalnopolitička i pravno-administrativna (Antić, 2012). Između načela oporezivanja postoje konflikti, tako da je vrlo često primjena jednog načela u sukobu sa nekim drugim načelom. Ekonomisti smatraju da postoji konflikt koji je u osnovi poreskog sistema kao takvog. Poreske vlasti dizajnom poreskog sistema žele da pomire i ekonomske i političke ciljeve, nastojeći da kreiraju poreski sistem koji je istovremeno i efikasan, u smislu da se minimiziraju gubici (tzv. “mrtvi teret”), i politički održiv, u smislu vlade i društva u cjelini (Alt i dr., 2010). Insistiranje na ekonomičnosti administriranja kod određenih poreskih oblika može da ugrozi načelo pravičnosti oporezivanja. Ukoliko se fiskalne vlasti zbog tehničke jednostavnosti primjene opredijele za oporezivanje dohotka po objektnom modelu, bez uzimanja u obzir ličnih, socijalnih ili ekonomskih okolnosti na strani poreskog obveznika, takav poreski sistem će biti ekonomičan sa stajališta troškova poreske uprave, ali neće biti pravičan sa aspekta društveno-ekonomskih ciljeva ostvarenja socijalnog društva i ravnomjernije raspodjele dohotka. Sličan je slučaj i sa uvođenjem PDV-a. Sistem sa jednom stopom PDV-a je daleko efikasniji nego što je sistem sa dvije ili više stopa PDV-a, ali takav sistem ispoljava snažne regresivne učinke na socijalni položaj stanovništva sa nižim dohocima. Prilikom kreiranja poreskog sistema ili uvođenja novih poreskih oblika potrebno je određeno balansiranje ciljeva i načela oporezivanja (*trade-off*). To je nužno i zbog činjenice da se u pogledu efikasnosti poreski sistem, kao mnoštvo poreskih oblika, ocjenjuje kao cjelina, što znači da nije nužno primijeniti sva načela oporezivanja kod determiniranja svakog pojedinog oblika oporezivanja, već da poreski sistem u cjelini treba da zadovolji zadata načela, s tim da postoji određeni redosljed značaja načela oporezivanja. Za neutraliziranje odstupanja od nekih od načela oporezivanja vlade posežu za različitim korektivima unutar poreskog sistema, kako bi se na najbolji način iskoristile prednosti svakog oblika oporezivanja. Tako se regresivnost sistema PDV-a sa jednom stopom na osobe sa nižim dohocima može neutralizirati progresivnim oporezivanjem građana sa višim dohocima. Korektivne mjere se mogu potražiti i izvan poreskog sistema. U gornjem primjeru regresivnost PDV-a se može ublažiti budžetskim instrumentima, odnosno ciljanim transferima prema ugroženim kategorijama građana.

Mirrlees (2011) smatra da je poimanje pravičnosti relativno, i da ovisi horizontu posmatranja. U kratkom horizontu posmatranja funkcioniranja poreskog sistema čini se da se vertikalna pravičnost može osigurati samo uvođenjem progresivnih stopa poreza, što se opravdava potrebom zahvatanja dijela ekstra dohotka bogatijeg sloja društva u cilju redistribucije prema siromašnijim slojevima putem budžetskih instrumenata (transfera, subvencija, socijalnih programa i sl.). Progresivnost se obično cijeni posmatranjem udjela poreza u odnosu na dohodak pojedinca ili domaćinstva najčešće u razdoblju od jedne godine. Na duži rok, zbog fluktuacija dohotka, potrebno je poreska davanja stavljati u odnosu na potrošnju. Slično je i sa regresivnošću PDV-a, koja je mnogo niža ukoliko se ukupno plaćeni PDV-e stavlja u odnos ukupno zarađenog dohotka u životnom vijeku pojedinca. Može se zaključiti da posmatranje funkcioniranja segmenata poreskog sistema samo u kratkom razdoblju i za potrebe statičke analize iskrivljava sliku o pravičnosti poreskog sistema, što povratno utječe i na odabir instrumenata za njeno ostvarenje.

Analize interakcija između načela oporezivanja se najviše fokusiraju na relacije između načela efikasnosti i načela pravičnosti. Načelo efikasnosti oporezivanja nalaže da porezi trebaju u što manjoj mjeri da utječu na ekonomske odluke privrednih subjekata. Ekonomski položaj privrednih subjekata na tržištu ne ovisi o poreskim preferencijama, već o preferencijama kupaca i efikasnosti interne ekonomije. Za ovo načelo se u literaturi i praksi sve više upotrebljava naziv načelo neutralnosti poreza. Mirrlees (2011) smatra da povećanje efikasnosti poreskog sistema na način da se povećava njegova neutralnost predstavlja prvi princip svake poreske reforme, koji, uz pravilan dizajn poreskog sistema, ima i dimenziju pravičnosti.

Holistički pristup dizajnu poreskog sistema podrazumjeva međuovisnost komponenti poreskog sistema. Ostvarenje neutralnosti na nivou poreskog sistema je nužno, ali su unutar sistema, kod pojedinih komponenti (npr. oporezivanja dohotka ili dobiti) društveno poželjna i određena odstupanja od neutralnosti (npr. „zeleni“ porezi). S druge strane, neka odstupanja od neutralnosti su nepoželjna, kao npr. oporezivanje rada i potrošnje, ali ne i luksuznih dobara ili dokolice. Mirrlees (2011) ne smatra da su načela neutralnosti i pravičnosti nužno u koliziji, već, naprotiv, poštivanje načela neutralnosti poreskog sistema je preduslov za ostvarenje načela pravičnosti oporezivanja. Vrlo često nastojanje da se kroz poreski sistem osigura boljitak građanima vodi smanjenju efikasnosti poreza, budući da se bolji socijalni položaj, kao indikator pravičnosti društva, osigurava povoljnijim poreskim tretmanom (oslobađanjima, nižim stopama, izuzimanjem iz oporezivanja, povratima i sl.). Veći stepen neutralnosti implicira i veći stepen jednostavnosti i pravičnosti oporezivanja. Istraživanja ukazuju na da su tri ključna faktora nužna za ostvarenje globalne pravičnosti jednostavnost, poresko opterećenje i transparentnost (Chittenden i Foster, 2008). Pored jasnih i jednostavnih pravila oporezivanja jednostavnost poreskog sistema ogleda se i u politici oporezivanja (broj stopa poreza, oslobađanja, olakšice), te u pogledu administriranja porezima. Jednostavniji poreski sistemi su transparentniji i pravičniji, jer su razumljiviji obveznicima. Kompleksnost poreskog sistema je neprijatelj transparentnosti (Shaw i dr., 2010), čime se otvara prostor za uvođenje mjera, procedura i postupaka koji nisu u skladu sa načelom pravičnosti. S druge strane, kompleksni poreski sistemi, bez jasnih pravila oporezivanja, pogoduju poreskoj evaziji i jačanju korupcije u institucijama. Kompleksnost poreskog sistema se reflektira na poresko opterećenje, koje u osnovi ne podrazumi-

jeva samo iznos poreske obaveze, već i troškove poreskog obveznika u vezi sa poštivanjem poreskih propisa (Chittenden i Foster, 2008).

Banks i Diamond (2010) smatraju da poboljšavanja poreskog sistema istovremeno pogoduju ostvarenju i načela efikasnosti i načela pravičnosti i navode primjer da pojednostavljenje oporezivanja i smanjivanje distorzija u poreskom sistemu (npr. smanjenje opsega oslobođanja, izuzimanja, olakšica i dr.) u cjelini sistem mogu učiniti efikasnijim i pravičnijim za sve obveznike, uključujući i male firme, nego davanje posebnih pogodnosti ili posebnih režima za određene kategorije obveznika. U tom pogledu, pojednostavljenje administriranja i oslobođanje ukupne poreske strukture od raznih distorzija omogućava kompanijama da poslovne odluke donose na bazi ekonomskih i poslovnih razloga. Veći stepen neutralnosti oporezivanja, bez selektivnosti u oporezivanju, u konačnici vodi efikasnijem poreskom sistemu, odnosno idealu neutralnosti poreza. Ipak potrebno je imati u vidu da uvijek ne postoji obostrana relacija između pravičnosti i jednostavnosti oporezivanja. Jednostavniji sistemi oporezivanja, koji se baziraju na objektivnim porezima, ne doprinose pravičnosti, već naprotiv mogu da pogoršaju ekonomske i socijalne razlike unutar društva. U tom slučaju potreban je *trade-off* između načela jednostavnosti i pravičnosti.

GLOBALNA DIMENZIJA NAČELA PRAVIČNOSTI

Nacionalna vs. globalna pravičnost oporezivanja

U posljednja dva vijeka desile su se dramatične promjene u poslovanju kompanija. Industrijska revolucija je dovela do širenja njihovog poslovanja preko državnih granica. Procesi spajanja i akvizicija doprinijeli su stvaranju multinacionalnih korporacija, čiji kapital i prihodi od prodaje znaju premašiti bruto domaći proizvod manjih država. Ekspanzija međunarodnih telekomunikacija, informatike i elektronskog poslovanja uveli su u međunarodne tokove razmjene dobara i usluga i manje kompanije i fizička lica preduzetnike. Proces globalizacije krajem XX vijeka stvorio je od svijeta „globalno selo“ u kojem se odvijaju snažne migracije ljudi, kapitala, tehnologije i *know-how*, dobara i usluga. Međunarodne tokove dobara i usluga prate i međunarodni finansijski tokovi. Osim prihoda po osnovu prometa dobara i usluga, prihode izvan nacionalnih granica mogu ostvarivati i pojedinci: menadžeri u inostranim kompanijama, lica koja obavljaju određene profesionalne djelatnosti, kao i lica koja ostvaruju autorske honorare za pisana djela, članke, nastupe, stručna i naučna izlaganja na međunarodnim simpozijima i dr. Osim toga, značajan udio u finansijskim tokovima imaju i doznake (transferi) zaposlenih u inostranstvu, pogotovo u zemljama, poput BiH, koje su iz različitih razloga, ekonomskih, socijalnih i političkih, podložne snažnim migracijama stanovništva. Poseban vid transfera iz inostranstva predstavlja isplata penzija licima koja su bila „na privremenom radu“ izvan nacionalnih granica, isplata stipendija studentima, te kamata, dividendi i tantijema za udjele u međunarodnim korporacijama. Konačno, osim finansijskih tokova (prihoda i dohotka), mnoga lica posjeduju imovinu u drugim zemljama. Te nepokretnosti mogu biti zemljište i imovina koje služi za obavljanje privredne djelatnosti ili zemljište i imovina namijenjena za stanovanje, rekreaciju ili izdavanje.

Posjedovanje imovine, ostvarenje dohotka (prihoda) i obavljanje transakcija izvan matične države predstavljaju različite osnove za nastanak poreske obaveze. Ukoliko se isti

poreski događaj oporezuje u dvije države zbog različitog poreskog tretmana ista transakcija može biti oporezovana u obje zemlje. Posljedice dvostrukog oporezivanja u međunarodnim relacijama su višestruke. Činjenica da se dohodak / prihod određenog poreskog obveznika u određenom slučaju dva puta oporezuje ne samo da narušava princip horizontalne pravičnosti, koji nalaže da lica budu jednako oporezovana za istu visinu dohotka, nego i ugrožava konkurentnost poreskog obveznika u odnosu na domaće državljanine koji će za istu pruženu uslugu ostvariti veći dohodak. Zbog dvostrukog poreskog tretmana istog poreskog događaja određene kompanije u međunarodnoj razmjeni postaju favorizirane zbog dvostrukog oporezivanja, a druge diskriminirane. Ekspanzijom međunarodne razmjene i finansijskih transakcija došlo je do masovne pojave međunarodnog dvostrukog oporezivanja, s posljedicama po globalnu konkurentnost kompanija. Nepreduzimanje mjera koje bi spriječile međunarodno dvostruko oporezivanje može negativno djelovati na obim međunarodnih robnih i finansijskih tokova, dovesti do zatvaranja u nacionalne ili regionalne okvire, čime u cjelini gube svi. Naime, efikasna alokacija kapitala i drugih resursa podrazumijeva ukidanje svih barijera, pa i fiskalnih. Dvostruko oporezivanje poskupljuje dobra i usluga poreskih obveznika koji su dvostruko oporezovani. Međunarodno dvostruko oporezivanje ugrožava neutralnost oporezivanja. Položaj kompanije na regionalnim ili svjetskom tržištu ne ovisi o preferencijama kupaca i efikasnosti interne ekonomije već o poreskom tretmanu. Činjenica da su neke kompanije uspješnije samo zato što su favorizirane povoljnim poreskim tretmanom u međunarodnim tokovima negativno djeluje na efikasnost alokacije kapitala i ugrožava tržišne mehanizme. Investitorima se šalju pogrešni signali za ulaganja, te umjesto da se kapital usmjerava ka granama koje su najefikasnije, on se ulaže u grane privrede i države koje omogućavaju povoljniji poreski režim u međunarodnoj razmjeni i finansijskim tokovima. Pronalaženje poreski povoljnijih destinacija za ulaganje i poslovanje izaziva dodatne troškove, što, u cjelini, povećava troškove migracije kapitala.

Dvostruko oporezivanje u globalnom svijetu potiče pojavu novog globalnog finansijskog fenomena dvostrukog neoporezivanja. Koristeći neusklađenost pravila oporezivanja u različitim zemljama primaoci dohotka ili prihoda ili vlasnici imovine mogu izbjeći plaćanje poreza. Dvostruko neoporezovanje se može javiti i kao rezultat neusklađenih pravila oporezivanja zbog tzv. agresivnog poreskog planiranja korporacija i menadžera koji posluju u više država. Linija razgraničenja između izbjegavanja poreza i poreskog planiranja je tanka i vezana je za visinu poreske obaveze i sankcije. Za razliku od izbjegavanja poreza, koje poreske vlasti mogu sankcionirati, kod poreskog planiranja postoje samo minimalne šanse nastanka poreske obaveze i nikakve sankcije¹. Pojava agresivnog poreskog planiranja rezultira prekograničnim i međunarodnim poreskim prevarama. Osnovno načelo pravičnosti oporezivanja je narušeno, jer regularni poreski obveznici plaćaju više poreza nego što bi trebali. Pored toga, ugrožena je i efikasnost alokacije kapitala i ravnopravna konkurencija na tržištu².

Internacionalizacija poslovanja i finansijskih tokova dovela je i do redefiniranja sadržaja načela pravičnosti oporezivanja. Klasična finansijska teorija zahtijeva poštivanje

¹ Finnerty C., Merks P., Petriccione M. & Russo R. (2007). *Fundamentals of International Tax Planning*. Amsterdam: IBFD.

² Terra, B. J.M. & Wattel, P.J. (2008). *European Tax Law, Fifth Edition*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

načela pravičnosti oporezivanja u okviru poreskog sistema države. Međutim, ekspanzijom prekograničnog poslovanja i finansijskih transakcija fokus ostvarenja pravičnosti u porezima prelazi nacionalne granice, a pojavom globalizacije dobija i globalnu dimenziju. Iako se ne može reći da globalizacijom poslovanja i finansija ostvarenje pravičnosti oporezivanja u nekoj državi u smislu klasične finansijske teorije, horizontalno, između slojeva društva iste ili slične ekonomske snage, i vertikalno, između kategorije građana različite ekonomske snage, nije od značaja za fiskalne vlasti, internacionalizacijom poslovnih i finansijskih tokova države se fokusiraju sve više na globalnu pravičnost oporezivanja.

Između nacionalne i globalne dimenzije načela pravičnosti oporezivanja postoje bitne razlike. U osnovi nacionalne dimenzije pravičnosti nalazi se zahtjev da se „jednaki oporezuju jednako“ (horizontalna pravičnost), odnosno „nejednaki nejednako“ (vertikalna pravičnost), dok kod globalne dimenzije pravičnosti treba imati u vidu globalni aspekt poslovanja. Multinacionalne korporacije podrazumijevaju složena privredna društva koja se sastoje iz velikog broja zavisnih preduzeća i podružnica, koja posluju u različitim državama, na načelima različitih poreskih sistema. Polazeći od navedenih okolnosti pojam pravičnosti poreza podrazumijeva da svako plati fer udio u porezima, odnosno, da se dobit određenog zavisnog preduzeća oporezuje u zemlji u kojoj je nova vrijednost i nastala. Za razliku od nacionalne pravičnosti oporezivanja, koja u centar stavlja poziciju pojedinca u nacionalnom poreskom sistemu, u fokusu globalne pravičnosti oporezivanja je fiskalna pozicija država koja može biti poboljšana ili ugrožena poreskim mjerama koje sprovode određene države ili tzv. poreski rajevi privlačeći povoljnom poreskom politikom (niskim stopama poreza ili čak nultim stopama poreza) multinacionalne kompanije da otvaraju sjedišta. Konačno, postoje razlike u disperziji efekata koje donosi narušavanje načela pravičnosti oporezivanja na nacionalnom i na globalnom planu. Nepravdna poreska politika unutar neke zemlje može da ugrozi egzistenciju pojedinaca, porodice, regiona, privredne branše i sl. Međutim, narušavanje pravičnosti oporezivanja u međunarodnim transakcijama, pogotovo kada se radi o transferima dobiti multinacionalnih korporacija iz zemalja u kojima je stvorena u poreske rajeve, pogađa cijelu nacionalnu ekonomiju, a danas, u eri globalizacije, podriva svjetsku privredu i svjetski finansijski sistem.

Ostvarenje globalne pravičnosti oporezivanja

U savremenom društvu, koje funkcioniра u eri globalizacije, postoje značajne poteškoće da se definira pravičnosti oporezivanja. Pogge i Mehta (2016) smatraju da se globalna dimenzija pravičnosti oporezivanja u odnosu na načelo pravičnosti poreza u klasičnoj finansijskoj teoriji razlikuje po tome što se u fokus stavljaју dispariteti u razvoju između bogatih i siromašnih zemalja koje potječu iz nefer pristupa u oporezivanju. Narušavanje načela pravičnog oporezivanja, koje u globalnom kontekstu podrazumijeva oporezivanje nove vrijednosti (dobiti, profita, dohotka) prema teritorijalnom principu, na izvoru, u zemlji u kojoj je stvorena, dovodi nerazvijene zemlje u lošiju poziciju nego što je bila ona nakon nestanka kolonijalizma. Nerazvijene zemlje su postale najveće žrtve strukturalnih karakteristika globalnog finansijskog sistema koji olakšava nelegalne finansijske tokove, koji u većoj mjeri isušuju prihode budžeta nerazvijenih država. Nelagalni finansijski tokovi su, uglavnom, motivirani izbjegavanjem plaćanja poreza i ostalih dažbina, što u konačnici smanjuje prihode država i umanjuje kapital za investicije.

Pozicija nerazvijenih postaje još lošija zbog činjenice da je ekonomska snaga lokalnog stanovništva u smislu oporezivanja (dohodak, imovina, potrošnja) jako niska da bi osigurala rast prihoda budžeta, a s druge strane bogati građani i kompanije koje imaju sjedišta u tim zemljama pronalaze različite načine da izbjegnu plaćanje poreza, iznoseći kapital i imovinu u druge zemlje koje su nedostupne za nerazvijene zemlje. Multinacionalne kompanije također smanjuju svoje poreske obaveze kreirajući podružnice u poreskim rajevima ili ugovarajući sa podružnicama koje uspostavljaju u nerazvijenim zemljama kojima se smanjuje oporeziva dobit podružnica, a povećava oporeziva dobit u podružnicama koje su osnovane u poreskim rajevima. Posljedice iznošenja neoporezive dobiti na nerazvijene zemlje bi se mogle spriječiti ukoliko bi bogate zemlje oporezivale dobit multinacionalnih korporacija prema konceptu svjetskog dohotka, osiguravajući istovremeno poreski kredit za porez plaćen na dobit ostvarenu u drugim zemljama, uključujući i nerazvijene zemlje.

Analitičari smatraju da ispravan pristup u prvom redu podrazumijeva fokusiranje na transparentnost oporezivanja (Chittenden i Foster, 2008). Transparentnost u oporezivanju predstavlja važan preduslov za ostvarenje globalne pravičnosti oporezivanja (Ernst&Young, 2013). Ili drugim riječima, bez transparentnosti nije moguće u punom smislu riječi ostvariti pravičnost u poreskom sistemu. Prvi korak u pravcu osiguranja većeg stepena transparentnosti oporezivanja u eri globalizacije predstavlja razmjena podataka potrebnih za razrez poreza. U cilju eliminacije ili sprječavanja dvostrukog neoporezivanja razvijene zemlje su paralelno razvile nekoliko modela razmjene podataka potrebnih za razrez poreza u okviru OECD-a, Evropska unija i SAD (Antić, 2015). Modeli razmjene podataka se zasnivaju na multilateralnim sporazumima i konvencijama, kojima je pristupio veliki broj država i finansijskih centara, koji su se sve do prije nekoliko godina smatrali „poreskim rajevima“. Bez obzira na različita polazišta intenzivna saradnja razvijenih država je rezultirala konvergencijom modela i standardizacijom pravila i procedura razmjene informacija u poreske svrhe. Modeli razmjene podataka se razvijaju u pravcu kreiranja integralnog globalnog sistema automatizirane razmjene podataka u svrhu oporezivanja. U narednom koraku opseg razmjene podataka bi trebao biti proširen i na sve finansijske transakcije. Međutim, Pogge i Mehta (2016) drže da je novi mehanizam automatske razmjene podataka OECD u određenoj mjeri ograničen i isključiv, budući da mnoge nerazvijene zemlje zbog tehničkih prepreka, u smislu slabo razvijene tehničke infrastrukture i nedovoljnih kapaciteta nerazvijenih poreskih administracija, nisu iz objektivnih razloga u mogućnosti da se priključe globalnoj razmjeni podataka u svrhu oporezivanja.

Ipak, razmjena podataka nije dovoljna za neutralizaciju globalnog procesa seljenja dobiti korporacija iz zemalja u kojima je stvorena. Iako postoje različita tumačenja sadržaja načela transparentnosti kod oporezivanja kompanija analitičari smatraju da definicija transparentnosti oporezivanja podrazumijeva komuniciranje pristupa poreskih obveznika sa javnosti u vezi sa poreskim planiranjem i poštivanjem poreskih propisa, uključujući i plaćanje poreza, kako bi sve zainteresirane strane (država, poreski obveznici, građani, civilno društvo, povjerioci, investitori) bili uvjereni da je plaćen fer udio u porezima (Ernst&Young, 2013). Erozija osnovice za oporezivanje dobiti i seljenje dobiti (BEPS³) posljedica su strategija poreskog planiranja. Kompanije koriste pravne praznine

³ BEPS = *base erosion and profit shifting*

u poreskim propisima i neusklađenosti poreskih pravila između zemalja u kojima se nalazi sjedište kompanije i ostalih zemalja ili poreskih jurisdikcija (rajeva) da bi vještački prenijeli dobit u zemlje sa niskim poreskim stopama ili u zemlje koje nemaju poreza. Pri tome sama kompanija u tim trećim zemljama *de facto* nema nikakve poslovne aktivnosti. Posljedica seljenja dobiti je erozija prihoda od poreza na dobit u zemljama gdje se nalaze sjedišta kompanija.⁴

OECD je 2001. inicirao projekat ostvarenja globalne pravičnosti poreza koji je imao za cilj da se u prekograničnim transakcijama ostvari fer pristup u oporezivanju, pri čemu je potrebno osigurati fer i transparentnu konkurenciju na svjetskom tržištu (Hammeri i Owens, 2001). Prema međunarodnim standardima fer poreska konkurencija podrazumijeva da treća zemlja ne primjenjuje štetne poreske mjere u području oporezivanja kompanija, kao što su mjere koje smanjuju poresko opterećenje, nultu stopu ili stope značajno niže nego u drugim zemljama i to ne samo u pogledu nominalne poreske stope, koja može biti identična stopama u drugim zemljama, već i sagledavajući razinu efektivne stope.

Tekući plan aktivnosti OECD u vezi sprječavanja i ublažavanja posljedica poreskog planiranja u području oporezivanja dobiti obuhvata 15 akcija ili mjera. Dio mjera se odnosi na uvođenje minimalnih standarda za standardizirano izvještavanje po zemljama u području pravila transfernih cijena i razmjene informacija za multinacionalne kompanije čiji godišnji konsolidirani prihodi grupe prelaze 750 mil EUR. Evropska unija je 2015. usvojila pravila kojima se želi ostvariti poboljšanje transparentnosti diskrecionih pravila oporezivanja koja propisuju članice kompanijama u određenim slučajevima, kako bi se spriječilo izbjegavanje plaćanja korporacijskih poreza i uklonile posljedice poreskog planiranja⁵, a 2016. pravila kojima se treba identificirati štetna praksa agresivnog poreskog planiranja velikih multinacionalnih kompanija koje dovode do erozije javnih prihoda.⁶ Da bi države u cijelosti sagledale dobit/profit kompanija nužno je da su joj dostupne informacije o strukturi, politici transfernih cijena i internim transakcijama između povezanih poduzeća u grupi. Isto tako, prema novim pravilima multinacionalne kompanije su dužne svakoj poreskoj jurisdikciji u kojoj posluju svake godine dostaviti podatke o prihodu, dobiti prije oporezivanja, obračunatom i plaćenom porezu na dobit, broju zaposlenih, osnivačkom kapitalu, zadržanoj zaradi i iznosu materijalne imovine. Izvještavanje korporacija će, s jedne strane, omogućiti uvid u stvarne rezultate korporacija u svim jurisdikcijama u kojima posluju, a s druge strane, doprinijeti transparentnosti na način da će investitorima i civilnom društvu biti dostupne kredibilne informacije o stvarnom poslovanju korporacija. Neizbježna posljedica ovakve prakse će biti i pravičniji poreski sistem za sve jurisdikcije (Murphy, 2016).

⁴ Prema istraživanjima OECD iz 2014. procjenjuje se da se gubici na prihodima od poreza na dobit kreću između 100 i 240 mlrd USD godišnje, odnosno od 4% do 10% ukupno naplaćenih prihoda od poreza na dobit u svijetu. Izvor: OECD.

⁵ Council Directive (EU) 2015/2376 of 8 December 2015 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, OJ L 332, 18.12.2015.

⁶ Council Directive (EU) 2016/881 of 25 May 2016 amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation, OJ L 146, 3.6.2016.

UMJESTO ZAKLJUČKA: PERSPEKTIVE GLOBALNE PRAVIČNOSTI

Nova pravila EU koja se odnose na izvještavanje multinacionalnih kompanija (uključujući i banaka) u funkciji su tek od januara 2017., te se još uvijek ne mogu procijeniti efekti na pravičnost oporezivanja. Međutim, već sada se može zaključiti da mjere neće biti adekvatne. Fokusiranost samo na oporezivanje dobiti je u koliziji sa holističkim pristupom dizajnu poreskog sistema, prema kojem se poreski sistem posmatra integralno i u interakciji sa ostalim segmentima fiskalnog sistema. Insistiranje samo na mjerama u sferi oporezivanja dobiti, kojima bi se zemlje sa niskim stopama poreza na dobit i poreski rajevi primorale na redizajn oporezivanja korporacija, moglo bi proizvesti neželjene reakcije i kontramjere od strane prozvanih zemalja i poreskih rajeva. Jedna od mogućnosti je i smanjivanje ili ukidanje neporeskih prihoda i ostalih poreza koji nemaju korporativni karakter u tim zemljama, kako bi ponovno postale atraktivna destinacija za otvaranje sjedišta multincionalnih kompanija. Ipak, mnoge nerazvijene zemlje i zemlje u razvoju mogle bi se zbog nedovoljno razvijenih kapaciteta poreskih administracija i informatičke i komunikacijske infrastrukture naći izvan globalnog mehanizma razmjene informacija potrebnih za razrez poreza, što će u velikoj mjeri ne samo ugroziti ciljeve OECD, EU i SAD u pogledu oporezivanja dobiti u zemlji u kojoj je stvorena, već i zadržati postojeće disparitete u razvoju između razvijenih i nerazvijenih, koje su dijelom posljedica i narušavanja načela pravičnosti oporezivanja u globalnim razmjerama.

Neki analitičari smatraju da zahvati OECD, SAD i EU na postojećim pravilima međunarodnog oporezivanja nisu dovoljni da bi se osigurala globalna pravičnost oporezivanja, nego da je potrebno uvesti novi koncept unitarnog oporezivanja (Picciotto, 2016). Prema tom konceptu multinacionalne kompanije se u svrhu oporezivanja trebaju tretirati kao jedinstveni poslovni subjekat, a ne kao zbir odvojenih i nezavisnih subjekata. Koncept u osnovi podrazumijeva tri segmenta: izradu konsolidiranih izvještaja za sve jursidikcije („svjetski izvještaji“), utvrđivanje formule raspodjele dobiti unutar korporacije između sastavnih entiteta (podružnica, pridruženih i ostalih zavisnih preduzeća) i mehanizam rješavanja sporova između država u kojima korporacija ima zavisna preduzeća. *Kleinbard (2016)* ide i dalje i smatra da je potrebno najveću pažnju u kreiranju novog globalnog koncepta oporezivanja posvetiti tzv. dobiti „bez države“. Radi se o dobiti multinacionalnih kompanija koja će ostati neoporezovana zahvaljujući sofisticiranim načinima da se izbjegne plaćanje poreza kojima pribjegavaju multinacionalne kompanije. Fenomen dobiti koja se ne oporezuje ni u jednoj državi je zadobio enormne razmjere, sa velikim posljedicama po finansiranje budžeta, pogotovo nerazvijenih država, ali i po efikasnu alokaciju kapitala i investiranje⁷. *Kleinbard*, pored formule alokacije globalne dobiti unutar korporacija na jursidikcije u kojima kompanija ima poslovanje, predlaže i ograničenje teritorijalnog modela oporezivanja, u smislu da samo zemlja izvora može oporezivati kompanije na svojoj teritoriji.

Globalni koncept unitarnog oporezivanja zahtijeva postojanje i globalnih pravnih i institucionalnih mehanizama. *Tollan (2016)* zagovara ideju međunarodne Konvencije o finansijskoj transparentnosti. Postojanje globalnih pravnih mehanizam bi podrazumijevalo primjenu obvezujućih pravila finansijske transparentnosti i okvir za jačanje obaveza

⁷ Smatra se da godišnje ostane ostane neoporezovano oko 100 mlrd USD dobiti korporacija, kako u razvijenim, tako i u nerazvijenim zemljama (*Kleinbard, 2016*).

međunarodne zajednice na osiguranju transparentnosti. S obzirom da finansijske tajne kojima zemlje pribjegavaju podrivaju suverenitet druge zemlje, u smislu naplate prihoda koji joj pripadaju, Tollan (2016) se protivi sadašnjoj situaciji da međunarodne regulacije toleriraju postojanje finansijskih tajni i ostalih štetnih struktura i zalaže se da Konvencija dovede do ukidanja finansijskih tajni u narednom koraku. Tanzi (2016) predlaže da se osnuje Svjetska poreska organizacija (WTA⁸) s ciljem da se kreira poreska politika zemalja sa globalnim implikacijama po globalno poslovanje. WTA bi imala i zadatak da identifikira i izvještava o problemima u globalnom oporezivanju, te da predleže rješenja. Pored toga Tanzi predlaže da WTA uspostavi sistem nadzora upotrebe poreske politike različitih zemalja da bi se identificirale štetne prakse. Konačno, WTA bi djelovala i kao forum za diskusiju poreskih politika između zemalja, te kao forum za rješavanje sporova između zemalja u poreskoj sferi. U konačnici, WTA bi trebala da za područje globalnog oporezivanja postane pandan Svjetskoj trgovinskoj organizaciji u sferi trgovine.

LITERATURA

- Alt, J., Preston, I. i Sibietta, L. (2010). "The Political Economy of Tax Policy". in "Mirrlees Review: Dimensions of Tax Design". Institute for Fiscal Studies /Oxford University Press.
- Antić, D. (2012). "Finansije i finansijsko pravo". Banjaluka: Panevropski univerzitet "Apeiron".
- Antić, D. (2015). "Multilateralni mehanizmi za eliminaciju globalnog fenomena dvostrukog neoporezivanja". *Godišnjak Pravnog fakulteta* (5).
- Banks, J. i Diamond, P. (2010). "The Base for Direct Taxation". in "Mirrlees Review: Dimensions of Tax Design". London: Institute for Fiscal Studies/Oxford University Press.
- Beach, W.W. (2005). "Measuring the Fairness of a Tax System". The Heritage Foundation.
- Carver, T.N. (1904). "The Minimum Sacrifice Theory of Taxation". *Political Science Quarterly* 19(1), 66-79.
- Cordes, J.J. (1999). "Horizontal equity". The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy (195-196). George Washington University/Urban Institute.
- Chittenden, F. i Foster, H. (2008). "Perspectives on Fair Tax Perspectives on Fair Tax". *Discussion paper*. Manchester Business School/The Association of Chartered Certified Accountants.
- Ekelund R.B. Jr. i Hébert R.F. (2007). "A History of Economic Theory and Method". 5th edition. Waveland Press, Inc.
- Elkins, D. (2006) "Horizontal Equity as a Principle of Tax Theory". *Yale Law & Policy Review* 24(1).
- Ernst&Young. (2013), "Tax transparency: seizing the initiative".
- Feldstein, M. (1976). On the theory of tax reform". *Journal of Public Economics* 6 (1-2) 77-104.
- Finnerty C., Merks P., Petriccione M. & Russo R. (2007). *Fundamentals of International Tax Planning*. Amsterdam: IBFD.
- Hammer, R.M, i Owens, J. (2001), "Promoting Tax Competition". OECD.
- ITEP (2011). "The Guide to Fair State and Local Taxes". Washington: Institute on Taxation and Economic Policy.
- Kaplow, L. (1989). „Horizontal equity: measures in search of a principle“. *National Tax Journal*. Vol. 42, no. 2 (139-154).
- Kleinbard, E. (2016). "Stateless Income and its Remedies", u: Pogge, T. i Mehta, K., ed. (2016). "Global Tax Fairness". Oxford University Press.
- Lindsay, I.K. (2016). "Tax fairness by convention: A Defence of Horizontal Equity". *Florida Tax Review*, 19(2), 79-119.

⁸ Engl. *World Tax Authority*

- Mirrlees, J. (2011). "Tax by Design". London: Institute for Fiscal Studies, London.
- Murphy, R. (2016). "Country-by Country Reporting", u: Pogge, T. i Mehta, K., ed. (2016). "Global Tax Fairness". Oxford University Press.
- Musgrave, R.A. (1959). „The Theory of Public Finance“. A Study in Public Economy. McGraw-Hill Book Company Inc.
- Musgrave, R.A. (1990). „Horizontal equity, once more“. *National Tax Journal*. Vol. 43, no. 2 (113-122)
- Musgrave, R.A. i Musgrave, P.B. (1984). "Public Finance in Theory and Practice", 4th Edition. McGraw-Hill Book Company.
- Picciotto, S. (2016). "Towards Unitary Taxation: Combined Reporting and Formulary Apportionment" u: Pogge, T. i Mehta, K., ed. (2016). "Global Tax Fairness". Oxford University Press.
- Pogge, T. i Mehta, K., ed. (2016). "Global Tax Fairness". Oxford University Press.
- Popović D. (1997). "Nauka o porezima i poresko pravo". Beograd.
- Shaw, J., Slemrod, J. i Whiting, J. (2010). "Administration and Compliance". in "Mirrlees Review: Dimensions of Tax Design". London: Institute for Fiscal Studies/Oxford University Press.
- Smith, A. (1776). "An Inquiry Into The Nature and Causes of the Wealth of Nations".
- Stiglitz, J. (2008). "Ekonomija javnog sektora". Beograd: Ekonomski fakultet.
- Terra, B. J.M. & Wattel, P.J. (2008). European Tax Law, Fifth Edition. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Tollan H. (2016). "An International Convention on Financial Transparency", u: Pogge, T. i Mehta, K., ed. (2016). "Global Tax Fairness". Oxford University Press.
- Tanzi, V. (2016). "Lakes, Oceans, and Taxes: Why the World Needs a World Tax Authority", u: Pogge, T. i Mehta, K., ed. (2016). "Global Tax Fairness". Oxford University Press.

Prof. Dinka Antić, Ph.D

Associate Professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka and Head of Department for Macroeconomic Analysis of the Governing Board of the Indirect Taxation Authority of BiH, Banja Luka, E-mail: dinka.s.antic@apeiron-edu.eu

Evolution of Tax Fairness: From Principle of Financial Theory to Global Taxation Concept

Abstract: Principle of tax fairness belongs to social-political principles of financial theory. Its application in tax systems of modern countries should ensure a uniform taxation "between the equals" and a redistribution of income and wealth "between the unequals". The horizontal tax fairness implies that the "equals should be taxed equally", meaning that the individuals with the same economic force (income, revenue, property) should contribute in equal way to the state for public goods and services received in return. The vertical tax fairness is ensured in a way that individuals are taxed in accordance with their economic force, meaning that the better off should pay higher taxes. Globalisation of financial and economic flows has caused a transformation of principle of tax fairness from national principle necessary for designing a fair national tax system into a global concept of fair taxation, that should ensure a fair distribution of tax burden between countries.

Keywords: principle of tax fairness, fair taxation.

DOI: 10.7251/GFP1707163I

UDC: 343.21(497.6 RS)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
10. april 2017.*Datum prihvatanja rada:*
22. jun 2017.

Pojedina rješenja u nacrtu krivičnog zakonika Republike Srpske

Rezime: U radu se iznosi tekst i analiza pojedinih karakterističnih rješenja prema trenutnoj verziji Nacrta novog Krivičnog zakonika Republike Srpske, koji je izradila radna grupa pri Ministarstvu pravde Republike Srpske. Riječ je o ovim institutima iz opšteg dijela: izricanje kazne zatvora do šest mjeseci, zabrana upravljanja motornim vozilom, sticaj i produženo krivično djelo i mjera bezbjednosti obaveznog psihijatrijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi. S obzirom da se kod skoro svega navedenog odstupa od višedecenijskih ustaljenih principa i stavova pravne nauke i sudske prakse očekujemo da će ta rješenja izazvati značajnu pažnju ali i prouzrokovati određene probleme u praktičnoj primjeni. Smatrajući da su neka od izabranih i obrađenih rješenja nepotrebna, a druga nedorečene i neodređena, ovim radom želimo da skrenemo pažnju naučne i stručne javnosti radi formiranja stava o stvarnoj potrebi da se takva rješenja zaista i usvoje.

Ključne riječi: nacrt, instituti, sticaj, produženo djelo.

*Prof. dr***Veljko Ikanović**

*Vanredni profesor,
Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banja Luka, BiH
i sudija Vrhovnog suda
Republike Srpske
veljko.i.ikanovic@apeiron-edu.eu*

UVOD

Prema obrazloženju koje je dato uz Nacrt krivičnog zakonika Republike Srpske (u daljem tekstu Zakonik) razlozi za njegovo donošenje su ti što je važeći Krivični zakon Republike Srpske¹ (KZ RS) iz 2003. godine mijenjan šest puta, a u međuvremenu se ukazala potreba da se on uskladi sa trenutnim tendencijama u društvu, kao i sa direktivama Evropske unije koje propisuju pravila za pojedine vrste krivičnih djela. Radna grupa² koje je imala ovaj zadatak izvršila je odgovarajuće izmjene u opštem i posebnom dijelu i izradila tekst Zakonika, a ne Zakona kao što je bilo predviđeno Programom rada Narodne skupštine Republike Srpske za 2016. godinu i kao što se u obrazloženju nacrta na više mjesta spominje. Zašto se radna

¹ Službeni glasnik Republike Srpske, broj. 49/03, 108/04, 37/06, 73/10, 1/12 i 37/13.

² Prof. dr Miloš Babić, sudija Suda Bosne i Hercegovine, predsjednik radne grupe i prof. dr Ivanka Marković, redovni profesor Pravnog fakulteta u Banjoj Luci, Obren Bužanin, sudija Vrhovnog suda Republike Srpske, Branko Perić, sudija Suda Bosne i Hercegovine i Miodrag Bajić, zamjenik glavnog republičkog javnog tužioca – specijalni tužilac, članovi radne grupe.

grupa opredijelila da ponudi Zakonik umjesto Zakona, obrazloženje o tome ne govori.

Prema tom obrazloženju novine u ovom Zakoniku iz materije opšteg dijela odnose se na oduzimanje imovinske koristi, oduzimanje predmeta ili sredstava koja su korišćena za izvršenje krivičnog djela ili su za to bila namijenjena, kao i sredstava koja su nastala njihovim izvršenjem. Kao nova kazna uvedena je kazna zabrane upravljanja motornim vozilom, kao i mogućnost da se izrečena kazna zatvora u trajanju do jedne godine može izuzetno izvršiti i u prostorima u kojima osuđeni stanuje (kućni zatvor). Kao nova mjera bezbjednosti, propisana je mjera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama ali je i vraćena ranija mjera obaveznog psihijarijskog liječenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, o čemu obrazloženje nije dato. Ovim zakonikom uspostavlja se takođe i vođenje evidencije lica koja su pravosnažno osuđena za krivična djela učinjena na štetu polnog integriteta djeteta. Ono o čemu nije dato obrazloženje jesu izmjene u režimu izricanja kazne zatvora do šest mjeseci (može se izreći samo izuzetno), odmjeravanju kazne za djela u sticaju, produženom krivičnom djelu i još nekim institutima, pa je ostalo nerazjašnjeno zašto su mijenjana dosadašnja zakonska rješenja.

U Posebnom dijelu Zakonika, uvode se i nova krivična djela kao što su: genitalno sakaćenje žena i prinudna sterilizacija, krivično djelo proganjanja, krivično djelo udruživanja radi vršenja krivičnih djela trgovine ljudima i djecom, krivično djelo polna ucjena, krivično djelo zadovoljenje polnih strasti pred djetetom, krivično djelo prinudno zaključenje braka, krivično djelo zlostavljanje na radu, krivično djelo krađa električne energije ili gasa, kao i krivično djelo dogovaranje ishoda takmičenja. Takođe se propisuju i nova krivična djela protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti Republike Srpske, kao i krivična djela protiv terorizma, krivična djela nenamjenskog korištenja budžetskih sredstava i nezakonitog povlašćivanje privrednih subjekata, krivična djela izazivanja nereda, nasilničkog ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu i izvršenje krivičnog djela u sastavu kriminalnog udruženja, krivična djela ugrožavanja životne sredine nepropisnim građenjem objekata i postrojenja, uništenja ili oštećenja zaštićenih prirodnih vrijednosti ili dobara, uništenja staništa, protivzakonitog iznošenja ili unošenja strogo zaštićenih biljaka, životinja ili genetski modifikovanih organizama i ugrožavanja ozonskog omotača. Osim toga izvršene su i izmjene kod pojedinih krivičnih djela, kao što su ugrožavanje javnog saobraćaja, koje u mnogome mijenjaju osnovne elemente bića tog djela (u obrazloženju se o tome ne govori).

ZABRANA UPRAVLJANJA MOTORNIM VOZILOM

Ne napuštajući dosadašnji dualitet krivičnih sankcija (kazne u mjere bezbjednosti) Zakonik, iz nerazumljivih razloga, jednu tradicionalnu mjeru bezbjednosti, kao što je zabrana upravljanja motornim vozilom, iz mjera bezbjednosti prevodi u kaznu³. Ne samo da je prevodi i propisuje kao kaznu već joj daje mjesto isključivo sporedne kazne koja se može izreći zajedno sa kaznom zatvora, novčanom kaznom ili uslovnom osudom.⁴ To da se jedna kazna može izricati samo kao sporedna do sada nije bilo uobičajeno u domaćem krivičnom zakonodavstvu. Bilo je moguće samo da se novčana kazna izriče i kao glavna i kao sporedna. Postavlja se pitanje gdje je ratio ovakvog rješenja jer je mjera bezbjednosti na jednostavan, jasan i efikasan način zadovoljavala sve potrebe kaznene politike i zaštite društva

³ Član 42. stav 4. Zakonika.

⁴ Član 44. stav 3. Zakonika.

od ovih krivičnih djela. Zašto se jedno dobro i ustaljeno rješenje ruši, kvari i iz sumnjivih razloga, koje pravna nauka i struka nisu zahtijevale, uvodi u krivično zakonodavstvo.

Prema odredbi člana 51. stav 1. Zakonika ova kazna se može izreći učinioocu krivičnog djela ugrožavanja javnog saobraćaja u trljanju od jedne do pet godina, a ako je nastupila smrt jednog ili više lica onda u trajanju od tri do petnaest godina. Kada pogledamo najtežu zapriječenu kaznu zatvora za ovo krivično djelo vidjećemo da ona iznosi dvanaest godina⁵. Kako sud uz tu kaznu, kao glavnu, može izreći i kaznu zabrane upravljanjem motornim vozilom, kao sporednu, proizilazi da se sporedna kazna može izreći u dužem trajanju od glavne! Pitamo se kako je to moguće, čime se opravdava, koji je cilj ovakvog rješenja. Zakonodavac ne nudi odgovor u obrazloženju nacrtu Zakonika, ali je očigledno da bezuspješno pokušava da prevlada sukob između kazne i mjere bezbjednosti, ostajući dijelom u ovoj drugoj sankciji. Smatramo da je ovo pogrešno, kao i u cjelini samo rješenje da se mjera bezbjednosti pretvara u kaznu, i da sporedna kazna nikako ne bi smjela biti vremenski duža od glavne kazne.

Ovdje našu pažnju privlači stav 5. gdje se propisuje da ako je osuđeni upravljao motornim vozilom u periodu dok traje zabrana, sud će ovu kaznu zamijeniti kaznom zatvora tako što će za svakih šest mjeseci zabrane upravljanja motornim vozilom odrediti jedan mjesec zatvora. Ovim se jedna sporena kazna zamjenjuje glavnom, što nije prihvatljivo rješenje. Ovo pogotovo ako je kao glavna kazna izrečena kazna zatvora, jer ćemo tada imati situaciju da uporedo egzistiraju dvije kazne zatvora koje su izrečene za isto krivično djelo. To otvara niz pitanja, kako u fazi odmjerenja i izricanja, tako i u fazi izvršenja te kazne, koja se sudaraju sa osnovnim načelima opšteg dijela samog Zakonika. To nam govori da se zakonodavac već u startu susreo sa problemom izvršenja te kazne koji prevazilazi na jedan neuobičajen, pa i neprihvatljiv način.

U stavu 3. Zakonika se kaže da pri izricanju uslovne osude, sud može odrediti da će se uslovna osuda opozvati ako osuđeni prekrši zabranu upravljanja motornim vozilom. Smatramo da odredbi o opozivanju uslovne osude ovdje uopšte nije bilo mjesto. Ako je trebalo da se propisuje opozivanje iz ovih razloga onda je to trebalo učiniti kod opozivanja uslovne osude ili dodatnih uslova uz uslovnu osudu, ali nikako u okviru odredaba o ovoj kazni.

Posebno je kontroverzan stav 6. koji propisuje šta ova kazna sadrži, proširujući zabranu upravljanja motornim vozilom na oduzimanje i zabranu izdavanja vozačke dozvole. Ovo samo govori da ni autori teksta Zakonika nisu sigurni kako treba jednu mjeru bezbjednosti prevesti u kaznu. S druge strane opravdano se postavlja pitanje pravne sigurnosti, jasnoće i određenosti zakonske norme koja po svojim elementima određuje sadržinu kazne u sistemu krivičnih sankcija. Smatramo da ovako određena ona nije jasna, jer je razdvojena u dva nepovezana stava istog člana, da je suprotna osnovnim načelima samog Zakonika, a uz to je nomotehnički pogrešna.

IZUZETNO IZRICANJE KAZNE ZATVORA DO ŠEST MJESECI

Novi Zakonik napušta ranije rješenje prema kome se izrečena kazna zatvora koja ne prelazi šest mjeseci, može na zahtjev osuđenog zamijeniti novčanom kaznom.⁶ Ovo rješe-

⁵ Član 403. Stav 4. Zakonika.

⁶ Član 33. stav 2. KZ RS.

nje jeste bilo kontroverzno, kako u materijalnom tako i u procesnom pogledu i izazivalo je niz teškoća u praktičnoj primjeni. O tome se polemisalo na mnogim naučnim i stručnim skupovima, a i ovaj autor je u više naučnih radova ukazivao na nedorečenost takvog rješenja i potrebu njegovog redefinisavanja.⁷ Ovom problematikom se bavio i Vrhovni sud Republike Srpske zauzimajući stavove u svojim odlukama kada je rješavao po žalbi na rješenja o zamjeni kazne zatvora novčanom kaznom⁸, sa ciljem ujednačavanja sudske prakse. U tom pogledu rezultati su bili skromni jer većinu tih odluka donose osnovni sudovi i one nisu predmet ispitivanja po žalbi od strane Vrhovnog suda, a prema nezvaničnim saznanjima autora ovog rada stavove Vrhovnog suda svi sudovi nisu poštovali.

Dakle, opravdano napuštajući ranije rješenje zakonodavac je sada propisao da kaznu zatvora do šest mjeseci sud može izreći samo ako posebne okolnosti djela i učinioca pokazuju da je ovu kaznu neophodno izreći. Pri ocjeni da li je kazna neophodna, sud posebno cijeni da li se novčanom kaznom ili uslovnom osudom može postići svrha kažnjavanja, odnosno da li će se novčana kazna moći izvršiti.⁹ Radi se o djelimično modifikovanom i pomalo nejasnom rješenju urađenom po ugledu na slično rješenje u njemačkom Krivičnom zakoniku, koje je u tom zakoniku smješteno u odredbe o odmjeravanju kazne, gdje po našem mišljenju stvarno i pripada. Ovdje je, ustvari, isključeno izricanje kratkotrajne kazne zatvora do šest mjeseci, osim ako je to neophodno, s tim da se umjesto te kazne izriče novčana kazna ili uslovna osuda. Ostaje nejasno zašto je ovdje uopšte uvedena i uslovna osuda za koju su posebno propisani uslovi izricanja i opozivanja. Što se tiče djela za koja će sud izreći novčanu kaznu smatramo da ovakvo zakonsko rješenje upućuje na ona krivična djela za koja se novčana kazna po redovnom redu stvari može izreći, uključujući i odredbe o ublažavanju kazne.

STICAJ KRIVIČNIH DJELA

Pravilo je da se učiniocu koji sa jednom ili više radnji učini više krivičnih djela, za sva ta djela istovremeno sudi i izriče jedinstvena kazna. U pogledu pravila za odmjeravanje kazne za djela u sticaju domaće krivično pravo primjenjuje jedinstvena pravila za odmjeravanje kazne za obje vrste sticaja (idealni i realni).

Što se tiče načina utvrđivanja jedinstvene kazne za krivična djela u sticaju Krivično pravo Republike Srpske prihvata da se to radi tako da se prvo za svako krivično djelo posebno utvrdi kazna u granicama zakonom propisane kazne za to djelo, pa se onda izriče jedinstvena kazna za sva djela.¹⁰

⁷ Vidi više o tome u: V. Ikanović, Zamjena izrečene kazne zatvora novčanom kaznom i radom za opšte dobro na slobodi, Glasnik pravde br. 10 – 11, Banja Luka, 2003., str. 205 – 209; V. Ikanović, Zamjena izrečene kazne zatvora novčanom kaznom u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini, Pravna riječ, broj 37/2013, godina H, Banja Luka 2013., str. 303 – 317; V. Ikanović, Alternativne sankcije u raskoraku između normativnog i stvarnog, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, godina 5, broj 5, Banja Luka, 2015, str. 124 – 137.

⁸ Rješenje Vrhovnog suda Republike Srpske broj: 12 0 K 004396 15 Kж2 i 11 0 K 012323 14 Kж od 26.11.2014. godine.

⁹ Član 46. stav 3. Zakonika.

¹⁰ D. Jovašević, V. Ikanović, Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo, Banja Luka, 20012., str. 289 – 292.

U drugoj fazi odmjeravanje jedinstvene kazne za sva djela u sticaju vrši se po posebnim pravilima gdje se razlikuju:

a) sistem apsorpcije – preuzimanje svih kazni od najteže kazne gdje se prvo odmjerava kazna za svako djelo u sastavu sticaja, pa se onda izriče kao jedinstvena najteža utvrđena kazna koja apsorbuje sve ostale lakše kazne,

b) sistem asperacije – najprije se odmjerava kazna za svako djelo u sticaju, pa se zatim najteža utvrđena kazna povećava, ali tako da ne dostigne zbir pojedinačno određenih kazni, niti da prijeđe opšti zakonski maksimum te vrste kazne. Ovaj sistem se primjenjuje kod odmjeravanja kazne lišenja slobode i

c) sistem kumulacije (zbrajanje kazni) – prvo se odmjerava kazna za pojedina djela u sticaju, pa se zatim sve te kazne sabere i tako se dobije jedinstvena kazna koja se izriče učiniocu tih djela. Ovaj sistem se primjenjuje kod novčane kazne, a izuzetno i kod kratkih kazni zatvora.

U članu 56. Zakonik je propisao pravila za odmjeravanje kazne za djela u sticaju koja se u određenim segmentima razlikuju od ranijeg zakona i ne odgovaraju u potpunosti ni jednom od gore navedenih sistema. To se odnosi na stav 2. ovog člana gdje je propisano da ako je za dva ili više krivičnih djela utvrdio kazne zatvora preko deset godina čiji zbir prelazi 25 godina, sud može izreći jedinstvenu kaznu dugotrajnog zatvora koja ne smije dostići zbir pojedinačno utvrđenih kazni zatvora, niti prijeći 45 godina. Ovim se odstupa od pravila sadržanog u stavu 3. da ako je sud za krivična djela u sticaju utvrdio kazne zatvora, jedinstvena kazna mora biti veća od svake pojedinačno utvrđene kazne, ali ne smije dostići zbir utvrđenih kazni niti prijeći dvadeset godina zatvora. Ovo je i u direktnoj suprotnosti sa članom 45. stav 1. Zakonika gdje je propisano da se kazna dugotrajnog zatvora u trajanju od dvadeset i pet do četrdeset i pet godina može propisati za najteža krivična djela i najteže oblike teških krivičnih djela učinjenih umišljajno.

Ovdje se miješaju dvije vrste kazni koje su potpuno različite po svojoj prirodi i sadržini, omogućava se izricanje vrste kazne koja nije propisana ni za jedno od krivičnih djela u sticaju. Sve to je suprotno i načelu zakonitosti iz člana 2. stav 2. Zakonika da se nikome ne može izreći kazna ili druga krivična sankcija koja nije bila određena tim zakonom. Na taj način se omogućava da se učiniocu krivičnog djela izrekne sankcija koja nije bila određena ni za jedno djelo počinjeno u sticaju. S druge strane, kazne zatvora preko deset godina mogu biti utvrđene i za „obična“ krivična djela, koja po svojoj prirodi nisu najteža niti su najteži oblici teških krivičnih djela, pa ostaje nejasno kako je to moguće za njih izreći kaznu dugotrajnog zatvora (npr. za više krivičnih djela teške krađe i slično). Ovim se samo nepotrebno i suprotno pravilima nauke krivičnog prava, ali i samog Zakonika pravi stroži zakon.

PRODUŽENO KRIVIČNO DJELO

Produženo krivično djelo je u krivičnom pravu bivše SFRJ stvoreno kao pravna konstrukcija sudske prakse i nikada nije bilo definisano krivičnim zakonodavstvom.¹¹ Ovo je bio

¹¹ D. Jovašević, V. Ikanović, Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo, Banja Luka, 20012.,

ispravan stav tadašnjeg zakonodavca jer smatramo da je zbog složenosti i nepredvidivosti svih životnih situacija nemoguće dati sve njegove elemente unaprijed. Određeni problemi koji su se javljali u praksi uspješno su rješavani stavovima najvišeg suda tadašnje države.

Tako su problemi koji se postavljaju u vezi sa konstrukcijom produženog krivičnog djela bili su predmet razmatranja na savjetovanju u Vrhovnom sudu Jugoslavije održanom 7-9. decembra 1965. godine. Kao rezultat ovog savjetovanja uslijedili su i zaključci koji su u saglasnosti sa pravnom teorijom i koji imaju veliki značaj za praksu. Ovdje te zaključke nećemo navoditi i samo na njih upućujemo čitaoca. O tome koliko su ti zaključci bili kvalitetni i kako su razriješili dileme prakse govori i Pravno shvatanje Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 13.11.1991. godine da je konstrukcija produženog krivičnog djela je na jasan i sveobuhvatan način definisana navedenim zaključcima, koji su prihvaćeni u praksi sudova i bez posebnih teškoća do sada primjenjivani. Shodno tome ovaj sud, po našem mišljenju ispravno, smatra kako nema potrebe za redefinisanjem pojma produženog krivičnog djela ni za određivanje nekih novih kriterijuma za ocjenu kada će se ovaj pravni institut primijeniti.

Krivični zakon Republike Srpske¹² od 01. jula 2003. godine nije propisivao produženo krivično djelo ali je to učinio izmjenama i dopunama iz 2010. godine (čl. 42a.).¹³ Ovo rješenje je bilo dosta loše¹⁴ pa, očigledno uočavajući propuste, zakonodavac 2013. godine ponovo uređuje ovaj institut tako što u članu 11. Zakona o izmjenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srpske¹⁵ preuzimajući definiciju iz Krivičnog zakonika Srbije.

Različito od ranijih zakona Zakonik je u članu 57. ponovo definisao produženo krivično djelo. Nije nam namjera da se ovdje bavimo elaboriranjem kompletnog instituta već ćemo ukazati samo na neke elemente za koje smatramo da su krajnje kontroverzni i da će sigurno u praksi prouzrokovati velike probleme.

Prvo ukazujemo na odredbu stav 2. citiranog člana koja kaže da produženo krivično djelo ne mogu činiti krivična djela protiv života i tjelesnog integriteta, polne i druge slobode čovjeka. Time se potpuno odstupa od ranijeg zakonskog rješenja ali i od ustaljenih staništa sudske prakse koja su pažljivo i oprezno stvarana godinama i provjerena od strane najviših sudskih instanci. Ovo je i ranije važno kao pravilo ali postojali su izuzeci koji su omogućavali primjenu ovog instituta kada je to logično, prirodno i opravdano. Tako je kod složenog krivičnog djela razbojništva izvršenog protiv istog lica bilo moguće konstruisati produženo krivično djelo, bez obzira što su sila i prijetnja uperene protiv ličnih dobara (života ili tijela). Sada to više nije moguće i uvijek će se raditi o sticaju dva ili više tih krivičnih dijela što nije životno i logično s obzirom na vremenski kontinuitet, oštećenog, umišljaj i slično (npr. tri radnje koje su preduzete prema istom licu u toku jedne noći i slično).

str. 208 – 210.

¹² Službeni glasnik Republike Srpske br. 49/2003, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10 i 1/12.

¹³ Službeni glasnik Republike Srpske br. 73/10.

¹⁴ Više o tome u: V. Ikanović, G. Gajić, Produženo krivično djelo u krivičnom zakonodavstvu Republike Srpske, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, broj 6, Banja Luka, 2016., str. 140 – 150.

¹⁵ Službeni glasnik Republike Srpske broj 67/13.

Slično je i kod krivičnog djela protiv polnog integriteta (ranije protiv dostojanstva ličnosti i morala), kada se radi o istom oštećenom licu, uz ispunjenje i drugih pretpostavki koje grade konstrukciju produženog djela (jedinstveni umišljaj, vremenski kontinuitet i ostalo). Krivično djelo silovanja je svršeno prodiranjem polnog organa učinioca u polni organ lica nad kojim se vrši obljuba. Međutim, moguće je, a što se u životu i sudskoj praksi često dešavalo, da jedno lice više puta u istom danu ili noći, bez fizičkog udaljavanja iz prostorije ili lica mjesta, izvrši obljubu nad istim licem, koristeći istu priliku, prinudu i slično. To se uvijek kvalifikovalo kao jedno krivično djelo silovanja što realno odslikava jedan životni događaj i određuje ga u krivičnoppravnom smislu. Sada će dvije ili više obljuba nad istim licem, iste večeri, u istoj prostoriji, uz postojanje jedinственог umišljaja biti kvalifikovane kao tri krivična djela silovanja, u sticaju. Ovo ne samo da nije logično već je i protivno osnovnim postavkama o radnji izvršenja, posljedici, uzročnoj vezi i vinosti. Ovako postupajući zakonodavac je bez opravdanog razloga zakon učinio strožim od bilo kog zakona koji je do sada bio na snazi na ovim prostorima.

Posebno je kontroverzan za materijalno krivično pravo stav 7. kojim je propisano da u sastav produženog krivičnog djela ne mogu ulaziti krivična djela izvršena nakon podizanja optužnice. Optužnica je akt tužioca, ona nije presuda, može se mijenjati tokom cijelog postupka, optuženog štiti pretpostavka nevinosti ali i pravo na pravično suđenje što mu se na ovaj način uskraćuje. Ovakvim rješenjem se tužilac kao stranka oslobađa obaveze da u sastav krivičnog djela uključi i one radnje koje tu pripadaju, daje mu se pravo da on, nezavisno od suda, stvara konstrukciju produženog krivičnog djela što je isključiva nadležnost suda da to riješi presudom. Osim toga, prema procesnom zakonodavstvu sprovođenje jedinственог postupka ako postoji više optužnica je pravilo. Ovim se stvara situacija da se po dvije ili više optužnica vodi jedinствен postupak za krivična djela koja, po svim pravilima nauke i materijalnog zakonodavstva, čine sticaj krivičnih djela, a da se Zakonikom onemogućava primjena tih pravila. S obzirom na rečeno matramo da ovu odredbu u prijedlogu Zakonika treba brisati.

OBAVEZNO PSIHIJATRIJSKO LIJEČENJE I ČUVANJE U ZDRAVSTVENOJ USTANOVI

Zakonik ponovo vraća u domen materijalnog krivičnog zakonodavstva i pod nadležnost sudova, ranijom reformom neopravdano prognanog, učinioca koji je krivično djelo učinio u stanju neuračunljivosti.¹⁶ Sve što je propisano o sadržini i primjeni ove mjere prestavlja ponovno prihvatanje istog instituta iz našeg domaćeg krivičnog zakonodavstva koje je važilo do reforme iz 2003. godine. Ovo rješenje je dobro, jedino ostaje da se uskladi procesno i sporedno zakonodavstvo koje za sada ne omogućava primjenu ove mjere.

ZAKLJUČAK

Promjena materijalnog krivičnog zakona je uvijek ozbiljan i složen posao koji zahtijeva određeno vrijeme, stručnost njegovih kreatora, jasan cilj zakonodavca i zainteresovanost stručne i naučne javnosti da kroz javnu raspravu ali i na drugi način svojim korisnim sugestijama i kritikama pomogne u njegovoj izradi.

¹⁶ Član 74. Zakonika.

Zakonodavac nas svojim obrazloženjem uvjerava da su postojale stvarne potrebe da se pristupi odgovarajućim izmjenama dosadašnjeg Krivičnog zakona RS, što i sami prihvatamo kao opravdano. Međutim, stiče se utisak da se u izmjenama otišlo u nekom drugom pravcu koji nije opravdan stvarnim potrebama, da su određene izmjene učinjene i mimo same odluke u kom pravcu treba da se to čini. U tom uvjerenju nas učvršćuje i to da se mijenja i sam naziv zakona u Zakonik, što nije samo terminološka već suštinska izmjena. Osim toga pojedine učinjene izmjene, na koje smo se kritički osvrnuli su, blago rečeno, teško prihvatljive kao potrebne i opravdane, a posebno kao kvalitetne i u praksi upotrebljive.

Dok pišemo ovaj rad nacrtu Zakonika u toku je javna rasprava, koja se održava na više mjesta u Republici Srpskoj. Očekujemo da će se na toj raspravi dati korisne sugestije da se određena loša rješenja poprave, a da će radna grupa uvažiti one primjedbe koje su opravdane i dobre. Samo na taj način može se doći do kvalitetnog Zakonika ili zakona, jer u suprotnom dobićemo jednu lošu kompilaciju srpskog i hrvatskog materijalnog krivičnog zakona, sa niz loših i neodrživih domaćih inovacija, o kojima ovdje za sada nije bilo govora.

LITERATURA

- Buturović, J., (1980). Produženo krivično djelo. Beograd.
- Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). Krivično pravo Republike Srpske – Opšti deo. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka.
- Mrvić Petrović, N. (2007). Krivično pravo. Beograd.
- Novoselec, P. (2004). Opći dio kaznenog prava. Zagreb.
- Selinšek, Lj. (2007). Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela. Ljubljana.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb.
- Nacrt Krivičnog zakonika Republike Srpske.

Prof. Veljko Ikanović Ph.D

Associate Professor, Faculty of Law Sciences, Pan-European University Apeiron Banja Luka, BiH and Judge of the Supreme Court of Republika Srpska; mail: veljko.l.ikanovic@apeiron-edu.eu

Some Solutions in the Draft of Criminal Code of the Republic of Srpska

Abstract: The paper presents the text and analysis of individual characteristic solutions according to the current version of the Draft of the new Criminal Code of Republika Srpska, which was drafted by the working group of the Ministry of Justice of Republika Srpska. It's about these institutes from the general part: pronouncement of imprisonment for up to six months, prohibition of driving a motor vehicle, acquisition and prolonged criminal offense and the safety measure of compulsory psychiatric treatment and care in a health institution. Given that almost all of the foregoing is deviating from the multiannual established principles and attitudes of legal science and jurisprudence, we expect that these solutions will cause considerable attention but also cause certain problems in practical application. Considering that some of the selected and processed solutions are unnecessary and the other undefined and undetermined, this paper aims to draw the attention of the scientific and professional public in order to form a view on the real need for such solutions to be truly adopted.

Key words: draft, institutes, acquisition, prolonged criminal offense.

DOI: 10.7251/GFP1707171G

UDC: 341.1/8

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
2. jun 2017.

Datum prihvatanja rada:
27. jun 2017.

Međunarodnopravni značaj ugovora o sjedištu za funkcionisanje međunarodne organizacije u državi domaćinu

Rezime: Članak razmatra međunarodnopravni značaj ugovora o sjedištu (eng. Headquarters Agreement), zaključenog između međunarodne organizacije i države domaćina, za funkcionisanje i ostvarivanje misije jedne međunarodne organizacije kao entiteta koji ima svoj centar djelovanja u državi domaćinu. U tom smislu, analizira se teorijski okvir i praktična dostignuća koja bi trebala da budu riješena putem ugovora o sjedištu. Nakon analize relevantne međunarodne prakse i uzimanjem u obzir činjenice da u svijetu egzistira veliki broj međunarodnih organizacija, različite prirode i osnovanih sa različitim zadacima, nije moguće konstatovati da savremeno međunarodno pravo poznaje jedinstven obrazac koji bi odredio sadržinu ugovora o sjedištu. Ipak, konkretna rješenja, iako produkt direktnih pregovora između strana ugovornica, tretiraju određene elemente koji su svojstveni većini ugovora o sjedištu. Tako nastali zajednički minimalni sadržaj ugovora o sjedištu se tiče privilegija i imuniteta ugovorenih u korist međunarodne organizacije, statusa službenih lica međunarodne organizacije, njenog pravnog subjektiviteta u pravnom sistemu države sjedišta i sl.

Ključne riječi: međunarodne organizacije, međunarodno javno pravo, ugovor o sjedištu, privilegije i imuniteti, međunarodni službenici.

Doc. dr

Duško Glodić

Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet Apeiron
Banja Luka, Rukovodilac
programa, Regionalna škola
javne uprave (ReSPA)
dusko.glodic@icloud.com

Stavovi izneseni u ovom radu odražavaju isključivo lične stavove autora i ne mogu se smatrati stavovima organizacije u kojoj je autor zaposlen.

UVODNE NAPOMENE

Međunarodne javne (međuvladine) organizacije, kao subjekti nastali na osnovu međunarodnih ugovora,¹ kojima se stvara novi subjekt međunarodnog prava,² djeluju i ostvaruju ciljeve, zbog kojih su osnovane, a u okviru međunarodnopravnog poretka. Međunarodne organizacije svoje funkcije realizuju, prije svega, u pogledu država članica. Ipak, bez obzira na njihovu multilaterlanu dimenziju, svaka međunarodna organizacija, po pravilu, ima svoje sjedište, kao centralu svog administrativnog aparata. Pri tome, međunarodne organizacije svoju misiju ostvaruju na osnovu ciljeva i funkcija koje su im

¹ Dailier, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, p. 644.

² CIJ, Avis du 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires*, Rec., p. 75.

povjerile države članice, putem određenih ovlašćenja koja su utvrđena u ugovoru o uspostavljanju organizacije.³ Da bi ove ciljeve ostvarivale nezavisno, bez bilo kakvog političkog ili drugog uticaja, međunarodnim organizacijama se moraju pružiti određene garantije međunarodnopravne prirode.

Posebno značajan odnos u kojem se međunarodnoj organizaciji moraju pružiti ovakve garantije, jeste odnos sa državom domaćinom na čijoj je teritoriji smješten sekretarijat, odnosno, administrativni aparat međunarodne organizacije. Naime, budući da su međunarodne organizacije neteritorijalni entiteti, koji su nezavisni na međunarodnom planu, njihovo sjedište je smješteno na teritoriji jedne države ili više država, zavisno o d organizacije u pitanju, a ova se država označava kao država domaćin (eng. Host State). Zbog toga, jedan od važnijih odnosa u koji ulazi međunarodna organizacije jeste odnos sa državom domaćinom. S obzirom na značaj ovakvog odnosa, postoji potreba da on bude uređen posebnim pravnim režimom. Međunarodna praksa pokazuje da se ovaj odnos uređuje putem ugovora o sjedištu čije su strane ugovornice, po pravilu, međunarodna organizacija i država domaćin.⁴ Predmet ovog članka je da ispita međunarodnopravni značaj ugovora o sjedištu koji međunarodna organizacija zaključuje sa državom domaćinom radi definisanja uslova njenog funkcionisanja u državi domaćinu. Da bi se ova problematika sveobuhvatno razmotrila, na prvom mjestu ćemo odrediti pojam ugovora o sjedištu, a zatim ćemo sagledati koja pitanja, prema postojećoj međunarodnoj praksi, se po pravilu regulišu ovim međunarodnim ugovorom.

UGOVOR O SJEDIŠTU (*HEADQUARTERS AGREEMENT*) KAO AKT MEĐUNARODNOG PRAVA

Međunarodna organizacija, kao poseban subjekt međunarodnog prava, ima potrebu da se pravnim sredstvima garantuje njena nezavisnost i sloboda djelovanja na teritoriji države domaćina. Određene garantije međunarodnopravne prirode moraju se dati u pogledu njene imovine, službenih lica, predstavnika država članica, kao i nekih praktičnih pitanja u vezi sa kretanjem, komunikacijama i zaštitom administrativnog sjedišta.

Budući da se sjedište međunarodne organizacije nalazi na teritoriji suverene države, njen odnos sa državom domaćinom je posebno značajan imajući u vidu sve instrumente, materijalne i formalne prirode, kojima raspolaže jedna država i koje ona može da primjeni na sva lica, fizička i pravna, koja se nalaze na njenoj teritoriji. Stoga, međunarodna organizacija posebno ima potrebu da bude zaštićena od svakog vida uplitanja države domaćina u njeno funkcionisanje. Takođe, međunarodna organizacija ima potrebu da sama uredi određena pitanja od značaja za svoje funkcionisanje putem akata koje donose njeni organi i da obezbijedi izuzeće od primjene zakonodavstva države domaćina i djelovanje njenih organa u pogledu svog sjedišta i svojih službenih lica. Drugim riječima, potrebno je uspostaviti takav režim koji će isključiti, a u pogledu nekih pitanja, ograničiti jurisdikciju države domaćina nad međunarodnom organizacijom imajući u vidu potrebu da međunarodna organizacija djeluje slobodno i nezavisno, na način utvrđen njenim konstituirajućim ugovorom.

³ Schreuer, C. (1993). „The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?“, *European Journal of International Law*, Vol. 4, p. 451.

⁴ V. Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Op.cit.*, p. 675.

Međunarodnopravna strana ove problematike se u praksi međunarodnog organizovanja i odnosa sa državom domaćinom rješava putem djelimične analogije sa statusom koji se priznaje diplomatskim predstavništvima u državi prijema. Ipak, ova tematika nije tako detaljno razvijena kao pitanje diplomatskih odnosa koje je u toku XX vijeka kodifikovano, već je pretežno pokrivena određenim brojem pravila, inspirasana primjerima određenog broja univerzalnih međunarodnih organizacija, koja svoju definitivnu sadržinu dobijaju putem ugovora o sjedištu (eng. *Headquarters Agreement*) koji se zaključuje sa državom domaćinom.⁵ Teorija nije jedinstvena u stavu da postoji skup običajnih normi koji uređuje ovo pitanje, ali određena ustaljenost nekih odredaba se može uočiti kroz primjere ugovora o sjedištu. Takođe, nije jednostavno ovo pitanje ni tretirati na uniforman način, jer između konkretne međunarodne organizacije, a sve organizacije imaju specifičnosti u pogledu povjerenih im funkcija i zadataka, kao i potrebnih instrumenata za njihovo provođenje, i države domaćina se razvija poseban i specifičan odnos koji, samo načelno i okvirno, može da slijedi određene modele koji su prisutni u međunarodnoj praksi.⁶

Dakle, međunarodne organizacije, kao subjekti međunarodnog prava, imaju sposobnost da zaključuju međunarodne ugovore u mjeri u kojoj se to podudara sa njihovim ciljevima, odnosno nadležnostima koje su im dodijelile države članice. Većina osnivačkih ugovora predviđa ovlaštenje međunarodne organizacije, za koje bismo mogli konstatovati da predstavlja i obavezu za predstavnike međunarodne organizacije, da svoje odnose sa državom domaćinom uredi putem ugovora o sjedištu, tako da, koliko god da je ugovorna sposobnost neke organizacije ograničena, izvjesno je da će najveći broj organizacija zaključiti barem jedan međunarodni ugovor, a to je ovaj sa državom domaćinom. Ovim međunarodnim ugovorom se definišu specijalni odnosi koji postoje između međunarodne organizacija i države domaćina, koja može ali i ne mora biti članica međunarodne organizacije u pitanju.⁷ Ugovor o sjedištu, u suštini, predstavlja međunarodnopravnu formalizaciju spremnosti države domaćina da, djelujući kao suvereni teritorijalni entitet, izražavanjem pristanka da se obaveže na međunarodnom planu, učini određene ustupke međunarodnoj organizaciji, koja, sa svoje strane, nije teritorijalni entitet, ali u pogledu kojeg je utvrđeno, da će imati svoje administrativno sjedište na teritoriji određene države. Stoga, ugovor o sjedištu treba da utvrdi takav pravni režim kojim će se nedvosmisleno i izričito definisati ograničenje suverenih ovlaštenja države domaćina u pogledu međunarodne organizacije. Konsenzualni karakter ugovora o sjedištu i njegova obavezujuća priroda u smislu međunarodnog prava pružaju garantiju da će država domaćin, prihativši ograničenje svojih suverenih prava, omogućiti nezavisno djelovanje međunarodnoj organizaciji kao samostalnom međunarodnopravnom subjektu.

Ugovor o sjedištu je, po pravilu, bilateralni međunarodni ugovor, koji zaključuju, u ime međunarodne organizacije, šef njenog sekretarijata, ali nakon pribavljen saglasnosti upravnih struktura, a u ime države domaćina, ovlašćeni predstavnik vlade. Ugovor o sje-

⁵ Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 682-683.

⁶ Klabers, J. (2009). *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 140.

⁷ Thomas, M.A. (1990). "When the Guests Move In: Permanent Observers to the United Nations Gain the Right to Establish Permanent Missions in the United States," *California Law Review*, Vol. 78, p. 200.

dištu definiše nekoliko grupa pitanja o kojima se detaljnije govori u sljedećim redovima. Međutim, poseban status određenih međunarodnih organizacija, je uređen i konvencijama koje tretiraju materiju privilegija i imuniteta, a čije su ugovornice sve države članice organizacije u pitanju. Takav je slučaj, prije svega sa Ujedinjenim nacijama i specijalizovanim agencijama.

PRIVILEGIJE I IMUNITETI MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE U DRŽAVI DOMAĆINU

Najvažniji set pitanja koja se posebno uređuju ugovorima o sjedištu su privilegije i imuniteti koji se priznaju u korist međunarodne organizacije, njenih službenih lica i po potrebi eksperata koji djeluju na zahtjev međunarodne organizacije. Posmatrano sa istorijske perspektive, privilegije i imuniteti su se razvili kao instituti međunarodnog prava u međunarodnoj praksi, a u vezi sa posebnim statusom koji se mora priznati stranoj državi i u vezi sa djelovanjem diplomatskih predstavnika stranih država. Teoretski osnov za utvrđivanje ovih privilegija i imuniteta je vremenom evoluirao, tako da su se u praksi koristila različita učenja, preko teorije eksteritorijalnosti, teorije reprezentacija, sve do teorije funkcionalnosti.⁸ Kao takvi, imuniteti se shvataju kao garantije zaštite suvereniteta jedne države, i lica koja postupaju u ime države, kada nastupaju prema drugim suverenim entitetima i odražavaju praktičnu stranu principa *par in parem non habet imperium*.⁹

Pitanje privilegija i imuniteta je posebno značajno za diplomatske odnose i u tom kontekstu se ovoj materiji posvećuje naročita pažnja, kako na normativnom, tako i na praktičnom planu. U suštini, razlog postojanja privilegija i imuniteta diplomatskih predstavnika ogleda se u potrebi da se omogući nezavisnost djelovanja diplomatskih predstavnika i agenata u odnosu prema organima države kod koje su akreditovani. Slično tome, nakon što su uspostavljene prve međunarodne organizacije savremenog tipa, preuzeta je ova logika i potreba da se omogući nezavisno djelovanje međunarodne organizacije, kao takve, i službenih lica organizacije.¹⁰

Sasvim opravdano se postavlja pitanje na koji način bi se moglo dati pravno obrazloženje za postojanje ovih privilegija i imuniteta. Klabers navodi da se ovo pitanje može posmatrati kroz prizmu funkcionalne nužnosti (eng. *functional necessity*). Ovaj autor pojam funkcionalne nužnosti objašnjava na sljedeći način: „organizacije uživaju takve imunitete koji su nužni za njihovo efektivno funkcionisanje: međunarodne organizacije uživaju ono što je neophodno za obavljanje njihovih funkcija i ispunjavanje njihovih ciljeva.“¹¹ Klabers, nadalje, ističe da je teorija funkcionalne nužnosti imala djelimičnu, ali ne i generalnu, po-

⁸ Amerasinghe, C.F. (2005). *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 315.

⁹ Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Op.cit.*, p. 497.

¹⁰ Klabers, J. (2009). *Op.cit.*, pp. 131-132. Diez de Velasco Vallejo, M. (2002). *Les organisations internationales*. Paris: Economica, p. 54.

¹¹ Klabers, J. (2009). *Op.cit.*, p. 132. V. npr. član 105. Povelje Ujedinjenih nacija koji predviđa: „1. Organizacija uživa na teritoriji svakog svog člana one privilegije i imunitete koji su potrebni za postizanje njenih ciljeva. 2. Predstavnici članova Ujedinjenih nacija i službenici Organizacije uživaju isto tako privilegije i imunitete koji su potrebni da samostalno obavljaju svoje funkcije u vezi sa Organizacijom.“ UN Charter, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, 3.5.2017.

tvrdi u sudskoj praksi pred sudovima nekih država. Suština ove teorije se ogleda u njenoj povezanosti sa svrhom i funkcijom međunarodne organizacije jer se čini prihvatljivim da međunarodna organizacija treba da obavlja zadatke koji su joj dodijeljeni bez uplitanja nekih drugih sila. Ova nezavisnost se mora, prije svega, garantovati u odnosu na državu domaćina, u kojoj se nalazi sekretarijat međunarodne organizacije, i koja je u stanju, *via facti*, da ostvaruje uticaj na djelovanje organizacija u značajnoj mjeri.¹²

U sličnom maniru Amerasinghe naglašava: „Međunarodne organizacije uživaju privilegije i imunitete u cjelini zbog toga što su neophodni za ispunjavanje njihovih ciljeva i funkcija. Budući da je osnov takvih privilegija i imuniteta funkcionalan, organizacijama se dodjeljuju i one mogu da očekuju jedino one privilegije i imunitete koji su im neophodni za tu svrhu.“¹³

Iako bi se činilo da smislenost teorije funkcionalne nužnosti, koja se može jednostavno dokazati na teorijskom planu, znači da će se ista primjenjivati kao vodeći princip prilikom zaključivanja konkretnih ugovora kojima se garantuju privilegije i imuniteti za međunarodne organizacije, uključujući i ugovore o sjedištu, takav zaključak nije jedinstveno i bezrezervno prihvaćen u praksi. Naime, svaki konkretni ugovor o sjedištu predstavlja ishod pregovora strana ugovornica. Država domaćin se, osim što uzima u obzir uporednu praksu, takođe vodi svojim interesima prilikom definisanja pozicije koju će zastupati tokom pregovora sa međunarodnom organizacijom. S druge strane, međunarodna organizacija zastupa potrebu da omogući nesmetano obavljanje svojih funkcija u skladu sa osnivačkim ugovorom uz onemogućavanje države domaćina da se upliće u realizovanje njene misije. Pitanja o kojima se posebno vode pregovori su pitanje finansijske i poreske politike, slobode ulaska i boravka službenika međunarodne organizacije i članova njihovog domaćinstva, slobode djelovanja međunarodne organizacije i prioriteta prilikom pružanja određenih komunalnih i drugih usluga, i sl. Sve ove teme podliježu pregovaračkom procesu uz veliki stepen diplomatske senzibilnosti i prestiža koji određena država ostvaruje zbog postojanja sjedišta jedne međunarodne organizacije na njenoj teritoriji.¹⁴

Države, uglavnom, imaju tendenciju da međunarodne organizacije, kada je u pitanju utvrđivanje nekih privilegija i imuniteta i u mjeri u kojoj je to moguće, tretiraju po uzoru, ali ne uz totalnu analogiju, kao diplomatska predstavništva. Pri tome, razlika se jasno povlači između osnova i prirode diplomatskih privilegija i imuniteta koji su apsolutnog karaktera i zasnivaju se na principu suverene jednakosti države prijema i države odaslanja, dok su privilegije i imuniteti utvrđeni u korist međunarodne organizacije i njenih službenika funkcionalnog karaktera i tiču se samo službenih akata i radnji preduzetih u službenom svojstvu, kao i onih pitanja koja su od značaja za djelovanje međunarodne organizacije. Što se tiče diplomatskog prava i diplomatskih odnosa, savremeno međunarodno pravo poznaje sveobuhvatan sistem odredaba, konvencionalne i običajne prirode, koja rješavaju ovo pitanje.¹⁵

¹² Klabers, J. (2009). *Op.cit.*, p. 133.

¹³ Amerasinghe, C.F. (2005). *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 316.

¹⁴ Klabers, J. (2009). *Op.cit.*, p. 134.

¹⁵ V. Brownlie, I. (2001). *Op.cit.*, pp. 682-684;

Za razliku od diplomatskih odnosa, pitanje privilegija i imuniteta i odnosa međunarodne organizacije sa državom domaćinom, nije riješeno na jedinstven način u međunarodnom pravu niti bi se moglo govoriti da postoji set običajnih normi. Prije bi se moglo reći da se ova materija uređuje po uzoru na neke primjere univerzalnih konvencija, kao one koje se odnose na Organizacije Ujedinjenih nacija i specijalizovane agencije,¹⁶ ali uz utvrđivanje određene analogije sa imunitetima i privilegijama koje se priznaju u diplomatskim odnosima. Ipak, sljedeća razlika koju treba uočiti odnosi se na reciprocitet koji je imanent diplomatiskim odnosima, jer države uzajamno priznaju privilegije i imunitete, dok, u pogledu međunarodnih organizacija, nije moguće prepoznati ovakav imunitet u odnosu na državu domaćina, osim u nekom globalnom kontekstu po kojem bi se i od drugih država, koje bi bile domaćin nekoj drugoj organizaciji, očekivalo da priznaju isti set privilegija i imuniteta.¹⁷

Imajući u vidu funkcionalnu prirodu privilegija i imuniteta, primjena ugovora o sjedištu, ukoliko dođe do pozivanja na privilegije i imunitete, ne izgleda tako jednostavna kao kada se radi o diplomatskim imunitetima jer je potrebno utvrditi da li je određeno djelo učinjeno u vršenju službene dužnosti. Naime, da bi se ustanovilo da li u određenoj konkretnoj situaciji ima mjesta primjeni imuniteta, odnosno da zbog postojanja imuniteta na konkretnu situaciju nije moguće primijeniti nacionalne propise države domaćina, postavlja se pitanje prirode akta koji je počinio službenik međunarodne organizacije, odnosno akta koji se može pripisati samoj međunarodnoj organizaciji kao subjektu unutrašnjeg prava. Kao na odlučujući momenat treba se osvrnuti na pravilo da se imuniteti priznaju u pogledu službenih akata, odnosno djela počinjenih u vršenju službenih radnji. Ovdje se postavlja pitanja o tome kada se može smatrati da je neko djelo službenog karaktera i u okviru ovlašćenja i funkcija koje pripadaju međunarodnoj organizaciji u pitanju. Virtuelno, ovaj imunitet bi mogao biti apsolutnog karaktera sve dok se dokaže da je pojedini akt, koji bi bio predmet razmatranja, službeni akt organizacije. Takav pristup bi mogao postati apstraktan jer ko bi trebalo da utvrdi u takvoj situaciji da li je neki akt službenog karaktera i učinjen u skladu sa postupcima i pravilima međunarodne organizacije, osim ukoliko su u pitanju neka djela za koja je očigledno da ne mogu imati službeni karakter u smislu funkcija međunarodne organizacije u pitanju. Klabers na ovu dilemu nudi sljedeći odgovor koji nam se čini prihvatljivim: „Organizacije mogu jedino da djeluju u okviru svojih ovlašćenja – sve drugo je *ultra vires*. Pošto će se imunitet dodijeliti jedino za službena akta, slijedi da je obim aktivnosti počinjenih *intra vires* jednak obimu službenih akata organizacije. Dakle, imunitet će po definiji obuhvatiti sva akta organizacije. Ovo elegantno obrazloženje počiva na pretpostavci da organizacije nikada ne počinu akta koja bi se mogla smatrati da su *ultra vires*.“¹⁸

¹⁶ V. Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946, *UN Treaty Series, Vol. 1, 1946-1947*; Convention on the Privileges and Immunities of the Specialised Agencies of 21 November 1947, *UN Treaty Series, Vol. 33, 1949*; General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe of 2 September 1949, *European Treaty Series, No. 2*; Amerasinghe, C.F. (2005). *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 316; Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 682-683.

¹⁷ Amerasinghe, C.F. (2005). *Op.cit.*, p. 317.

¹⁸ Klabers, J. (2009). *Op.cit.*, p. 149.

Ako se pitanje privilegija i imuniteta posmatra sa materijalne, tj. sadržinske, strane moguće je uočiti da se po pravilu ponavlja nekoliko vrsta privilegija i imuniteta koji se ustanovljavaju u međunarodnopravnim dokumentima, a u vezi sa djelovanjem pojedinih međunarodnih organizacija. Na prvom mjestu, relevantna akta utvrđuju nepovredivost prostorija koje pripadaju međunarodnoj organizaciji, što znači nemogućnost ulaska organa države sjedišta bez prethodne saglasnosti šefa administrativnog aparata međunarodne organizacije. Slično ovome, predviđa se i nepovredivost službene dokumentacija i arhiva međunarodne organizacije.¹⁹ Zatim, po pravilu, se predviđa niz imovinskih, finansijskih i fiskalnih imuniteta – sloboda svojine nad imovinom, oslobađanje od obaveze plaćanja direktnih poreza, oslobađanje od obeveze plaćanja carine na dobra uvezena u službene svrhe, oslobađanje od poreza na promet, pod određenim uslovima, sloboda finansijskih transakcija sa inostranstvom i valutne konverzije.²⁰

Za slobodno djelovanje međunarodnih organizacija i sprečavanje uplitanja države domaćina u njeno poslovanje, na prvom mjestu treba istaći imunitet u odnosu na sudske postupke i mjere izvršenja nad imovinom i dobrima međunarodne organizacije. Tako je Konvencija o privilegijama i imunitetima Ujedinjenih nacija predvidjela: „Ujedinjene nacije, njihova imovina i dobra, bez obzira gdje se nalaze i u čijem posjedu, uživaju imunitet od sudskog postupka, osim u onoj mjeri u kojoj su se izričito odrekle imuniteta, u posebnim slučajevima. Međutim, podrazumijeva se da se odricanje od imuniteta ne proširuje na mjere izvršenja.“²¹

Sljedeće vrste imuniteta i privilegija se utvrđuju u korist službenika međunarodne organizacije, predstavnika država članica u organima međunarodne organizacije i eksperata koje angažuje međunarodna organizacija, a koji nemaju status njenih službenika, za obavljanje određenih zadataka. Privilegije i imuniteti u korist ovih lica se, po pravilu, odnose na slobodu kretanja i ulaska u državu domaćin, solobađanje obaveze pribavljanja boravišne dozvole za službenika i članove njihovog domaćinstva, pravo na repatrijaciju u kriznim situacijama, oslobađanje od poreza na prihode dobijene od strane organizacije, carinska

¹⁹ Diez de Velasco Vallejo, M. (2002). *Op.cit.*, p. 54. Uporedi, npr. Article II, Agreement between the United Nations and the United States of America regarding the Headquarters of the United Nations of 26 June 1947; Section 15, Agreement between the Republic of Austria and United Nations regarding the Seat of the United Nations in Vienna of 29 November 1995, UN Treaty Series, Vol. 2023; Article VI, Agreement between the International Atomic Energy Agency and the Republic of Austria regarding the Headquarters of the International Atomic Energy Agency of 11 December 1957, INFCIRC/15, 1959.

²⁰ Article VIII, Agreement between the International Atomic Energy Agency and the Republic of Austria regarding the Headquarters of the International Atomic Energy Agency of 11 December 1957, INFCIRC/15, 1959; Sections 4 – 8, Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946, *UN Treaty Series, Vol. 1, 1946-1947*; Sections 24 – 28, Agreement between the Republic of Austria and United Nations regarding the Seat of the United Nations in Vienna of 29 November 1995, UN Treaty Series, Vol. 2023

²¹ Section 2, Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946, *UN Treaty Series, Vol. 1, 1946-1947*. Slična formulacija i kod Section 19, Article VI, Agreement between the International Atomic Energy Agency and the Republic of Austria regarding the Headquarters of the International Atomic Energy Agency of 11 December 1957, INFCIRC/15, 1959.

oslobađanja u pogledu određenih dobara, i ostala prateća prava.²² Treba istaći da se fiskalni imuniteti i poreske i carinske olakšice uglavnom ne definišu u korist službenih lica koji su državaljani države domaćina ili na njenoj teritoriji imaju stalni boravak. Utvrđivanje imuniteta ove vrste u korist ovih lica bi bilo radije izuzetak nego pravilo.²³

Značajan imunitet koji se predviđa u korist službenih lica međunarodne organizacije jeste imunitet od sudskog postupka za službena akta i djela učinjena u službenom svojstvu i nakon prestanka funkcije u međunarodnoj organizaciji.²⁴ Da ne bi bilo sumnje u pogledu konkretnih lica koja uživaju privilegije i imunitete, ugovori o sjedištu uvode institut notifikacije nadležnih organa države domaćina, što je u praksi ministarstvo nadležno za inostrane poslove, o imenu i rangu službenog lica. Takođe se predviđa da država domaćin ovim licima izdaje odgovarajuće isprave koje treba da omoguće njihovu identifikaciju pred organima države domaćina.²⁵ U suštini, opšteprihvaćeno je pravilo da službena lica ne uživaju privilegije i imunitete za svoju ličnu korist već u interesu međunarodne organizacije u kojoj su zaposleni.²⁶

Poseban značaj se pridaje šefovima sekretarijata međunarodne organizacije i drugim visokim službenicima odgovarajućeg ranga. U pogledu službenih lica koji obavljaju ove funkcije, predviđa se da će uživati privilegije i imunitete analogne onima koji se priznaju šefovima diplomatskih misija u skladu sa međunarodnim pravom.²⁷

Kao što je slučaj sa odricanjem od diplomatskih imuniteta, postoji mogućnost da nadležni organ međunarodne organizacije odluči o odricanju od imuniteta i na taj način

²² Diez de Velasco Vallejo, M. (2002). *Op.cit.*, p. 55.

²³ Amerasinghe, C.F. (2005). *Op.cit.*, pp. 316-317.

²⁴ V. Section 38(a), Article VI, Agreement between the International Atomic Energy Agency and the Republic of Austria regarding the Headquarters of the International Atomic Energy Agency of 11 December 1957, INFCIRC/15, 1959; Section 37, Agreement between the Republic of Austria and United Nations regarding the Seat of the United Nations in Vienna of 29 November 1995, UN Treaty Series, Vol. 2023, Article 18, Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State of 7 June 2007, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/99A82721-ED93-4088-B84D-7B8ADA4DD062/280775/ICCBD040108ENG1.pdf>, 10.5.2017.

²⁵ V. Section 40, Agreement between the Republic of Austria and United Nations regarding the Seat of the United Nations in Vienna of 29 November 1995, UN Treaty Series, Vol. 2023.

²⁶ V. npr. Article 20, General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe of 2 September 1949, European Treaty Series, No. 2.; Article 30, Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State of 7 June 2007, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/99A82721-ED93-4088-B84D-7B8ADA4DD062/280775/ICCBD040108ENG1.pdf>, 10.5.2017; Amerasinghe, C.F. (2005). *Op.cit.*, p. 337.

²⁷ Section 38, Agreement between the Republic of Austria and United Nations regarding the Seat of the United Nations in Vienna of 29 November 1995, UN Treaty Series, Vol. 2023, Article 17(2), Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State of 7 June 2007, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/99A82721-ED93-4088-B84D-7B8ADA4DD062/280775/ICCBD040108ENG1.pdf>, 10.5.2017; Section 39, Agreement between the International Atomic Energy Agency and the Republic of Austria regarding the Headquarters of the International Atomic Energy Agency of 11 December 1957, INFCIRC/15, 1959; Section 19, Headquarters Agreement between the Government of the United Arab Emirates and the International Renewable Energy Agency of 3 June 2012.

omogućiti vođenje sudskog ili nekog drugog relevantnog postupka protiv službenog lica u pitanju. Međutim, u ovakvim situacijama se, po pravilu, vodi računa o značaju konkretnog akta službenog lica zbog kojeg se postavilo pitanje odricanja od imuniteta. Naime, potrebno je da nadležni organ ispita svrhu konkretnog akta i ako bi se utvrdilo da je isti učinjen radi ostvarivanja funkcije organizacije, odnosno da bi odricanje od imuniteta u datom slučaju otežalo ostvarivanje funkcija organizacije, onda ne bi bilo mjesta odluci kojom se organizacije odriče od imuniteta.²⁸

UTVRĐIVANJE UNUTRAŠNJEPRAVNOG SUBJEKTIVITETA MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE

Pravni subjektivitet u unutrašnjem pravu omogućava nekom entitetu da stiče prava i obaveze, odnosno da pribavlja imovinu, da zaključuje ugovore i druge pravne poslove i da se koristi pravnim sredstvima za zaštitu svojih prava.²⁹ Međunarodne organizacije imaju potrebu da učestvuju u pravnom prometu u unutrašnjem pravu. Potreba za pravnim prometom se javlja na onim područjima gdje međunarodna organizacija djeluje, prije svega u državi sjedišta, kao i na teritoriji drugih država gdje organizacija može eventualno obavljati neke svoje aktivnosti.³⁰ Ovdje se postavlja pitanje na koji način i putem kojih pravnih instrumenata se nekoj međunarodnoj organizaciji dodjeljuje pravni subjektivitet u unutrašnjem pravu. Međunarodna praksa nema jedinstveno rješenje, i u pogledu različitih međunarodnih organizacija, primjenjuju se različiti instrumenti. Ipak, može se zaključiti da se kao relevantni pravni instrumenti koriste ugovor o osnivanju, zatim ugovori kojima se utvrđuju privilegije i imuniteti pojedinih međunarodnih organizacija i, konačno, putem ugovora o sjedištu. Pored ovih instrumenata, koji su akti međunarodnopravnog karaktera, pojedine države svojim unutrašnjim propisima uređuju ovo pitanje.³¹

Dodatno prethodnom, potrebno je razjasniti i pravni režim koji bi se primjenjivao na pravne poslove u koje ulazi međunarodna organizacija. Praksa pokazuje da se ugovori i pravni poslovi zaključuju u skladu sa lokalnim propisima, zavisno od mjesta na kojem se ugovor zaključuje, pod uslovom da se radi o ugovorima u kojima međunarodna organizacija nastupa kao poslovni subjekt, radi zadovoljavanja svojih potreba, kao što je nabavka robe, usluga i sl. koje su generalnog karaktera. Neki drugi pravni režim bi se mogao primijeniti ukoliko je tako ugovoreno ili, ukoliko bi se primjenjivale odredbe o rješavanju sukoba propisa, zavisno od predmeta ugovora i karaktera druge strane. S druge strane, ukoliko se radi o nekim ugovorima koji bi seicali specifičnih usluga, povezanih sa ciljevima i zadacima međunarodne organizacije u pitanju, moguće je da se relevantna pravna pitanja ovdje uređuju međunarodnopravnim aktima ili derivativnim pravom međunarodne organizacije u pitanju. Ovaj pristup je zauzet radi zaštite specifičnih interesa organizacije u pitanju.³² Ovdje je moguće uočiti određenu sličnost sa distinkcijom koja se uspostavlja u pogledu akata države koji imaju karakter *iure imperii*, i u pogledu kojih postoji nesporan

²⁸ Amerasinghe, C.F. (2005). *Op.cit.*, pp. 337-338.

²⁹ V. Article VII, Agreement between the International Atomic Energy Agency and the Republic of Austria regarding the Headquarters of the International Atomic Energy Agency of 11 December 1957, INFCIRC/15, 1959.

³⁰ Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Op.cit.*, p. 659.

³¹ *Ibid.*, p. 660.

³² V. slično: *Ibid.*

imunitet države jer se tiču onih poslova koji su u vezi sa državom kao suverenim entitetom, i onih koji se označavaju kao *iure gestionis*, koje mogu da preduzimaju sva pravna ili fizička lica, te se u vezi sa njima ne može priznati imunitet. U tom smislu, sudovi bi trebalo da ispituju prirodu i karakter konkretnog pravnog posla da bi utvrdili da li postoji imunitet ili ne, odnosno da li se protiv međunarodne organizacije može voditi sudski postupak.³³ Postoje primjeri ugovora o sjedištu koji isključuju imunitet od sudskog postupka u pogledu ugovora o kupoprodaji, pružanju usluga, zajmu, kreditu, garantijama i drugim transakcijama ili finansijskim obavezama, zatim u sporovima za naknadu štete koju je pokrenula treća strana zbog smrti, materijalne ili lične povrede izazvane u saobraćaju od strane službenog vozila međunarodne organizacije, kao i u pogledu postupaka koji se vode povodom protivtužbe u postupku koji je pokrenula međunarodna organizacija.³⁴ Smatramo da bi se radi prevazilaženja eventualnih komplikacija u praksi, ovo pitanje trebalo eksplicitno riješiti u ugovoru o sjedištu čime će se omogućiti pravna sigurnost u pravnom prometu i zaštititi položaj druge strane koja *bona fide* zaključuje ugovore sa međunarodnom organizacijom. Nadalje, utvrđeni imuniteti ne bi trebalo da organizaciji i njenim službenim licima daju lažni osjećaj nepodređenosti pravu države domaćina.

STATUS I RADNI ODNOSI MEĐUNARODNIH SLUŽBENIKA

Kadrovsku osnovu za djelovanje međunarodne organizacije čini njen sekretarijat ili administrativno tijelo u kojem su zaposleni šef međunarodne organizacije i službena lica, odnosno međunarodni službenici, koji obavljaju suštinske poslove iz nadležnosti organizacije i djeluju u ime organizacije. Ova se kategorija zaposlenih označava kao međunarodni službenici ili službena lica (eng. *International civil servants, Officials*). Pored njih, određene pomoćne poslove obavljaju i tehničko i poslušno osoblje.

Međunarodna praksa je pokazala da je potrebno omogućiti međunarodnim organizacijama da samostalno uređuju radne odnose svojih službenih lica. Ovo dalje znači da se pitanja statusa međunarodnih službenika ne mogu urediti nacionalnim propisima ni države domaćina niti neke države članice organizacije. Zbog toga, ugovori o osnivanju, u pravilu, predviđaju jasno ovlašćenje za organe međunarodne organizacije da usvajaju svoje unutrašnje propise kojima se ovo pitanje uređuje. Ovakva praksa je posebno prihvaćena od vremena djelovanja Društva naroda, a posebno nakon Drugog svjetskog rata, od kada se međunarodnim organizacijama priznaje značajnija uloga u međunarodnim odnosima.³⁵

Iako praksa poznaje različite tipove međunarodnih organizacija, načine sticanja statusa službenog lica, prirode i trajanja tog statusa, u literaturi se međunarodni službenik najčešće definiše kao lice koje je postavljeno na osnovu međunarodnog ugovora da djeluje, na kontinuiran i ekskluzivan način, u ime organizacije. U tom smislu, međunarodni

³³ V. Kreća, M. (2010). *Op.cit.*, str. 207; Amerasinghe, C.F. (2005). *Op.cit.*, pp. 321-322.

³⁴ Article 8, Agreement between the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina and the Governments of the Other SEECP Participating States, the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo on behalf of Kosovo in accordance with the UNSCR 1244 on the Host Country Arrangements for the Secretariat of the Regional Cooperation Council of 14 September 2007.

³⁵ Amerasinghe, C.F. (2005). *Op.cit.*, pp. 271-273.

službenik, ima određeni pravni status, slično i nacionalnim državnim službenicima, koji ga razlikuje od ostalih lica koja međunarodna organizacija može angažovati, kao što su eksperti, odnosno lica koja su zaposlena radi obavljanja pomoćnih poslova.³⁶ Da bi se međunarodnim službenicima omogućila nezavisnost u djelovanju, relevantni međunarodni ugovori – ugovor o osnivanju, konvencije o privilegijama i imunitetima i ugovori o sjedištu, predviđaju odgovarajuće imunitete i privilegije koje oni uživaju. U kontekstu radnog odnosa, predviđaju se oslobađanje od oporezivanja za prihode, naknade i druge prinadležnosti koje se ostvaruju na osnovu i u vezi sa radom u međunarodnoj organizaciji. Takođe, pitanje plaćanja doprinosa za socijalno osiguranje može biti regulisano na način da se isti ne uplaćuju u nacionalne fondove već posebne fondove međunarodne organizacije.³⁷ Radi toga, određene međunarodne organizacije uspostavljaju fondove penzijskog i socijalnog osiguranja na koje se ne primjenjuje zakonodavstvo države domaćina. Primanja koja se ostvaruju iz takvih fondova ne podliježu oporezivanju.³⁸

Međunarodni službenici zasnivaju radni odnos u sekretarijatu međunarodne organizacije i njihova prava i obaveze kao zaposlenih se uređuju aktima međunarodnog karaktera, na prvom mjestu uredbom o službenicima (eng. *Staff Regulations*) koje usvajaju nadležni organi međunarodne organizacije. Da bi se garantovao međunarodni karakter administrativnog kora međunarodne organizacije, na službeničke pozicije se zapošljavaju lica koji su državaljani svih država članica, i veliki broj ovih lica su stranci u državi sjedišta gdje efektivno obavljaju svoje službene dužnosti. Stoga, pored privilegija i imuniteta, koje im se garantuju, a kako smo gore naveli, potrebno je da se ugovorom o sjedištu predvidi da će njihov radni odnos biti uređen aktima organizacije, a ne zakonodavstvom države domaćina. Dakle, na ovaj način se mora obezbijediti njihova nezavisnost, u statusnom smislu, od države domaćina, ali i od ostalih država članica, uključujući i državu njihovog državljanstva. Naime, osnovni karakter međunarodnog službenika je da svoje zaposlenje ne dobija posredstvom države čiji je državljanin, već na osnovu posebnog postupka zapošljavanja i selekcije, po pravilu na osnovu javnog konkursa, a koju provode nadležni organi međunarodne organizacije. Službena lica međunarodne organizacije ne odgovaraju predstavicima država članica već isključivo hijerarhijski nadređenim službenicima i šefu sekretarijata u krajnoj instanci.³⁹

Osim potrebe da se garantuje nezavisnost službenih lica u domosu na nacionalne vlasti bilo koje države, praksa je pokazala da je nezavisno uređenje radnih odnosa službenih lica internim aktima međunarodne organizacije potrebno zbog nekoliko razloga. Na prvom mjestu, ovo omogućava da sva službena lica, koja su različitih državljanstava, uživaju jedinstven status i jednaka prava i obaveze prema poslodavcu. Nadalje, međunarodnoj organizaciji se daje sloboda djelovanja u odnosu na državu domaćina i države čiji su držav-

³⁶ Diez de Velasco Vallejo, M. (2002). *Op.cit.*, p. 90.

³⁷ V. Article 105(2), Charter of the United Nations; Article V, Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946, *UN Treaty Series, Vol. 1, 1946-1947*; Section 37, Agreement between the Republic of Austria and United Nations regarding the Seat of the United Nations in Vienna of 29 November 1995, *UN Treaty Series, Vol. 2023*.

³⁸ V. Section 26 – 27, Agreement between the Republic of Austria and United Nations regarding the Seat of the United Nations in Vienna of 29 November 1995, *UN Treaty Series, Vol. 2023*.

³⁹ Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Op.cit.*, p. 698.

ljani u njoj zaposleni. Takvo normativno rješenje predviđa nezavisnost za sekretarijat kao administrativni aparat organizacije.⁴⁰

U literaturi se konstatuje da nacionalni sudovi skoro redovno priznaju imunitete međunarodnoj organizaciji u pogledu radnih sporova sa njihovim službenim licima.⁴¹ Takođe, službena lica međunarodne organizacije pravnu zaštitu svog statusa ostvaruju u skladu sa aktima organizacije, i to pred posebnim žalbenim komisijama, koje djeluju unutar organizacije, a zatim se predviđaju mehanizmi sudske zaštite pred međunarodnim tribunalima, bilo da pojedina organizacija uspostavi sopstveni administrativni tribunal, bilo da priznaje nadležnost nekog drugog administrativnog tribunala koji postoji na međunarodnom nivou.⁴²

Osim službenih lica, međunarodne organizacije zapošljavaju pomoćno i tehničko osoblje, i na njihove radne odose se, po pravilu, primjenjuje zakonodavstvo države domaćina i ova kategorija zaposlenih ne uživa privilegije i imunitete koji se priznaju službenim licima.⁴³ Ovdje se radi o lokalno zaposlenom osoblju za one pozicije za koje je predviđeno da su pomoćnog karaktera i ne predstavljaju suštinske dužnosti u funkcionisanju međunarodne organizacije.

ZAKLJUČNO RAZMATRANJE

Ovaj članak razmatra međunarodnopravni značaj ugovora o sjedištu koji se zaključuje između međunarodne organizacije i države domaćina. Ugovor o sjedištu je određen kao bilateralni međunarodni ugovor koji se zaključuje sa ciljem da se utvrde uslovi pod kojima međunarodna organizacija, kao nezavisan entitet i subjekt međunarodnog prava, djeluje na teritoriji države u kojoj se nalazi sjedište njenog administrativnog aparata. U radu smo predstavili osnovne karakteristike ugovora o sjedištu, a zatim smo ukazali na nekoliko ključnih elemenata koje isti uređuje: privilegije i imunitete međunarodne organizacije, njenih službenih lica i drugih lica od značaja za njeno funkcionisanje, kao što su eksperti i predstavnici država članica, pravni subjektivitet međunarodne organizacije u pravnom sistemu države domaćina i radnopravni status međunarodnih službenika.

Analiza se zasniva na relevantnoj literaturi, ali i na određenom broju ugovora o sjedištu i drugih relevantnih međunarodnih ugovora koji tretiraju predmetnu materiju. Može se konstatovati da u međunarodnom javnom pravu, ne postoji jedinstven set pravila, običajne ili konvencionalne prirode, koji bi bio obavezujući za sve države u kojima međuna-

⁴⁰ Amerasinghe, C.F. (2005). *Op.cit.*, pp. 277-278,

⁴¹ *Ibid.*, p. 345.

⁴² Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ, p. 699. Najilustrativniji primjeri su Administrativni tribunal Ujedinjenih nacija, Administrativni tribunal MOR-a čiju nadležnost je priznalo nekoliko desetina organizacija, kao i donedavno posotjeći Službenički tribunal Evropske unije.

⁴³ V. Article 21, Agreement between the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina and the Governements of the Other SEECP Participating States, the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo on behalf of Kosovo in accordance with the UNSCR 1244 on the Host Countrz Arrangements for the Secretariat of the Regional Cooperation Council of 14 September 2007.

rodne organizacije imaju sjedište. Pitanje položaja međunarodne organizacije je predmet specijalnog ugovornog režima kojim se uređuje odnos sa državom domaćinom. Iako se ne može tvrditi da postoji skup običajnih pravila koja uređuju odnos organizacije i države domaćina, ipak je moguće identifikovati da se određeni broj relevantnih pitanja rješava na skoro identičan način. Pri tome, kao uzor za odredbe ugovora o sporazumu i polazna tačka za definisanje relevantnog pravnog sistema, se koristi Konvencija o privilegijama i imunitetima Ujedinjenih nacija od 13.02.1946.

LITERATURA:

- Agreement between the Council of Ministers of Bosnia and Herzegovina and the Governements of the Other SEECP Participating States, the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo on behalf of Kosovo in accordance with the UNSCR 1244 on the Host Country Arrangements for the Secretariat of the Regional Cooperation Council of 14 September 2007
- Agreement between the International Atomic Energy Agency and the Republic of Austria regarding the Headquarters of the International Atomic Energy Agency of 11 December 1957, INFCIRC/15, 1959.
- Agreement between the Republic of Austria and United Nations regarding the Seat of the United Nations in Vienna of 29 November 1995, UN Treaty Series, Vol. 2023;
- Agreement between the United Nations and the United States of America regarding the Headquarters of the United Nations of 26 June 1947;
- Amerasinghe, C.F. (2005). *Principles of the Institutional Law of International Organizations*. Cambridge: Cambridge University Press
- Brownlie, I. (2001). *Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 703.
- CIJ, Avis du 8 juillet 1996, Licéité de l'utilisation des armes nucléaires, Rec.,
- Convention on the Privileges and Immunities of the Specialised Agencies of 21 November 1947, UN Treaty Series, Vol. 33, 1949;
- Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations of 13 February 1946, UN Treaty Series, Vol. 1, 1946-1947;
- Dailler, P., Forteau, M., Pellet, A. (2009). *Droit international public*, Paris: LGDJ,
- Diez de Velasco Vallejo, M. (2002). *Les organisations internationales*. Paris: Economica
- General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe of 2 September 1949, European Treaty Series, No. 2
- Headquarters Agreement between the International Criminal Court and the Host State of 7 June 2007, <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/99A82721-ED93-4088-B84D-7B8A-DA4DD062/280775/ICCBDO40108ENG1.pdf>, 10.5.2017.
- Klabers, J. (2009). *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press
- Kreća, M. (2010). *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu,
- Schreuer, C. (1993). „The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law?“, *European Journal of International Law*, Vol. 4
- Thomas, M.A. (1990). “When the Guests Move In: Permanent Observers to the United Nations Gain the Right to Establish Permanent Missions in the United States,” *California Law Review*, Vol. 78,
- UN Charter, <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>, 3.5.2017.

Duško Glodić, Ph.D

Faculty of Law sciences, Pan-European University Apeiron, Banja Luka; mail: dusko.glodic@icloud.com

Importance From the International Law Perspective of the Headquarters Agreement For the Functioning of an International Organisation in the Host State

Abstract: This article explores the importance from the international law perspective of the headquarters agreement, concluded between an international organisation and its host State, for the functioning and accomplishment of missions of an international organisation, as of an entity situated in the host State. In that regard, the theoretical framework for the conclusion of a headquarters agreement, as well as the relevant international practice laid down the basis defining the issues that are expected to be settled by such an agreement. Based on the analysis of relevant international practices and having taken into account the fact that there is a number of different international organisations, being of different nature and established with different purposes, it was not possible to conclude that the contemporary international law defines a unified template to be used for the content of a given headquarters agreement. None the less, some concrete solutions, although made through direct negotiations between the parties, stipulate certain elements that are common to a large number of headquarters agreements. Such common core of headquarters agreements content is related to the privileges and immunities agreed in the favour of the international organisation, status of its officials, its legal personality in the host State legal system etc.

Key words: International organisations, Public International Law, Headquarters Agreement, Privileges and Immunities, International Civil Servants.

DOI: 10.7251/GFP1707185N

UDC: 342.2(497.1)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
23. maj 2017.*Datum prihvatanja rada:*
28. jun 2017.*Doc. dr***Oliver Nikolić***Naučni saradnik Instituta za
uporedno pravo, Beograd
oliver_nikolic@yahoo.com*

Raspad federalizma u Jugoslaviji

Rezime: U članku autor daje prikaz razvoja federativnog uređenja u Jugoslaviji od završetka Drugog svetskog rata, pa do njenog potpunog sloma devedesetih godina prošlog veka. Jedan od razloga za prihvatanje federalizma u Jugoslaviji je bio način da se reši nacionalno pitanje, obzirom da je Jugoslavija bila multietnička država. Međutim ta želja se nikada, u suštini, nije ispunila, barem ne dosledno. Određivanje granica budućih federalnih jedinica nisu odgovarale istorijskim i nacionalnim merilima i o njima nije bio donet bilo kakav pravni akt. Takođe i stvaranje autonomnih pokrajina samo u jednoj federalnoj jedinici dovelo je do grubog narušavanja ustavnog statusa Srbije, do njenog neravnopravnog položaja u odnosu na druge republike, do razbijanja njene celovitosti, itd. Sve rečeno uz činjenicu da u državi nije postojala prava demokratija, dovelo je vremenom do jedne vrste konfederalizacije, a na kraju i dezintegracije Jugoslavije.

Ključne reči: Federalizam, Jugoslavija, Srbija, Autonomne pokrajine, Ustav, federalne jedinice.

Kao što piše jedan od najznačajnijih švajcarskih konstitucionalista J.-F. Aubert "federalna država je ne može definisati ni na jedan način, a da on zadovoljava sve teoretičare"¹, tako da u članku se neće ponuditi različiti teoretski pogledi na ovo, itekako, značajno pitanje².

Jedan od ciljeva uspostavljanja federalizma, svakako je, nastojanje "da se pomiri jedinstvo nacionalne vlasti sa očuvanjem prava država"³. Razlog uspostavljanja federativnog uređenja u bivšoj Jugoslaviji, prema tadašnjim zvaničnim objašnjenjima, ležao je u nameri da se reši nacionalno pitanje, obzi-

¹ J.F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Editions ides et calendes, Neuchatel, 1967, str. 195.

² Videti više, A.Hauriou, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Editions Montchrestien, Pariz, 1968, str. 911; G.Sawer, *Modern Federalism*, Pitman, London, 1976, str. 186; F.L.Neuman, *Federalism and Freedom; a Critique*, u *Federalism, Mature and Emergent*, A. W. Macmahon New York, 1955, str. 44; R. Pelloux, *Le fédéralisme européenne*, u *Le Fédéralisme*, Presses Universitaires de France, Pariz 1956, str. 362, itd.

³ M. Mouskheli, *La théorie juridique de l'Etat fédéral*, A. Pedone, Pariz, 1931, str. 245.

rom da je Jugoslavija bila višenacionalna država.⁴ Tako, "federalno uređenje se u slučaju višenacionalnog sastava jedne države gotovo samo po sebi nameće; jer svako drugo rešenje a to praktično znači unitarno uređenje (ili eventualno i federalno, ali takvo federalno uređenje u kome podela na federalne jedinice ne odgovara višenacionalnom sastavu) - ne može da zadovolji i predstavljaće izvor nezadovoljstva i sukoba".⁵ Međutim u slučaju Jugoslavije, ovakav višenacionalni sastav je od trenutka stvaranja prve jugoslovenske države 1918. godine otvorio problem karaktera zajedničke države, odnosno njenog unutrašnjeg uređenja.

Jugoslovenska država je najpre stvorena kao unitarna, zasnovana na ideji "jedan narod sa tri imena", da bi posle Drugog svetskog rata bila organizovana kao federativna. Tada, "opšte prihvaćena ocena da unitarna monarhija zasnovana na Vidovdanskom ustavu i kasnije donetom oktroisanom Ustavu nije bila prihvatljiv oblik za multinacionalnu državu"⁶. Oficijelna politička i pravna misao tadašnje Jugoslavije je objašnjavala uspostavljanje federalizma željom da svaki od jugoslovenskih naroda ima svoju državu u vidu federalne jedinice koja bi (kao i narodi) bile međusobno jednake, odnosno ravnopravne. Međutim, ova ideja, a u suštini to je ideja država - nacija, ostvarena je krajnje nedosledno, pa i sa posledicama koje će se u jednom kasnijem periodu razvoja ove države pokazati kao pogubne.

Prema tome, ravnopravnost naroda se nije mogla ostvariti u tako skrojenom federativnom uređenju, pa ni suština federalizma kao mogućeg rešenja nacionalnog pitanja i nije došla do svog izražaja. Ova namera je posle skoro pet decenija postojanja te zajedničke države doživela potpuni slom. "Propašću komunističkog uređenja nestao je mehanizam centralne kontrole i tada se pokazala sva nemoć i nedelotvornost ustavnih ustanova, koje nikada nisu stvarno delovale i započeo je ubrzani raspad države na njegove sastavne delove"⁷. Krajnji ishod je bio krah federativnog uređenja, odnosno same države i međunarodni, građanski, pa i verski ratovi na pojedinim prostorima te države.

1. Koreni federalizma u Jugoslaviji potiču još iz vremena revolucije i građanskog rata. Revolucionarne vlasti su 1943 godine donele Odluku o izgradnji Jugoslavije na federativnom principu, da bi po oslobođenju zemlje od stranog okupatora nelegitimna Ustavotvorna skupština usvojila Deklaraciju o proglašenju Federativne Narodne Republike Jugoslavije novembra 1945. Ista Skupština je početkom 1946 izglasala Ustav Jugoslavije kojim je

⁴ Videti, P. Nikolić, *La débâcle du fédéralisme en Yougoslavie (et en Serbie et Monténégro)*, u *Percorsi dell federalismo in Italia et non solo*, Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Roma, 2005, 167-170; P. Nikolić, *Rozpad socialistické federativni republiky Jugoslávie a vytvoreni novych stati*, u časopisu *Právník*, Praha, br. 7/1994, 645 i dalje; P. Nikolić, *Le nuove forme di federalismo, dell'autonomia e del regionalismo in Jugoslavia*, in *Federalismo, regionalismo ed autonomie differenziate*, Università di Palermo Facoltà di giurisprudenza, Palermo, 1991, 131 i dalje.

⁵ M. Jovičić, *Savremeni federalizam - uporednopravna studija*, Institut za uporedno pravo i Savremena administracija, Beograd, 1973, str. 49.

⁶ I. Kristan, *Evropski ustav i federalizam*, u *Ustav Lex superior*, Udruženje za ustavno pravo Srbije, Beograd 2004, str. 265.

⁷ S. Sokol, B. Smerdel, *Ustavno pravo*, Informator, Zagreb, 1995, str. 268.

u potpunosti oblikovano federativno uređenje.

Ustavom je bilo obrazovano šest federalnih jedinica (narodnih, kasnije socijalističkih republika) kako bi svaki od jugoslovenskih naroda dobio svoju „nacionalnu državu“. To nije moglo da se odnosi na Bosnu i Hercegovinu jer je ona sama bila multinacionalna. Uzgred rečeno, pre drugog svetskog rata Crnogorci i Makedonci nisu ni bili tretirani kao posebne nacije. U jednom kasnijem periodu pukom arbiternošću muslimani su proglašeni za posebnu naciju.

Jedno od pogrešnih rešenja je bilo i krajnje voluntarističko određivanje granica između federalnih jedinica tako da one (osim u slučaju Slovenije) i nisu odgovarale istorijskim i nacionalnim merilima. O granicama nikad i nije bio donet bilo kakav pravni akt. Tako su i stvorene, u većini slučajeva, veštačke tvorevine u okviru zajedničke države i koje nisu odgovarale zahtevu da svaki od jugoslovenskih naroda stvarno dobije svoju nacionalnu „državu“ (federalnu jedinicu) sa što je moguće verodostojnijim granicama, a što je bio razlog uvođenja federativnog uređenja.

Uzgred rečeno, obrazovanje dve autonomne jedinice (Kosovo i Metohija i Vojvodina) samo u Srbiji, bilo je deo smišljene politike tadašnjih komunističkih upravljača da najveću i najmnogoljudniju federalnu jedinicu (Srbiju) razjedine i oslabe. To je učinjeno uprkos tome što zvanično objavljeni razlozi za obrazovanje pomenutih autonomnih jedinica su u potpunosti (negde i u većoj meri nego u Srbiji) postojali i u drugim federalnim jedinicama – npr., to su teritorije Istre, Dalmacije, Slavonije, Zapadne Makedonije). Postojanje autonomnih jedinica samo u Srbiji je od samog početka narušavalo Ustavom proklamovanu ravnopravnost federalnih jedinica (i samih naroda). Pri tome, treba se podsetiti da su ti isti komunistički upravljači po završetku drugog svetskog rata izdali zabranu povratka 200.000 Srba na Kosovo sa koga su tokom rata bili prognani od albanskih fašista, a dozvolili hiljadama Albanaca iz Albanije da se nasele na Kosovu i time znatno izmene demografsku strukturu stanovništva u pokrajini.

2. Ustavom od 1946 godine je uspostavljeno jedno, manje ili više, klasično federativno uređenje. Pored već pomenutih promašaja, ovo uređenje se karakterisalo i vrlo vidljivim elementima centralizma – date su široke nadležnosti Federaciji, obrazovana su tzv. savezno-republička ministarstva, i dr. a nešto kasnije, postojeći federalni dom izgubio je status posebnog doma u Skupštini Federacije. U samoj praksi tendencija centralizma je dobila veće razmere, kako zbog objektivnih prilika (razrušenost zemlje iz doba rata, privredna nerazvijenost i slično), tako i, naročito, zbog monističkog karaktera političkog režima, koncentracije vlasti u rukama partijske vrhuške, centralizovanog ustrojstva vladajuće komunističke partije Jugoslavije (od 1952 – Savez komunista Jugoslavije), a sve to u uslovima postojanja državne (nešto kasnije nazvane društvene) svojine, državnog upravljanja privredom, planske privrede i dr.

Međutim, u periodu koji je usledio posle donošenja novog Ustava Jugoslavije (1963), ali i neku godinu ranije, ispoljile su se izvesne tendencije decentralizacije, zatim postepenog jačanja uticaja i samostalnosti republika kao federalnih jedinica i njihovih komunističkih partija, a počele su da dolaze do izražaja i nacionalizmi u pojedinim republikama. Ipak,

federacija je u svojim rukama još uvek držala široke i značajne funkcije, što je, po mišljenju iznetom u javnosti, onoga vremena, komplikovalo odnose između Federacije i federalnih jedinica, kao što je zaoštravalo odnose između samih federalnih jedinica.

Inače, to je bio period, uprkos proklamovanju nekih novih principa, poput samoupravljanja, delegatskog sistema i sl., potpune vlasti Saveza komunista Jugoslavije na svim nivoima države i društva, personalne povezanosti partije i državnog aparata, kao i maksimalno izražene personalizacije vlasti u licu J. Broza, lidera partije i šefa države (samo nekoliko godina kasnije on će biti izabran za doživotnog Predsednika Republike).

3. Ustav Jugoslavije od 1974 godine, u koji su bili pretočeni amandmani na prethodni Ustav, doneti 1967, 1968 i 1971, je predstavljao temelj jednog novog neuobičajenog uređenja koje se formalno i dalje nazivalo federativnim, a koje to uopšte nije bilo. Vršanjem ove radikalne reforme tadašnji upravljači su, čini se, i nesvesno priznali da dotadašnje federativno uređenje, ma kakvo da je bilo, nije rešilo nacionalno pitanje. Stvaranje novog „federativnog“ uređenja nije više bilo ni opravdavano potrebom rešavanja nacionalnog pitanja, već težnjom, kako je tada rečeno, da Federacija vrši samo ona prava i dužnosti koja su u „zajedničkom interesu naroda i narodnosti, radnih ljudi i građana“, s tim da se u vršenju tih funkcija obezbedi odlučujući uticaj republika i pokrajina, a time i njihova odgovornost za politiku Federacije uopšte. To je bila jedna sasvim drugačija koncepcija o unutrašnjem uređenju zajedničke države.⁸ Ona je predpostavljala, međutim, uvođenje znatnih elemenata konfederalizma. Interesantno je zapaziti da su državni i politički zvaničnici, pa i jedan deo naučne javnosti toga doba, zagovarali stav o „novom vidu jugoslovenskog federalizma“, što je trebalo da okvalifikuje novostvoreno hibridno uređenje, u suštini izvitopereno federativno uređenje. Taj stav je bio praćen i mišljenjima, oficijelno sa najvišeg vrha izraženih, da se jugoslovenska socijalistička državna zajednica „...ne može veštački uklapati ni u kakve klasične forme federalizma i konfederalizma“ i da se ne može operisati „... zastarelim pojmovima“, kao i da se radi o „... preživelim kategorijama“. Naravno, sve je to bilo izraz neznanja i političke manipulacije.

Bitno obeležje novog „federativnog“ uređenja činili su izrazito jak, praktično dominantan položaj republika (ali i pokrajina) sa jedne strane, a sa druge strane – Federacija nije, ili je to u maloj meri, predstavljala poseban i nezavisan državno-pravni subjekat. Pri tome, Ustav je sa naročitim naglaskom pripisivao republikama svojstvo državne zajednice. Međutim, iao rečima to nije izričito učinio, Ustav je autonomne pokrajine uspostavio kao „konstitutivni element federacije“ (dakle, kao i republike) sa приметnim svojstvima državnosti. Ako je ono prvo utrlo put dezintegraciji i budućem konačnom raspadu Jugoslavije, ovo drugo je bio smišljeni čin koji je otvorio vrata budućim separatističkim dešavanjima na Kosovu i u Metohiji, odnosno autonomaštvu u Vojvodini.⁹

⁸ Videti, P.Nikolić, *Ustavno pravo*, Beograd, 1995, 438 i dalje; P.Nikolić, *La disgregazione della Jugoslavia socialista, formazione e sviluppo della nuova Jugoslavia e dei membri costitutivi della federazione – aspetti costituzionali*, in *Europa e Balcani, stati culture nazioni*, Cedam, Padova, 2001, 195 i dalje.

⁹ Više o položaju autonomnih pokrajina, O.Nikolić, *Problem teritorijalne organizacije Republike Srbije*, *Pravni život*, br. 12, Beograd 2015. str. 612 i dalje

Tako je postupno, ali odlučno izvršen preokret u razvoju federativnog uređenja bivše Jugoslavije: od federalizma sa elementima i tendencijom centralizma i etatizma, do „federalizma“ sa elementima i tendencijom konfederalizacije, što je i dovelo do dezintegracije takvog uređenja i države uopšte.

4. Između ostalih, elementi koji su predstavljali oživotvorenje pomenute koncepcije predviđene Ustavom Jugoslavije, a potvrđene ustavima republika i ustavima pokrajina, bili su sledeći:

- Ustavno smanjenje nadležnosti Federacije i praktično povećanje obima funkcija republika i pokrajina, što je doprinelo jačanju državnosti republika i kvazi državnosti pokrajina, ali i slabljenju svojstva Federacije kao posebnog i samostalnog subjekta.

- Znatno povećanje obima i oblika učešća republika i pokrajina u vršenju funkcija Federacije (u nekim od ovih oblika se prepoznaju tipični elementi konfederalizma), čime su se republike i pokrajine direktno uključile u proces vršenja federalne vlasti. Tako su republike i pokrajine postale dominantan činilac u tom procesu.¹⁰

- Prioritet Ustava Jugoslavije u odnosu na republičke i pokrajinske ustave nije bio dosledno sproveden, a nije postojao ni mehanizam koji bi otklonio suprotnost odredaba ovih ustava Ustavu Jugoslavije, što se grubo kosilo sa principom federalizma i vladavinom prava.

- Nedosledno propisivanje prioriteta zakona Federacije u odnosu na republičke i pokrajinske zakone, što je, kao i u slučaju prioriteta Ustava Jugoslavije, bitno narušavalo odgovarajuća pravila federalizma i vladavine prava.

- Republike su bile paritetno zastupljene (delom to važi i za pokrajine) u svim organima Federacije (osim u vladi), a učestvovala su i u konstituisanju većine od tih organa. Na taj način su organi federalne vlasti izgubili svojstvo pravih organa Federacije i postali neka vrsta zajedničkih organa republika i pokrajina. To je naravno, drastično odludaralo od ideje federalizma i u tadašnje jugoslovensko uređenje unosilo dodatne elemente konfederalizma, što je, takođe doprinelo dominaciji republika i pokrajina u čitavom „federativnom“ uređenju zemlje. Ovakav način predstavljanja (zastupljenosti) republika i pokrajina u organizaciji Federacije je narušio i princip ravnopravnosti građana.¹¹

5. Posebnu, značajnu karakteristiku (u negativnom smislu) ovog uređenja su predstavljale autonomne pokrajine. Pri kraju šesdesetih godina prošlog veka započeo je proces radikalnog menjanja dotadašnje, manje više, klasične političko-teritorijalne autonomije. Taj proces je doveo do jednog naučno potpuno nepoznatog i neobjašnjivog, a politički apsolutno neprihvatljivog „modela“ autonomije koja to uopšte i nije bila. To je, po prirodi

¹⁰ Najveći i najneposredniji uticaj republika i pokrajina na vršenje federalne vlasti se ostvarivao davanjem saglasnosti na odluke organa federacije (npr. promene Ustava Jugoslavije i tome slično). Praktično, to je imalo karakter veta.

¹¹ Videti detaljnije, P. Nikolić, Federacija i federalne jedinice, Službeni list, Beograd, 1989, str. 110-123, 182-187.

stvari, u znatnoj meri doprinelo potpunom izvitoperavanju jugoslovenskog federalizma.

Naime, kako je pokazano na prethodnim stranicama, pokrajine su se skoro potpuno izjednačile sa republikama u pogledu opšteg statusa, uticaja na vršenje federalne vlasti, zastupljenosti u organima Federacije i dr. Tako su i postale ono što je u tadašnjoj jugoslovenskoj nauci i publicistici nazvano „konstitutivni element federalizma“ sa značajnim svojstvima „državnosti“.

Obzirom da su pokrajine postojale samo u Srbiji, jasno je da je sve to moralo da dovede do grubog narušavanja ustavnog statusa Srbije, do njenog neravnopravnog položaja u odnosu na druge republike, do razbijanja njene celovitosti, i sl. O drugim pogubnim posledicama ne treba ni govoriti – separatizam, pobune, nasilje nad srpskim stanovnicima, potpuna prevlast albanske nacionalne manjine i njenog Saveza komunista, i dr., na Kosovu i u Metohinji, odnosno do bujanja autonomaštva u Vojvodini.

6. Proces konfederalizacije, pa i dezintegracije Jugoslavije počeo je sve više da se zahuktava u toku osamdesetih godina prošlog veka. Postajala je sve vidljivija neefikasnost i nesposobnost Federacije u vršenju svojih Ustavom određenih funkcija, sve izraženije gubljenje državnog subjektiviteta Federacije, zatvaranje republika u svoje granice, narušavanje ravnopravnosti republika ali i građana na nivou Federacije, gaženje Ustava Jugoslavije i zakona Federacije, povlačenje republičkih predstavnika iz organa Federacije, sve jače izražavanje nacionalne netrpeljivosti, bujanje nacionalizma u pojedinim republikama praćeno separatističkim tendencijama, donošenje odgovarajućih ustavnih i drugih akata u republikama sa proklamacijama o suverenosti, samostalnosti, nezavisnosti.¹² Svemu tome je usledila secesija pojedinih republika i obrazovanje novih država na tlu Jugoslavije. To je činjeno uz obilatu pomoć i podršku nekih stranih država. Na nesreću, ceo ovaj proces je na pojedinim prostorima bivše zajedničke države bio praćen ratnim sukobima, etničkim čišćenjima, nasiljem, žrtvama civilnog stanovništva, itd.

7. Federalizam u socijalističkoj Jugoslaviji je doživeo, kao što je pokazano, dvostruki debakl. Prvo, ako je uspostavljanje federativnog uređenja posle završetka drugog svetskog rata i revolucije trebalo da reši nacionalno pitanje – ono ni u najmanjoj meri nije rešeno. Šta više, uprkos parolama o bratstvu i jedinstvu jugoslovenskih naroda, ravnopravnosti i sl., međusobni odnosi naroda su se pogoršavali. Ako je razlog za reformu federalizma 1974. godine bio u nameri da Federacija vrši samo one vlasti koje su od zajedničkog interesa, kao i da se znatno ojača uloga republika i pokrajina, onda valja konstatovati da ta namera nije ostvarena jer se novo „federativno“ uređenje, posle nepunih trideset godina od početka te reforme, raspalo.

Drugo, samo federativno ustrojstvo Jugoslavije je doživelo neuspeh. Ono se, vremenom, od jednog, manje ili više, klasičnog federativnog uređenja preobrazilo u uređenje koje više nije bilo federativno. Ono je postalo jedno krajnje neuobičajeno i netipično ure-

¹² P.Nikolić, *Désagregation de l'organisation fédérative en Yougoslavie, u Föderalismus zwischen Integration und Sezession*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, 70 i dalje; P.Nikolić, *Problèmes de la confédéralisation et de la désintégration*, u *Federalismo e crisi dei regimi comunisti*, La Rosa editrice, Torino, 1993, 9 i dalje.

đenje, neposnato u teoriji i dotadašnjoj praksi federalizma u svetu. U suštini, to je bilo jedno hibridno uređenje sa preovlađujućim konfederalnim elementima, a koje u praksi nije moglo da funkcioniše niti da opstane. Na kraju, ovo i ovakvo uređenje je propalo zajedno sa raspadom same države.

8. Pored drugih, već pominjanih razloga koji su doveli do ovakvog debakla federalizma u bivšoj Jugoslaviji, osnovni razlog, nagovešten na prethodnim stranicama, bilo je nepostojanje demokratije. Bez obzira na proklamovane izvesne demokratske principe i parole, politički režim izgrađivan posle građanskog rata i revolucije, počivao je na klasičnom jednopartijskom sistemu sa apsolutnim monopolskim položajem i neprikosnovenom vladavinom Saveza komunista i nedodirljivim i svemoćnim liderom te partije i države J. Brozom. Personalno povezivanje vladajuće, ujedno i jedine partije i državnog aparata onemogućilo je da vlast stekne legitimitet.

”Međutim, protekom vremena, u takvom političkom režimu su počele da se vrše krupne promene - premeštanje centra političke i svake druge moći u forume Saveza komunista u republikama i pokrajinama. To je neminovno moralo da se odrazi na proces konfederalizacije, a zatim i na dezintegraciju Jugoslavije”¹³

Sve to jasno pokazuje da su začetnici i promotori ideje o konfederalizaciji i dezintegraciji bivše Jugoslavije bili tadašnji komunistički upravljači, kao što su tvorci i realizatori ideje o centralizmu i etatizmu u federativnoj državi u prvih dvadeset-trideset godina svoje vladavine bili ondašnji (a ustvari isti) komunistički upravljači. Time se potvrđuje, da se još jedanput kaže, da pravi federalizam sa svojim demokratskim značenjem i vrednostima i nije imao šansu da se razvije i opstane u socijalističkoj Jugoslaviji.

LITERATURA:

- Aubert Jean-Francois, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. I, Editions ides et calendes, Neuchatel, 1967.
- Hauriou André, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Editions Montchrestien, Pariz, 1968.
- Jovičić Miodrag, *Savremeni federalizam - uporednopravna studija*, Institut za uporedno pravo i Savremena administracija, Beograd, 1973.
- Kristan Ivan, *Evropski ustav i federalizam*, u *Ustav Lex superior*, Udruženje ya ustavno pravo Srbije, Beograd 2004.
- Mouskheli Michel, *La théorie juridique de l'Etat fédéral*, A. Pedone, Pariz, 1931.
- Neuman Franz L., *Federalism and Freedom; a Critique*, u *Federalism, Mature and Emergent*, A. W. Macmahon New York, 1955.
- Nikolić Oliver, *Problem teritorijalne organizacije Republike Srbije*, *Pravni život*, br. 12, Beograd 2015.
- Nikolić Oliver, Nikolić Pavle, *Federalism and the Problem of its Realisation*, u *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2015.
- Nikolić Pavle, *Federacija i federalne jedinice*, *Službeni list*, Beograd, 1989.
- Nikolić Pavle, *Le nuove forme di federalismo, dell'autonomia e del regionalismo in Yugoslavia*, in *Federalismo, regionalismo ed autonomie differenziate*, Università di Palermo Facoltà di giurisprudenza, Palermo, 1991.

¹³ O.Nikolić, Pavle Nikolić, *Federalism and the Problem of its Realisation*, u *Studi in onore di Giuseppe de Vergottini*, Wolters Kluwer, Cedam, Milano, 2015, str. 882.

- Nikolić Pavle, Désagregation de l'organisation fédérative en Yougoslavie, u *Föderalismus zwischen Integration und Sezession*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- Nikolić Pavle, Problèmes de la confédéralisation et de la désintégration, u *Federalismo e crisi dei regimi comunisti*, La Rosa editrice, Torino, 1993.
- Nikolić Pavle, Rozpad socialističké federativni republiky Jugoslávie a vytvoreni novych stati, u časopisu *Právník*, Praha, br. 7/1994.
- Nikolić Pavle, Ustavno pravo, Beograd, 1995.
- Nikolić Pavle, La disgregazione della Jugoslavia socialista, formazione e sviluppo della nuova Jugoslavia e dei membri costitutivi della federazione – aspetti costituzionali, in *Europa e Balcani, stati culture nazioni*, Cedam, Padova, 2001.
- Nikolić Pavle, La débâcle du fédéralisme en Yougoslavie (et en Serbie et Monténégro), u *Percorsi dell federalismo in Italia et non solo*, Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione, Roma, 2005.
- Pelloux R., Le fédéralisme européenne, u *Le Fédéralisme*, Presses Universitaires de France, Pariz 1956.
- Sawer Geoffrey, *Modern Federalism*, Pitman, London, 1976.
- Sokol Smiljko, Smerdel Branko, Ustavno pravo, Informator, Zagreb, 1995.

Assist. prof Oliver Nikolić Ph.D

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade; e-mail: oliver_nikolic@yahoo.com

Dissolution of Federalism in Yugoslavia

Abstract: The author gives an overview of the development of the federal system in Yugoslavia since the end of World War II until its complete collapse of the nineties. One of the reason for establishing the federalism in the former Yugoslavia, was the way to resolve the national question, considering Yugoslavia was a multi-ethnic state. But this desire is never, in fact, did not fulfill, at least not consistently. Determination of boundaries between the future federal units did not correspond to historical and national standards and about them was not enacted any legal act. Also, the creation of autonomous provinces only in a one federal unit led to gross violations of the constitutional status of Serbia, to its unequal position compared to the other republics, to breaking of its integrity, etc. All of this along with the fact that the country was not introduce a true democracy, eventually led to a sort of confederation, and ultimately the disintegration of Yugoslavia.

Keywords: Federalism, Yugoslavia, Serbia, Autonomous provinces, Constitution, federal units.

DOI: 10.7251/GFP1707193J

UDC: 343.1:343.232(497.11)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
15. jun 2017.*Datum prihvatanja rada:*
22. jun 2017.

Supletorni zatvor u krivičnom i prekršajnom pravu Srbije

Rezime: U kaznenom (krivičnom i prekršajnom) pravu lišenje slobode kretanja drugog lica - učinioca kaznenog djela - na osnovu odluke suda za određeno vrijeme predstavlja vrstu krivične sankcije zavodskog karaktera (bez obzira na to da li se radi o kazni, mjeri bezbjednosti ili vaspitnoj mjeri). Međutim, kazneno pravo poznaje i tzv. posebne oblike lišenja slobode koji su zasnovani na zakonu, a koji ne predstavljaju vrstu i mjeru krivične sankcije. Radi se, naime, o oblicima lišenja slobode koji predstavljaju zamjenu, supstitit za druge prethodne izrečene, ali u potpunosti ili djelimično, neizvršene kazne - novčanu kaznu, kaznu oduzimanja vozačke dozvole ili kaznu rada u javnom interesu. O pojmu, vrsti i karakteristikama supletornog zatvora u pozitivnom kaznenom pravu Republike Srbije govori se u ovom radu.

Ključne riječi: kazna, supstitit, sud, odluka, supletorni zatvor.

*Prof. dr***Dragan Jovašević***Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu
jovas@prafak.ni.ac.rs**Doc. dr***Marina Simović***Docent na Fakultetu pravnih nauka Univerziteta „Apeiron” u Banjoj Luci i sekretar Ombudsmana za djecu Republike Srpske
marina.simovic@gmail.com***UVOD**

U pozitivnopravnom zakonodavstvu Republike Srbije postoji više različitih oblika lišenja slobode. Tako je lišenje slobode predviđeno kao:

1) vrsta krivične sankcije zavodskog karaktera¹: a) kazna zatvora, b) mjere bezbjednosti medicinskog karaktera i c) sankcije za maloljetnike zavodskog karaktera - u materijalnom krivičnom pravu i

2) vrsta mjere za obezbjeđenje prisustva okrivljenog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka - u krivičnom procesnom pravu².

Međutim, ne samo u krivičnom³ i krivičnom procesnom pravu, i u drugim oblastima prava je moguće na zakonu zasnovano lišenje slobode kao poseban pravni institut. To su posebni oblici lišenja slobode. Oni ne predstavljaju krivične sankcije, izriču ih odgovarajući državni organi (sud ili organ unutrašnjih poslova) u zakonom propisanom postupku, na način i u slučaju postojanja zakonom predviđenih razloga. I ovo lišenje slobode

¹ Jovašević, D. (2011). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd, 498-501

² Jovašević, D., Ikanović, V. (2016). *Krivično procesno pravo*. Banja Luka, 259-261

³ Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo, Opšti dio*. Banja Luka, 189-193

može da traje za, u odluci organa, određeno vrijeme.

U posebne oblike lišenja slobode koji su predviđeni u Krivičnom zakoniku Republike Srbije iz 2005. godine⁴ spada supletorni zatvor koji se izriče u slučaju neizvršenja u cijelosti ili djelimično izrečenih kazni (kao krivičnih sankcija):

1. novčane kazne,
2. kazne rada u javnom interesu i
3. kazne oduzimanja vozačke dozvole⁵.

Lišenje slobode je, takođe, predviđeno i u prekršajnom pravu. Tako, Zakon o prekršajima Republike Srbije⁶ iz 2013. godine predviđa više posebnih oblika lišenja slobode. To su:

1. kazna zatvora i
2. supletorni zatvor kao posljedica neizvršenja izrečene: a) novčane kazne i b) kazne rada u javnom interesu.

SUPLETORNI ZATVOR U KRIVIČNOM PRAVU

Pojam i karakteristike

Supletorni zatvor je poseban oblik lišenja slobode učinioca krivičnog djela predviđen u Krivičnom zakoniku. On se izriče licu kome je prethodno, poslije utvrđene krivice od strane suda, izrečena kazna: 1) novčana kazna (čl. 48.-51. KZ), 2) kazna rada u javnom interesu (član 52. KZ) i 3) oduzimanje vozačke dozvole (član 53. KZ).

To su samostalne vrste kazni⁷ koje sud pod zakonom određenim uslovima, na način i u postupku predviđen Zakonikom o krivičnom postupku⁸ izriče učiniocu skrivljenog krivičnog djela manje težine, manjeg obima i intenziteta društvene opasnosti i prouzrokovane posljedice umjesto propisane kazne zatvora⁹. Dakle, ove se tri vrste kazne prvenstveno javljaju kao alternative, supstituti kazne zatvora. No, pod određenim uslovima, u slučaju njihovog neizvršenja ili neblagovremenog ili nekvalitetnog izvršenja, umjesto izrečene: a) novčane kazne, b) kazne rada u javnom interesu ili c) kazne oduzimanja vozačke dozvole, može se izreći kazna lišenja slobode (supletorni zatvor). To nije vrsta krivične sankcije, već predstavlja mjeru koja se javlja kao posljedica neizvršenja prethodno izrečene kazne u određenom roku. Dakle, supletorni zatvor se javlja kao posljedica nediscipline i nepoštovanja sudske odluke od strane osuđenog lica.

Da supletorni zatvor ne predstavlja vrstu krivične sankcije (odnosno kaznu zatvora)

⁴ “Službeni glasnik Republike Srbije” br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

⁵ Jovašević, D. (2007). *Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom*. Beograd, 98-101

⁶ “Službeni glasnik Republike Srbije” broj 101/2013.

⁷ Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo, 178-182

⁸ “Službeni glasnik Republike Srbije” br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

⁹ Jovašević, D. (2012). *Krivično pravo, Opšti dio*. Niš, 276-283

govore dva razloga:

1. ovaj oblik lišenja slobode može da traje i manje od 30 dana (što je donja granica za kaznu lišenja slobode u Krivičnom zakoniku - član 45. stav 1.) i
2. na ovaj oblik lišenja slobode ne može se primijeniti institut uslovnog otpusta.

Prvi oblik supletornog zatvora javlja se u slučaju neplaćanja izrečene novčane kazne u cijelosti ili djelimično¹⁰. Naime, kod izricanja novčane kazne sud je dužan u presudi da odredi i rok njenog plaćanja koji ne može da bude kraći od 15 dana, ni duži od tri mjeseca. Ovaj rok se računa od dana pravosnažnosti presude. U opravdanim slučajevima sud može da dozvoli isplatu novčane kazne u otplatama (ratama), ali je tada dužan da odredi broj rata, njihov iznos i rok isplate koji ne može da bude duži od jedne godine (član 51. KZ)¹¹. Novčana kazna se izvršava shodno odredbama čl. 187.-193. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija¹².

Ako osuđeno lice ne plati novčanu kaznu u određenom roku, sud će je obavezno zameniti kaznom zatvora. To je supletorni zatvor. On se izriče tako što sud za svakih započetih hiljadu dinara neplaćene novčane kazne određuje jedan dan zatvora, s tim da ovako izrečena kazna zatvora ne može da bude duža od šest mjeseci. Od ovog pravila postoji jedan izuzetak. Ako je osuđenom licu izrečena novčana kazna u iznosu koji je veći od 700.000 dinara, u tom slučaju izrečena kazna zatvora ne može da bude duža od jedne godine (član 51. Krivičnog zakonika i čl. 189.-190. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija).

Ukoliko osuđeno lice u međuvremenu plati dio novčane kazne, tada sud ostatak neplaćene kazne srazmjerno zamenjuje kaznom zatvora. No, u slučaju da osuđeno lice isplati ostatak novčane kazne u cijelosti, tada se izvršenje kazne supletornog zatvora obustavlja. Krivični zakonik u Republici Srbiji više ne predviđa mogućnost prinudne naplate izrečene novčane kazne, već se ona automatski zamjenjuje kaznom zatvora (supletorni zatvor) ili kaznom rada u javnom interesu. U ovom drugom slučaju sud za svakih započetih hiljadu dinara neplaćene novčane kazne određuje osam sati rada u javnom interesu. Na ovaj način određeni rad u javnom interesu ne može da bude duži od 360 sati.

Drugi oblik supletornog zatvora se javlja u slučaju neizvršenja izrečene kazne rada u javnom interesu. Rad u javnom interesu¹³ je vrsta kazne (član 52. KZ) koju, inače, kao parapenalnu mjeru poznaje inostrano zakonodavstvo¹⁴. Izricanjem ove kazne se učiniocu

¹⁰ Panjević, M. (2005). *Novčana kazna u Krivičnom zakoniku Republike Srbije*. Beograd: Branič, 3-4, 52-61

¹¹ Sud može dozvoliti plaćanje novčane kazne u ratama i nakon što je presuda postala pravosnažna. U tom slučaju odluka o plaćanju u ratama se donosi rješenjem protiv koga je dozvoljena žalba (rješenje Okružnog suda u Beogradu, Kž. 3016/2008). Povodom žalbe osuđenog ima mjesta preinačenju rješenja prvostepenog suda kojim je izrečena zamjena novčane kazne u kaznu zatvora tako da se odobrava osuđenom plaćanje novčane kazne u više rata (rješenje Okružnog suda u Subotici, Kž. 37/2009).

¹² "Službeni glasnik Republike Srbije" broj 55/2014.

¹³ Jovašević, D. (2013). *Rad u javnom interesu - teorija, praksa, zakonodavstvo*. Niš: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 15-32

¹⁴ Novoselec, P. (2004). *Opšti dio kaznenog prava*. Zagreb, 350

lakšeg krivičnog djela određuje obavljanje određenog rada u javnom interesu za određeno vrijeme. Ova kazna se može izreći kao glavna i kao sporedna kazna, i to kao alternativa propisanoj kazni u zakonu za lakša krivična djela, kada izricanje bezuslovne kazne zatvora nije neophodno u konkretnom slučaju¹⁵. Rad u javnom interesu ne može biti kraći od 60 sati, niti duži od 360 sati, s tim što on može da traje 60 sati u toku jednog mjeseca. U sudskoj odluci kojom se izriče ova kazna sud određuje i vrijeme trajanja ovog rada koje može da se kreće od jednog do šest mjeseci.

Rad u javnom interesu¹⁶ se obavlja kod pravnog lica koje se bavi poslovima od javnog interesa, a naročito u humanitarnim, zdravstvenim, ekološkim ili komunalnim djelatnostima¹⁷. Ako osuđeni ne obavi dio ili sve sate izrečene kazne rada u javnom interesu, sud obavezno ovu kaznu zamjenjuje kaznom zatvora. To je supletorni zatvor koji se određuje tako što se za svakih započetih, a neizvršenih osam sati rada u javnom interesu - određuje jedan dan zatvora.

Treći oblik supletornog zatvora se javlja u slučaju neizvršenja izrečene kazne oduzimanja vozačke dozvole. Oduzimanje vozačke dozvole je kazna koja se sastoji u oduzimanju vozačke dozvole učiniocu krivičnog djela za presudom određeno vrijeme (53. KZ). To znači isključenje osuđenog lica iz mogućnosti upravljanja motornim vozilom što predstavlja poseban oblik ograničenja slobode njegovog kretanja izrazito specijalno - preventivnog karaktera. Ova se kazna izriče na vrijeme od jedne do tri godine, pri čemu se ovaj rok računa od dana pravnosnažnosti presude.

Poslije pravnosnažnosti odluke suda kojom je izrečena kazna oduzimanja vozačke dozvole sud prvog stepena u smislu člana 194. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija izvršnu odluku dostavlja organu policije nadležnom prema mjestu prebivališta ili boravišta osuđenog lica u vrijeme kada je odluka postala pravnosnažna. Ako osuđeni upravlja motornim vozilom za vrijeme dok mu traje izrečena kazna oduzimanja vozačke dozvole, sud obavezno donosi odluku kojom zamjenjuje kaznu oduzimanja vozačke dozvole kaznom supletornog zatvora. Ova zamjena kazni se vrši po pravilu da se za neizvršenje oduzimanja vozačke dozvole u trajanju od jedne godine određuje jedan mjesec supletornog zatvora.

Primjena supletornog zatvora u sudskoj praksi

Iako ne predstavlja vrstu kazne, niti krivičnu sankciju uopšte, propisanu u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije, kazna supletornog zatvora se - kao oblik zamjene za neizvršenje novčane kazne, kazne rada u javnom interesu ili kazne oduzimanja vozačke dozvole, često javlja u sudskoj praksi o čemu svjedoče brojni primjeri:

¹⁵ Okrivljenom koji je star 23 godine i oglašen krivim za krivično djelo za koje se može izreći kazna zatvora do tri godine, može se izreći kazna rada u javnom interesu, ako on ranije nije bio osuđivan, a priznao je izvršenje krivičnog djela (presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 2402/2006).

¹⁶ Mrvic Petrović, N. (1993). *Društveno koristan rad*. Beograd, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, 1, 23-37; Jovašević, D. (2010). *Primjena kazne rada u javnom interesu kao vrste alternativne krivične sankcije*. Banja Luka: Pravna riječ, 63-80

¹⁷ Kazna rada u javnom interesu se izvršava u skladu sa čl. 38-43 Zakona o izvršenju vanzavodskih sankcija i mjera („Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 55/2014).

(1) „Na odlučivanje o žalbi na rješenje o zamjeni neplaćene novčane kazne kaznom zatvora nema uticaja ako osuđeni novčanu kaznu plati poslije donošenja takvog rješenja kojim se novčana kazna zamjenjuje u kaznu zatvora. Prvostepenim rješenjem odlučeno je da se novčana kazna utvrđena u pravnosnažnoj presudi u iznosu od 2.000 dinara izvrši tako što će se za svakih započelih 20 dinara novčane kazne odrediti jedan dan zatvora, što u konkretnom slučaju iznosi tri mjeseca i deset dana. Ovo rješenje je donijeto jer je iz zaključka Opštinskog suda utvrđeno da se novčana kazna nije mogla naplatiti ni prinudnim putem. Pravilno je prvostepeni sud postupio kada je donio rješenje kojim se novčana kazna zamjenjuje kaznom zatvora. Iz spisa predmeta je vidljivo da je osuđeni primio prvostepenu presudu kojom je osuđen na novčanu kaznu, što se i u samoj žalbi ne osporava. Kako se novčana kazna nije mogla ni prinudno naplatiti, što je vidljivo iz zaključka Opštinskog suda, to je prvostepeni sud pravilno postupio kada je odredio da se nenaplaćena novčana kazna zamijeni kaznom zatvora.

Svojom žalbom branilac osuđenog navodi da je osuđeni platio novčanu kaznu što bi proizilazilo da je tačno iz priloženog dokaza, ali tek četiri mjeseca nakon dobijanja pobijenog rješenja, a jedan dan nakon što mu je pobijano rješenje uručeno. Prema tome, evidentno je da je prvostepeni sud pravilno postupio jer u vrijeme donošenja prvostepenog rješenja su postojali zakonski razlozi da se novčana kazna zamijeni kaznom zatvora. Drugi žalbeni navod branioca osuđenog da se obustavi izvršenje kazne zatvora nije bio predmet posebnog razmatranja drugostepenog suda, jer takav prijedlog treba postaviti prvostepenom sudu nadležnom za odlučivanje¹⁸.

(2) „Novčana kazna na koju je optuženi osuđen da plati zbog izvršenja krivičnog djela, može se zamijeniti kaznom zatvora tek kada sud utvrdi da se nije mogla ni prinudnim putem izvršiti. Rješenjem prvostepenog suda novčana kazna u visini od 15.000 dinara izrečena osuđenom licu zamjenjuje se kaznom zatvora u trajanju od dva mjeseca i 15 dana. Povodom žalbe okrivljenog, drugostepeni sud je prvostepeno rješenje ukinuo i predmet vratio prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje. Obrazloženje rješenja koje se žalbom pobija nema razloga o odlučnim činjenicama, pa je time učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka. Naime, u obrazloženju rješenja se ne navodi da se novčana kazna nije mogla ni prinudnim putem naplatiti. Prvostepeni sud nije izvršio uvid u spise predmeta toga suda i nije se prethodno utvrdilo da li je novčana kazna mogla prinudnim putem da se naplati imajući u vidu odredbe Zakona o izvršnom postupku koji reguliše tu materiju. Tek nakon ostvarenja tog uslova ima mjesta primjeni odredbe da se novčana kazna zamijeni kaznom zatvora¹⁹.

(3) „Novčana kazna se nije mogla ni prinudno naplatiti u situaciji kada se osuđeni odselio sa adrese koju je prijavio kao svoju, a novu adresu nije prijavio sudu. Prvostepenim rješenjem zamijenjena je novčana kazna kaznom zatvora. Ako prvostepeni sud nije mogao ni prinudno naplatiti novčanu kaznu osuđenom jer se on odselio sa adrese koju je prijavio sudu kao svoju, a novu adresu nije prijavio (što je izvršni sud utvrdio), prvostepeni sud je

¹⁸ Rješenje Okružnog suda u Beogradu, Kž. 1255/2001 od 31. avgusta 2001. godine, Beograd: Sudska praksa, 2-3/2003, 12-13.

¹⁹ Rješenje Okružnog suda u Čačku, Kž. 150/2005 od 8. aprila 2005. godine, Beograd: Sudska praksa, 6/2005, 21.

pravilno odlučio da novčanu kaznu treba zamijeniti kaznom zatvora”²⁰.

(4) “Za neplaćenu novčanu kaznu izrečenu po Krivičnom zakonu (1977.) poslije stupanja na snagu Krivičnog zakonika (2005.) primjenjuje se odredba novog Zakonika. Prvostepenim rješenjem osuđenom je izrečena novčana kazna u iznosu od 8.000 dinara, s tim što će se ona u slučaju nenaplativosti zamijeniti kaznom zatvora u trajanju od 40 dana. Protiv rješenja o zamjeni novčane kazne uložio je žalbu osuđeni, pa je Okružni sud našao da napadnuto rješenje treba preinačiti tako što se neplaćena novčana kazna po novom Zakoniku zamjenjuje kaznom zatvora u trajanju od osam dana”²¹.

(5) “Rješenjem prvostepenog suda je odlučeno da se novčana kazna u iznosu od 300.000 dinara koja je izrečena osuđenom zamijeni u kaznu zatvora u trajanju od šest mjeseci. Rješenjem drugostepenog suda je uvažavanjem žalbe branioca osuđenog preinačeno prvostepeno rješenje, tako da se osuđenom dozvoljava naknadni rok od dva mjeseca za isplatu novčane kazne u iznosu od 300.000 dinara, s tim da ukoliko navedeni iznos ne uplati ni u naknadnom roku, ona će se zamijeniti kaznom zatvora. Ima mjesta preinačenju prvostepenog rešenja jer iz sadržaja spisa proizilazi da je osuđeni uplatio iznos od 100.000 dinara, odnosno jednu trećinu novčane kazne na koju je bio obavezan presudom prvostepenog suda, što znači da je pokazao volju i spremnost da isplati i preostali iznos”²².

(6) “Nije dozvoljen uslovni otpust osuđenog sa izdržavanja kazne zatvora koja se izdržava po rješenju suda kojim je neplaćena novčana kazna zamijenjena kaznom zatvora. Kazna zatvora koja se izdržava kao zamjena za neplaćenu novčanu kaznu se ne može poistovjetiti sa kaznom zatvora jer je ova kazna autonomna i specifična po svojoj prirodi i predstavlja samo način izvršenja novčane kazne”²³.

(7) “Povodom žalbe osuđenog ima mjesta preinačenju rješenja prvostepenog suda kojim je izvršena zamjena novčane kazne u kaznu zatvora, tako da se osuđenom odobrava plaćanje novčane kazne u više rata. Imajući u vidu sadržinu žalbe, prvostepeno rješenje i spise predmeta, Okružni sud nalazi da postoje opravdani razlozi da se osuđenom odobri plaćanje novčane kazne u tri jednake mjesečne rate. Osuđeni je otac dvoje maloljetne dece koju izdržava i koji se nalaze na školovanju. Uvažavajući ovakvo porodično stanje osuđenog, a prvenstveno potrebe maloljetne djece i njihovo školovanje, Okružni sud je odlučio da osuđenom dozvoli plaćanje novčane kazne u iznosu od 90.000 dinara u tri jednake mjesečne rate”²⁴.

²⁰ Rješenje Okružnog suda u Beogradu, Kž. 987/2005 od 26. aprila 2005. godine, Beograd: Bilten Okružnog suda u Beogradu, 69/2005, 83-84.

²¹ Rješenje Okružnog suda u Beogradu, Kž. 76/2006 od 25. januara 2006. godine, Beograd: Bilten Okružnog suda u Beogradu, 72/2006, 104-105.

²² Rješenje Okružnog suda u Subotici, Kž. 204/2008 od 30. aprila 2008. godine, Beograd; Sudska praksa, 5-6/2010, 20.

²³ Rješenje Okružnog suda u Nišu, Kž. 1110/2008, Niš: Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu, 28/2008, 45.

²⁴ Rješenje Okružnog suda u Subotici, Kž. 37/2009 od 30. januara 2009. godine, Beograd: Sudska praksa, 4/2009, 18.

(8) “Zakon ne sadrži mogućnost da sud prinudnim putem pokuša naplatu novčane kazne koju je osuđeni dužan da plati. Pravilno je prvostepeni sud postupio kada je osuđenom pomenutu novčanu kaznu zamijenio u kaznu zatvora u trajanju od 15 dana jer osuđeni izrečenu kaznu nije platio u ostavljenom roku. Žalбом osuđenog se pravilnost takve odluke ne dovodi u pitanje, a posebno je bez značaja činjenica u žalbi da je sud propustio da novčanu kaznu pokuša da naplati prinudnim putem”²⁵.

(9) “U postupku zamjene novčane kazne u kaznu zatvora ne ispituje se razlog neplaćanja izrečene novčane kazne. Rješenjem Opštinskog suda je osuđenom zamijenjena novčana kazna od 10.000 dinara u kaznu zatvora u trajanju od deset dana. Neosnovano se žalбом ukazuje da prvostepeni sud nije utvrdio razloge zbog kojih osuđeni nije platio novčanu kaznu, a pri tome se ističe da nije imao novčanih sredstava da će novčanu kaznu platiti kasnije. Pravilno je prvostepeni sud utvrdio da se ne ispituju razlozi neplaćanja novčane kazne, već se u slučaju njenog neplaćanja vrši njena zamjena u kaznu zatvora”²⁶.

(10) “Rješenjem prvostepenog suda osuđenom je novčana kazna u iznosu do 15.000 dinara izrečena pravosnažnom presudom zamijenjena kaznom zatvora u trajanju od 15 dana. U žalbi branioca osuđenog se neosnovano ukazuje da je prvostepeni sud najprije bio dužan da pokuša prinudno izvršenje - naplatu novčane kazne s obzirom da takva obaveza suda nije postojala u zakonu. Ne stoji ni navod iz žalbe da je nastupila zastarjelost izvršenja novčane kazne”²⁷.

(11) “Rješenje kojim je zamijenjena novčana kazna kaznom zatvora koje je donio sudija pojedinac, nije donijeto od ovlaštenog organa zbog čega se mora ukinuti po službenoj dužnosti i predmet vratiti na ponovno odlučivanje nadležnom vijeću suda. Naime, sudija pojedinac nije ovlašten da donese rješenje kojim se osuđenom mijenja izrečena novčana kazna u kaznu zatvora, već to ovlaštenje ima vijeće za odlučivanje van glavnog pretresa suda koji je postupao u prvom stepenu. Ovo iz razloga što je zakonom određeno da prvostepeni sudovi donose odluke van glavnog pretresa u vijeću sastavljenom od trojice sudija, a za konkretan slučaj nije drugačije određeno zakonom”²⁸.

(12) „Radnje koje je sud preduzeo u cilju prinudne naplate novčane kazne na koju je okrivljeni osuđen, ne mogu prekinuti rok zastarjelosti izvršenja te kazne. Pobijanim rješenjem je okrivljenom izrečena novčana kazna u iznosu od 40.000 dinara koja je zamijenjena kaznom zatvora u trajanju od 40 dana. Apelacioni sud u Beogradu je uvažavanjem žalbe okrivljenog preinačio pobijano rješenje, tako što je zbog relativne zastarjelosti izvršenja kazne, obustavio postupak njenog izvršenja. Naime, zakonom je propisano da ako osuđeni ne plati novčanu kaznu u određenom roku, sud će novčanu kaznu zamijeniti kaznom

²⁵ Rješenje Okružnog suda u Čačku, Kž. 43/2009 od 27. januara 2009. godine, Beograd: Sudska praksa, 4/2009, str. 19.

²⁶ Rješenje Okružnog suda u Čačku, Kž. 232/2009 od 22. maja 2009. godine, Beograd: Sudska praksa, 11-12/2009, 17-18.

²⁷ Rješenje Okružnog suda u Čačku, Kž. 249/2009 od 20. maja 2009. godine, Beograd: Sudska praksa, 11-12/2009, 17.

²⁸ Rješenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž. 276/2010 od 15. aprila 2010. godine, Kragujevac: Bilten sudske prakse Apelacionog suda u Kragujevcu, 1/2010, 42.

zatvora, iz čega jasno proizilazi da se neplaćena novčana kazna više ne može prinudno naplatiti, tako da radnje koje je preduzeo sud u cilju njene prinudne naplate, a koje se po zakonu i ne preduzimaju, ne mogu prekinuti rok zastarjelosti izvršenja kazne²⁹.

(13) „Navodi osuđenog da je uplatom jednog dijela izrečene novčane kazne pokazao da ne želi da izbjegne obavezu njenog plaćanja na koju je osuđen pravosnažnom presudom, te da je u vrijeme podnošenja žalbe bio u mogućnosti da preostali dio novčane kazne plati su irelevantni, jer nije dostavio dokaz da je dio novčane kazne uplatio. Rješenjem Osnovnog suda zamijenjena je novčana kazna u iznosu do 10.000 dinara za deset dana zatvora koju osuđeni nije platio po pravosnažnoj presudi u određenom roku. S obzirom na to da je zakonom propisano da ako osuđeni plati samo dio novčane kazne, sud će ostatak kazne srazmjerno zamijeniti kaznom zatvora, a ako osuđeni isplati i ostatak kazne, izvršenje kazne zatvora se obustavlja. Kako je u konkretnom slučaju osuđeni uplatio samo dio novčane kazne, prvostepeni sud je pravilno osuđenom ostatak novčane kazne u iznosu do 10.000 dinara zamijenio kaznom zatvora u trajanju od deset dana“³⁰.

(14) „Izreka rješenja kojim se novčana kazna zamjenjuje kaznom zatvora je nerazumljiva ukoliko ne sadrži kojom je pravosnažnom presudom okrivljeni oglašen krivim i osuđen na novčanu kaznu. Pobijanim rješenjem je određeno da se neplaćena novčana kazna u iznosu od 100.000 dinara koja je izrečena osuđenom - zamjenjuje kaznom zatvora u trajanju od 100 dana. Ova je kazna izrečena u drugostepenoj presudi kojom je preinačena prvostepena presuda, a koja nije navedena u napadnutom rješenju. Zato se i ne može utvrditi kada je ova presuda postala pravosnažna, odnosno nema razloga o tome od kada počinje da teče obaveza osuđenog da plati kaznu i u kom roku, što odluku čini nerazumljivom, pa ju je valjalo ukinuti“³¹.

SUPLETORNI ZATVOR U PREKRŠAJNOM PRAVU

U novom Zakonu o prekršajima Republike Srbije iz 2013. godine lišenje slobode se javlja u dva oblika³², i to kao:

1. kazna zatvora - vrsta prekršajne sankcije (čl. 33.-37. ZOP) i
2. supletorni zatvor u slučaju neizvršenja: a) novčane kazne (član 41. ZOP) i b) kazne rada u javnom interesu (član 38. ZOP).

Supletorni zatvor se u prekršajnom pravu Republike Srbije javlja u dva oblika. U oba oblika to je zamjena za neizvršenu izrečenu prekršajnu kaznu, i to³³:

1. novčanu kaznu³⁴ i

²⁹ Rješenje Apelacionog suda u Beogradu, Kž. 3720/2011 od 16. novembra 2011. godine, Beograd: Bilten Apelacionog suda u Beogradu, 4/2012, 92-93.

³⁰ Rješenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž. 268/2012 od 13. februara 2012. godine, Kragujevac: Bilten sudske prakse Apelacionog suda u Kragujevcu, 1/2013, 90-91.

³¹ Rješenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž. 436/2012 od 9. marta 2012. godine, Kragujevac; Bilten sudske prakse Apelacionog suda u Kragujevcu, 1/2013, 89.

³² Dimitrijević, P., Jovašević, D. (2005). *Prekršajno pravo*. Beograd, 113-114

³³ Aćimović, M. (1978). *Neki aspekti primjene Zakona o prekršajima kojima se povređuju savezni propisi*. Sarajevo: Pravna misao, 3-4, 198-201

³⁴ Đorđević, Đ. (2014). *Prekršajno pravo*. Beograd, 71-72

2. kaznu rada u javnom interesu.

Novčana kazna³⁵ je imovinska kazna predviđena za sve učinioce prekršaja. Ovo je jedina kazna koja se može izreći pravnom licu. Propisana je alternativno ili kumulativno uz kaznu zatvora za najveći broj prekršaja. Ona se može propisati zakonom, uredbom ili odlukom skupštine autonomne pokrajine, skupštine opštine, skupštine grada Beograda, odnosno skupštine grada. Novčana kazna³⁶ se sastoji u obavezi kažnjelog lica da u određenom roku uplati u presudi o prekršaju određeni novčani iznos u korist države³⁷. Izricanjem novčane kazne između učinioca djela i države stvara se obligacioni odnos u kome se država pojavljuje kao povjerilac, a učinilac prekršaja kao dužnik³⁸.

U presudi i prekršajnom nalogu se određuje i rok plaćanja novčane kazne. Taj rok ne može da bude duži od 15 dana od dana pravnosnažnosti presude, a ukoliko je žalba izjavljena, od dana dostavljanja drugostepene presude, odnosno osam dana od dana uručenja prekršajnog naloga (član 40. ZOP). U opravdanim slučajevima sud može rješenjem da odobri isplatu novčane kazne u otplatama (ratama)³⁹. U tom slučaju sud je dužan da odredi način i rok plaćanja izrečene novčane kazne, ali taj rok ne može da bude duži od šest mjeseci pod uslovom da su plaćeni troškovi postupka. Ako kažnjeno lice, kome je dozvoljeno da novčanu kaznu isplaćuje u ratama, ne vrši uredno isplate, sud rješenjem može opozvati svoju odluku o plaćanju u ratama (Jelačić, 2004: 111). Protiv ovog rješenja žalba nije dozvoljena. Novčane kazne izrečene i naplaćene predstavljaju prihod budžeta⁴⁰.

U slučaju da kažnjeno fizičko lice, preduzetnik ili odgovorno lice ne plati novčanu kaznu u cjelini ili djelimično u ostavljenom roku, sud je može zamijeniti kaznom zatvora (supletorni zatvor). Ova zamjena neplaćene novčane kazne supletornim zatvorom se vrši tako što se za svakih započelih hiljadu dinara novčane kazne određuje jedan dan zatvora, a tim što kazna zatvora u ovom slučaju ne može da traje kraće od jednog dana, niti duže od 60 dana (član 41. ZOP).

Kod zamjene izrečene, a neplaćene novčane kazne supletornim zatvorom, Zakon o prekršajima predviđa jedno ograničenje. Naime, ako je za prekršaj kažnjenom licu bila izrečena i kazna zatvora i novčana kazna, tada zatvor kojim se zamjenjuje nenaplaćena novčana kazna i izrečena kazna zatvora - ne mogu u zbiru da traju duže od 90 dana.

Međutim, neplaćenu novčanu kaznu sud može umesto supletornim zatvorom, da zamijeni i kaznom rada u javnom interesu⁴¹. Ovakva mogućnost je predviđena ako sud ocijeni ovakvu zamjenu opravdanom s obzirom na:

³⁵ Jovašević, D. (2012), 104-105

³⁶ Jovašević, D. (2004). *Zbirka zakona o prekršajima sa komentarom i praksom*. Beograd, 27-29

³⁷ Mitrović, Lj. (2011). *Prekršajno pravo*. Banja Luka, 74-78

³⁸ Đorđević, Đ. (1998). *Odmjeravanje novčane kazne*. Beograd: Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, (3), 101-114

³⁹ Mrvić Petrović, N., Mitrović, Lj. (2007). *Prekršajno pravo*. Banja Luka, 50-53

⁴⁰ Dimitrijević, P., Jovašević, D. (2005) 115-116

⁴¹ Kokolj, M. (1988). *Neka pitanja kod izricanja i izvršenja novčane kazne*. Beograd: Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, (1), 63-72

1. težinu učinjenog prekršaja,
2. visinu neplaćene novčane kazne i
3. imovinske mogućnosti osuđenog lica.

U slučaju ispunjenja zakonom propisanih uslova sud može umjesto kazne zatvora da učinio prekršaja odredi da se neplaćena novčana kazna zamijeni kaznom rada u javnom interesu. U tom slučaju se zamjena novčane kazne vrši u skladu sa pravilom da osam časova rada u javnom interesu zamjenjuje jedan dan zatvora, odnosno hiljadu dinara novčane kazne. Pri ovoj zamjeni neplaćene novčane kazne radom u javnom interesu, zakon predviđa jedno ograničenje. Naime, ovako izrečena kazna rada u javnom interesu ne može da traje duže od 360 sati. Dio neplaćene novčane kazne koji nije mogao biti zamijenjen kaznom zatvora ili kaznom rada u javnom interesu, naplaćuje se prinudnim putem.

Ako poslije odluke suda o zamjeni neplaćene novčane kazne kažnjeno fizičko lice isplati novčanu kaznu, kazna supletornog zatvora ili kazna rada u javnom interesu se ne izvršavaju. Ako je izvršenje supletorne kazne već započeto, a kažnjeno lice u međuvremenu isplati ostatak izrečene novčane kazne, tada se obustavlja izvršenje kazne supletornog zatvora, odnosno kazna rada u javnom interesu.

Zamjena neplaćene novčane kazne kaznom supletornog zatvora nije uvijek moguća u prekršajnom pravu. Naime, ova zamjena se ne može odrediti za neplaćene novčane kazne koje su izrečene :

1. maloljetnim licima i
2. pravnim licima kao učiniocima prekršaja.

Neplaćena novčana kazna koja je izrečena maloljetniku prinudno se naplaćuje na imovini maloljetnika, njegovog roditelja ili drugog lica koje je zaduženo da se stara o njemu.

Drugi oblik supletornog zatvora u prekršajnom pravu javlja se u slučaju neizvršenja izrečene kazne rada u javnom interesu⁴².

Rad u javnom interesu se sastoji u neplaćenom radu koji se vrši u korist društva, koji se ne obavlja pod prinudom, kojim se ne vrijeđa ljudsko dostojanstvo, niti se ostvaruje profit (član 38. ZOP). Ova kazna može da traje od 20 do 360 sati rada. Prilikom izricanja ove kazne, prekršajni sud posebno uzima u obzir dvije vrste okolnosti: 1) objektivne okolnosti koje se odnose na vrstu izvršenog prekršaja i 2) subjektivne okolnosti koje se odnose na uzrast, fizičku i radnu sposobnost, psihička svojstva, obrazovanje, sklonosti i druge posebne okolnosti koje se odnose na ličnost učinioca prekršaja.

Ako kažnjeno lice ne obavi dio ili sve sate izrečene kazne rada u javnom interesu, sud ovu kaznu obavezno zamjenjuje kaznom zatvora (supletorni zatvor) tako što se za svakih započetih osam sati rada u javnom interesu određuje jedan dan zatvora.

⁴² Jovašević, D. (2012a). *Prekršajno pravo*. Niš, 106

ZAKLJUČAK

Lišenje slobode predstavlja u krivičnom i prekršajnom pravu predviđenu vrstu krivične sankcije zavodskog (institucionalnog) karaktera. Ono se primjenjuje na osnovu odluke suda presudom u zakonom propisanim slučajevima i traje za u sudskoj odluci određeno vrijeme. Međutim, kazneno pravo poznaje i druge (posebne) oblike lišenja slobode koji ne predstavljaju krivičnu sankciju. Radi se o lišenju slobode koje predstavlja posljedicu potpunog ili djelimičnog neizvršenja izrečene novčane kazne, oduzimanja vozačke dozvole ili rada u javnom interesu.

U slučaju neizvršenja izrečene kazne u potpunosti ili djelimično, nadležni sud izriče supletorni zatvor. To je lišenje slobode koje je istina vezano za ostatak neizdržanog dijela izrečene kazne, ali ne predstavlja vrstu i mjeru krivične sankcije, pa se na njega ne primjenjuju opšti instituti krivičnog (ili prekršajnog - dakle kaznenog) prava kao što su uslovni otpust ili opšti minimum kazne zatvora. I ovo lišenje slobode se primjenjuje na isti način i u postupku kao lišenje slobode koje predstavlja krivičnu sankciju zavodskog karaktera.

LITERATURA

- Ćimović, M. (1978). *Neki aspekti primjene Zakona o prekršajima kojima se povređuju savezni propisi*. Sarajevo: Pravna misao, 3-4.
- Dimitrijević, P., Jovašević, D. (2005). *Prekršajno pravo*. Beograd.
- Dorđević, Đ. (1998). *Odmjeravanje novčane kazne*. Beograd: Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, (3).
- Dorđević, Đ. (2014). *Prekršajno pravo*. Beograd.
- Jelačić, M. (2004). *Prekršajno pravo - teorija i praksa*. Beograd.
- Jovašević, D. (2004). *Zbirka zakona o prekršajima sa komentarom i praksom*. Beograd.
- Jovašević, D. (2007). *Krivični zakonik Republike Srbije sa uvodnim komentarom*. Beograd.
- Jovašević, D. (2010). *Primjena kazne rada u javnom interesu kao vrste alternativne krivične sankcije*. Banja Luka: Pravna riječ.
- Jovašević, D. (2011). *Leksikon krivičnog prava*. Beograd.
- Jovašević, D. (2012). *Krivično pravo, Opšti dio*. Niš.
- Jovašević, D. (2012a). *Prekršajno pravo*. Niš.
- Jovašević, D. (2013). *Rad u javnom interesu - teorija, praksa, zakonodavstvo*. Niš: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, (64).
- Jovašević, D. (2013a). *Praktikum za krivično pravo, Opšti dio*. Niš.
- Jovašević, D., Ikanović, V. (2012). *Krivično pravo, Opšti dio*. Banja Luka.
- Jovašević, D., Ikanović, V. (2016). *Krivično procesno pravo*. Banja Luka.
- Kokolj, M. (1988). *Neka pitanja kod izricanja i izvršenja novčane kazne*. Beograd: Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, (1).
- Mitrović, Lj. (2011). *Prekršajno pravo*. Banja Luka.
- Mrvić Petrović, N. (1993). *Društveno koristan rad*. Beograd: Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, 1.
- Mrvić Petrović, N., Mitrović, Lj. (2007). *Prekršajno pravo*. Banja Luka.
- Novoselec, P. (2004). *Opšti dio kaznenog prava*. Zagreb.
- Panjević, M. (2005). *Novčana kazna u Krivičnom zakoniku Republike Srbije*. Beograd: Branič, 3-4.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo.

Prof. Dragan Jovašević Ph.D

Full Professor, Faculty at Law, University of Niš, e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs

Assist. Prof. Marina Simović

Assistant professor Faculty of Law University „Apeiron“ Banja Luka and Secretary of the Ombudsman for Children of Republic of Srpska, e-mail: marina.simovic@gmail.com

Subsidiary Imprisonment in Criminal and Misdemeanor Law of Serbia

Abstract: In a criminal (criminal and misdemeanor) law the right to deprivation of liberty of movement of another person - a perpetrator of a criminal offense - based on a decision of the court for a specified period of time is a type of criminal sanction of institutional character (whether it is punishment, security measure or educational measure). However, criminal law knows the so-called special forms of law-based deprivations of liberty, which do not represent the type and measure of criminal sanctions. These are, in fact, forms of deprivation of liberty that represent the substitute for the other previously imposed, entirely or partly, unpaid penalties - fine, driving license revocation or work in the public interest. This Paper deals with the concept, type and characteristics of the subsidiary imprisonment in positive criminal law of the Republic of Serbia.

Keywords: punishment, substitute, court, decision, subsidiary imprisonment.

DOI: 10.7251/GFP1707205D

UDC: 336.2:34

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
24. maj 2017.

Datum prihvatanja rada:
29. jun 2017.

Zahtjevi principa zakonitosti u oblasti poreza

Rezime: Smisao principa zakonitosti u granicama poreske materije ogleda se u tome što oporezivanje mora imati osnove u zakonu. Načelo da nema poreza bez predstavljanja u parlamentu, odnosno da nema poreza bez zakona, staro je već vijekovima. U savremenim pravnim državama, uvođenje novih oblika poreza i mijenjanje zakonskog opisa poresko činjeničnog stanja kod već ustanovljenih poreza može se vršiti samo na osnovu zakona i to se pravilo uzdiže na nivo ustavnog načela. To proizilazi i iz člana 62, st.2.Ustava Republike Srpske koji određuje da su sredstva budžeta porezi, takse i drugi zakonom određeni prihodi u skladu sa zakonom. U političkom značenju, ovo pravilo osigurava zaštitu protiv samovolje vlasti, pravnu sigurnost građana, njihova prava i slobode, dok se njegovo pravno značenje ispoljava kod poštovanja određenih zahtjeva kako od strane zakonodavca kada donosi poreski propis, tako i od strane organa koji poreski propis treba da tumače i primjenjuju.

U ovom radu biće riječi upravo o pravnom značenju principa zakonitosti u oblasti poreza, koji se može sagledati u ispoljavanju zahtjeva da se porez može ustanoviti samo zakonom i da je jedino zakonodavac ovlašten da utvrđuje zakonski opis poreskog činjeničnog stanja koji obuhvata određivanje poreskog obveznika, poreski objekat, poresku osnovicu, poresku stopu, poreske olakšice i odvijanje cjelokupnog toka procesa oporerizivanja, zahtjeva kod tumačenja poreskih normi, određenosti poreza i načelno nedopuštenoj retroaktivnosti pravnog dejstva poreskih zakona.

Ključne riječi: princip zakonitosti, porez, poreski propisi.

Prof. dr

Zorica Drljača

Advokat iz Banjaluke i profesor na Panevropskom univerzitetu Apeiron Banja Luka, mail: drljacam1@teol.net

Dr

Ljiljana Orešković

Ministarstvo za izbjeglice i raseljena lica u Vladi Republike Srpske, mail: lj.oreskovic@minl.vladars.net

UVODNI DIO

Smisao principa zakonitosti u granicama poreske materije ogleda se u tome što oporezivanje mora imati osnove u zakonu. Načelo da nema poreza bez predstavljanja u parlamentu, odnosno da nema poreza bez zakona, staro je već vijekovima i nastalo je kao rezultat političke borbe za uspostavljanje i učvršćivanje parlamentarizma. Proklamovanje ovog načela u poreskoj materiji nalazimo u *Magna charta libertatum* iz 1215. godine, koja je obavezala engleskog kralja da prilikom uvođenja poreza mora dobiti saglasnost plemstva.¹ Od tih davnih dana pa do

¹ Ferdinand H. M. Grapperhaus (1998), *Tax Tales from the Second Millennium*. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 31.

danas, uvođenje određenih oblika poreza i određivanje zakonskog opisa poreskog činjeničnog stanja za konkretan oblik poreza, prepušteno je isključivo zakonodavnoj vlasti.

Princip zakonitosti u oblasti poreske materije, kao garant pravne sigurnosti, uzdiže se na nivo ustavnog načela. Tako je u čl. 62, st. 2. Ustava Republike Srpske, određeno da su sredstva budžeta porezi, takse i drugi zakonom određeni prihodi u skladu sa zakonom. Princip zakonitosti kao ustavno načelo određeno je i odredbom čl. 61. navednog Ustava koji određuje da se finansiranje javnih službi vrši preko fondova i budžeta, u skladu sa zakonom, što znači, da se sredstva budžeta, odnosno javni prihodi mogu utvrđivati isključivo zakonom, a ne i podzakonskim aktima. Princip zakonitosti poreza u Republici Srpskoj određen je i odredbom čl. 5, st. 4. Zakona o budžetskom sistemu Republike Srpske,² koja definiše da su javni prihodi utvrđeni u skladu sa zakonom, ostvareni po osnovu poreza, doprinosa, taksa, naknada i drugih prihoda kojima se finansiraju prava i dužnosti Republike, opština, gradova i fondova.

Ustavne odredbe koje određuju princip zakonitosti u oblasti poreza nalazimo i u Ustavu Srbije (čl. 91, st. 1.) određivanjem da se sredstva iz kojih se finansiraju nadležnosti Republike Srbije, autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave obezbjeđuju iz poreza i drugih prihoda utvrđenih zakonom. U Ustavu Crne Gore (čl. 142, st. 3.) princip zakonitosti poreza određen je formulacijom da se porezi i druge dažbine mogu uvoditi samo zakonom, dok je u Ustavu Republike Hrvatske (čl. 90, st. 2.), princip zakonitosti poreza prepoznat u formulaciji da se u zakonu čija primjena traži finansijska sredstva moraju predvidjeti njihovi izvori.

Polazeći od osnovnih karakteristika poreza, a prije svega, da je to prinudno i nepovratno davanje kojim se umanjuje ekonomska snaga poreskih obveznika bez neposredne protivnake radi prikupljanja javnih prihoda koji će služiti za zadovoljavanje javnih potreba,³ načelo zakonitosti oporezivanja u širem smislu, treba posmatrati i u odnosu na član II/2, Ustava Bosne i Hercegovine i čl. 1, Protokola br. 1 uz Evropsku konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, koji određuje da svako fizičko ili pravno lice ima pravo na nesmetano uživanje svoje imovine, da niko ne može biti lišen svoje imovine osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava, dok to ne utiče na pravo države da primjenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi nadzirala korištenje imovine u skladu sa opštim interesom ili da bi osigurala naplatu poreza ili drugih doprinosa ili kazni.

Princip zakonitosti poreza se svrstava u vrhunska načela pravne države, koje ne samo da osigurava zaštitu protiv samovolje vlasti, već u političkom značenju, osigurava pravnu sigurnost građana, njihova prava i slobode, odnosno obezbjeđuje se zaštita i štiti poreski obveznik od subjektivizma i samovolje državnog aparata. Opšte je pravilo da se ustavom određuje fiskalni suverenitet i daje ovlaštenje da određeni javnopravni kolektiviteti uvode, utvrđuju i naplaćuju poreze ili druge dažbine, odnosno ustav im daje fiskalnu vlast⁴ da uvode

² Zakon o budžetskom sistemu Republike Srpske - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 121/12, 52/14 i 103/15.

³ Vidi, B. Raičević (2005), *Javne finansije*. Ekonomski fakultet u Beogradu, 100.

⁴ Fiskalna vlast i politička vlast idu ruku pod ruku, tu nema ravnopravnosti, dobrovoljnosti niti saglasnosti druge strane u poreskopravnom odnosu. Vidi, Z. Drljača (2015), *Finansijsko i poresko pravo*. Univerzitet za poslovne studije Banja Luka, 55.

određene poreze i druge dažbine, ali isto tako određenim ustavnim odredbama to pravo se ograničava. Primjera radi, svi ustavi u Bosni i Hercegovini jamče nepovredivost ljudskog dostojanstva. Na osnovu tog principa, oporezivanja je oslobođen egzistencijalni minimum, što se utvrđuje zakonskim opisom poreskog činjeničnog stanja u odnosu na konkretnog poreskog obveznika. Pored ustavnog određivanja načela opštosti plaćanja poreza za sve građane u čl. 63. Ustava Republike Srpske određuje se i princip pravičnosti kod oporezivanja što znači da se plaćanje poreza određuje u zavisnosti od ekonomske snage poreskog obveznika. Tako je npr. čl. 14. Zakona o porezu na dohodak u Republici Srpskoj⁵ određeno da se godišnji porez na dohodak plaća u različitim iznosima u zavisnosti od ukupne ekonomske snage poreskog obveznika u poreskoj godini. Zatim, propisuje se umanjenje poreske osnovice zavisno o broju izdržanih članova domaćinstva i druge subjektivne olakšice koje imaju za cilj da se shodno načelu pravičnosti utvrdi ukupna ekonomska snaga poreskog obveznika. U cilju zaštite ljudskog dostojanstva, ali i kriterijuma koji definišu socijalne ciljeve oporezivanja, kod prinudne naplate poreskog duga prema odredbi čl.13, st. 6 i 7. Zakona o postupku prinudne naplate indirektnih poreza,⁶ od izvršenja prinudne naplate poreskog duga, izuzeti su namještaj fizičkih lica i ostalo pokućstvo i odjeća koji nisu velike vrijednosti, a koji predstavljaju skromno domaćinstvo. Iz istih razloga kad su predmet izvršenja plate, naknade, nadnice i penzija zakonom se garantuje iznos koji ne može biti predmet pljenidbe.

Imajući u vidu značaj i širinu značenja principa zakonitosti u oblasti poreza, a krećući se u okviru naziva ovog rada, u daljem tekstu, autori će se ograničiti na analiziranje zahtjeva principa zakonitosti u oblasti poreza koji su postavljeni kod ustanovljavanja poreza i odvijanja poreskih tokova, tumačenja poreskih normi, određenosti poreza i u načelno nedopuštenoj retroaktivnosti pravnog dejstva poreskih propisa, podrazumijevajući pod poreskim propisima ne samo poreske zakone već i podzakonske akte kojim se bliže uređuju pitanja koja nisu dovoljno razrađena u poreskom zakonu.

ZAHTEJEV KOD USTANOVLJAVANJA POREZA

Tradicionalno, ustanovljavanje poreza i određivanje bitnih elemenata svakog oblika poreza je isključivo ovlaštenje zakonodavca. Samo je zakonodavac ovlašten da utvrđuje zakonski opis poreskog činjeničnog stanja koje obuhvata određivanje poreskog obveznika, poreski objekat, poresku osnovicu, poresku stopu i poreske olakšice. U suštini, zakonski opis poreskog činjeničnog stanja predstavlja ukupnost apstraktnih pretpostavki sa definisanim bitnim elementima za uspostavljanje konkretnog poreskopavnog odnosa između poreskog povjerioca (države ili drugog javnopravnog kolektiviteta) i poreskog obveznika, koji će se uspostaviti ukoliko nastupi određeni, ekonomski ili pravni događaj.⁷ Taj događaj se vezuje za ostavrenje nekih prihoda na strani poreskog obveznika, sticanje imovine ili obavljanje određene finansijske transakcije, što znači da se poreska obaveza mora individualizovati u pogledu svog samog postojanja, određivanja poreskog obveznika i obima davanja, mora se utvrditi visina poreza.

Utvrđivanje poreza je djelatnost poreskih organa koja se sastoji u izdavanju upravnih pravnih akata, ali i obaveza poreskih obveznika koja se sastoji u preduzimanju zakonom propisanih radnji kojim se oni identifikuju kao poreski obveznici kod poreskih organa u

⁵ Zakon o porezu na dohodak - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 60/15.

⁶ Zakonom o postupku prinudne naplate indirektnih poreza - *Sl. glasnik BiH* br. 89/05 i 62/11.

⁷ D. Popović (2006), *Poresko pravo-opšti dio*. CEKOS IN, Beograd, 290.

odnosu na određeni poreski zakon i preduzimaju radnje kojim se utvrđuje visina poreza.⁸ U okviru cjeline odvijanja poreskih tokova, osim ustanovljavanja i utvrđivanja poreza, da bi se postigao cilj oporezivanja, vrlo važne komponente su plaćanje poreza (redovnom ili prinudnom naplatom), odnosno ostvarivanje krajnjeg cilja radi kojeg je porez i uveden, ali i poreska kontrola kao poseban postupak provjere utvrđivanja zakonitosti i pravilnosti odvijanja poreskih tokova.

Sama složenost poreske materije, zahtijeva da se određena pitanja za odvijanje cjelokupnog procesa oporezivanja pored zakonom utvrđenog poreskog činjeničnog stanja za određen oblik poreza dodatno regulišu i podzakonskim aktima što je na osnovu zakonskog ovlaštenja prepušteno izvršnim organima vlasti, odnosno vladi, ministarstvu finansija, poreskim organima i u određenim slučajevima jedinicama lokalne samouprave.

Podzakonski propisi se donose radi izvršavanja poreskih zakona, njima se razrađuju pojedine zakonske odredbe i njihova svrha je da se uglavnom bliže uređuju pitanja koja se nisu mogla precizirati u samom zakonu, sa osnovnim zahtjevom, da regulisanje tih pitanja podzakonskim aktima mora biti u okviru zakona.

Pojam poreskih propisa u Republici Srpskoj definisan je u čl. 2, tač. e) Zakona o poreskom postupku Republike Srpske,⁹ određujući da su to propisi koji se odnose na poreze ili kojima se uvodi obaveza plaćanja poreza i sporednih poreskih davanja kao i podzakonski akti doneseni na osnovu poreskih zakona.

U poreskoj materiji, kao vrste podzakonskih propisa koji imaju dopunski karakter poreskih zakona, najčešće su zastupljene:

- uredbe koje donosi vlada,
- pravilnici koje donosi ministarstvo finansija ili sami poreski organi,
- odluke skupštine jedinice lokalne samouprave.

U Republici Srpskoj pravno značenje uredbe kao podzakonskog akta određeno je Ustavom Republike Srpske i Zakonom o vladi Republike Srpske¹⁰. Tako je čl. 90, stav 4. Ustava Republike Srpske određeno da između ostalog navedenog u tom članu, Vlada donosi uredbe, odluke i druga akta za izvršavanje zakona, dok je u čl. 43, st. 2. Zakona o Vladi Republike Srpske određeno da Vlada u okviru izvršavanja svojih nadležnosti uredbom bliže uređuju odnose od značaja za izvršavanje zakona, što sve upućuje da se uredbom kao aktom Vlade samo dodatno razrađuju pitanja koja su utvrđena zakonom. Konkretno, u oblasti poreza to se odnosi samo na izvršavanje poreskih zakona po određenim pitanjima, a ne i uređivanje pitanja uvođenja poreza i utvrđivanje poreskog činjeničnog stanja određenog oblika poreza što je isključivo u nadležnosti zakonodavca. Tako je npr. čl. 48, st. 11. Zakona o poreskom postupku Republike Srpske određeno da će uslove i način odgađanja plaćanja dospjele poreske obaveze propisati Vlada uredbom, na prijedlog Ministarstva finansija, što znači da je sam zakonodavac delegirao ovlaštenje Vladi da bliže uredi ovo pitanje, ali samo u dijelu koji se odnosi na određivanje uslova i načina odgađanja plaćanja

⁸ A. D. Giannini (1956), *I concetti fondamentali del diritto tributario*. Unione Tipografico, Torino, 4.

⁹ Zakon o poreskom postupku Republike Srpske - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 102/11, 67/13, 31/14 i 44/16.

¹⁰ Zakon o vladi Republike Srpske - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 118/08.

već utvrđenog poreskog duga, a ne i pitanje utvrđivanja visine poreskog duga s obzirom da su poreski obveznik, predmet oporezivanja, poreska osnovica, poreska stopa, poreska oslobađanja i drugi elementi poreza regulisani isključivo određenim poreskim zakonom.

Pravilnikom kao podzakonskim aktom se razrađuju pojedine odredbe zakona, a samo ovlašćenje za donošenje pravilnika o razradi pojedinih zakonskih odredbi određeno je zakonom. Npr. u čl. 28, st. 3. Zakona o poreskom postupku Republike Srpske određeno je da će ministar finansija donijeti Pravilnik o uslovima i načinu registracije identifikacije poreskih obveznika, dok je u čl. 30, st. 4, navednog Zakona određeno da će direktor Poreske uprave donijeti Pravilnik o postupku i načinu podnošenja poreskih prijava. Kod donošenja pravilnika kao podzakonskog akta, treba imati u vidu da je čl. 70. Zakona o republičkoj upravi¹¹ propisano da organi uprave, ministarstva uprave i upravne organizacije, mogu donositi podzakonske akte samo kada su za to izričito ovlašćeni zakonom ili propisom Vlade.

Uputstvom kao provedbenim propisom se određuje način na koji organi uprave i nosioci javnih ovlašćenja izvršavaju pojedine odredbe zakona i drugih propisa.

Odluka u poreskoj materiji najčešće predstavlja propis koji donosi skupština jedinice lokalne samouprave. Odlukom se u skladu sa zakonom, uvode lokalni javni prihodi i uređuje način njihovog utvrđivanja i plaćanja, što znači da jedinice lokalne samouprave pod zakonom utvrđenim uslovima mogu uvoditi lokalne javne prihode za zadovoljavanje lokalnih potreba, ali samo uz konkretizovanje i razradu zakonskih odredbi u granicama delegiranog zakonskog ovlašćenja, a ne da mogu uvoditi poreze. Primjera radi, u Republici Srpskoj, jedinice lokalne samouprave su obavezne da na osnovu zakonskog ovlašćenja iz čl. 30, Zakona o građevinskom zemljištu,¹² utvrđuju visinu naknade za trajno korištenje građevinskog zemljišta (trajna renta). Međutim, ovdje treba imati u vidu da Zakon o građevinskom zemljištu nije poreski zakon, ali se ovim zakonom daje ovlašćenje da skupština opštine ili grada utvrdi naknadu za korištenje gradskog građevinskog zemljišta kao javni prihod budžeta jedinica lokalne samouprave i da je na osnovu čl. 102, st. 3. Ustava Republike Srpske opština ovlašćena da preko svojih organa uređuje i obezbjeđuje korištenje gradskog građevinskog zemljišta. U nekim slučajevima jedinice lokalne samouprave su ovlašćene da posebnom odlukom u skladu sa ovlašćenjima iz poreskog zakona utvrđuju visinu poreske stope u granicama zakonom određenog maksima. Tako je npr. čl. 8, st. 4. Zakona o porezu na nepokretnosti¹³ određeno da će skupština opštine, odnosno grada, utvrditi visinu poreske stope za oporezivanje nepokretnosti na svom području, dok je Zakonom određeno da je limitirana visina poreske stope do 0,20 KM po metru kvadratnom. Princip zakonitosti kod prikupljanja javnih prihoda za finansiranje potreba jedinica lokalne samouprave, definisan je i čl. 75, st. 1. Zakona o lokalnoj samoupravi¹⁴ koji određuje da se vlastiti izvorni prihodi jedinica lokalne samouprave utvrđuju zakonom, dok je u stavu 2. određeno da jedinice lokalne samouprave dio finansijskih resursa ostvaruju od poreza i taksa čiju stopu utvrđuju u skladu sa zakonom.

¹¹ Zakon o republičkoj upravi - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 118/08, 11/09, 74/10, 85/10, 11/09, 24/12, 121/12.

¹² Zakon o građevinskom zemljištu - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 112/06.

¹³ Zakon o porezu na nepokretnosti - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 91/15.

¹⁴ Zakon o lokalnoj samoupravi - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 97/16.

Zahtjev načela zakonitosti da se porezi ustanovljavaju samo zakonom i da se zakonom uređuju poreskopравни odnosi, potvrđuje da je cjelokupna poreska materija zasnovana na principu zakonitosti jer se i podzakonski poreski propisi donose radi izvršavanja poreskih zakona, njima se razrađuju pojedine zakonske odredbe i njihova svrha je da se uglavnom bliže uređuju pitanja koja se nisu mogla precizirati u samom zakonu. Regulisanje tih pitanja podzakonskim aktima ne smije protivrječiti ni poreskom, a ni drugim zakonima.

O tome da li je narušen princip zakonitosti nekim podzakonskim aktom, ostaje da u svakom konkretnom slučaju u ustavnom sporu odlučuje Ustavni sud, cijeneći da li su podzakonskim poreskim propisom postavljeni neki novi zahtjevi poreskim obveznicima koji nisu određeni poreskim zakonom.

ZAHTJEV KOD TUMAČENJA PORESKIH NORMI

Drugi vrlo bitan zahtjev koji je vezan za pravni aspekt načela zakonitosti u oblasti poreza odnosi se na tumačenje poreskih normi, što je neminovnost u ovoj materiji zbog visokog stepena apstrakcije i generalizacije u formulisanju poreskog zakona, nesavršenog jezika, nedosljednosti u korišćenju poreske terminologije i sl. Svi ovi razlozi dovode do toga da se zakonski tekst može različito shvatiti i da se nameće potreba za utvrđivanjem pravog smisla riječi u određenoj zakonskoj normi i utvrđivanja pravog smisla cijele norme, jer se na taj način poreskoppravna norma koja je opšta i apstraktna, dovodi u sklad sa konkretnim slučajem.¹⁵ Kod tumačenja poreskih normi, postoje četiri pristupa.

Prvi pristup polazi od stanovišta da poreski zakon kada postoje određene dileme u pogledu njegovog značenja treba shvatiti u smislu koji je najpovoljniji za poreskog obveznika. Po ovom pristupu, poreski zakon ograničava slobode i imovinska prava građana, pa se i sam zakon ima tumačiti u prilog lica čija su slobode i prava ograničene. Međutim, ovakav pristup otvara pitanje da li su slobode i prava ograničene, jer država uvođenjem poreza obezbjeđuje javne prihode koji služe za podmirivanje svih javnih potreba, uključujući i bezbjednost, zaštitu imovine, odnosno, postavlja se pitanje da li država koristeći svoje subjektivno poresko pravo ograničava slobode pojedinca jer se one štite vršenjem osnovnih funkcija države. S druge strane, ovakav pristup otvara pitanje da li poreski zakon ograničava imovinska prava građana jer je plaćanje poreza opšta obaveza građana, plaćanjem poreza se umanjuje ekonomska snaga građana samo u obimu koji je potreban za plaćanje poreza što ne znači i ograničavanje imovinskih prava poreskih obveznika.

Drugi pristup polazi od stanovišta da je interes države iznad privatnog interesa, a kako se porez shvata kao instrument moći države on se ne može podređivati pojedinačnom interesu, što ima opravdanje kod ustanovljavanja poreza, ali ne i kod primjene poreskog zakona jer se samim poreskim zakonom utvrđuju prava i obaveze poreskih obveznika pa svako tumačenje poreske norme koja bi proširila utvrđene obaveze vodilo bi nepravdi.

Treći pristup polazi od stanovišta da se poreski zakoni tumače krajnje restiktivno iz razloga što je poreska obaveza određena zakonom i ona se ne može putem logičke argumentacije ili analogije proširivati na slučajeve koji nisu izričito navedeni u zakonu. Teza

¹⁵ Vidi, F. Bačić (1980), *Krivično pravo-opšti dio*. Informator, Zagreb, 86-87.

o izuzetnom karakteru poreskih zakona i nije opravdana jer se po toj logici i svaka oblast koja se uređuje zakonom može smatrati posebnom oblasti. Prema ovom pristupu poreski zakoni su iste prirode kao i ostali zakoni koji čine pravni poredak u jednoj državi.

Četvrti pristup polazi od stanovišta da se poreski zakoni trebaju tumačiti primjenom svih metoda koji se koriste pri tumačenju ostalih zakona i da granice svakog tumačenja zakona određuje princip zakonitosti. Polaznu osnovu za tumačenje predstavlja tekst poreškog zakona, a u interpretaciji se ide za tim da se upotrebljenim riječima da ono značenje koje odgovara cjelokupnom i pravnom smislu, koji proizilazi iz ciljeva i vrijednosti koje su ugrađene u tekst samog zakona. Ovo stanovište je prihvaćeno i u Republici Srpskoj, odnosno kod tumačenja poreskih zakona sam zakonski tekst je granica tumačenja i u tom smislu tumačenje zakona ne smije da dovede do stava koji bi bio suprotan onome što znače same riječi napisane u zakonu.

Međutim, tumačenje poreskih propisa striktno u okvirima principa zakonitosti, ostavlja mogućnost da se pribjegne pozitivnoj poreskoj evaziji i da poreski obveznik organizuje svoje poslovanje sa namjerom da umanju poresku obavezu, ne kršeći pri tome poreski propis. Da bi se to spriječilo, kod tumačenja poreskih zakona se kao instrument za suprotstavljanje pozitivnoj poreskoj evaziji primjenjuje i metod tumačenja poreskih činjenica prema ekonomskoj suštini, odnosno prema ekonomskoj interpretaciji, koji se inače ne primjenjuje u drugim oblastima prava. Cilj ovog tumačenja u poreskoj materiji je sprečavanje da se zloupotrebom pravne konstrukcije poreskog zakona od strane poreskog obveznika ne prikaže stvarna ekonomska situacija i da se umanju poreska obaveza. Tako je npr. u čl. 6. Zakona o porezu na nepokretnosti u Republici Srpskoj propisano da obaveza plaćanja poreza na nepokretnosti nastaje danom kada poreski obveznik stekne ili počne da koristi nepokretnost zavisno od dana koji je ranije nastupio, što znači da se poreske činjenice kod nastanka poreske obaveze utvrđuju prema njihovoj ekonomskoj suštini, pa je u tom smislu i određeno da poreska obaveza nastaje ukoliko je kupac stupio u posjed, što znači da pitanje vlasništva nije isključivo odlučujuća činjenica za utvrđivanje nastanka poreske obaveze. Utvrđivanje poreskih činjenica prema ekonomskoj suštini prepoznato je i kod utvrđivanja poreza od kapitalnih dobitaka ako se ima u vidu da je odredbom čl. 38. Zakona o porezu na dohodak propisano da se u svrhu određivanja kapitalnog dobitka i gubitka prodajnom cijenom smatra ugovorena cijena, odnosno tržišna cijena koju utvrđuje Poreska uprava, ako procijeni da je ugovorena cijena niža od tržišne. Utvrđivanje poreske osnovice prema ekonomskoj suštini određeno je i kod utvrđivanja poreza na dohodak od davanja u zakup nepokretne ili pokretne imovine, pa je u tom smislu odredbom čl. 34, st. 2. Zakona o porezu na dohodak propisano da se poreskom osnovicom smatra ugovorena cijena, odnosno tržišna cijena koju utvrđuje Poreska uprava ako procijeni da je ugovorena cijena niža od tržišne.

ZAHTEJEV ZA ODREĐENOST POREZA

Jedan od zahtjeva principa zakonitosti u oblasti poreza je postavljanje opšteg pravila da zakon treba da bude precizan i jasan. Ovo pravilo naročito dolazi do izražaja u poreskoj materiji za koju se veže klasična poreska максима da poreski propis treba da bude

lex certa.¹⁶ Polazi se od toga da poreska obaveza ima smisao ako je određena u pogledu iznosa poreza, roka plaćanja, načina plaćanja i drugih elemenata koji su od značaja za utvrđivanje i naplatu poreza i da normativna poreska rješenja treba da budu jasna u toj mjeri da ih može razumijeti i obveznik koji ne posjeduje specijalno pravničko obrazovanje iz oblasti poreza. Poreski zakoni manje ili više su brojni s obzirom na heterogenost samih poreza i drugih oblika dažbina, podložni su čestim promjenama koje nameću ekonomski, socijalni, pa i fiskalni razlozi. Uz to, još brojniji su podzakonski propisi kojima se razrađuje i konkretizuje materija pojedinih poreza. To nameće potrebu da se s vremena na vrijeme (prilikom vršenja važnijih promjena) vrši kodifikacija poreskih propisa u jednom ili što manjem broju pravnih akata. Kodifikaciju vrše u nekim zemljama skupštine, a u drugim vlada na osnovu posebnog ovlaštenja. To se čini i donošenjem prečišćenih tekstova poreskih i drugih dažbinskih zakona, po pravilu kada nastanu veće teškoće u praćenju izvršenih izmjena i dopuna zakona, bilo usljed njihove brojnosti, bilo zbog proteka dužeg perioda vremena u kome su izmjene i dopune vršene. Kodifikacija poreskih zakona u Bosni i Hercegovini, nije na zavidnom nivou, iako se radi o mnogobrojnim poreskim zakonima (npr. oblast indirektnih poreza reguliše 12 sistemskih zakona i preko 80 podzakonskih propisa) koji su objavljeni u različitim brojevima službenih glasnika, što otežava primjenu poreskih propisa i zaposlenima u poreskim službama i upoznavanje poreskih obveznika sa zakonskom regulativom. Međutim, ne može se zanemariti činjenica da su poreski organi u Bosni i Hercegovini ostvarili izuzetan napredak kada je u pitanju transparentnost njihovog rada, otvorenost prema poreskim obveznicima i pružanje informacija o poreskim propisima putem web stranica.

ZAHTJEV NAČELNO NEDOPUŠTENE RETROAKTIVNOSTI DJELOVANJA PORESKIH ZAKONA

Jedan od zahtjeva kroz koji se ogleda pravno značenje principa zakonitosti u oblasti poreza manifestuje se u načelnoj nedopuštenosti retroaktivnosti pravnog dejstva poreskih zakona. Opšte je pravilo da se ustavnim odredbama zabranjuje mogućnost povratnog djelovanja svih zakona, drugih propisa i opštih akata, pa tako je i čl. 10, st. 1. Ustava Republike Srpske određeno da zakoni, drugi propisi i opšti akti ne mogu imati povratno dejstvo. Drugo opšte pravilo je da se početak važenja zakona ili drugog opšteg pravnog akta računa od njegovog stupanja na snagu, dok se stupanje na snagu zakona i drugog opšteg pravnog akta, obavezno vezuje za prethodno objavljivanje na propisan način. Između objavljivanja zakona i drugih opštih akata i početka njihovog važenja ostavlja se jedan kraći period (*tzv. vacatio legis*) kako bi se i oni koji ih primjenjuju i oni na koje se primjenjuju pripremili za njihovo poštovanje. Ova materija je takođe regulisana ustavnim odredbama, i u tom smislu, Ustav Republike Srpske u čl. 109. određuje da zakoni, drugi propisi i opšti akti stupaju na snagu najranije osmog dana od dana objavljivanja, osim ako iz naročito opravdanih razloga nije predviđeno da ranije stupe na snagu. Da se prethodno ne bi osujetila svrha primjene poreskih zakona, zakonodavac u određenim slučajevima iz „opravdanih razloga“ određuje da poreski zakon stupa na snagu narednog dana od dana objavljivanja. To su najčešće slučajevi kada postoji bojazan da bi poreski obveznici mogli zloupotrijebiti *vacatio legis* kako bi potpuno ili djelimično izbjegli plaćanje novouvedenog poreza.

¹⁶ M. Andelković (1999), *Poresko pravo - Teorijski aspekti i poreske reforme*. Pravni fakultet u Nišu, 83.

Po pravilu, zakoni (pa i poreski) važe za budućnost, odnosno za buduća ponašanja poreskih obveznika. Međutim, dopušten je izuzetak predviđen samim ustavnim odredbama (čl. 110, st. 2. Ustava Republike Srpske) koji dozvoljava da se, ako to zahtijeva opšti interes utvrđen u postupku donošenja zakona, samo tim zakonom može odrediti da pojedine njegove odredbe imaju povratno dejstvo, na osnovu čega se može zaključiti da je retroaktivnost poreskih zakona moguća shodno navedenoj ustavnoj odredbi ukoliko su kumulativno ispunjeni tri Ustavom predviđena uslova:

- a. da je retroaktivnost uvedena zakonom,
- b. da se odnosi samo na pojedine odredbe istog zakona,
- c. da je uvedena na bazi opšteg interesa utvrđenog u postupku donošenja zakona.

Zbog same prirode poreske materije, moguće je da zakonodavac odredi retroaktivnu primjenu pojedinih zakonskih odredbi, što se može pravdati samo u onim slučajevima kada postoji opšti interes da se poreskim obveznicima retroaktivno prizna neka pogodnost, npr. niža poreska stopa, nove poreske olakšice i sl, ali samo ako su ispunjena i druga dva uslova određena Ustavom. Jedan od razloga retroaktivnosti poreskih zakona je i zaštita fiskalnih prihoda i to su najčešće slučajevi kod oporezivanja akciznih proizvoda kada se najavljuje viša poreska stopa koja se primjenjuje povratno na zalihe akciznih proizvoda zatečene na dan najavljivanja povećanja poreske stope ili kada se ispravi greška u poreskom zakonu, koja bi, ukoliko se ne ispravi sa povratnim dejstvom, mogla voditi značajnom smanjenju poreskog prihoda.¹⁷

Odstupanje od pravila neretroaktivne primjene poreskih zakona može se u praksi javiti i u odnosu na cjelokupan zakon, po pravilu, kod vanrednih poreza iz razloga što se njihov *ratio legis* može ispuniti jedino ako se uvedu sa povratnim dejstvom, kao što je npr. realni porez na uvećanu vrijednost imovine namijenjen zahvatanju tzv. ratne dobiti, jer je njegov cilj oporezivanje pozitivne razlike u vrijednosti imovine između momenta njegovog stupanja na snagu i nekog momenta u prošlosti.

U praksi se češće susrećemo sa situacijom da ne postoji podudarnost između stupanja na snagu poreskog zakona i kasnije određenog dana početka njegove primjene. To su situacije kada se odloženi početak primjene zakona može odnositi samo na neke njegove odredbe ili na zakon u cjelini. Takva situacija u Republici Srpskoj je određena u prelaznim i završnim odredbama Zakona o poreskom postupku Republike Srpske koji je objavljen u *Sl. glasniku R. Srpske* dana 17.10.2011. godine, dok je u prelaznim i završnim odredbama (čl. 105) određeno da se Zakon primjenjuje od 01.01.2012. godine. Ista situacija je i kod početka primjene Zakona o porezu na dobit koji je objavljen u *Sl. glasniku R. Srpske* dana 16.11.2015. godine, dok je u prelaznim i završnim odredbama Zakona (čl. 64) određeno da njegova primjena počinje od 01.01.2016. godine.

ZAKLJUČAK

Princip zakonitosti poreza se svrstava u vrhunska načela pravne države koje ne samo da osigurava zaštitu protiv samovolje vlasti, već u političkom značenju, osigurava pravnu sigurnost građana, njihova prava i slobode, dok se pravno značenje principa zakonitosti

¹⁷ Vidi, V. Thuronyi (2003), *Comparative Tax Law*. Kluwer, The Hague, 47-50.

poreza ispoljava kod ustanovljavanja poreza i određivanja bitnih elemenata poreza, tu-maćenja poreskih normi, određenosti poreza i u principu zabrane retroaktivnog djelovanja poreskih zakona sa određenim izuzecima kada za to postoje opravdani razlozi. Sama složenost poreske materije, zahtijeva da se određena pitanja cjelokupnog procesa oporezivanja dodatno regulišu i podzakonskim propisima, što je na osnovu zakonskog ovlaštenja prepušteno izvršnim organima vlasti, odnosno vladi, ministarstvu finansija, poreskim organim i u određenim slučajevima jedinicama lokalne samouprave. Međutim, podzakonski propisi, kao što su uredbе, pravilnici, uputstva i odluke, mogu imati samo dopunski karakter zakonske regulative u smislu razrade zakonskih odredbi i donose se kada za to postoji ovlaštenje određeno poreskim zakonom. O tome da li je narušen princip zakonitosti nekim podzakonskim aktom, ostaje da u svakom konkretnom slučaju u ustavnom sporu odlučuje Ustavni sud, cijeneći da li su podzakonskim poreskim propisom postavljeni neki novi zahtjevi poreskim obveznicima koji nisu određeni poreskim zakonom.

LITERATURA

- Anđelković M. (1999), *Poresko parvo-Teorijski aspekti i poreske reforme*. Centar za publikaciju Pravni fakultet u Nišu, 83.
- Baćić F (1980), *Krivično pravo-opšti dio*. Informer, Zagreb, 86- 87.
- Drljača Z. (2016), *Finansijsko i poresko parvo*. Univerzitet za poslovne studije, Banja Luka, 55.
- Ferdinand H. M. Grapperhaus, (1998), *Tax Tales from the Second Millennium*. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 31.
- Gianini A.D. (1956), *I concetti fondamentali del diritto tributario*. Unione tipografico, Torino, 4.
- Popović D., (2006), *Poresko pravo - opšti dio*. CEKOS IN, Beograd, 290.
- Thuronyi V., (2003), *Comparative Tax Law*. Kluwer, The Hague, 47-50.
- Ustav Bosne i Hercegovine.
- Ustav Crne Gore - *Sl. list CG* br.1/07.
- Ustav Republike Hrvatske - prečišćeni tekst - *Narodne novine* br.41/01.
- Ustav Republike Srbije - *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 98/06.
- Ustav Republike Srpske – *Sl. glasnik R.Srpske* br. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 26/02, 30/02, 31/02, 69/02, 31/03, 98/03, 115/05, 117/05.
- Zakon o budžetskom sistemu Republike Srpske- *Sl. glasnik R. Srpske* br.121/12, 52/14 i 103/15.
- Zakon o građevinskom zemljištu - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 112/06.
- Zakon o lokalnoj samoupravi - *Sl. glasnik R. Srpske* br.97/16.
- Zakon o poreskom postupku Republike Srpske-*Sl.glasnik R. Srpske* br 102/11,67/13,31/14 i 44/16.
- Zakon o porezu na dohodak - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 60/15.
- Zakon o porezu na nepokretnosti - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 91/15.
- Zakon o postupku prinudne naplate indirektnih poreza - *Sl. glasnik BiH* br.89/05 i 62/11.
- Zakon o republičkoj uprav - *Sl. glasnik R. Srpske* br.18/08,11/09,74/10, 85/10,11/09,24/12,121/12.
- Zakon o Vladi Republike Srpske - *Sl. glasnik R. Srpske* br. 118/08.

Prof. Zorica Drljača Ph.D

Attorney from Banja Luka and a professor in Pan-European University „Apeiron“ Banja Luka, drljacam1@teol.net

Ljiljana Orešković Ph.D

*Ministry for Refugees and Displaced Persons in the Government of the Republic of Srpska,
lj.oreskovic@minl.vladars.net*

Requirements of the Principle of Legality in the Field of Taxation

Abstract: The principle of legality of taxation is among the greatest rule of law, which not only provides protection against the arbitrariness of the authorities, but also, in a political sense, ensures the legal certainty of citizens, their rights and freedoms. The legal meaning of the principle of legality of taxation manifests in the establishment of taxes and the determination of the important tax components, tax rate interpretations, determination of taxes and the prohibition of the retroactive effects of tax laws. The very complexity of tax matters requires that certain questions regarding the entire process of taxation are further regulated by subordinate legislation, which is, on the basis of legal authorization, left to the executive authority or the government, the ministry of finance, the tax authorities, and in some particular cases to the local governments. However, subordinate legislation, such as decrees, regulations, instructions and decisions can only have a subsidiary character of the legislation in terms of the elaboration of legal provisions and shall be made when there is a specific authorization by tax law. Whether the principle of legality is violated by some regulation or not is decided in each specific case in a constitutional dispute by constitutional court, which evaluates whether the subordinate tax regulations set to taxpayers some new requirements that are not determined by tax law.

Key words: principle of legality, taxation, tax rules.

DOI: 10.7251/GFP1707216J

UDC: 343.222:343.14

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
25. maj 2017.*Datum prihvatanja rada:*
22. jun 2017.**Dovoljno dokaza o krivici kao uslov za prihvatanje sporazuma o priznanju krivice**

Rezime: Ne postoji ni jedno krivičnoprocesno zakonodavstvo koje poznaje sporazum o priznanju krivice u kome on ne podliježe kontroli suda. Da bi ga sud prihvatio on mora da ispuni određene uslove. Ti uslovi su uvijek manje ili više potpuno izričito predviđeni. Zakoni o krivičnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini taksativno nabrajaju uslove koje sporazum o priznanju krivice mora da ispuni da bi ga sud prihvatio. Pitanje uslova koje sporazum mora da ispuni da bi bio prihvaćen je jedno od njegovih najznačajnijih pitanja. Među njima posebno mjesto zauzima onaj, koji je opšteprihvaćen, po kome se traži da dokazi dostavljeni uz sporazum moraju ispuniti određene standarde koji se tiču njihovog kvaliteta i kvantiteta. Ne postoji ni jedno krivičnoprocesno zakonodavstvo u kome je dovoljno samo priznanje optuženog u sporazumu o priznanju krivice bez drugih dokaza. U krivičnoprocesnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini je ovaj uslov određen kao postojanje dovoljno dokaza o krivici optuženog. U radu se pokušava odgovoriti na pitanje kada je on ispunjen.

Ključne riječi: sporazum o priznanju krivice, uslovi za prihvatanje sporazuma, dovoljno dokaza o krivici, dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo.

Dr

Radenko Janković*Okružni javni tužilac u
Okružnom javnom tužilaštvu u
Banjaluci, radenko.jankovic@
pravosudje.ba***UVOD**

Početakom XXI vijeka su mnoge države kontinentalne Evrope, među kojima i sve nastale raspadom bivše SFR Jugoslavije, u krivični postupak uvele sporazum o priznanju krivice (u daljem tekstu sporazum). On je prosto "preplavio" zakonodavstva kontinentalne Evrope tako da se može govoriti o "plea bargaining infection".¹ Sporazum predstavlja novinu u krivičnoprocesnim zakonodavstvima u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu BiH). On je na ovim prostorima prvi put prihvaćen Zakonom o krivičnom postupku Brčko Distrikta BiH od 23.

¹ V.Đurđić (2007), „Racionalizacija krivičnog postupka Srbije“, *Pravna riječ* br. 12/2007, 99. M.Damaška (2004), „Napomene o sporazumima u kaznenom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 1/2004, 4. ističe da se slični instituti "napadno šire". Isto i M.Škulić (2009), „Sporazum o priznanju krivice“, *Pravni život* broj 10 tom III, 287.

10. 2000. godine.² 24. 01. 2003. godine je Visoki predstavnik u BiH donio novi Zakon o krivičnom postupku BiH.³ Novi Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske je stupio na snagu 01. 07. 2003. godine,⁴ a novi Zakon o krivičnom postupku Federacije BiH 01. 08. 2003. godine.⁵ Svi ovi zakoni su u krivični postupak uveli sporazum. Njime stranke "disponiraju" predmetom krivičnog postupka i on se zasniva na "adaptaciji anglo-američke procesne ideje po kojoj samo sporni predmeti zahtijevaju punu procesnu obradu".⁶ U svim krivičnoprocesnim sistemima koji ga poznaju sporazum podliježe sudskoj kontroli. Da bi bio prihvaćen mora ispuniti određene uslove. Jedno od njegovih osnovnih pitanja je ono koje se tiče tih uslova. Među njima posebno mjesto zauzima uslov kojim se zahtijeva da dokazi dostavljeni uz sporazum moraju zadovoljiti određene kriterijume u pogledu kvaliteta i kvantiteta. Sporazum je relativno često obrađivan u stručnim radovima u BiH, ali je i pored toga ostalo niz spornih pitanja. To je i razumljivo jer se radi o novom institutu. Jedno od njih je i pitanje kakvi su dokazi potrebni da bi sud prihvatio sporazum, odnosno kada se može smatrati da postoji "dovoljno dokaza o krivici". Ovo pitanje ima izuzetan, prije svega, praktični značaj. Značaj razmatranja ove problematike je u tome što doprinosi boljem razumijevanju ovog instituta i omogućava njegovu pravilniju primjenu. Njeno proučavanje treba da doprinese daljem razvoju ovog instituta i novim zakonskim rješenjima koja će bolje odgovarati našim uslovima, praktičnim potrebama i teoretskim postavkama.

USLOVI ZA PRIHVATANJE SPORAZUMA

Krivičnoprocesni zakoni u BiH taksativno propisuju da sud prilikom razmatranja sporazuma kumulativno provjerava:⁷ a) da li je do sporazuma došlo dobrovoljno, svjesno i sa razumijevanjem, kao i nakon upoznavanja o mogućim posljedicama, uključujući i posljedice vezane za imovinskopravni zahtjev i troškove krivičnog postupka; b) da li postoji dovoljno dokaza o krivici optuženog; c) da li optuženi razumije da se sporazumom odriče prava na suđenje i da ne može uložiti žalbu na krivičnopravnu sankciju koja će mu se izreći; d) da li je predložena krivičnopravna sankcija u skladu sa st. 3. tog člana; i e) da li je oštećenom pružena mogućnost da se pred javnim tužiocem izjasni o imovinskopravnom zahtjevu.⁸ I većina drugih zakonodavstava izričito propisuju uslove koje sporazum mora

² Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine - *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* br. 7/00, 10/03, 6/05 i 21/10. Prečišćeni tekst je objavljen u *Službenom glasniku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* br. 33/13 i 27/14.

³ Visoki predstavnik u BiH je Odlukom br. 100/03 donio Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine i utvrdio obavezu entiteta i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine da svoje zakone usklade sa ZKP-om BiH - *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* br. 36/03, 25/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09 i 72/13.

⁴ Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske - *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 50/03. Prečišćeni tekst je objavljen u *Službenom glasniku Republike Srpske* br. 53/12.

⁵ Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine - *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine* br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 08/13 u 59/14.

⁶ M.Damaška (1997), „O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/1997, 383.

⁷ Čl. 246. st. 6. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁸ Posljednja dva uslova su dodana čl. 75. Zakona o izmjenama i dopunama ZKP-a RS - *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 119/08, kao i odgovarajućim izmjenama i dopunama ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

ispuniti da bi ga sud prihvatio⁹. Ranije su uslovi za prihvatanje sporazuma bili "identični" onima koji se traže za prihvatanje izjave o priznanju krivice.¹⁰ Danas su oni kod sporazuma nešto šire postavljeni. U svim krivičnoprocesnim sistemima sporazum podliježe ocjeni suda i mora biti prihvaćen da bi se na osnovu njega donijela osuđujuća presuda. Utvrđivanje postojanja uslova za prihvatanje sporazuma zahtijeva od suda temeljit pristup u analizi činjeničnog supstrata koji je javni tužilac predočio sudu u optužnici i dokaznog materijala koji je prikupio u istrazi.¹¹ Nažalost, u našoj praksi se provjeri uslova za prihvatanje sporazuma često olako i površno prilazi. Postoje primjeri u kojima je razmatranje sporazuma i u složenim predmetima završeno za nekoliko minuta. Takva praksa za posljedicu ima prihvatanje sporazuma koji nikako ne bi smjeli biti prihvaćeni.¹²

Odredbe koje propisuju uslove za prihvatanje sporazuma su nepotpune. Sud ne provjerava samo ono što je izričito navedeno u njima, već utvrđuje i postojanje nekih drugih uslova neophodnih za njegovo prihvatanje. Ti uslovi proizlaze iz drugih krivičnoprocesnih odredaba ili iz same prirode sporazuma. Pored onoga što je izričito propisano sud treba da provjeri da li je sporazum zaključen od ovlašćenog lica i da li postoje procesne pretpostavke za donošenje presude kojom se optuženi oglašava krivim. O procesnim smetnjama kao što su amnestija, pomilovanje, zastarjelost krivičnog gonjenja, presuđena stvar ili neke druge okolnosti koje isključuju krivično gonjenje, nepostojanje potrebnog odobrenja za gonjenje, nepostojanje prijedloga oštećenog kod krivičnih djela koja se gone po njegovom prijedlogu sud vodi računa po službenoj dužnosti. Neka zakonodavstva koja poznaju ovaj institut izričito predviđaju da sud provjerava da li postoje procesne pretpostavke za vođenje krivičnog postupka.¹³ Po službenoj dužnosti sud provjerava da li su poštovana prava optuženog za vrijeme pregovora i prilikom zaključenja sporazuma. Ova obaveza posredno

⁹ Više ili manje potpuno uslovi za prihvatanje sporazuma su izričito predviđeni npr. čl. 317. Zakonika o krivičnom postupku Srbije – *Službeni list Republike Srbije* br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14, čl. 302. Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore – *Službeni list Crne Gore* br. 57/09, 49/10, 47/14 i 27/15, čl. 361. Zakona o kaznenom postupku Hrvatske – *Narodne novine Republike Hrvatske* br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13 u 152/14.

¹⁰ H. Sijerčić-Čolić (2003), „Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, s posebnim osvrtom na novo krivično procesno pravo”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 1/2003, 201.

¹¹ M. Blagojević (2005), *Ogledi iz krivičnoprocesnog prava*. Doboj, 266.

¹² Npr. sporazumom koji je okružni javni tužilac u Banjaluci zaključio sa optuženim i braniocem dana 01. 02. 2005. godine u predmetu br. KT-1147/04 predloženo je sudu da optuženom za krivično djelo teška krađa iz čl. 232. st. 2. KZ-a RS utvrdi kaznu zatvora u trajanju od 1 godine i 2 mjeseca, a za krivično djelo nedozvoljena proizvodnja i promet oružja ili eksplozivnih materija iz čl. 399. st. 1. KZ-a RS kaznu zatvora u trajanju od 1 mjeseca, pa da izrekne jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 1 godine (jedinstvena kazna manja od one utvrđene za pojedino krivično djelo). Ovaj, očigledno nezakonit sporazum, je prihvaćen od strane vijeća Osnovnog suda u Banjaluci i predložena kazna je izrečena presudom br. K-1014/04 od 03. 02. 2005. godine.

¹³ Npr. čl. 442. st. 2. Codice di procedura penale – *Službeni list Italije* br. 250/08 propisuje da će sud kad primi zahtjev za izricanje presude na zahtjev stranaka provjeriti da li se može izreći „oslobađajuća presuda“ prema čl. 129. tog Zakona koja se, između ostalog, izriče i kada se ugasila ili nedostaje neka od procesnih pretpostavki za vođenje krivičnog postupka ili čl. 361. st. 4. ZKP-a Hrvatske izričito predviđa da sud prilikom razmatranja sporazuma provjerava i da li postoje razlozi za obustavu krivičnog postupka.

proizlazi iz drugih krivičnoprocesnih odredaba.¹⁴ Sud treba da provjeri da li je osumnjičeni, odnosno optuženi prije zaključenja sporazuma bio obaviješten o djelu za koje se tereti i o osnovima sumnje koji stoje protiv njega, da li mu je omogućeno da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji ga terete i da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist, da li je poučen da nije dužan iznijeti svoju odbranu, niti odgovarati na postavljena pitanja, da li je prema njemu primijenjivana sila, prijetnja ili prevara kako bi se došlo do njegovog iskaza, da li mu je omogućeno da izabere branioca, da li mu je u slučajevima obavezne odbrane branilac postavljen po službenoj dužnosti, da li mu je omogućeno da se u postupku služi svojim jezikom, da li je pravno lice kao osumnjičeni ili optuženi imalo zastupnika. Neke povrede prava optuženog posredno mogu dovesti u pitanje ispunjenost nekog od zakonom izričito propisanih uslova za prihvatanje sporazuma npr. svjesnost ili dobrovoljnost. U drugim slučajevima one same po sebi, nezavisno od toga da li postoje zakonom predviđeni uslovi za prihvatanje sporazuma, dovode do odbacivanja sporazuma npr. kada je optuženi sporazum zaključio bez branioca u slučaju obavezne odbrane ili ako je sporazum sa pravnim licem zaključen bez njegovog zastupnika. Bez obzira što to izričito nije propisano ni u teoriji, ni u praksi nije sporno da sud prilikom razmatranja sporazuma treba da provjeri da li je priznanje krivice u sporazumu potpuno i nedvosmisleno i da li je predložena krivična sankcija adekvatna, odnosno da li ona omogućava ostvarivanje svrhe kažnjavanja.

OSNOVNE NAPOMENE O DOKAZIMA I DOKAZIVANJU

Krivičnoprocesna teorija poznaje različite definicije dokaza.¹⁵ Isto tako, u njoj nailazimo na različite klasifikacije dokaza npr. stvarni i lični, originarni i izvedeni, posredni i neposredni¹⁶. Postoje teoretičari koji u uslovima slobodne sudijske ocjene dokaza njihovoj klasifikaciji odriču bilo kakvu vrijednosti, osim istorijske.¹⁷ Iako se u krivičnom procesnom pravu najčešće govori o teretu pružanja dokaza koji podrazumjeva obavezu iznošenja dokaza od strane određenih subjekata, može se govoriti i o pravu na dokazivanje koje označava njihovo pravo da sudu stave na raspolaganje određene dokaze npr. okrivljeni ima isključivo pravo, a ne i dužnost podnošenja dokaza.

Dokazivanje, odnosno dokazni postupak prolazi kroz više faza: predlaganje ili određivanje dokaza od strane suda, izvođenje, provjeravanje i ocjena kojom se vrijednuje svaki dokaz pojedinačno i u sklopu sa ostalim dokazima.¹⁸ Za ovaj rad je najbitnija faza ocjena dokaza. Postoji nekoliko odredbi koje se odnose na ocjenu dokaza i obavezu njenog obrazloženja u sudskoj odluci. Najvažnija je ona po kojoj je sud dužan da savjesno ocijeni svaki dokaz pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima i da na osnovu takve ocjene izvede zaključak da li je neka činjenica dokazana.¹⁹ Ocjena da li postoji ili ne postoji neka činjenica nije ograničena postojanjem posebnih dokaznih pravila koja unaprijed određuju vrijed-

¹⁴ .Nikolić (2006), *Sporazum o priznanju krivice*. Studentski kulturni centar. Niš, 55.

¹⁵ O materijalnim i formalnim (procesnim) definicijama dokaza detaljnije Z.Jekić (1989), *Dokazi i istina u krivičnom postupku*. Pravni fakultet. Beograd, 9-16. i S.Soković (1997), *Dokazivanje indicijama*. Jefimija. Kragujevac, 26-36.

¹⁶ O podjeli dokaza detaljnije S.Soković, *ibid*, 45-47.

¹⁷ Npr. Marković, Ogorelica, Čubinski, Dimitrijević, navedeno po S.Soković, *ibid*, 44.

¹⁸ O fazama kroz koje prolazi dokazni postupak detaljnije Z.Jekić, *ibid*, 38-42.

¹⁹ Čl. 295. st. 2. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

nost nekog dokaza. U savremenim krivičnoprocesnim sistemima je opšteusvojeno načelo slobodnog sudijskog uvjerenja. Ocjena dokaza je veoma složen proces. Ona zahtijeva, ne samo poznavanje pravnih normi, već i pravila logike i psihologije, ali i druga znanja iz različitih oblasti u zavisnosti od toga šta je predmet krivičnog postupka. Rezultat dokaznog postupka je činjenično stanje koje predstavlja zbir svih utvrđenih činjenica. Na utvrđene, ali samo pravno relevantne činjenice, se primijenjuju pravne norme. Osnovna uloga dokaza u krivičnom postupku je da potvrđuju ili negiraju postojanje određenih činjenica.²⁰

Dokazi utiču na formiranje saznanja o određenim pravno relevantnim činjenicama, o postojanju krivičnog djela i krivice. To saznanje prolazi kroz različite faze, od osnova sumnje do njihovog utvrđivanja na kraju krivičnog postupka. Krivičnoprocesni zakoni u BiH poznaju više pojmova: osnovi sumnje, dovoljno osnova za sumnju, vjerovatnost da je učinjeno krivično djelo, osnovana sumnja da je učinjeno krivično djelo, dovoljno dokaza o krivici, dovoljno dokaza za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo. Navedene nivoe sumnje je veoma teško precizno definisati i odrediti.²¹ Određivanje ovih pojmova je za praksu od izuzetnog značaja. Zbog toga je neophodno pokušati utvrditi njihov sadržaj. Krivičnoprocesni zakoni u BiH određuju samo pojam osnovane sumnje koja predstavlja veći stepen sumnje zasnovan na prikupljenim dokazima koji upućuju na zaključak da je izvršeno krivično djelo.²² Njeno postojanje je, između ostalog, uslov za podizanje, odnosno potvrđivanje optužnice.²³ U teoriji krivičnog procesnog prava postoje brojne definicije osnovane sumnje za koje je zajedničko da ona predstavlja određeni, viši kvalitet od obične. Za osnovanu sumnju se koriste termini "razumna" ili "ozbiljna".²⁴

POSTOJANJE DOVOLJNO DOKAZA O KRIVICI KAO USLOV ZA PRIHVATANJE SPORAZUMA

Jedan od najčešćih prigovora sporazumu je da omogućava da nevinna lica priznaju krivicu.²⁵ Ovo je tipičan prigovor svim konsenzualnim oblicima krivičnog postupka.²⁶ Smatra se da je ova mogućnost kod kaznenog naloga još izraženija nego kod sporazuma.²⁷ Nevina lica mogu priznati krivicu zbog različitih razloga npr. neznanja, straha od montiranih pro-

²⁰ Z.Jekić, *ibid.*, 47.

²¹ H.Sijerčić-Čolić et al. (2005), *Komentar zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*. Savjet Evrope i Evropska komisija. Sarajevo, 93.

²² Čl. 20. st. 1. tač. lj. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a FBiH i ZKP-a B D BiH.

²³ Čl. 241. st. 1. i 243. st. 3. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a FBiH i ZKP-a B D BiH.

²⁴ O pojmu osnovane sumnje detaljnije Z.Jekić. *ibid.*, 54-57.

²⁵ Ovo navode npr. B.Perić (2004), „Sporazum o krivnji – zakonska obilježja i pravne nedoumice“. U zborniku *„Primjena zakona o krivičnom postupku“*. Banja Vrućica, 2; M.Simović, V.Simović (2010), „Pogađanje tužioca i branioca o optužbi i priznanje krivice u pravu Sjedinjenih Američkih država“, *Pravo i pravda* br. 1/2010, 153. ističu prigovor koji se često čuje u SAD po kome zakonito pogađanje tužioca i branioca o optužbi stvara mnogo pritiska na optužene koji dovode do povećane mogućnosti da nevinno lice prizna krivicu.

²⁶ Ovaj prigovor kod kaznenog naloga nalazimo npr. kod A.Gòrski, M.Ejchart (2012), “Wrongful Convictions in Poland”, *University of Cincinnati Law Review*, Volume 80, No. 4, 1191.

²⁷ P.Gorkić et al. (2014), *Mnenje k predlogu ZKP-M*. Institut za kriminologiju. Ljubljana, 1. Autori se protivte daljem proširivanju upotrebe kaznenog naloga u slovenačkom krivičnom postupku.

cesa, straha da će ishod suđenja biti još lošiji,²⁸ izbjegavanja različitih neprijatnosti. Ova mogućnost je veća što je veća zapriječena kazna, s jedne strane, a što su veće beneficije koje se nude optuženom, s druge strane. Neizvjesnost i patnja koje krivični postupak redovno izaziva kod okrivljenog su još veći kod nevinog lica.²⁹ On njemu može prouzrokovati teške posljedice npr. zbog njega ne može dobiti putnu ispravu i otići na školovanje ili zaposliti se u inostranstvu, ne može dobiti uvjerenje da se protiv njega ne vodi krivični postupak koje mu je neophodno za zaposlenje. Ove situacije su u praksi česte, iako u stručnoj literaturi nisu posebno razmatrane. Za nevinog može biti manje zlo da prizna krivicu i zaključi sporazum, naročito ako je njime predložena relativno blaga sankcija, nego da se upusti u redovan postupak na čiji se početak u BiH može čekati više godina i zbog toga bude lišen zaposlenja, školovanja ili nečeg još važnijeg. Pojedini autori posebno ističu problematičnost priznanja kao protivusluge za obustavu postupka zbog drugih krivičnih djela.³⁰ Posebno je opasno da sporazumom okrivljeni iz različitih motiva svjesno prihvati krivicu za krivično djelo koje je izvršio neko drugi. On može preuzeti svu odgovornost za učinjeno krivično djelo i zaštititi saučesnike.

Legitimitet sporazuma se često dovodi u pitanje sa pozicija načela istine.³¹ Postoji shvatanje da se ovim institutom napušta načelo materijalne i osnažuje načelo "stranačke istine".³² Protivnici sporazuma sumnjaju u mogućnost da se u predmetu koji se na osnovu njega završi sazna istina i ističu da je tu princip istine svjesno zapostavljen i podređen ideji efikasnosti. Oni ukazuju i na sumnjivost dokaza koji potiču iz pretkrivičnog postupka koji nije snabdjeven sudskim formalnostima i garancijama. Smatra se da u savremenom krivičnom postupku postoji tendencija, nezavisno od sporazuma, da se devalvira načelo istine.³³ S druge strane, nailazimo i na shvatanje da sporazumom nije napušteno ovo načelo i da je nemoguće zamisliti krivični postupak u kome ne postoji dužnost utvrđivanja istine.³⁴ Njegove pristalice umanjuju osnovan prigovor o "nekvalitetnosti" istine postignute u postupku završenim na osnovu sporazuma ukazivanjem na slabe strane utvrđivanja

²⁸ S.Gless (2010), *Der Strafbefehl – in der Schweizerischen Strafprozessordnung*. Stämpfli Verlag AG. Bern, 18. ističe da pogrešna procjena rizika u redovnom krivičnom postupku od strane okrivljenog predstavlja najveću opasnost za prihvatanje kaznenog naloga i mogućnost pogrešne osude.

²⁹ M.Aćimović (1987), *Psihologija zločina i suđenja*. Savremena administracija. Beograd, 277.

³⁰ A.Eser (1992), "Funktionswandel strafrechtlicher Prozesmaximen: Auf dem Weg zur "Reprivatsierung" des Strafverfahrens?". Prevod P.Novoselac. U zborniku *PFZ 42 (1992)*, S. (167) -191, 187.

³¹ S.Brkić (2004), *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*. Pravni fakultet. Novi Sad, 279.

³² D.Kos (2003), Presuda u kaznenom postupku kao rezultat suglasne volje stranaka. U zborniku "Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva". Inžinjerski biro. Zagreb, 3

³³ M.Škulić (2011), Reforma krivičnog postupka Srbije. U zborniku "Aktuelna pitanja u primjeni Krivičnog zakonodavstva". Pravni fakultet. Banjaluka, 165. zaključuje da je u Nacrtu novog ZKP-a Srbije istina označena kao svojevrsni nepotrebn luksuz, na str. 195. da pokušaj da se potpuno eliminiše načelo istine iz krivičnog postupka predstavlja izrazito štetan eksperiment unaprijed osuđen na neuspjeh i na str. 196. da se istina ne dostiže po svaku cijenu, ali da se istini svakako treba težiti u krivičnom postupku.

³⁴ A.Miletić (2007), Modul IV - Osnovna načela glavnog pretresa i metodologija izrade prvostepene presude u krivičnom postupku. Visoki sudski i tužilački savjet BiH. Sarajevo,15.

istine i u redovnom postupku. U kojoj mjeri se primjena sporazuma odražava na načelo istine zavisi od načina na koji sudovi razmatraju sporazume. Često nailazimo na prigovor da se sporazumom optuženi stimulišu da lažno svjedoče protiv drugih kako bi pomogli sami sebi.³⁵ Ističe se i da sporazum raskida sa načelom slobodne ocjene dokaza polazeći od toga da priznanje optuženog u sporazumu isključuje fazu dokazivanja na glavnom pretresu čime priznanje dobija veću dokaznu snagu od ostalih dokaznih sredstava.³⁶

Ciljevi provjeravanja dokaza koje je dostavio javni tužilac³⁷ uz sporazum su, između ostalih, da se onemogući da nevino lice prizna krivicu, da se ne zanemari načelo istine bez koga je teško zamisliti krivični postupak i da se očuva načelo slobodne ocjene dokaza. Priznanje krivice u sporazumu mora biti potkrijepljeno drugim dokazima. Krivičnoprocesni zakoni u BiH kao uslov za prihvatanje sporazuma izričito zahtijevaju da postoji "dovoljno dokaza o krivici" optuženog.

Ovaj uslov za prihvatanje sporazuma, sa određenim razlikama, predviđaju sva savremena zakonodavstva. Ne postoji ni jedno koje se zadovoljava samim priznanjem krivice. Čak i ona koja izričito ne predviđaju ovaj uslov, bez izuzetka, u praksi za prihvatanje sporazuma zahtijevaju da dostavljeni dokazi ispunjavaju određene kriterijume. U ZKP-u Srbije se za prihvatanje sporazuma traži da, osim priznanja okrivljenog da je učinio krivično djelo, postoje i drugi dokazi koji nisu u suprotnosti sa tim priznanjem.³⁸ Ovaj uslov za prihvatanje sporazuma je na sličan način određen i u ZKP-u Crne Gore u kome se zahtijeva da je priznanje u skladu sa dokazima sadržanim u spisu predmeta.³⁹ Ni u postupku pred Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju samo „golo“ priznanje nije dovoljno. Da bi se izjava o priznanju krivice, odnosno sporazum prihvatili neophodno je da postoje dovoljne činjenične osnove za postojanje krivičnog djela i sudjelovanje optuženog u krivičnom djelu, bilo na osnovu nezavisnih indicija ili toga što ne postoji nikakvo bitno neslaganje između strana u pogledu predmetnih činjenica.⁴⁰ Smatra se da su ovi uslovi za prihvatanje potvrdne izjave o krivici dosta strogo postavljeni i ističe da sud mora biti posebno oprezan kada prihvata takvu izjavu jer se optuženi odriče prava na sudski postupak u cilju utvrđivanja njegove krivice.⁴¹ Po Statutu stalnog Međunarodnog krivičnog suda priznanje krivice optuženog mora da prođe sudsku kontrolu i provjeru. Sud, između

³⁵ B.Perić, *ibid*, 2, M.Simović (2005), *Praktični komentar Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske*. Banjaluka, 233.

³⁶ S.Brkić, *ibid*, 280.

³⁷ Zakon o javnim tužilaštvima Republike Srpske - *Službeni glasnik RS* br. 69/16 umjesto dotadašnjeg termina „tužilac“ upotrebljava termin „javni tužilac“. Ta izmjena naziva tužioca još nije izvršena u ZKP-u RS. Zakon o tužilaštvu BiH - *Službeni glasnik BiH* br. 49/09, Zakon o federalnom tužilaštvu Federacije BiH - *Službene novine F BiH* br. 19/03 i Zakon o Tužilaštvu Brčko Distrikta BiH - *Službeni glasnik B D BiH* br. 19/07 još uvijek upotrebljavaju termin „tužilac“.

³⁸ Čl. 317. st. 1. tač. 3. ZKP-a Srbije.

³⁹ Čl. 302. st. 8. tač. 1. ZKP-a Crne Gore.

⁴⁰ Navedene kriterijume je prvi put definisalo žalbeno vijeće u predmetu protiv Dražena Erdemovića broj IT-96-22-A u presudi od 07. 10. 1997. godine. Detaljnije Fond za humanitarno pravo (2003), *Haški Tribunal VI – priznanja krivice i presude*. Beograd, 388.

⁴¹ UNICRI (2009), *Priručnik o razvijenim sudskim praksama MKSJ*. Sarajevo, 69-70; D.Nikolić, *ibid*, 31.

ostalog, treba da provjeri da li priznanje krivice potkrepljuju činjenice sadržane u: 1. navodima optužnice; 2. materijalu koji je tužilac podnio kao dopunu optuženja koji optuženi prihvata; i 3. bilo kom drugom dokazu kao što su iskazi svjedoka.⁴² U postupku pred ovim sudom priznanje krivice mora da bude utemeljeno na drugim dokazima. I u italijanskom obliku sporazuma – *applicazione della pena su richiesta delle parti* (primjena kazne na zahtjev stranaka) sud, između ostalog, provjerava: da li je djelo izvršeno, da li ga je izvršio optuženi i da li je ono u zakonu predviđeno kao krivično djelo.⁴³ Ukoliko sud nađe da nije izvršeno, da ga nije izvršio optuženi ili da se ne radi o krivičnom djelu donosi oslobađajuću presudu. U francuskom zakonodavstvu postoji oblik sporazuma pod nazivom „*Plaider coupable*“. U njemu sudija saslušava optuženog i branioca i prilikom saslušanja, između ostalog, provjerava tačnost činjeničnog stanja.⁴⁴

Zakonodavci u BiH nisu odredili značenje termina “dovoljno dokaza o krivici”. Slične termine kod ovog instituta izričito ne određuju ni druga zakonodavstva. Ovdje se radi o uslovu koji je identičan uslovu predviđenom za prihvatanje izjave optuženog o priznanju krivice.⁴⁵ Međutim, ni kod razmatranja izjave o priznanju krivice zakonodavci nisu odredili njegov sadržaj.⁴⁶

Pošto to zakonodavci nisu učinili preostalo je da to učine teorija i praksa. O ovom pitanju su se u našoj teoriji iskristalisala dva shvatanja. Po prvom, standard „dovoljno dokaza o krivici“ predstavlja veći stepen vjerovatnoće od „osnovane sumnje“. ⁴⁷ Po drugom, „dovoljno dokaza o krivici“ je isti standard kao i onaj potreban za potvrđivanja optužnice “osnovana sumnja”.⁴⁸ Iako autori u BiH u svojim radovima zauzimaju jedno ili drugo shvatanje ovim pitanjem se nisu detaljnije bavili, niti

⁴² Čl. 65. st. 1. Statuta stalnog Međunarodnog krivičnog suda. Prevedeni tekst Statuta R.V.D.Dž. Džouns, S Pauls (2005), *Međunarodna krivična praksa*. Fond za humanitarno pravo. Beograd, 859-914.

⁴³ Čl. 444. st. 2. *Codice di Procedura penale* (ZKP-a Italije).

⁴⁴ Čl. 495-9 *Code de Procedure penale* (ZKP-a Francuske). Institut *Plaider coupable* je uveden izmjenama iz 2004. godine Zakonom popularno nazvanim Loi Perben.

⁴⁵ D. Kaurinović (2004), *Praktična iskustva u primjeni novih krivičnoprocesnih ustanova – priznanje krivice, sporazum o priznanju i kazneni nalog*. U zborniku “*Aktuelna pitanja primjene krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini*”. Neum, 6.

⁴⁶ Čl. 245. st. 1. tač. v. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁴⁷ B.Perić, *ibid*, 4, M.Simović, *ibid*, 414.

⁴⁸ Ovo shvatanje zastupa npr. M.Bajić (2011), *Sporazum o priznanju krivice u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine*. U zborniku “*Aktuelna pitanja u primjeni krivičnog zakonodavstva*”. Pravni fakultet. Banjaluka, 331-332. Autor ističe da ukoliko se sporazum zaključi poslije potvrđivanja optužnice treba ponovo utvrđivati da li postoji dovoljno dokaza o krivici, što je protivrječno. Kod kaznenog naloga ga zastupa npr. M.Zadrić (2007), „Kazneni nalog – mogući pravci izmjena ZKP-a“, *Pravna riječ* br. 12/2007, 487; D.Nikolić, *ibid*, 168. smatra da je ZKP Srbije umjesto termina „da postoje drugi dokazi koji potkrepljuju priznanje“ trebao da zadrži termin „osnovana sumnja“ i dodaje da ne postoji ni jedan razlog da ti „drugi dokazi“ treba da imaju veću dokaznu snagu od one koja se traži kod ocjene podnesene optužnice. Autor iznosi i stav, suprotan iznesenom, da „kvalitet i kvantitet drugih dokaza mora biti takav da kod suda stvori uvjerenje da nema sumnje da je potpuno priznanje okrivljenog istinito“.

su posebno obrazlagali zbog čega smatraju da je shvatanje koje zastupaju ispravno. Pojam “dovoljno dokaza o krivici” se još uvijek nije iskristalisao ni u sudskoj praksi, tako da većini praktičara nije potpuno jasno šta se to pod njim podrazumjeva.⁴⁹ O njemu postoje vrlo različiti i oprečni stavovi koji proizlaze iz stava svakog sudije o ulozi suda u postupku prihvatanja sporazuma. Sudije za koje je sporazum ugovor zasnovan na saglasnosti stranaka smatraju da se sud ne treba bitno miješati u zaključeni sporazum i da “dovoljno dokaza o krivici” postoji samim tim što je optužnica potvrđena. Oni prilikom razmatranje sporazuma samo konstatuju da je javni tužilac uz optužnicu dostavio “dovoljno dokaza o krivici optuženog”. Za druge “dovoljno dokaza o krivici” optuženog predstavlja veći stepen uvjerenja od onoga koji se traži za postojanje osnovane sumnje.⁵⁰

Shvatanje da termini “osnovana sumnja” kao uslov za potvrđivanje optužnice i “dovoljno dokaza o krivici” kao uslov za prihvatanje sporazuma imaju istu sadržinu je neprihvatljivo. U krivičnom postupku se razlikuju različiti stepeni sumnje, ali svi samo ukazuju da postoji mogućnost, manja ili veća, da je izvršeno krivično djelo od strane određenog učinioca. Na osnovu prihvaćenog sporazuma se donosi presuda kojom se optuženi oglašava krivim. Za donošenje osuđujuće presude, bez obzira da li se donosi nakon završenog glavnog pretresa ili na osnovu sporazuma nije dovoljno da postoji samo mogućnost, pa makar ona bila i velika, da je određeno lice izvršilo određeno krivično djelo. Za nju nikako nije dovoljno da postoji samo “osnovana sumnja” da je određeno lice izvršilo određeno krivično djelo, već mora da postoji veći stepen izvjesnosti. Na ovakav zaključak posredno ukazuje i odredba po kojoj javni tužilac može zatražiti izdavanje kaznenog naloga ako je prikupio dovoljno dokaza koji pružaju osnov za “tvrdnju” da je osumnjičeni učinio krivično djelo.⁵¹ Za bilo koju osuđujuću presudu je uslov da se dokaže da je optuženi učinio krivično djelo za koje je optužen. Ako se to ne dokaže donosi se oslobađajuća presuda.⁵² U načelu se po stepenu ubjedljivosti dokazi u predmetu završenim sporazumom ne bi smjeli razlikovati od onih u redovnom postupku, mada to u praksi često nije tako.

U praksi se na različite načine utvrđuje postojanje “dovoljno dokaza o krivici” optuženog. Pojedine sudije, koje su u manjini, od javnog tužioca traže da navede svaki pojedini dokaz i da obrazloži njegovu sadržinu. Na osnovu toga uz prisustvo optuženog i branioca koji imaju mogućnost osporavanja, a od kojih se traži da se izjasne da li imaju primjedbe na dostavljene dokaze, utvrđuju da li su prezentovani dokazi dovoljni za uvjerenje suda o krivici optuženog.⁵³ Druge sudije, koje su u većini, od javnog tužioca traže samo da navede dokaze koje dostavlja, a zatim ih bez prisustva stranaka razmatraju i utvrđuju da li postoji dovoljno dokaza o krivici optuženog. U praksi se nailazi na primjere u kojima sudije

⁴⁹ B.Perić, *ibid*, 4.

⁵⁰ A.Miletić (2005), „Institut pregovaranja o krivnji u praksi”, *Pravo i pravda* br. 1/2005, 248. I OSCE (2006), *Sporazum o priznanju krivice: Primjena pred sudovima BiH i usklađenost sa međunarodnim standardima za zaštitu ljudskih prava*, drugo izdanje. Sarajevo, 23. ukazuje na „značajne varijacije” i ističe da rezultati praćenja ročišta za razmatranje sporazuma od posmatrača OSCE-a pokazuju da se zauzimaju različiti pristupi tom pitanju od sudije do sudije.

⁵¹ Čl. 357. st. 1. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁵² Čl. 298. st. 1. tač. v. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁵³ A.Miletić (2007), *ibid*, 248; Ovakvu praksu predlaže OSCE (2006), *ibid*, 23.

praktično nisu ni provjeravale dokaze koje je dostavio javni tužilac, već su ih automatski prihvatili konstatujući da postoji “dovoljno dokaza o krivici optuženog”. Ovakva praksa je razlog za veliku zabrinutost.⁵⁴ Često nailazimo na neprihvatljivu praksu da sudija ili vijeće za svega nekoliko minuta razmotre dokaze koje je dostavio javni tužilac utvrđujući da postoji “dovoljno dokaza o krivici optuženog”. Ovdje se ne misli na slučajeve u kojima je uz optužnicu dostavljen sporazum, gdje je sudija mogao ranije da se upozna sa dostavljenim dokazima, već na one u kojima je javni tužilac dokaze dostavio na samom ročištu, koje je sudija prvi put vidio, a u pitanju su bili složeni predmeti.

Za određivanje sadržaja pojma “dovoljno dokaza o krivici” u smislu uslova za prihvatanje sporazuma treba analizirati i neke druge odredbe. Posebno je značajna odredba koja određuje pojam “osuđenog”. Osuđeni je lice za koje je pravosnažnom odlukom „utvrđeno“ da je krivo za određeno krivično djelo.⁵⁵ Krajnji rezultat prihvatanja sporazuma, ali i izjave optuženog o priznanju krivice i zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga na koji je pristao optuženi, je presuda kojom se optuženi oglašava krivim. U svim ovim slučajevima se, kao i nakon glavnog pretresa, ovakva presuda može donijeti samo ako je “utvrđeno” da je optuženi izvršio određeno krivično djelo i da je za njega kriv. Za rješenje ovog pitanja je značajna i odredba po kojoj pravila utvrđena krivičnoprocesnim zakonom treba da obezbijede da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog djela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje predviđaju krivični zakoni i drugi zakoni u kojima su propisana krivična djela u zakonom propisanom postupku.⁵⁶ Tu spada i odredba po kojoj se svako smatra nevinim za krivično djelo dok se pravosnažnom presudom ne “utvrdi” njegova krivica” i po kojoj sumnju u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježje krivičnog djela ili od kojih zavisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva sud riješava odlukom na način koji je povoljniji za optuženog - *in dubio pro reo*.⁵⁷ U ovom pravcu idu i odredbe po kojima se presuda može pobijati zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja⁵⁸ i po kojima sud donosi presudu kojom se optuženi oslobađa od optužbe ako nije “dokazano” da je učinio djelo za koje je optužen.⁵⁹

Šta se to dokazima koje je dostavio javni tužilac, a koji treba da su “dovoljni” utvrđuje? Krivičnoprocesni zakoni u BiH predviđaju da se njima utvrđuje “krivica optuženog”. Ovo pitanje je bilo aktuelnije prije izmjena i dopuna krivičnih zakona u BiH, dok oni još nisu poznavali termin “krivica”, već “krivična odgovornost”. I ranije je kao opšteprihvaćeno važno shvatanje da se utvrđivanje da postoji “dovoljno dokaza o krivici” optuženog odnosilo na utvrđivanje da postoji dovoljno dokaza o postojanju krivičnog djela i krivične odgovornosti.⁶⁰ Po njemu je pojam “krivica” u sintagmi “dovoljno dokaza o krivici” obje-

⁵⁴ OSCE, *ibid*, 23. konstatuje da su posmatrači koji su pratili ročišta za razmatanje sporazuma u sudovima BiH uočili ovakvu praksu.

⁵⁵ Čl. 20. st. 1. tač. v. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁵⁶ Čl. 2. st. 1. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁵⁷ Čl. 3. st. 1. i 2. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁵⁸ Čl. 313. st. 1. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁵⁹ Čl. 298. st. 1. tač. v. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁶⁰ Ovo shvatanje su zastupali M. Simović, *ibid*, 413, D. Kaurinović (2003), Potvrđivanje optužnice

dinjavao pojmove “krivično djelo” i “krivična odgovornost”, a sada objedinjava pojmove “krivično djelo” i “krivica”. Shvatanje da postoji jedinstvo objektivnih i subjektivnih uslova za postojanje krivičnog djela je poznato u krivičnopravnoj teoriji. Po njemu krivično djelo i krivica (ranije krivična odgovornost) čine jedinstvo i ne odvajaju se.⁶¹ Krivični zakoni u BiH poznaju krivično djelo i krivicu kao dva odvojena pojma, ali su oni međusobno povezani u toj mjeri da zajedno predstavljaju zasebnu i osnovnu jedinicu u sistemu njihovog opšteg dijela. Uslov da za prihvatanje sporazuma mora postojati “dovoljno dokaza o krivici” znači da se njima mora utvrditi da postoje svi opšti elementi pojma krivičnog djela, zatim svi posebni elementi određenog krivičnog djela (bitna obilježja bića krivičnog djela) koje je optuženom stavljeno optužnicom na teret⁶² i na kraju da je optuženi kriv. Ako se to sve ne utvrdi donosi se presuda kojom se optuženi oslobađa od optužbe.⁶³

Krivični zakoni u BiH predviđaju osnove koji isključuju postojanje krivičnog djela. To su mali značaj krivičnog djela zbog neznatnosti ili odsutnosti štetnih posljedica, nužna odbrana i krajnja nužda.⁶⁴ U teoriji se još spominju izvršenje radnje u okviru službenog ovlašćenja npr. izvršenje smrtne kazne, naređenje pretpostavljenog, sila i prijetnja, samopovreda i pristanak povrijeđenog.⁶⁵ Da li je sud prilikom razmatranja sporazuma obavezan da vodi računa o njihovom postojanju? O ovom pitanju se u našoj stručnoj literaturi nije raspravljalo. Odgovor na ovo pitanje mora biti potvrđan. Ukoliko nađe da postoji neki od tih osnova sud će sporazum odbaciti. Treba istaći da je u situaciji kada nema glavnog pretresa na kome se izvode dokazi mogućnost suda da utvrdi njihovo postojanje

i presude bez suđenja. U zborniku “*Reforma krivičnog zakonodavstva u Republici Srpskoj*. Banjaluka, 207, M. Blagojević, ibid, 266.

⁶¹ Ovo shvatanje zastupaju N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević (1986), *Krivično pravo SFRJ* - opšti deo, trinaesto izdanje. Savremena administracija. Beograd, 132, A. Mihajlovski (1984), *O pojmu krivičnog djela*. Savremena administracija. Beograd, 129. Autor ističe da su gotovo svi teoretičari u ranijoj jugoslovenskoj teoriji pravilno unosili vinost u pojam krivičnog djela.

⁶² ZKP Srbije ovaj institut, ispravno za razliku od ostalih, umjesto „sporazum o krivici“, naziva „sporazum o priznanju krivičnog djela“. S. Bejatović (2011), Radna verzija Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije i tendencije u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava. U zborniku „*Aktuelna pitanja u primjeni krivičnog zakonodavstva*“, Pravni fakultet. Banjaluka, 55. ističe da je ovakvo rješenje u skladu sa koncepcijom pojma krivičnog djela prema kojoj je krivica sastavni element krivičnog djela.

⁶³ Po čl. 298. st. 1. tač. a. i b. ZKP-a RS i odgovarajućim odredbama ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH oslobađajuća presuda se donosi ako djelo za koje je optuženi optužen nije zakonom propisano kao krivično djelo (nedostaju opšti i posebni elementi) ili ako ima okolnosti koje isključuju krivicu.

⁶⁴ Čl. 7. st. 2, 11. st. 2 i 12. st. 2. Krivičnog zakona Republike Srpske – *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13 i odgovarajuće odredbe Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine – *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine – *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine* br. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14 i Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* br. 33/13 u kojem je objavljen prečišćeni tekst.

⁶⁵ Detaljnije B. Čejović (2002), *Krivično pravo opšti deo*. Službeni list SR Jugoslavije. Beograd, 181-188.

znatno smanjena, iako nije isključena. Ovdje se može postaviti sledeće pitanje da li je za "odbacivanje"⁶⁶ sporazuma potrebno da sud sa potpunom izvjesnošću utvrdi da postoji neki od ovih osnova, što na ročištu na kome se dokazi ne izvode nije ni malo jednostavno ili je dovoljno da samo nađe da postoji mogućnost njihovog postojanja? Drugo rješenje je prihvatljivije. Čim se javi dilema da li postoji ili ne postoji neki od osnova koji isključuju postojanje krivičnog djela, a nju nije moguće razriješiti sud odbacuje sporazum. Ona se kasnije razriješava na glavnom pretresu. Ovakvo rješenje je u skladu sa odredbama po kojima je osuđeni lice za koje je pravosnažnom odlukom „utvrđeno“ (sa izvjesnošću) da je kriv za određeno krivično djelo, da pravila utvrđena tim zakonima trebaju obezbijediti da niko nevin ne bude osuđen, da sud donosi presudu kojom se optuženi oslobađa od optužbe ako „nije dokazano“ da je učinio djelo za koje je optužen, a naročito da sumnju u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježje krivičnog djela ili od kojih zavisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva sud rješava odlukom na način koji je povoljniji za optuženog - *in dubio pro reo*.

Utvrđivanje da li postoji dovoljno dokaza o krivici optuženog podrazumjeva obavezu suda da utvrdi i da li je optuženi kriv za krivično djelo koje mu je stavljeno na teret. Kriv je učinilac koji je uračunljiv i koji je krivično djelo učinio sa umišljajem ili iz nehata, odnosno kod koga postoji vinost. Kriv je i učinilac krivičnog djela koji je upotrebom alkohola, droga ili na drugi način doveo sebe u stanje u kome nije mogao shvatiti značaj svog djela ili upravljati svojim postupcima ako je u vrijeme dovođenja u to stanje djelo bilo obuhvaćeno njegovim umišljajem ili nehatom kada zakon za takvo djelo predviđa krivicu i za nehat („*actiones liberae in causa*“). Postoje i posebne odredbe kojima se regulišu krivica saučesnika. Osnovno je pravilo da su oni krivi u granicama svog umišljaja ili nehata.⁶⁷ Prilikom razmatranja sporazuma sud mora provjeriti da li postoje okolnosti koje isključuju krivicu. I one dovode do presude kojom se optuženi oslobađa od optužbe.⁶⁸ Ukoliko sud nađe da postoji neka od njih odbacuje sporazum. U situaciji kada nema glavnog pretresa na kome se izvode dokazi mogućnost suda da utvrdi njihovo postojanje je znatno smanjena, ali nije isključena. Može se postaviti pitanje da li je za odbacivanje sporazuma potrebno da sud sa potpunom izvjesnošću utvrdi njihovo postojanje, što na ročištu na kome se ne izvode dokazi nije ni malo jednostavno, ili je dovoljno da samo nađe da je njihovo postojanje moguće? Drugo rješenje je prihvatljivije. Čim se prilikom razmatranja sporazuma pojavi dilema da li postoji ili ne postoji neka okolnost koja isključuje krivicu, a nju nije moguće razriješiti, sud odbacuje sporazum. Ona se kasnije razriješava na glavnom pretresu. Ovakvo rješenje je u skladu sa odredbama po kojima je osuđeni lice za koje je pravosnažnom odlukom „utvrđeno“ (sa izvjesnošću) da je kriv za određeno krivično djelo, da pravila utvrđena tim zakonima trebaju obezbijediti da niko nevin ne bude osuđen, da sud donosi presudu kojom se optuženi oslobađa od optužbe ako „nije dokazano“ da je optuženi učinio djelo za koje je optužen, a naročito da sumnju u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježje krivičnog djela ili od kojih zavisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva, sud rješava odlukom na način koji je povoljniji za optuženog - *in dubio pro reo*.

⁶⁶ U krivičnoprocesnim zakonodavstvima u BiH sud može sporazum samo „prihvatiti“ ili „odbaciti“.

⁶⁷ Čl. 26. st. 1. KZ-a RS i odgovarajuće odredbe KZ-a BiH, KZ-a F BiH i KZ-a B D BiH.

⁶⁸ Čl. 298. st. 1. tač. b. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

Da li prilikom provjeravanja da li postoji dovoljno dokaza o krivici optuženog sud treba da provjerava i da li su dokazi pribavljeni na zakonit način, odnosno da li se na njima može zasnovati sudska odluka? Ovo pitanje se javilo kod potvrđivanja optužnice, ali se na isti način postavlja i prilikom razmatranja sporazuma. Pojedini autori ističu da o ovome ne postoji jedinstven stav.⁶⁹ Krivičnoprocesni zakoni u BiH određuju koji su to dokazi nezakoniti.⁷⁰ Nezakoniti dokazi su priznanje, iskazi ili izjave osumnjičenog, optuženog ili bilo kog drugog lica koje učestvuje u postupku koji su iznuđeni. To su i dokazi koji su pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je ratifikovala BiH npr. dokazi koji su pribavljeni povredom prava na odbranu (čl. 14. MPGPP i čl. 6.st. 3. EKLJP), kao i dokazi koji su pribavljeni povredama Zakona o krivičnom postupku npr. pretres prostorija izvršen bez naredbe suda ili bez prisustva dva svjedoka, posebne istražne radnje preduzete bez naredbe suda. Nezakoniti su i oni dokazi koji su posredno dobijeni na osnovu nezakonitih dokaza. To su tzv. sekundarni ili izvedeni dokazi koji su pribavljeni na način koji je sam za sebe zakonit, ali se za njih saznalo iz nekog izvornog dokaza pribavljenog na nezakonit način ("plod otrovne voćke"). Međutim, ako se za izvedeni dokaz saznalo na temelju više izvornih dokaza, od kojih su neki zakoniti, a neki nezakoniti, on neće samo zbog toga biti nezakonit.⁷¹ Postoji apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama Zakona o krivičnom postupku "ne može zasnivati odluka".

Po jednom shvatanju, koje dominira, sud po službenoj dužnosti vodi računa da pribavljeni dokazi nisu pravno nevaljali, odnosno da nisu pribavljeni na nezakonit način.⁷² Ranije su postojali i prijedlozi za izmjenu zakonskih odredaba kako bi se to obezbijedilo.⁷³ Kao argument za njega se ističe da je odredba po kojoj sud ne može zasnivati svoju odluku na dokazima pribavljenim na nezakonit način obavezujuća. Njegove pristalice smatraju da se mora poštovati i "slovo i duh" ove odredbe.⁷⁴ Ova obaveza suda proizlazi i iz odredbe po kojoj je učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka ako se presuda zasniva na dokazu na kome se po odredbama ovog zakona „ne može zasnivati presuda“.⁷⁵ Smatramo da je ovo shvatanje ispravno.

Po drugom shvatanju, koje je napušteno, sud po službenoj dužnosti ne treba da vodi računa o zakonitosti pribavljenih dokaza.⁷⁶ Ranije se u prilog shvatanja po kome sud može cijeliti zakonitost dokaza samo na inicijativu stranaka isticala odredba po kojoj se presuda ispitivala isključivo u onom dijelu u kojem se pobija žalbom, a koja je značila da sud od-

⁶⁹ A. Miletić (2007), *ibid*, 64.

⁷⁰ Čl. 10. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁷¹ H. Sijerčić-Čolić *et al.*, *ibid*, 69.

⁷² Ovo shvatanje zastupaju M. Simović, *ibid*, 414, M. Zadrčić (2006), „Odlučivanje o optužnici“, *Pravna riječ* br. 7/2006, 557, B. Perić, *ibid*, 4, OSCE (2006), *ibid*, 23.

⁷³ OSCE (2006), *ibid*, 23.

⁷⁴ A. Miletić (2007), *ibid*, 64, M. Zadrčić (2006), *ibid*, 557.

⁷⁵ Čl. 311. st. 1. tač. z. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁷⁶ OSCE (2005), „Prikaz predloženih izmjena i dopuna zakona o krivičnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini“, *Pravo i pravda* br. 1/2005, 91. navodi da je ovo shvatanje zauzeto na sastanku jednog LIG-a, iako to nije bio stav svih učesnika.

lučujući o žalbi protiv presude nije pazio po službenoj dužnosti da li su dokazi pribavljeni na zakonit način. To je cijenjeno jedino ako je bilo istaknuto u žalbi. Danas ovaj razlog više ne postoji jer po važećem rješenju drugostepeni sud ispituje po službenoj dužnosti da li je na štetu optuženog povrijeđen zakon.⁷⁷ Sada je, bez ikakve sumnje, prilikom razmatranja sporazuma sud obavezan da provjeri i da li su dostavljeni dokazi zakonito pribavljeni.

ODNOS STANDARDA „DOVOLJNO DOKAZA O KRIVICI“ I „DOVOLJNO DOKAZA KOJI PRUŽAJU OSNOV ZA TVRDNJU DA JE OSUMNJIČENI UČINIO KRIVIČNO DJELO“

Kod izdavanja kaznenog naloga je izričito propisano da je jedan od uslova za prihvatanje zahtjeva od strane suda da je javni tužilac prikupio “dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo”.⁷⁸ Zakonodavci u BiH nisu odredili ni značenje ovog standarda, pa se postavlja pitanje šta on tačno znači, odnosno koliko i kakvih dokaza treba javni tužilac da pribavi da bi stavio zahtjev za izdavanje kaznenog naloga? Ni ovaj standard se još uvijek nije iskristalisao ni u teoriji, ni u praksi. O njemu postoje vrlo različiti i oprečni stavovi koji proizlaze iz stava svakog sudije o njegovoj ulozi u odlučivanju o zahtjevu za izdavanje kaznenog naloga. Za sudije za koje je osnov za izdavanje kaznenog naloga saglasnost stranaka sud ne treba da se bitno miješa i ovaj uslov postoji čim je optužnica potvrđena. Za druge ovaj standard predstavlja veći stepen uvjerenja od onoga koji se traži za potvrđivanje optužnice.

U teoriji nailazimo na dva različita shvatanja. Po jednom, ovaj uslov je identičan uslovu koji je potreban za potvrđivanje optužnice. Standard “dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo” se izjednačava sa standardom “osnovana sumnja”.⁷⁹ Pojedini autori osnov za ovo shvatanje nalaze u činjenici da javni tužilac zahtjev za izdavanje kaznenog naloga stavlja u optužnici.⁸⁰ Ističe se i da ovaj standard sudska praksa izjednačava sa standardom koji je potreban za potvrđivanje optužnice.⁸¹

Po drugom shvatanju, za koje smatramo da je ispravno, ovaj standard kao uslov za stavljanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga nije izjednačen sa standardom “osnovana sumnja” kao uslovom za potvrđivanje optužnice i predstavlja veći stepen uvjerenja da je učinjeno krivično djelo.⁸² Po njemu za stavljanje ovog zahtjeva nije dovoljno da je stanje

⁷⁷ Čl. 320. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁷⁸ Čl. 358. st. 1. ZKP-a RS i odgovarajuće odredbe ZKP-a BiH, ZKP-a F BiH i ZKP-a B D BiH.

⁷⁹ Ovo shvatanje zastupaju M.Bajić (2006), *Modul 4 - Skraćeni krivični postupci*. Visoki sudski i tužilački savjet BiH. Sarajevo, 53, M.Govedarica (2008), „Donošenje presude bez suđenja u krivičnom postupku Republike Srpske”, *Pravna riječ* br. 15/2008, 195, M.Zadrić (2006), *ibid*, 487, A.Kunić, (2008), *Postupak stavljanja pod optužbu u krivičnom postupku BiH*. Specijalistički rad. Panevropski univerzitet „Apeiron“. Banjaluka, M.Ajanović (2008), *Aspekti položaja optuženog i njegovog branioca i novi procesni instituti u reformisanom krivično-pravnom zakonodavstvu*. Specijalistički rad. Panevropski univerzitet „Apeiron“. Banjaluka 109.

⁸⁰ H.Sijerčić-Čolić *et al*, *ibid*, 832, M.Govedarica, *ibid*, 195.

⁸¹ M.Zadrić (2006), *ibid*, 487.

⁸² N.Vranješ (2009), *Postupak za izdavanje kaznenog naloga*. Centar za edukaciju sudija i tužilac. Banjaluka, 3. koji ističe da ovaj uslov „ne postoji u redovnom postupku; A.Miletić (2007), *ibid*, 69. izjednačava ovaj standard sa standardima koji su potrebni za prihvatanje izjave o priznanju krivice date sudiji za prethodno saslušanje i sporazuma. Iz rada autorice (2005), *ibid*, 248.

stvari razjašnjeno do stepena koji omogućava potvrđivanje optužnice, već je potrebno da postoje takvi dokazi na osnovu kojih je utvrđeno činjenično stanje i po pravnim i po činjeničnim pitanjima koje daje osnov za tvrdnju, tj. “za ocjenu i zaključak da je počinitelj počinio to krivično djelo, odnosno koje faktički prezentuje izvjesnost da je to lice izvršilac krivičnog djela u mjeri u kojoj je to neophodno za meritornu sudsku odluku”.⁸³

Drugo shvatanje dominira u stranoj stručnoj literaturi u kojoj se smatra da postupak za izdavanje kaznenog naloga ne smije da dira u načelo materijalne istine i da pred sud stavlja iste standarde u pogledu punog stepena dokazivanja kao i redovni krivični postupak.⁸⁴ Dokazi koje je dostavio javni tužilac uz optužnicu u kojoj je stavio zahtjev za izdavanje kaznenog naloga moraju biti takvi da upućuju na nedvojben zaključak da je optuženi izvršio krivično djelo koje mu je stavljeno na teret.⁸⁵ Pravilno shvaćen postupak za izdavanje kaznenog naloga mora počivati na punom ubjeđenju – izvjesnosti suda o tome da je okrivljeni učinio krivično djelo i da je kriv. To se traži i kod svake druge osuđujuće presude u krivičnom postupku.⁸⁶

Jedan od značajnih pokazatelja kako se u našoj praksi shvata standard „dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo“ kao uslov za prihvatanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga je način završetka predmeta u kojima on nije prihvaćen. Ako se on shvata tako da predstavlja veći stepen uvjerenja da je učinjeno krivično djelo od osnovane sumnje kao uslova za podizanje i potvrđivanje optužnice onda u takvim slučajevima procenat neosuđujućih presuda treba da bude veoma mali, svakako manji nego u ukupnom broju predmeta u kojima optuženi negiraju krivicu.

Istraživanje je pomalo neočekivano pokazalo da je taj procenat izuzetno visok i da iznosi oko 20%.⁸⁷ U ovom periodu u Okružnom javnom tužilaštvu u Banjaluci u oko 10% predmeta optuženima nije izrečena osuđujuća presuda.⁸⁸ Ako se pođe od toga da su optuženi negirali krivicu otprilike u polovini predmeta, a da je u polovini predmeta presuda donesena na osnovu sporazuma o priznanju krivice, priznanja krivice pred sudijom za prethodno saslušanje ili po zahtjevu za izdavanje kaznenog naloga opet dolazimo do podatka da se u otprilike 20% predmeta u kojima optuženi negiraju krivicu ne donese

proizlazi da zastupa tezu da je „dovoljno dokaza o krivici“ kod sporazuma veći stepen uvjerenja od onoga koji se traži za osnovanu sumnju.

⁸³ N.Vranješ, *ibid*, 3.

⁸⁴ Ovo shvatanje zastupa npr. S.Bejatović, *ibid*, 36.

⁸⁵ Detaljnije R.Janković (2016), *Postupak za izdavanje kaznenog naloga u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine*. Doktorska disertacija. Pravni fakultet. Banjaluka, 124-125.

⁸⁶ D.Radulović (2010), „U susret početku primjene novog Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore”, *Pravna riječ* br.23/2010, 419, J.Grajewski (1986), “Das polnische Strafbefehlsverfahren”, *NJ 10/1986*, 413, S.Durczak-Żochowska (2011), „Glosa do wyroku SN z dnia 20. VIII 2009. g”, *Prokuratura i Prawo 4/2011*, 169, J.Peters (2011), *Urteilsabsprachen im Strafprozess, die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*. Univerzitet u Göttingenu, 143.

⁸⁷ Autor je obavio istraživanje zahtjeva za izdavanje kaznenog naloga stavljenih u optužnicama Okružnog javnog tužilaštva u Banjaluci, osim onih koje su podigli javni tužioci u Kancelarijama u Prijedoru i Mrkonjić Gradu, u periodu od 2011. do 2015. godine.

⁸⁸ Izvještaji o radu Okružnog javnog tužilaštva u Banjaluci za period od 2011. do 2015. godine.

osuđujuća presuda. To znači da se u svakom petom predmetu u kome se ne prihvati zahtjev za izdavanje kaznenog naloga krivični postupak ne završi osuđujućom presudom. Isti taj omjer nalazimo i kod svih predmeta u kojima optuženi negiraju krivicu. Ovakvi podaci izazivaju zabrinutost i zahtijevaju ozbiljnu analizu. U najvećem broju takvih slučajeva krivični postupak je završen presudom kojom se optuženi oslobađa od optužbe. Kada je krivični postupak završen presudom kojom se optužba odbija to je najčešće učinjeno zbog razloga koji se mogu staviti na teret javnom tužiocu. To se u dobroj mjeri odnosi i na slučajeve u kojima je krivični postupak obustavljen rješenjem. U $\frac{3}{4}$ takvih predmeta je krivični postupak obustavljen zbog toga što je javni tužilac odustao od krivičnog gonjenja kako bi izbjegao oslobađajuću presudu, a samo u $\frac{1}{4}$ zbog smrti optuženog.

Iz ovakvih podataka je moguće izvući samo jedan zaključak, a to je da se u našoj praksi ovaj standard poistovjećuje sa standardom „osnovana sumnja“ kao uslovom za podizanje i potvrđivanje optužnice. Ovaj zaključak potvrđuje i činjenica da istraživanjem nije pronađen ni jedan primjer u kome je sudija potvrdio optužnicu, a da nije prihvatio zahtjev za izdavanje kaznenog naloga zbog toga što ne postoji dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo. Da se ovi standardi razlikuju onda bi takvi primjeri morali postojati. Ovakva praksa je pogrešna i zahtjeva preduzimanje određenih mjera kako bi se „iz korijena“ promijenila.

Na kraju se mora postaviti i pitanje da li je termin „dovoljno dokaza o krivici“, kao uslov za prihvatanje sporazuma i izjave optuženog o priznanju krivice sadržajno identičan sa terminom „dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo“, kao uslovu za izdavanje kaznenog naloga ili se oni sadržajno razlikuju? Ni o ovom pitanju se nije raspravljalo u našoj stručnoj literaturi. Potvrđan odgovor na ovo pitanje se prosto nameće. U pitanju su sadržajno isti termini. Naime, oba standarda su uslov za donošenje presude kojom se optuženi oglašava krivim. Ne postoji opravdan razlog da se različito reguliše ovaj uslov kod sporazuma i kaznenog naloga. Najbolje bi bilo da se kod oba instituta upotrijebi isti standard. Uslov upotrijebljen kod kaznenog naloga je precizniji i bolje pogađa suštinu stvari jer dokazi u oba slučaja treba da dovedu do nespornog zaključka da je optuženi učinio krivično djelo za koje se tereti.

ZAKLJUČAK

U svim krivičnoprocesnim sistemima sporazum podliježe sudskoj kontroli. Da bi bio prihvaćen mora ispunjavati određene uslove. Pitanje tih uslova je jedno od najznačajnijih pitanja kod ovog instituta. Među njima posebno mjesto zauzima onaj koji zahtijeva da dokazi dostavljeni uz sporazum moraju zadovoljiti određene standarde u pogledu kvaliteta i kvantiteta. U BiH je ovaj uslov određen kao postojanje „dovoljno dokaza o krivici“. Jedno od niza spornih pitanja u vezi sa sporazumom u našoj teoriji i praksi je i ono kakvi su dokazi potrebni da bi sud prihvatio sporazum, odnosno kada se može smatrati da postoji „dovoljno dokaza o krivici“? Ovaj standard je sam po sebi nedovoljno jasan, a problem usložnjava činjenica da ni zakonodavci nisu odredili njegovo tačno značenje. O ovom pitanju su se iskristalisala dva shvatanja. Po prvom, „dovoljno dokaza o krivici“ predstavlja veći stepen vjerovatnoće od „osnovane sumnje“, a po drugom su to standardi sa identičnom sadržinom. Autori u BiH u svojim radovima zauzimaju jedno ili drugo shvatanje, ali se ovim pitanjem ne bave detaljno, niti posebno obrazlažu zbog čega smatraju

da je shvatanje koje zauzimaju ispravno. Smatramo da je neprihvatljivo stanovište koje izjednačava ove standarde. Na osnovu prihvaćenog sporazuma se donosi presuda kojom se optuženi oglašava krivim koja je u svemu izjednačena sa osuđujućom presudom koja se donosi nakon završenog glavnog preetresa. Osuđujuća presuda se ne može zasnivati na “sumnji”, makar ona bila i “osnovana”. Standardi “dovoljno dokaza koji pružaju osnov za tvrdnju da je osumnjičeni učinio krivično djelo”, kao uslov za izdavanje kaznenog naloga i “dovoljno dokaza o krivici”, kao uslov za prihvatanje sporazuma su sadržajno identični. Ne postoji opravdan razlog da se različito reguliše ovaj uslov kod sporazuma i kaznenog naloga. Bolje rješenje bi bilo da se kod oba instituta upotrijebi isti standard. Uslov predviđen kod kaznenog naloga je precizniji i bolje pogađa suštinu stvari, pošto dokazi kod oba instituta treba da dovedu do nespornog zaključka da je optuženi učinio krivično djelo koje mu je stavljeno na teret.

LITERATURA

- Aćimović, M. (1987). *Psihologija zločina i suđenja*. Beograd. Savremena administracija,
- Ajanović, M. (2008). *Aspekti položaja optuženog i njegovog branioca i novi procesni instituti u reformisanom krivično-pravnom zakonodavstvu*, specijalistički rad. Banjaluka. Panevropski univerzitet “Apeiron”,
- Bajić, M. (2006). *Modul 4 - Skraćeni krivični postupci*. Sarajevo. Visoki sudski i tužilački savjet Bosne i Hercegovine,
- Bajić, M. (2011). Sporazum o priznanju krivice u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. U zborniku “*Aktuelna pitanja u primjeni krivičnog zakonodavstva*”. Banjaluka. Pravni fakultet,
- Bejatović, S. (2011). Radna verzija Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije i tendencije u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava. U zborniku “*Aktuelna pitanja u primjeni krivičnog zakonodavstva*”. Banjaluka. Pravni fakultet,
- Blagojević, M. (2005). *Ogledi iz krivičnoprocesnog prava*. Doboj,
- Brkić, S. (2004). *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*. Novi Sad. Pravni fakultet,
- Čejović, B. (2002). *Krivično pravo*, opšti deo. Beograd. Službeni list SR Jugoslavije,
- Code de Procedure penale (Zakonik o krivičnom postupku Francuske),
- Codice di procedura penale (Zakonik o krivičnom postupku Italije, prevedeni tekst vidjeti Pavišić, B.) – *Službeni list Italije* br. 250/88,
- Damaška, M. (1997). O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 2/1997
- Damaška, M. (2004). Napomene o sporazumima u kaznenom postupku. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 1/2004,
- Durczak-Żochowska, S. (2011). Glosa do wyroku SN z dnia 20. VIII 2009. g. *Prokuratura i Prawo* 4/2011,
- Đurđić, V. (2007). Racionalizacija krivičnog postupka Srbije. *Pravna riječ* br. 12/2007,
- Džouns, R. V. D. Dž. i Pauls, S. (2005). *Međunarodna krivična praksa*. Beograd. Fond za humanitarno pravo,
- Eser, A. (1992). Funktionswandel strafrechtlicher Prozesmaximen: Auf dem Weg zur “Reprivatsierung” des Strafverfahrens?, prevod Novoselac, P. u Zborniku *PFZ 42 (1992), S (167) – 191*, Fond za humanitarno pravo. (2003). Haški tribunal VI - Priznanja krivice i presude. Beograd,
- Gless, S. (2010). *Der Strafbefehl – in der Schweizerischen Strafprozessordnung*. Bern, Stämpfli Verlag AG,
- Gorkič, P., Šugman Stubbs, K., Keršmanc, C. i Završnik, A. (2014). *Mnenje k predlogu ZKP-M*. Lju-

- bljana, Institut za kriminologiju,
- Górski, A. и Ejchart, M. (2012). Wrongful Convictions in Poland. *University of Cincinnati Law Review*, Volume 80, No. 4,
- Govedarica, M. (2008). Donošenje presude bez suđenja u krivičnom postupku Republike Srpske. *Pravna riječ* br. 15/2008,
- Grajewski, J. (1986). Das polnische Strafbefehlsverfahren. *NJ 10/1986*,
- Janković, R. (2016). *Postupak za izdavanje kaznenog naloga u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine*, doktorska disertacija. Pravni fakultet u Banjaluci,
- Jekić, Z. (1989). *Dokazi i istina u krivičnom postupku*. Beograd. Pravni fakultet,
- Kaurinović, D. (2003). Potvrđivanje optužnice i presude bez suđenja. U zborniku "Reforma krivičnog zakonodavstva u Republici Srpskoj". Banjaluka,
- Kaurinović, D. (2004). Praktična iskustva u primjeni novih krivičnoprocesnih ustanova – priznanje krivice, sporazum o priznanju i kazneni nalog. U zborniku „Aktuelna pitanja primjene krivičnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini“. Neum,
- Kos, D. (2003). Presuda u kaznenom postupku kao rezultat suglasne volje stranaka. U zborniku "Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva". Zagreb. Inžinjerski biro,
- Krivični zakon Bosne i Hercegovine - *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 8/10, 47/14, 22715 i 40/15,
- Krivični zakon Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine - *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* broj 33/13,
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine - *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine* broj 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14 i 76/14,
- Krivični zakon Republike Srpske - *Službeni glasnik Republike Srpske* broj 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12 i 67/13,
- Kunić, A. (2008). *Postupak stavljanja pod optužbu u krivičnom postupku BiH*, specijalistički rad. Banjaluka. Panevropski univerzitet "Apeiron",
- Mihajlovski, A. (1984). *O pojmu krivičnog dela*. Beograd. Savremena administracija,
- Miletić, A. (2005). Institut pregovaranja o krivnji u praksi. *Pravo i pravda* br. 1/2007,
- Miletić, A. (2007). *Modul IV - Osnovna načela glavnog pretresa i metodologija izrade prvostepene presude u krivičnom postupku*. Sarajevo. Visoki sudski i tužilački savjet Bosne i Hercegovine,
- Nikolić, D. (2006). *Sporazum o priznanju krivice*. Niš. Studentski kulturni centar,
- Okružno javno tužilaštvo u Banjaluci, Izvještaji o radu za 2011, 2012, 2013, 2014. i 2015. godinu,
- OSCE. (2005). Prikaz predloženih izmjena i dopuna zakona o krivičnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. *Pravo i pravda* br. 1/2005,
- OSCE. (2006). *Sporazum o priznanju krivice: Primjena pred sudovima BiH i usklađenost sa međunarodnim standardima za zaštitu ljudskih prava*, drugo izdanje. Sarajevo.
- Pavišić, B. (2002). *Talijanski kazneni postupak*. Rijeka. Pravni fakultet,
- Perić, B. (2004). Sporazum o krivnji – zakonska obilježja i pravne nedoumice. U zborniku „Prinjena zakona o krivičnom postupku“. Banja Vrućica,
- Peters, J. (2011). *Urteilsabsprachen im Strafprozess, die deutsche Regelung im Vergleich mit Entwicklungen in England & Wales, Frankreich und Polen*. Univerzitet u Getingenu
- Radulović, D. (2010). U susret početku primjene novog Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore. *Pravna riječ* br. 23/2010,
- Sijerčić-Čolić, H. (2003). Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, s posebnim osvrtom na novo krivičnoprocesno pravo. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* br. 1/2003,
- Sijerčić-Čolić, H., Hadžimeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D. i Simović, M. (2005). *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo. Savjet Evrope/Evropska komisija,

- Simović, M. (2005). *Praktični komentar Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske*. Banjaluka,
- Simović, M. i Simović, V. (2010). Pogađanje tužioca i branioca o optužbi i priznanje krivice u pravu Sjedinjenih Američkih država. *Pravo i pravda* br. 1/2010,
- Škulić, M. (2009). Sporazum o priznanju krivice. *Pravni život* br. 10/2009,
- Škulić, M. (2011). Reforma krivičnog postupka Srbije. U zborniku "Aktuelna pitanja u primjeni Krivičnog zakonodavstva". Banjaluka. Pravni fakultet.I
- Soković, S. (1997). *Dokazivanje indicijama*. Kragujevac. Jefimija,
- Srzentić, N., Stajić, A. i Lazarević, Lj. (1986). *Krivično pravo SFRJ – opšti deo*, trinaesto izdanje. Beograd. Savaremena administracija,
- Statut stalnog Međunarodnog krivičnog suda (prevedeni tekst vidjeti Džouns, R. V. D. Dž. i Pauls, S.), UNICRI. (2009). *Priručnik o razvijenim sudskim praksama MKSJ*. Sarajevo,
- Vranješ, N. (2009). *Postupak za izdavanje kaznenog naloga*. Banjaluka. Centar za edukaciju sudija i tužilaca Republike Srpske,
- Zadrić, M. (2006). Odlučivanje o optužnici. *Pravna riječ* br. 7/2006,
- Zadrić, M. (2007). Kazneni nalog – mogući pravci izmjena ZKP-a. *Pravna riječ* br. 12/2007,
- Zakon o federalnom tužilaštvu Federacije Bosne i Hercegovine – *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine* broj 19/03,
- Zakon o javnim tužilaštvima Republike Srpske – *Službeni glasnik Republike Srpske* broj 69/16,
- Zakon o kaznenom postupku Hrvatske – *Narodne novine Republike Hrvatske* br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13 i 152/14,
- Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine – *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* br. 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 12/09, 16/09, 93/09 i 72/13,
- Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* br. 33/13 i 27/14,
- Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine – *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine* br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14,
- Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske – *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 53/12,
- Zakon o tužilaštvu Bosne i Hercegovine – *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine* broj 49/09,
- Zakon o tužilaštvu Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – *Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine* broj 19/07.
- Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore – *Službeni list Crne Gore* br. 57/09, 49/10, 47/14 i 27/15,
- Zakonik o krivičnom postupku Srbije – *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14,

Radenko Janković, MA

District Attorney at the District Attorneys Office Banjaluka; radenko.jankovic@pravosudje.ba

Existence of the Sufficient Evidence of the Guilt as a Condition for Accepting a Plea Bargain

Abstract: There is no one criminal procedure legislation which accepts the plea bargain in which it is not under the control of the court. In order to be accepted by a court, it has to meet certain conditions. Those conditions are always more or less expressly provided. The law on criminal procedure effective in Bosnia and Herzegovina specifically provide conditions which a plea bargain has to meet in order to be accepted by a court. Those conditions are always more or less expressly provided. The issue of the conditions which a plea bargain has to meet in order to be accepted by a court. The issue of the conditions which a plea bargain has to meet in order to be accepted is one of its most important questions. A special place among them belongs to the condition which is generally accepted and under which required that the evidence submitted with a plea bargain has to meet certain standards regarding the quality and quantity. There is no criminal procedure legislation which is the admission of the guilt by the defendant in a plea bargain is enough without any other evidence. In the criminal procedure legislation of Bosnia and Herzegovina this condition is established as the existence of the sufficient evidence of the guilty of the defendant. The question when this condition is met is tried to be answered in this paper.

Key words: plea bargain, conditions for accepting a plea bargain, sufficient evidence of the guilt, sufficient evidence which gives base for the allegation that the defendant committed a crime.

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
29. maj 2017.

Datum prihvatanja rada:
22. jun 2017.

Doc. dr

Miodrag Bukarica

Docent Fakulteta pravnih nauka Panevropski univerzitet Apeiron Banja Luka i tužilac Okružnog tužilaštva Banja Luka, miodrag.bukarica@pravosudje.ba

Modeli odgovornosti pravnog lica za krivično djelo

Rezime: Neposredni izvršilac svakog krivičnog djela može biti samo fizičko lice. Pošto pravno lice nema fizički oblik, odgovornost pravnog lica za krivično djelo uspostavlja se na posredan način, kroz djelovanje¹ jednog lica ili grupe fizičkih lica koja se zbog pozicije koju zauzimaju u pravnom licu (kao organi pravnog lica) ili članstva u pravnom licu („obični“ radnici) ili druge vrste veze sa pravnim licem (povezana lica²), određenog interesa, uticaja na donošenje odluka ili zbog drugih razloga, mogu dovesti u neposrednu vezu sa pravnim licem, tako da se efekti njihovog djelovanja mogu pripisati pravnom licu. Zbog toga, utvrđivanje kauzalne veze jeste ključno pitanje u postupku utvrđivanja odgovornosti pravnog lica za krivično djelo. Autor u radu izlaže osnovne karakteristike nekoliko modela odgovornosti pravnog lica koji su najčešće zastupljeni u uporednom zakonodavstvu, ukazuje na dobre i loše strane modela odgovornosti iz zakonodavstva u Bosni i Hercegovini (de lege lata), te daje predloge za izmjene zakonodavne regulative (de lege lata).

Ključne riječi: osnovi odgovornosti, odgovorno lice, kauzalitet.

UVODNI DIO

Pravno lice nema svoj fizički oblik, ali ima pravnu sposobnost,³ te poslovnu sposobnost⁴ koju ostvaruje posredstvom svojih organa, zastupnika (predstnika), članova ili povezanih lica. Pravno lice može preduzimati radnje koje proizvode valjana pravna dejstva, a prilikom preduzimanja određenih

¹ Pod ovim pojmom podrazumijeva se činjenje, ali i nečinjenje (propuštanje), npr. propuštanje dužnog nadzora nad zakonitošću rada radnika.

² To su lica koja nisu članovi pravnog lica, ali je njihovo djelovanje očigledno u uskoj vezi sa interesima pravnog lica, npr. punomoćnici za preduzimanje određenih radnji koje proizvode pravna dejstva u odnosu na pravno lice.

³ Pravna sposobnost je sposobnost biti strankom u postupku.

⁴ Poslovna sposobnost se razlikuje od pravne sposobnosti. Kod pravne sposobnosti je nebitan psihičko voljni element. Poslovna sposobnost predstavlja nadgradnju nad pravnim subjektivitetom, ona predstavlja sposobnost fizičkih lica da svjesnim radnjama izazivaju pravne posljedice. Volja pravnog lica manifestuje se putim fizičkih lica koja ga predstavljaju.

radnji može činiti krivična djela. Zbog navedenog, uspostavljanje odgovornosti pravnog lica za krivično djelo moguće je jedino ukoliko se, na određen način (posredstvom fizičkih lica ili nezavisno od njih), uspostavi kauzalna veza između izvršenog krivičnog djela i obavljanja djelatnosti pravnog lica. Način uspostavljanja kauzalne veze između učinjenog krivičnog djela i pravnog lica nazivamo model odgovornosti pravnih lica.

U uporednom zakonodavstvu i sudskoj praksi primjenjuje se više modela odgovornosti pravnih lica. Modeli se međusobno razlikuju po načinu istorijskog nastanka i osobinama, pa se zato razlikuju i stavovi sudske prakse o razlozima za uspostavljanje odgovornosti pravnog lica. Stoga ćemo u prvom dijelu izložiti osobine osnovnih modela i istorijske okolnosti njihovog nastanka, u drugom ćemo se osvrnuti na primjenu konkretnih modela u uporednom zakonodavstvu i praksi, uključujući Bosnu i Hercegovinu, a na kraju ćemo iznijeti prijedloge za poboljšanje naše zakonodavne regulative u ovom segmentu.

OSOBINE NEKOLIKO MODELA ODGOVORNOSTI PRAVNOG LICA I NJIHOV ISTORIJSKI NASTANAK

Osnovni kriterijum za prepoznavanje *akcesornog* modela odgovornosti može se izraziti kroz pitanje: Da li je odgovornost pravnog lica uslovljena djelovanjem fizičkog lica ili organa pravnog lica, ili može postojati i nezavisno od toga? Kod akcesornog (posrednog, izvedenog) modela, odgovornost pravnog lica postavljena je akcesorno u odnosu na učinioca krivičnog djela, fizičko lice. Doprinos pravnog lica izvršenju krivičnog djela izvodi se iz djelovanja njegovih rukovodećih ili nadzornih organa. U svakom slučaju, djelovanje neposrednog učinioca mora biti takve prirode da se može dovesti u kauzalnu vezu sa pravnim licem. Model je prihvaćen u zakonodavstvima velikog broja evropskih zemalja i u našem zakonodavstvu, te će stoga biti predmet detaljnije analize u nastavku izlaganja.

Identifikacijski ili alter ego model odgovornosti pravnog lica za krivična djela samo je jedna od varijanti akcesornog modela,⁵ a prema ovom modelu ona proizilazi iz djelovanja jednog ili više lica na visokim pozicijama u pravnom licu koja imaju moć da odlučuju o radu pravnog lica, tako da se njihovo djelovanje može poistovjetiti sa djelovanjem pravnog lica. Nastao je u Engleskoj, a vezuje se za odluku Doma lordova iz 1915. godine u predmetu *Lennard's Carrying Company v. Asiatic Petroleum Company*,⁶ koja je poslužila kao precedent za uvođenje instituta odgovornosti pravnih lica za krivično djelo uopšte. U obrazloženju stoji: „Korporacija je apstrakcija. Ona nema svijest o sebi baš kao što ni tijelo nije svjesno sebe. Njena upravljačka volja mora se tražiti u nekome ko bi se mogao nazvati agensom, ali ko je zaista lice koje upravlja i izražava volju korporacije... Prema tome, ako je gospodin L osoba koja je upravljala korporacijom, onda njegovo djelovanje mora predstavljati aktivnost koja se poistovjećuje sa aktivnošću korporacije”. Dakle, samo *mens rea* (zločinačka volja ili krivica) i *actus reus* (radnja izvršenja) visoko pozicioniranih službenika automatski se pripisuju pravnom licu. Zato se u postupku dokazuje postojanje krivice i radnje izvršenja krivičnog djela visoko pozicioniranih službenika, dok se kauzalna

⁵ M. Deisinger i M. Vrhovšek (2009): *Krivična odgovornost pravnih lica*. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 148.

⁶ House of Lords, *Lennard's Carrying Company, Limited, appellants; and Asiatic Petroleum Company, Limited*, [1915]A.C.705, 1915 march 8, <http://www.uniset.ca/other/cs2/1915AC705.html>, 12.5.2012.

veza između njihovog djelovanja i odgovornosti pravnog lica ne mora dokazivati.⁷ Od posljednjih desetljeća prošlog vijeka do danas nastali su i mnogi drugi precedenti, kao npr. Tesco Supermarkets Ltd.v. Natrass,⁸ gdje je sud korporaciju uporedio sa ljudskim tijelom, pri čemu visokorangirani službenici predstavljaju nervni sistem koji kontroliše ono što korporacija radi. Model alter ego ili identifikacijske odgovornosti danas je nazastupljeniji u Ujedinjenom Kraljevstvu i Kanadi.

Suprotno prethodnom, kod modela autonomne (neposredne, originerne) odgovornosti, pravno lice odgovara isključivo za vlastito djelovanje, tako da za postojanje odgovornosti pravnog lica nije potrebno prethodno utvrđivati odgovornost ili krivicu pojedinih fizičkih lica.⁹ Ima dva osnovna oblika. Prvi je odgovornost zbog nedostataka u organizaciji i naziva se modelom **organizacione odgovornosti**. U jurisdikcijama nekih zemalja, naročito onih koje pripadaju common law sistemu prava, ovaj model smatra se posebnim modelom krivične odgovornosti pravnog lica.¹⁰ Nastajao je u posljednje dvije decenije, kao rezultat povećanog interesovanja teorije i prakse za način na koji korporativna politika i djelovanje korporacija mogu dovesti do krivične odgovornosti pravnih lica. Ključni problem prilikom osmišljavanja modela odgovornosti predstavljalo je dovođenje u vezu krivičnih zakona koji su primarno propisani za fizička lica i odražavaju psihologiju ljudskih bića s jedne strane, i korporativne strukture, hijerarhije, politike, i ostalih osobina pravnog lica, s druge strane.¹¹ U nastojanju da se ovaj problem riješi na odgovarajući način, izgrađen je stav da odgovornost korporacije postoji ukoliko su praksa i „kultura” korporacije („corporate culture”), odnosno relevantnih individua u njenoj upravnoj strukturi, podsticale ili nisu zabranjivale protivpravna djelovanja. Stoga pravno lice mora da procijeni da li je zakonit način na koji obavlja svoje poslove, pa ukoliko odobrava ili dozvoljava izvršenje, time stimulise negativnu unutrašnju praksu koja dovodi do krivične odgovornosti.¹² Drugi

⁷ A. I. Pop (2006), *Criminal liability of corporations—comparative jurisprudence*, State University College of Law, Michigan, 16, <http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1115&context=king>, 12.2.2009.

⁸ Tesco Supermarkets v. Natrass [1972] AC 153, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/1.html>, 20.5.2012. U ovom predmetu, Tesco je na jednom od prodajnih mjesta istakao plakat kojim oglašava prodaju praška za pranje po sniženim cijenama. Kada je ponestalo praška koji je bio pakovan u posebno označene vrećice, a menadžer u prodavnici nije sklonio plakat koji je pozivao na kupovinu praška po sniženoj cijeni, pokrenut je postupak protiv pravnog lica zbog lažnog oglašavanja. Tesko je prigovarao kako je pravilo korporacije da menadžer provjeri cijenu, menadžer u konkretnom slučaju nije pratio uputstva, te stoga korporacija ne može biti odgovorna za njegove propuste. Dom lordova prihvatio je odbranu i utvrdio da menadžer u prodavnici nije „usmjeravajući um” korporacije, pa stoga njegovo djelovanje ne može biti pripisano korporaciji. Korporacija je učinila sve što je objektivno mogla da učini u vezi sa primjenom pravila reklamiranja.

⁹ Z. Đurđević (2005), *Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za kaznena djela*, Narodne novine, Zagreb, 20.

¹⁰ A. A. Robinson (2008), ‘Corporate culture’ as a basis for the Criminal Liability of Corporations, report for the use of the United Nations Special Representative of the Secretary General for Business and Human Rights, 10, *Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf*, 26.2.2012.

¹¹ *Ibid.*, 15.

¹² Deisinger, Vrhovšek, op. cit., 134.

oblik modela organizacione odgovornosti sastoji se u propuštanju obaveze nadzora kod preduzimanja određenih rizičnih radnji; pravno lice stoga će biti kažnjeno nezavisno od kažnjivosti fizičkog lica, ukoliko mu se može uputiti prekor da nije preduzelo sve potrebne i objektivno predvidljive organizacione mjere da preduprijedi mogućnost izvršenja krivičnog djela.¹³

Vikarijski model odgovornosti razlikuje se od identifikacijskog (alter ego) modela prema položaju učinioca u okviru hijerarhijskog poretka pravnog lica. Korjene vuče još iz XVII vijeka, kada je vladalo mišljenje da je gospodar odgovoran za postupanje svoga sluga sve dokle sluga za njega radi: ako gospodar ubire plodove rada svoga sluga, tada treba da snosi i sve posljedice koje proizilaze iz njegovog rada.¹⁴ Prema ovom modelu, odgovornost pravnog lica postoji kada krivično djelo učini agent ili član pravnog lica, bez obzira na njegov hijerarhijski status u pravnom licu. Dakle, deliktna djelovanja (krivična djela) bilo koga od radnika pravnog lica pripisuju se pravnom licu, ukoliko je ispunjen uslov da je pravno lice od tih djela ostvarilo (ili moglo da ostvari) neku korist. Model je i danas najčešće korišten u SAD.

Pitanje da li za određeno krivično djelo može odgovarati samo učinilac ili samo pravno lice ili možda i neposredni učinilac i pravno lice, predstavlja primarni kriterijum za razlikovanje sljedećih modela odgovornosti pravnog lica.

Prema **supsidijarnom** modelu odgovornosti, utvrđena krivica ili krivična odgovornost jednog subjekta (fizičkog lica ili pravnog lica) isključuje odgovornost onog drugog. U konkretnom slučaju, ako se utvrdi krivica fizičkog lica kao učinioca krivičnog djela, tada nema potrebe da se utvrđuje odgovornost pravnog lica; nasuprot tome, odgovornost pravnog lica utvrđuje se samo ako nije moguće utvrditi krivicu fizičkog lica.

Kod **kumulativnog** modela za isto krivično djelo istovremeno se utvrđuje krivica fizičkog lica i odgovornost pravnog lica. Posljedice ovog stava u krivičnoprocesnom smislu ispoljavaju se tako što se protiv fizičkog i pravnog lica vodi jedinstven postupak, bez obzira na to da li postoji uzajamna veza predmeta krivičnog postupka (koneksitet).

MODELI ODGOVORNOSTI U UPOREDNOM ZAKONODAVSTVU I SUDSKOJ PRAKSI

Prethodno su izložene okolnosti pod kojima su nastali ključni modeli odgovornosti pravnih lica za krivična djela, date su opšte karakteristike pojedinih modela, te kao primjer navedene zemlje u kojima su danas najviše zastupljeni pojedini modeli. U okviru izlaganja o pojedinačnim modelima, izložićemo karakteristične uslove (osnove) odgovornosti pravnih lica iz zakonodavstva i navesti primjere iz sudske prakse. Takav pristup problemu omogućiće nam da sagledamo dobre ili loše strane pojedinih modela odgovornosti.

¹³ Đurđević (2005), op. cit., 21.

¹⁴ G. Ferguson, *Corruption and Corporate criminal liability*, u D. Kolarić (2006), *Značaj uspostavljanja odgovornosti pravnih lica za krivična dela u uspješnoj borbi protiv korupcije*, Pravna riječ, broj 7 (vol. 3), Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 335.

Model akcesorne odgovornosti

Model akcesorne odgovornosti pravnih lica predstavlja osnovni model. Iz njega je izvedeno više modela koji nose drugačije nazive, iako se zasnivaju na sličnom konceptu. Prema osnovnom modelu, odgovornost pravnog lica izvodi se iz djelovanja organa (individualni ili kolektivni) koji rukovodi pravnim licem ili vrši nadzor nad radom pravnog lica, tako da se djelovanje ovog organa može smatrati djelovanjem pravnog lica.

U zakonodavstvu Republike Slovenije propisane su dvije grupe uslova za uspostavljenje odgovornosti pravnog lica. Prva se odnosi na institut individualne odgovornosti učinioca i njegova ovlašćenja za preduzimanje radnji umjesto drugog lica, pa se zahtijeva da je učinilac učinio krivično djelo djelujući u ime, za račun ili u korist pravnog lica. Druga grupa uslova odnosi se na četiri vrste djelovanja rukovodećih ili nadzornih organa pravnog lica, koja se poistovjećuje sa djelovanjem pravnog lica. Prva vrsta takvog djelovanja sastoji se u donošenju formalnih akata (odluke, naredbe ili odobrenja) iz kojih proizilaze obilježja krivičnog djela. Druga vrsta uslova je materijalne prorode, pošto se ispoljava u uticaju na učinioca ili stvaranju uslova za izvršenje krivičnog djela. Sljedeća su konkludentni činovi kojima organi pravnog lica prihvataju posljedice izvršenja krivičnog djela kao svoje, jer raspolažu s protivpravno ostvarenom imovinskom koristi ili koristi predmete nastale krivičnim djelom. Za razliku od prethodnih umišljajnih djelovanja, u četvrtu vrstu spadaju nahatna, jer se sastoje u propuštanju (zanemarivanju) dužnog nadzora nad zakonitošću rada radnika.

Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini su iz slovenačkog zakona doslovno i nekritički prepisala sve uslove (osnov) odgovornosti pravnih lica za krivična djela.

Primjena zakona u praksi nije dala očekivane rezultate. U traženju razloga za to, ne-sporno je da su propisani uslovi odgovornosti pravnog lica prilično komplikovani, zbog čega tužioc i nekim slučajevima kada je vrlo očigledna odgovornost pravnog lica, podižu optužnice samo protiv odgovornih (fizičkih) lica.¹⁵ Postoje i primjeri da drugostepeni sud u obrazloženju presude ukazuje kako ni na koji način ne može uticati na odluku tužilaštva o tome koje pravno ili fizičko lice treba da goni za učinjeno krivično djelo.¹⁶

Jedna od zamjerki koje se opravdano mogu uputiti zakonodavcu ogleda se u činjenici da su neki uslovi odgovornosti pravnog lica suviše formalistički postavljeni (npr. u tački a člana 128 stav 1 KZ RS zahtijeva da postoji odluka, nalog ili odobrenje organa pravnog lica, koji u pravilu ima pisanu formu), tako da bez postojanja određenog akta nije moguće uspostaviti odgovornost pravnog lica.

Postojanje odgovornosti pravnog lica vezuje se samo za djelovanje organa pravnog lica, ne i za djelovanje (fizičkih) lica koja imaju faktičku (stvarnu) moć da upravljaju aktivnostima pravnog lica. Sudska praksa je očigledno prepoznala problem, jer su zabilježeni slučajevi uspostavljanja odgovornost pravnog lica na osnovu djelovanja lica koje de fac-

¹⁵ optužnice i presude Suda Bosne i Hercegovine broj S1 2 K 003012 11 K i broj S1 2 K 004225 11 K za krivična djela utaje poreza od strane pravnog lica kao poreskog obaveznika.

¹⁶ žalba na presudu Suda BiH broj X-KŽ-06/305 od 2.10.2007. godine i obrazloženje drugostepenog suda u pogledu žalbenih razloga odbrane.

to upravlja aktivnostima pravnog lica, iako formalno nije rukovodeći niti nadzorni organ pravnog lica.¹⁷ Izloženi stav suda dovodi nas do pitanja da li je uspostavljanje odgovornosti pravnog lica za krivično djelo na opisani način u skladu sa zakonom propisanim uslovima za uspostavljanje odgovornosti pravnog lica. Stav autora je da u ovom slučaju nije bilo moguće (u skladu sa zakonskim odredbama) uspostaviti odgovornost pravnog lica za krivično djelo. Ipak, nesporno je da nam sudska praksa i rješenja iz uporednog zakonodavstva opravdano ukazuju kako je prihvatljivo (čak i preporučljivo) rješenje da se odgovornost pravnog lica zasniva i na djelovanju lica koje ima faktičku (stvarnu) moć da upravlja aktivnostima pravnog lica, iako ne čini dio upravljačke strukture pravnog lica.

Zakonodavac propisuje da odgovornost pravnog lica postoji ako je alternativno ispunjen jedan od uslova - da je učinilac djelo učinio u ime, za račun ili u korist pravnog lica (član 128 KZRS). Pošto su u praksi poznati slučajevi da učinilac preduzima radnju izvršenja u ime pravnog lica a radi ostvarenja lične koristi, pri čemu za pravno lice ne ostvaruje bilo kakvu korist ili pogodnost, prema teoretskom modelu bi u ovoj situaciji bilo moguće uspostaviti odgovornost pravnog lica. Zbog toga je, u ovom i u sličnim slučajevima, potrebno isključiti mogućnost uspostavljanja odgovornosti pravnog lica.

Model identifikacione ili alter ego odgovornosti

Model postoji u zakonodavstvima i sudskoj praksi Velike Britanije (Engleska, Sjeverna Irska, Škotska i Vels), Novog Zelanda, više zemalja Komonvelta, Francuskoj, Švajcarskoj, Izraelu, Kini, Indiji, Maleziji, Meksiku i na Islandu, te u devetnaest američkih država.¹⁸

U Krivičnom zakoniku Francuske odgovornost pravnog lica uspostavlja se primjenom jednostavnog osnovnog pravila da se djelovanje određenih lica ili organa poistovjećuje sa djelovanjem pravnog lica. Pravna lica, izuzimajući državu, krivično su odgovorna za djela koja za njihov račun učine njihovi organi ili zastupnici (član 121-2). Gotovo identično pravilo definisano je članom 18 stav 1 Krivičnopravne konvencije protiv korupcije.¹⁹ Za razliku od Francuske, u brazilskom zakonodavstvu na početku nisu postojale dovoljno jasne zakonske odredbe o osnovu odgovornosti pravnih lica, tako da se sudska praksa kroz primjenu pravila o osnovu odgovornosti pravnih lica ujedno opredijelila i za izbor modela odgovornosti. Brazilsko opšte krivično zakonodavstvo prvobitno je usvojilo načelo da funkcija ili pozicija nekog lica u pravnom licu predstavlja obavezu objektivne prirode, tako da određenom fizičkom licu nije bilo moguće pripisati krivicu samo zbog pozicije ili funkcije koju ono obavlja u pravnom licu, dok je iz nepostojanja krivice fizičkog lica dalje slijedilo da pravna lica ne mogu biti odgovorna za bilo koje krivično djelo. S druge strane, masovna činjenja krivičnih djela protiv životne sredine u kojim je učestvovao veliki broj

¹⁷ Presuda Suda BiH broj S 1 2 K 004146 11 K od 7.3.2012. god.

¹⁸ Corporate Criminal Liability Course Outline, Electric Library of New York, <http://www.google.ba/#hl=bs&q=From+the+Electric+Law+Library+stacks+New+York+Central>, 17.4.2011.

¹⁹ Council of Europe, Committee of Ministers: Recommendation No. R (88) 18 concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities, <http://www.google.ba/#q=Council+of+Europe,+Committee+of+Ministers:+Recommendation+concerning+liability+of+enterprises+having+legal+personality+for+offences+committed+in+the+exercise+of+their+activities>, 26.12.2012.

kompanija često su imala za posljedicu potpuno biološko uništenje pojedinih područja. To je iniciralo usvajanje Krivičnog zakona protiv ugrožavanja životne sredine²⁰ kojim su uspostavljeni osnovi odgovornosti pravnih lica za krivična djela. Prema članu 3 tog zakona, pravna lica postaju krivično odgovorna u slučaju kad je delikt počinjen odlukom pravnog ili ugovornog zastupnika ili kolektivnog tijela pravnog lica, u interesu, ili u korist pravnog lica. Odgovornost pravnog lica proizilazila je iz činjenice da su lica na rukovodnim funkcijama saznala, ili imala priliku da saznaju, za ekološke štete, ali nisu preduzela ništa ili nisu preduzela odgovarajuće mjere da spriječe njihov nastanak. Međutim, time još nije bio određen krug lica za čije djelovanje se može vezati odgovornost pravnog lica, te je i dalje ostalo nejasno koji model odgovornosti pravnih lica je zastupljen u brazilskom zakonodavstvu. S druge strane, postajalo je sasvim očigledno da se odgovornost pravnih lica može vezivati prvenstveno za djelovanje fizičkih lica u rukovodnim strukturama pravnih lica. U takvim uslovima, praksa Vrhovnog suda izgradila je stav da pravno lice može biti odgovorno za krivična djela učinjena na prethodno opisan način, pod uslovom da su krivična djela učinila lica na visokim pozicijama u kompanijama, direktori ili menadžeri kompanija.²¹ Primjena identifikacionog modela odgovornosti pravnog lica definitivno je potvrđena presudama Vrhovnog suda Brazila. Isti model odgovornosti pravnih lica u portugalskom zakonodavstvu iskazan je kroz pravilo da odgovornost pravnog lica postoji ako je fizičko lice učinilo krivično djelo preduzimajući radnje u ime pravnog lica, a pri tome imalo ovlaštenje da donosi odluke u ime pravnog lica. Drugo pravilo propisuje da je pravno lice odgovorno i kad je do izvršenja krivičnog djela došlo usljed nedostatka kontrole i nadzora zaposlenih u okviru pravnog lica. U Zakonu o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela Republike Hrvatske²² propisano je doslovno „odgovornost prave osobe temelji se na krivici odgovorne osobe” (član 5 stav 1). Kod pojedinih autora zastupljen je stav da se odgovornost pravnih lica zasniva na modelu subjektivne izvedene odgovornosti.²³ Saglasno ovom principu, okolnost da učinilac u pravnom licu ima svojstvo odgovornog lica predstavlja osnovnu pretpostavku za vođenje krivičnog postupka protiv pravnog lica.²⁴ Pravnom licu može se inkriminisati samo ono krivično djelo koje je inkriminisano odgovornom licu.²⁵ Stoga sud prvo utvrđuje postojanje krivice odgovornog lica, a sadržaj krivice utvrđen kod učinioca (umišljaj ili nehat) pripisuje se pravnom licu. S druge strane, pošto se odgovornost pravnog lica zasniva na krivici odgovornog lica, nepostojanje krivice odgovornog lica dovodi do nemogućnosti uspostavljanja odgovornosti pravnog lica za krivično djelo. Konačno možemo zaključiti kako je za uspostavljanje odgovornosti pravnog lica za krivično djelo neophodno da bude određeno odgovorno lice, nezavisno od okolnosti da li se krivični postupak protiv njega može provesti ili ne. Ako nije određeno lice čija krivica se u postupku utvrđuje i od čije krivice zavisi odgovornost pravnog lica, tada ne može posto-

²⁰ Environmental Crimes Law of Brazil, Law 9, 605 (Feb 12, 1998), <http://www.animallaw.info/nonus/statutes/stbrecl1999.htm>, 2010.

²¹ Demarest e Almeida, Criminal liability of companies in Brazil, Lex Mundi publications Association of Independent Law Firms, http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Business_Crimes/Criminal_Liability_Survey.pdf, 17.2.2012.

²² Narodne novine, br. 151/03, 110/07, 45/11 i 143/12.

²³ Đurđević, (2005), op. cit., 55.

²⁴ presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj IV Kž 32/08-3.

²⁵ presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj IV Kž 93/08-5.

jati ni odgovornost pravnog lica za učinjeno krivično djelo.²⁶ Iako sve prethodno izloženo govori da je u Hrvatskoj zastupljen model identifikacione odgovornosti pravnog lica, u narednom stavu istog člana stoji da postojanje pravnih ili stvarnih zapreka zbog kojih nije moguće utvrditi krivicu odgovornog lica ne predstavlja smetnju za sankcionisanje pravnog lica (član 5 stav 2 Zakona), te pojedini autori zbog toga ovaj model nazivaju modelom autonomne odgovornosti pravnog lica. Primjena predmetnog pravila čini se prilično problematičnom, jer je ono suprotno osnovnom principu iz tog zakona da bez krivice odgovornog lica nema odgovornosti pravnog lica za krivično djelo.

Model organizacione odgovornosti

Model je prvi put pravno normiran u Krivičnom zakoniku Australije iz 1995. godine. Razvoju je prethodila primjena više različitih modela. Naime, australijski sudovi u početku su prihvatili vikarijski model odgovornosti, a kada se model identifikacione odgovornosti pravnih lica počeo primjenjivati u Velikoj Britaniji, taj model je postepeno prihvaćan i u Australiji. Pod uticajem dvaju različitih modela, praksa sudova u Australiji razvila je autonoman model odgovornosti pod nazivom 'model organizacione odgovornosti', a model je legislativno uobličen u zakoniku iz 1995. godine.²⁷ Odjeljak 2-5, pod naslovom Odgovornost korporacija za krivična djela, definiše osnovne elemente. Sadrži više kompleksnih pravila, od kojih se prvo odnosi na učinioce i njihova ovlaštenja. Tako je propisano da materijalni efekti izvršenja krivičnog djela mogu biti pripisani pravnom licu samo kad je alternativno ispunjen uslov da je krivično djelo učinio zaposleni, predstavnik ili član organa upravljanja pravnog lica koji djeluje u okviru stvarnog ili očiglednog obima svog djelovanja, svoje stvarne ili očigledne vlasti (12.2. Fizički elementi), te kad je upravni odbor korporacije (body corporate) izričito, konkludentno ili na posredan način dozvolio izvršenje krivičnog djela (12.3-1). Ako su ostvareni fizički elementi krivičnog djela, sljedeći uslov odgovornosti korporacije zahtijeva da odgovarajući oblik krivice može biti pripisan korporaciji. Veza između odgovornosti korporacije i stanja svijesti relevantnih individua u korporaciji iskazana je kroz izraz 'corporate culture'. Pod tim podrazumijeva se stav, politika, pravilo, model ponašanja ili prakse koja postoji unutar korporacije uopšte ili u onom dijelu korporacije u kom se relevantne (inkriminisane) aktivnosti odvijaju. Radi otklanjanja eventualnih dilema u pogledu određivanja odgovarajućeg „stanja svijesti korporacije”, zakonodavac je propisao četiri alternativna oblika djelovanja, koji upućuju na zaključak da je korporacija odobrila ili dozvolila izvršenje krivičnog djela (12.3-2). Dakle, smatra se da je korporacija odobrila ili dozvolila izvršenje krivičnog djela ako je: (a) upravni odbor preduzeo, odobrio ili tolerisao relevantno ponašanje, (b) visoki organ upravljanja korporacije (a high managerial agent of the body corporate) bio uključen u relevantno djelovanje, koje je odobrio ili tolerisao, (c) poslovna politika korporacije usmjeravala, podstrekavala, tolerisala ili navodila na nepridržavanje relevantnih propisa, (d) korporacija propustila da uvede poslovnu politiku koja zahtijeva pridržavanje relevantnih propisa. Pravilo iz tačke (b) ne primjenjuje se ako korporacija dokaže da je postupala sa dužnom pažnjom u cilju da spriječi nedozvoljeno djelovanje, da takvo djelovanje nije odobrivala, niti dozvoljavala. Za primjenu uslova iz tačaka (c) i (d) potrebno je utvrditi da li je visoki organ upravljanja

²⁶ presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj IV Kž 32/08-3.

²⁷ Australian Criminal code Act No. 12 of 1995 as amended, compilation prepared on 20 January 2008 taking into account amendments up to Act No. 177 of 2007, <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2008C00035>, 24.2.2012.

dao dozvolu za izvršenje djela, odnosno da li je zaposleni, zastupnik ili organ korporacije učinio krivično djelo jer je opravdano vjerovao ili očekivao da će visoki organ upravljanja dozvoliti izvršenje djela ili se saglasiti sa njim (12.3-4). Pored definicija (značenja) izraza *corporate culture*, određena su značenja izraza ‘upravni odbor’ i ‘visoki organ upravljanja’ (12.3-6). Upravni odbor korporacije (*board of directors*) znači organ (bez obzira na to kojim se imenom zove) koji ima izvršna ovlaštenja, a izraz visoki organ upravljanja korporacije (*a high managerial agent*) znači zaposleni, predstavnik ili organ korporacije koji ima takva ovlaštenja (obim ovlaštenja) da se može pretpostaviti da predstavlja politiku korporacije.

Propisana je odgovornost korporacije i za nehat (nemar), kada se djelovanje korporacije, gledano kao cjelina (agregacijom djelovanja njenih zaposlenih, zastupnika ili organa), može iskazati kao nemar (12.4-2). Kada je do izvršenja krivičnog djela došlo usljed propuštanja dužne pažnje ili nadzora, odgovornost korporacije izvodi se po principu objektivne odgovornosti (12.5). Korporacija može izbjeći odgovornost za krivično djelo samo ukoliko dokaže da je do propuštanja dužne pažnje došlo jer su zaposleni, zastupnik ili njen organ opravdano vjerovali da postoje činjenice koje bi, da su stvarno postojale, značile da je njeno djelovanje u skladu sa normama. Korporacija može izbjeći odgovornost za propuštanje obaveze nadzora samo ako dokaže da je pokazala dužnu pažnju kako bi spriječila nedozvoljeno djelovanje.

Model je kompleksan, ali sadrži striktna pravila koja olakšavaju njegovu primjenu. Zbog toga je u nekim zemljama došlo do odstupanja od postojećeg modela i uvođenja pravila koja po svojoj sadržini ukazuju na primjenu modela organizacione odgovornosti pravnog lica. U novije vrijeme značajna odstupanja od uobičajenih pravila učinjena su u zakonodavstvima Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske (UK), jer je pored decenijama primjenjivanog identifikacionog modela odgovornosti, prvo u Engleskoj usvojen Zakon o korporativnom ubistvu.²⁸ Iako je očigledno da su u predmetnom zakonu propisana pravila o odgovornosti korporacija koja se primjenjuju samo za striktno određenu vrstu krivičnih djela, odgovornost pravnog lica teoretski može biti usvojena i u odnosu na druga krivična djela.²⁹ Korporacija će biti odgovorna za krivično djelo „korporativnog ubistva“ iz nehata kada način na koji je upravljala svojim aktivnostima prouzrokuje smrt lica ili kada očigledno grubo kršenje relevantnih obaveza dovede do smrti lica. Način na koji viši organi upravljanja organizuju ili obavljaju djelatnosti korporacije predstavlja značajan element za izvođenje zaključka o grubom kršenju relevantnih obaveza.

Kombinaciju ovog i modela identifikacione odgovornosti pravnih lica pronalazimo u Krivičnom zakoniku Španije, koji u članu 31 bis propisuje da pravna lica mogu biti odgovorna za krivična djela koja u njihovo ime, za njihov račun ili u njihovu korist učine njihovi zastupnici ili lica koja su *de facto* ili *de iure* njihovi administratori. Odgovornost pravnih lica postojaće i ako su krivična djela učinjena u sklopu obavljanja djelatnosti korporacije, za njen račun i u njenu korist, a izvršenju djela pogodovali nedostatak kontrole ili specifične okolnosti slučaja.

²⁸ Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/contents>., 5.6.2012.

²⁹ Robinson, op. cit., 21.

Model vikarijske odgovornosti

Model je zastupljen u Evropskim zakonodavstvima, pa kao prvi primjer navodimo Holandiju. Osnov odgovornosti definisan je tako da pravno lice odgovara za krivično djelo fizičkog lica samo ukoliko ono ima kontrolu nad njegovim aktivnostima i iste prihvata kao svoje. Prema stavu Vrhovnog suda Holandije,³⁰ smatra se da pravno lice prihvata protivzakonitu djelatnost fizičkog lica ako ostvarenje konstitutivnih elemenata nekog krivičnog djela čini dio njegove uobičajene aktivnosti, ako su nezakonite aktivnosti u skladu sa zvaničnom poslovnom politikom pravnog lica, ili kad se može zaključiti da je radnja izvršenja krivičnog djela prihvaćena od strane pravnog lica zvanično ili prećutno. Pravno lice odgovara čak i kada fizičko lice krši interna pravila, pod uslovom da lica koja vrše kontrolu znaju za djelovanje fizičkog lica i imaju mogućnost da je spriječe, ali to ne čine. Krivični zakonik Danske u članu 27 stav 1 propisuje da pravno lice odgovara za krivično djelo koje učini direktor ili bilo koje drugo lice koje je član pravnog lica ili pravno lice samostalno, pod uslovom da je djelo učinjeno u sklopu obavljanja registrovane djelatnosti pravnog lica.³¹ Odgovornost pravnog lica isključena je u slučaju tzv. ekscesa učinioca ili u slučaju kršenja internih pravila o radu pravnog lica koja ne mogu biti dovedena u kauzalnu vezu sa pravnim licem. Pošto za fizička lica iz zemalja Jugoistočne Evrope Kajmanska Ostrva u posljednje vrijeme predstavljaju omiljenu destinaciju za izvršenje krivičnih djela, naročito pranja novca i djela tzv. organizovanog kriminaliteta, koja se u pravilu vrše posredstvom pravnih lica, ova okolnost nam jasno govori da je zakonodavstvo te zemlje zanimljivo za našu temu. Zakonodavstvo Kajmanskih Ostrva takođe primjenjuje tzv. vikarijski zakonodavni model, a pravna lica odgovaraju jednako kao svako fizičko lice, bez obzira na to da li je učinilo krivično djelo kao neposredni izvršilac ili u bilo kom obliku saučesništva. Dakle, krivično djelo fizičkog lica, koje se ne mora nalaziti na rukovodnom položaju u pravnom licu, smatraće se i djelom pravnog lica uvijek kada postoje zakonom propisani uslovi za odgovornost fizičkog lica kao neposrednog izvršioca. Za postojanje odgovornosti pravnog lica mora biti ostvaren subjektivni element krivične odgovornosti učinioca izražen u vidu specifične namjere (*actus reus*), koja se dokazuje u svakom pojedinačnom slučaju. Ako nije moguće identifikovati neposrednog učinioca, tada za odgovornost pravnog lica moraju biti ispunjeni uslovi da *actus reus* postoji kod zaposlenih koji nisu dio „upravljačkog uma“, te da se njihovo djelovanje može dovesti u kauzalnu vezu (saglasno je) sa „upravljačkim umom ili voljom“ pravnog lica.

Vikarijski model odgovornosti, kao osnovni ili kao preovladavajući, još se primjenjuje u krivičnim zakonodavstvima Južnoafričke Republike, Novog Zelanda, Litvanije, Izraela, Malezije, Meksika, te više američkih država, npr. u Mičigenu.

Model supsidijarne odgovornosti

Model je primijenjen u malom broju zakonodavstava, npr. u Krivičnom zakoniku Švajcarske.³² Tako je u glavi 7 tog zakona pod naslovom Odgovornost korporacija član

³⁰ Presude u predmetima *The Kabeljauw* HR 1-7-181, NJ 182-80 od 1.7.1981. godine i *Slavenberg II* HR 16-12-1986, NJ 1987; kod N. H. Pontell, and G. Geis, *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Springer Science+Bussines Media, New York, 326.

³¹ F. M. Jensen, V. Greve, G. Høyer, M. Spencer, *The Principal Danish Criminal Acts – The Danish Criminal Code, The Danish Corretions Act, The Administration of Justice Act (Excerpts)*, third edition, DJØF Publishing, Copenhagen, 15.

³² Swiss Criminal Code, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/>

102-1 ustanovljeno jedno posebno pravilo koje ukazuje na predmetni model odgovornosti. Dakle, ako je krivično djelo učinjeno unutar pravnog lica, u sklopu obavljanja njegove registrovane djelatnosti i rezultat je nedostataka ili propusta u organizaciji obavljanja djelatnosti, a ne može biti pripisano nekom određenom pojedincu, tada može biti pripisano pravnom licu. Pored modela supsidijarne odgovornosti pravnih lica, u stavu 2 istog člana (102) propisana je primarna odgovornost pravnog lica (bez obzira na odgovornost fizičkog lica) za ograničen broj krivičnih djela, i to: učestvovanje u zločinačkoj organizaciji (član 260/3), finansiranje terorizma (član 260), pranje novca (član 305), podmićivanje javnih dužnosnika Švajcarske (član 322d), davanje pogodnosti (član 322f), podmićivanje stranih državnih službenika (član 322g) i podmićivanje u privatnom sektoru (član 4 a stav 1 Zakona o nelojalnoj konkurenciji).

Model kumulativne odgovornosti

U prethodnim prikazima iz uporednog zakonodavstva nisu navedeni primjeri zemalja koje primjenjuju model kumulativne odgovornosti pravnih lica, jer je model prihvaćen u zakonodavstvima svih zemalja koje odgovornost pravnih lica vezuju za djelovanje fizičkog lica, te u svojim postupcima propisuju da se istovremeno utvrđuje krivica fizičkog lica i odgovornost pravnog lica. Zato se može zaključiti da je, uz osnovni model, u većini zemalja prihvaćen i kumulativni model odgovornosti pravnih lica.

Više modela odgovornosti

U svijetu postoje i zakonodavstva koja propisuju uslove odgovornosti pravnog lica na sasvim poseban način ili primjenom *tri ili više različitih modela odgovornosti*.

Finsko krivično zakonodavstvo propisuje odgovornost korporacije za krivična djela na osnovu direktnog doprinosa članova uprave izvršenju krivičnog djela (identifikacioni model), primjenom principa tzv. vikarijske odgovornosti ili po principu tzv. anonimne odgovornosti pravnog lica. Direktni doprinos može da dovede do odgovornosti korporacije ako je učinilac krivičnog djela član organa koji se po zakonu smatra organom upravljanja ili čini dio menadžmenta korporacije ili drugog organa koji ima stvarni autoritet za donošenje odluka, a u izvršenju krivičnog djela učestvuje kao neposredni izvršilac ili u nekom od oblika saučesništva. U drugom slučaju postoji odgovornost pravnog lica za nemar (nepažnju), koja se utvrđuje po modelu vikarijske odgovornosti, tako da se odgovornost članova pravnog lica koji se ne nalaze na rukovodnim pozicijama pripisuje pravnom licu. Treći je princip anonimne odgovornosti, po kom pravno lice odgovara za krivično djelo koje se može dovesti u vezu sa obavljanjem njegove registrovane djelatnosti; odgovornost pravnog lica postoji i ako učinilac nije identifikovan ili postoje smetnje za njegovo kažnjavanje (poglavlje 9 član 2, Preduslovi za odgovornost). Ovaj princip preuzet je iz Preporuke ministarskog komiteta Vijeća Evrope br (88) 18. Pored finskog zakonodavstva, princip je implementiran u veliki broj zakonodavstava u materiji odgovornosti pravnih lica, te je primjenjen i u našem zakonodavstvu (član 128 stav 1 KZ RS). Krivični zakon Austrije karakteriše „hibridni sistem“³³ sačinjen od fragmenata identifikacionog, vikarijskog i or-

19370083/201701010000/311.0. pdf, 26.05. 2017.

³³ Criminal liability of companies in Austria, Lex Mundi publications Association of Independent Law Firms, <http://www.google.ba/#q=Criminal+Liability+of+Companies+AUSTRIA+Cerha+Hempel+Spiegel+Hlawati&og>, 19.2.2012.

ganizacionog modela odgovornosti pravnog lica. Pored toga, model je poseban jer sva djelovanja ili propuste učinioaca dijeli na one koji su učinjeni unutar pravnog lica i one koji su učinjeni „prema vani“, te u skladu sa ovim principom alternativno postavlja dva uslova za odgovornost pravnog lica. Prvi uslov odnosi se na radnje ili propuste učinjene van pravnog lica, a odgovornost pravnog lica za krivično djelo postoji ako je učinilac prilikom izvršenja krivičnog djela postupao u korist pravnog lica. Učinioci krivičnih djela u ovom slučaju su predstavnici pravnog lica ili zaposleni. Pravno lice je odgovorno i za krivična djela koja učine njegovi zastupnici, pod uslovom da su radnjom ili propustom zastupnika ostvarena obilježja nekog krivičnog djela koje je propisano u zakonu. Pojam zastupnika pravnog lica postavljen je prilično široko, pošto uključuje sva lica koja mogu donositi odluke ili uticati na njihovo donošenje, kao što su direktori, članovi upravnog odbora ili držaoci akcija ili lica koja imaju pravo da glasaju. Drugi posebni uslov za postojanje krivične odgovornosti pravnog lica postoji ako je učinjen nedozvoljeni akt ili je propušteno određeno činjenje na koje je pravno lice obavezno. Ovaj uslov kritikovan je u teoretskim radovima kao suviše širok i nedorečen, prigovara mu se da se praktično može odnositi na sve dužnosti koje se mogu staviti na teret pravnom licu kao poslodavcu, sve obaveze iz oblasti upravnog prava i druge slične obaveze, kao i mnogobrojne poslovne rizike koji su dio svakodnevnog obavljanja registrovane djelatnosti kompanije.³⁴ Treba napomenuti da posebni uslovi iz austrijskog zakonodavstva, koji se odnose na propuštanje obaveznog činjenja na koje je pravno lice obavezno, nisu prihvatljivi za naše standarde, prvenstveno zbog činjenice da po svojim osobinama više upućuju na princip objektivne odgovornosti, koji je u našem i u evropskom zakonodavstvu odavno napušten. Pošto je posljednji dublji trag principa objektivne odgovornosti nestao iz zakonodavstava u Bosni i Hercegovini danom prestanka važenja Zakona o privrednim prestupima, vraćanje ovog principa bi za nas predstavljalo korak unazad.

Konačno, postoje zemlje poput Meksika, u kojim su kroz sudsku praksu izgrađena posebna pravila o *nametanju sankcija pravnim licima bez utvrđivanja odgovornosti* i vođenja odgovarajućeg krivičnog postupka. Naime, meksičko zakonodavstvo propisuje pravilo da samo pojedinci, ne i pravna lica, mogu biti krivično odgovorni za svako svoje djelovanje; saglasno tome, mogu biti odgovorni i za učinjeno krivično djelo. Ipak, ako određeno fizičko lice koje je član pravnog lica, dioničar, odgovorno lice (najčešće direktor), službenik ili zastupnik pravnog lica (izuzimajući državne organe) učini krivično djelo koristeći sredstva koja je za tu svrhu obezbijedilo pravno lice, tako da se može smatrati da je djelo učinjeno u korist pravnog lica, uz njegovu podršku ili za njegovu korist, sud u svojoj presudi može sačiniti poseban nalog protiv pravnog lica, nezavisno od krivične odgovornosti fizičkih lica koja su učinila predmetno krivično djelo.³⁵ Sankcije, naročito kazne, koje sud tada izriču pravnom licu ne razlikuju se od sankcija za koje su uobičajene u zakonodavstvima o odgovornosti pravnih lica za krivična djela. Odgovornost pravnog lica čak može postojati i nezavisno od krivice individualnog učinioaca predmetnog krivičnog djela. Dakle, ako bude dokazano da je krivično djelo učinio pojedinac koji je pri tome na opisani način bio vezan za pravno lice, tada pravne posljedice izvršenja djela mogu biti nametnute pravnom licu. Stav je, u skladu sa zakonskim normama opšteg krivičnog zakonodavstva,

³⁴ Ibid., 9.

³⁵ Criminal liability of companies in Mexico, Lex Mundi publications, Association of Independent Law Firms, http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Business_Crimes/Crim_Liability_Mexico.pdf, 17.2.2012.

izgrađen kroz precedente Meksičkog saveznog suda.³⁶ Primjećujemo da zakonodavstva u Bosni i Hercegovini na sličan način uspostavljaju kauzalnu vezu između neposrednog učinioca i pravnog lica (osnov odgovornosti) – na osnovu djelovanja učinioca u ime pravnog lica, uz njegovu saglasnost ili u njegovu korist, te da je ovo rješenje preporučeno u članu 18 Krivičnopravne konvencije Vijeća Evrope protiv korupcije.

ZAKLJUČAK

Zakonodavstva u Bosni i Hercegovini prihvatila su akcesorni model odgovornosti pravnog lica za krivična djela, koji u uporednom zakonodavstvu ima status standardnog modela. Međutim, praksa pokazuje da se propisani uslovi (osnov) odgovornosti pravnog lica sporadično primjenjuju, jer tužiocima po pravilu optužuju samo fizička, a vrlo rijetko pravna lica. Jedan od nedostaka zakonom propisanih uslova (osnova) odgovornosti pravnog lica može se opisati kao formalistički pristup elementima odgovornosti pravnog lica, koji u jednom dijelu zahtijevaju postojanje određenih formalnih akata pravnog lica, kao npr. odluka, naredbi ili odobrenja. Drugi je što se doprinos pravnog lica sagledava kroz prizmu djelovanja lica ili organa koji su kod registarskog suda upisana kao nosioci nadzornih ili rukovodnih funkcija u pravnom licu, dok se zanemaruje činjenica da odluku o izvršenju krivičnog djela vrlo često donosi lice ili više lica koja imaju stvarnu moć da upravljaju i odlučuju o aktivnostima pravnog lica, pri čemu o odluci u pravilu ne postoji nikakav pismeni trag. Zato uslove (osnove) odgovornosti pravnog lica treba izmijeniti tako što će se obuhvatiti fizička lica čije djelovanje se, zbog njihove stvarne moći da upravljaju aktivnostima pravnog lica, može dovesti u kauzalnu vezu sa izvršenjem krivičnog djela. Konačno, potrebno je isključiti mogućnost uspostavljanja odgovornosti pravnog lica u slučajevima kada učinilac preduzima radnju izvršenja u ime pravnog lica a radi sticanja vlastite koristi, pa je neophodno dodati uslov da pravno lice može biti odgovorno za krivično djelo samo ukoliko je usljed izvršenja krivičnog djela steklo (ili moglo steći) materijalnu korist ili neku drugu vrstu koristi ili pogodnosti.

LITERATURA:

- Australian Criminal code Act No. 12 of 1995 as amended, compilation prepared on 20 January 2008 taking into account amendments up to Act No. 177 of 2007, <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2008C00035>, 24.2.2012.
- Basham, Ringe y Correa, S.C., International Law Office in Mexico (2008), Criminal liability of companies in Mexico, Lex Mundi publications, Association of Independent Law Firms, http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Business_Crimes/Crim_Liability_Mexico.pdf, 17.2.2012.
- Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, International Law Office in Austria (2008), Criminal liability of companies in Austria, Lex Mundi publications Association of Independent Law Firms, <http://www.google.ba/#q=Criminal+Liability+of+Companies+AUSTRIA+Cerha+Hempel+Spiegelfeld+Hlawati&oq>, 19.2.2012.
- Code pénal, version consolidée en date du 4 juin 2015, *Bulletin Officiel* n° 6366 du 16 chaabane 1436 (4 juin 2015).
- Corporate Criminal Liability Course Outline, Electric Library of New York, <http://www.google.ba/#hl=bs&q=From+the+Electric+Law+Library+stacks+New+York+Central>, 17.4.2011.
- Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, <http://www.legislation.gov>.

³⁶ Ibid., p. 229.

uk/ ukpga/2007/19/ contents., 5.6.2012.

- Council of Europe, Committee of Ministers: Recommendation No. R (88) 18 concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities, <http://www.google.ba/#q=Council+of+Europe,+Committee+of+Ministers:+Recommendation+concerning+liability+of+enterprises+having+legal+personality+for+offences+comited+in+the+exercise+of+their+activities>, 26.12.2012.
- Deisinger Mitja, Vrhovšek Miroslav (2009), *Krivična odgovornost pravnih lica*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Demarest e Almeida, International Law Office in Brazil (2008), Criminal liability of companies in Brazil, Lex Mundi publications Association of Independent Law Firms, http://www.lexmundi.com/images/lexmundi/PDF/Business_Crimes/Criminal_Liability_Survey.pdf, 17.2.2012.
- Environmental Crimes Law of Brazil, Law 9, 605 (Feb 12, 1998), <http://www.animal-law.info/nonus/statutes/stbrecl1999.htm>, 2010.
- Kolarić Dragana (2006), *Značaj uspostavljanja odgovornosti pravnih lica za krivična dela u uspešnoj borbi protiv korupcije*, Pravna riječ, broj 7 (vol. 3), Udruženje pravnička Republike Srpske, Banja Luka.
- Krivični zakon Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 67/13.
- Krivičnopravna konvencija Vijeća Evrope protiv korupcije, *Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, Međunarodni ugovori*, br. 36/01.
- Malene Frese Jensen, Vagn Greve, Gitte Høyer & Martin Spencer (2006), *The Principal Danish Criminal Acts – The Danish Criminal Code, The Danish Corrections Act, The Administration of Justice Act (Excerpts)*, third edition, Copenhagen: DJØF Publishing.
- Pontell Henry N., Geis Gilbert (2007), *International Handbook of White-Collar and Corporate Crime*, Springer Science+Bussines Media, New York, 326.
- Pop Anca Iulia (2006), Criminal liability of corporations—comparative jurisprudence, Michigan State University College of Law, <http://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?Article=1115&context=king>, 12.2.2009.
- Robinson Allens Arthur (2008), 'Corporate culture' as a basis for the Criminal Liability of Corporations, report for the use of the United Nations Special Representative of the Secretary General for Business and Human Rights, *Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf*, 26.2.2012.
- Swiss Criminal Code (Status as of 1 January 2017), <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201701010000/311.o.pdf>, 26.05. 2017.
- Zakon o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja Republike Slovenije, *Uradni list Republike Slovenije*, št. 59/99, 12/2000, 50/04, 65/08, 57/2012.
- Zakon o odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 151/03, 110/07, 45/11 i 143/12.
- Zlata Đurđević (2005), *Komentar zakona o odgovornosti pravnih lica za kaznena djela*, Narodne novine, Zagreb.

Assist. Prof. Miodrag Bukarica Ph.D

Assistant professor, Faculty of Law Sciences, PanEuropean University „Apeiron“ Banja Luka and District Prosecutor in Banja Luka, e-mail: miodrag.bukarica@pravosudje.ba

Models of Legal Persons Liability for Criminal Offences

Abstract: The Bosnia and Herzegovina legislations have accepted the accessory model of the legal persons' liability for criminal offences, which, in the comparative legislation, has the status of a standard model. However, the practice shows that the prescribed conditions (bases) of the legal persons' liability are sporadically applied, since the prosecutors tend to accuse solely physical persons and, quite seldom, legal persons. One of the shortcomings of the legally prescribed conditions (bases) of the legal persons' liability may be described as a formalist approach to the elements of the legal persons' liability, which, in one part, require the existence of certain formal acts of the legal person, such are decisions, orders or permissions. The other is that the legal person's contributing is seen through the prism of activities of the persons or bodies that are registered with the registering court as the holders of supervisory or managerial functions in the legal person. At the same time, it is neglected the fact that the decision on committing a criminal offence is very often passed by the person or several persons who have the actual power to manage and make decisions on the legal person's activities while, as a rule, there is no written trace of the decision. Therefore, the conditions (bases) of the legal persons' liability for criminal offences should be altered so that they encompass the physical persons the actions of which, due to their actual power to manage the legal person's activities, may be brought to a causal relation with committing the criminal offence. Finally, it should be excluded the possibility of establishing the legal persons' liability in the cases when the perpetrator commits the offence in the name of the legal person and for the purpose of acquiring his own benefit thus it is necessary to add the condition that a legal person may be liable for a criminal offence solely if, by committing a criminal offence, it has acquired (or may have acquired) a material benefit or other kind of benefit or advantage.

Key words: basis of liability, responsible person, causality.

DOI: 10.7251/GFP1707251C

UDC: 502.3/7:504.5

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
26. maj 2017.

Datum prihvatanja rada:
27. jun 2017.

Dr

Ana Čović

*Naučni saradnik u Institutu za
uporedno pravo u Beogradu,
tankosicana@yahoo.com*

Uticaj zagađenog vazduha na čoveka i klimatske promene

Rezime: Klimatske promene su jedan od najvećih izazova sa kojim se čovečanstvo danas susreće. Iz tog razloga se pravnom normiranju zaštite životne sredine poklanja veći značaj nego u prethodnim godinama. U međunarodnom pravu i unutrašnjim pravima država, ekološko pravo, kao relativno mlada grana prava, predstavlja značajan činilac u razvijanju svesti ljudi o značaju ovog problema i odgovornosti svakog pojedinca u procesu njegovog prevazilaženja. Nužnost kolektivnog delanja, u ovoj oblasti je neophodna. U radu će biti reči o odnosu ljudi prema životnoj sredini kroz istoriju, uzrocima i posledicama njenog zagađenja, sa posebnim osvrtom na pravnu regulativu u oblasti zaštite vazduha.

Ključne reči: Zaštita vazduha, životna sredina, ekološko pravo, klimatske promene.

UVOD

Pravna nauka i pravo kao sistem društvenih normi predstavljaju značajan faktor u buđenju ekološke svesti i određivanju i sankcionisanju anti ekoloških ponašanja. Stotine miliona lica u svetu umiru ili gube zdravlje usled bolesti i invalidnosti, koje se mogu izbeći, a koje izaziva sredina u kojoj žive. Nažalost, ekološka svest još nije prodrla u šire slojeve naroda. Usled naglog porasta broja stanovnika na planeti i ubrzane industrijalizacije, dolazi do promena u biosferi, površinskom omotaču zemlje u okviru koga se razvija živi svet zajedno sa čovekom. Najveći broj zemalja razvio je intenzivnu zakonodavnu delatnost na području zaštite životne sredine, a posebno u vezi sa zaštitom vazduha od zagađivanja. Zakonodavne mere imaju prvenstveno preventivni karakter. Međutim, mnogo je lakše doneti propise, nego motivisati subjekte da se tih propisa pridržavaju. Ljudi su osnovni generatori ekološke krize.

Negativan odnos ljudi prema životnoj sredini uočen je rano.¹ Za razliku od svih prethodnih generacija čije je delovanje imalo lokalni karakter, delovanje savremene generacije u uslovima rasta

¹ Persijski prorok Mana je u 4. veku tvrdio da priroda nije božije delo, nego delo nečastivog, stvorena samo da bi čoveku zagorčala život. Zbog toga je on smatrao da je dužnost svakog čoveka da uništava prirodu. Đarmati, Š, *Zagađenje i zaštita vazduha*, Beograd: Beogradska politehnika – Visoka škola strukovnih studija, 2007.

tehničke i energetske moći, sve više poprima regionalni i globalni karakter. Čovek kao i druga živa bića, može da živi samo u prirodnoj sredini, a poremećena životna sredina preta da uguši i njega i druga živa bića. Zagađivanje atmosfere se pojavljuje sa razvojem moderne industrije i postaje sve ozbiljnije sa njenim rastom i razvojem. Danas se čovečanstvo suočava sa mogućim klimatskim promenama kao najvećom opasnošću za svoj život i opstanak na planeti.

Pravo je otkrilo stvarnu problematiku zaštite prirodne sredine čoveka i zbog toga ima značajno mesto u regulisanju i obezbeđenju sredstava, bez kojih se ne može voditi efikasna borba protiv pojava koje utiču na pogoršavanje prirodnih uslova života društva i čoveka.

IZVORI I DEJSTVA ZAGAĐENJA VAZDUHA

„Zovu je dolina smrti. Sumporni oblaci većito lebde nad celim krajem. Kada se sunce kloni zapadu, disk se jedva razabire kroz zavesu otrovnih gasova. Ribe u rekama doline su slepe, i sada su pravi mutanti – toliko su promenjene uticajima otrova da više ne liče na svoje normalne zdrave srodnike. U predgrađu ovog pakla, tečni otpaci obližnjih fabrika teku potocima. Jedna studija je pokazala da je stopa smrtnosti dece čak 35%, a novorođenčad sve češće dolaze na svet defektna – industrija rađa monstume“ - Opis grada Kumbatanjo u Brazilu.

O zagađivanju vazduha postoje istorijska svedočanstva iz perioda pre naše ere.² Najznačajniji izvori zagađivanja vazduha danas su: hemijska, naftna industrija i metalurgija; poljoprivreda; naselja i saobraćaj; ratna zagađivanja vazduha.

Zagađujuće supstance karakteriše:

1. Mutageno delovanje – Mutacije su molekularne promene gena, smanjivanje broja ili redosleda gena u hromozomima, koje se nasleđuju u sledećoj generaciji. Nasledna materija čoveka nikada nije bila izložena tako velikom broju hemijskih, fizičkih i bioloških agenasa, koji imaju potencijalno razorno dejstvo na nju.

2. Kancerogeno delovanje – Rak je poznat od 1775. godine kada je Persival Pot opisao rak skrotuma odžačara koji su se provlačili kroz fabričke dimnjake i tako bili u kontaktu sa značajnom količinom čađi. Takođe, rak mokraćnog mehurca je zapažen 1895. godine među radnicima hemijske industrije u Nemačkoj. Od raka pluća češće oboljevaju stanovnici koji žive u zagađenim gradovima u odnosu na seosko stanovništvo, a na smrtnost utiče promena koncentracije benzopirena u vazduhu. Broj kancerogenih supstanci je veliki, a prema podacima Međunarodne agencije za istraživanje raka, na listi se nalazi 783 kancerogena.

3. Embriotropno delovanje–Uticaj zagađenja na anomalije u razvoju ploda.³

² Tako je kralj Egipta Tukulti 900 god. pre nove ere, komentarisao miris postrojenja za asfalt u gradu Hit u blizini Vavilona, a 500 godina kasnije Hipokrat povezuje zagađivanje vazduha sa gradovima. Vazduh u Londonu je bio toliko zagađen da je kralj Edvard I svojim ukazom 1273. zapretio smrtnom kaznom svima koji bi za zagrevanje koristili ugalj. Događaj poznat kao „Veliki londonski smog“ desio se 1952. godine, kada je za sedam dana od posledica zagađenja vazduha umrlo oko 4.000 stanovnika Londona. Ibid, str. 49 – 50.

³ Ibid, str. 161-163.

Francuski medicinski autoritet dr Anri Pekinjo, svojevremeno je izjavio da bi se prosečni ljudski vek mogao produžiti za tri do pet godina, ako bi se zagađenost vazduha u visoko industrijalizovanim područjima smanjila za polovinu. On je takođe smatrao da bi se smanjenjem zagađenja vazduha moglo izbeći 25 odsto smrtnih slučajeva od raka pluća i 15 odsto od srčanih oboljenja.⁴

Posledice zagađenja vazduha po zdravlje ljudi, ali i ostalog živog sveta na planeti, su nesagledive. U ovom momentu nije dovoljno preduzeti samo mere u cilju sprečavanja daljeg povećanja obima zagađenja vazduha, već je neophodno i da se postojeće zagađenje dovede u granice koje neće štetiti zdravlju.

SCENARIO MOGUĆIH KLIMATSKIH PROMENA U BUDUĆNOSTI

Klimatske pojave imaju veliki uticaj na društvo, jer utiču na proizvodnju hrane, na pristup pijaćoj vodi i energiji. Sa preko 400 miliona ljudi koji žive u sušnim, suprotropskim i često prenaseljenim i ekonomski siromašnim oblastima, klimatske promene predstavljaju ozbiljnu opasnost za političku, ekonomsku i društvenu stabilnost.

Ekonomski napredak je povezan sa korišćenjem energije i emisijom gasova koji stvaraju efekat staklene bašte, pa se često iznosi tvrdnja da ekonomski napredak dovodi do klimatskih promena. Alternativna goriva, kontrola emisije štetnih gasova i akcije za očuvanje okoline su neophodni, ali se postavlja pitanje da li će nas sve to i koliko zaštititi od klimatskih promena. Konvencija UN je vrlo restriktivna i u njoj se klimatska promena definiše kao "promena klime izazvana direktnom ili indirektnom čovekovom aktivnošću koja menja sastav atmosfere." Međutim, klimatske promene mogu biti izazvane i prirodnim procesima. Ipak, ne mogu se osporiti činjenice da je atmosferska koncentracija ugljen – dioksida danas viša nego u proteklih 650.000 godina i da ubrzano raste, naročito u poslednje dve decenije. Svuda je uočljiv rast temperature vazduha i okeana i ubrzano otapanje snega i leda, što dovodi do porasta nivoa mora.

Po nekim scenarijima period globalnog zagrevanja je trajao do 2010. godine, a zatim u narednim godinama sledi promena u vidu zahlađenja. Planeta bi u tom slučaju mogla da se nađe na rubu anarhije, budući da će svaka zemlja težiti da sačuva svoje zalihe energije, hrane i vode, ali i da se domogne tuđih. Globalna stabilnost neće postojati, a ratovi će opet određivati čovekovu prirodu.⁵ Buš je za vreme svog predsedničkog mandata izjavio da je zagrevanje podvala, a klimatski ratovi iluzija. Javnost je ovo objasnila jačinom i uticajem naftnog lobijsa. Scenario Pentagona o posledicama mogućih klimatskih promena u ovom periodu, nije bio nimalo optimističan, ali se bar do danas nije obistinilo.⁶

⁴ Popović, S, *Zaštita voda i vazduha od zagađenja*, Beograd: NIP "Književne novine", 1975.

⁵ Schwartz, P., *Tajni izveštaj Pentagona „O klimi“*, Beograd: Službeni glasnik, 2008.

⁶ On je predviđao da će u Evropi oko 2012. godine strahovita suša i hladnoća da prisile skandinavsku populaciju da krene na jug. Oko 2020. godine bi učestale migracije iz severnih zemalja kao što su Holandija i Nemačka, na jug u Španiju i Italiju i sukobi oko hrane i snabdevanja vodom unutar EU mogli dovesti do njenog raspada. Oko 2030. godine mogle bi se povećati migracije prema mediteranskim zemljama, poput Alžira, Maroka, Egipta i Izraela, a blizu 10 procenata evropskog stanovništva bi se iselilo u druge zemlje. U Aziji bi regionalna nastabilnost uticala na Japan da razvija vojne planove i on bi u tom cilju sklopio strateški sporazum sa Rusijom u

Ovakvi događaji, ukoliko bi se realizovali, bili bi posledica suše u ključnim poljoprivrednim oblastima i oblastima oko glavnih naseljenih centara Evrope i istočne severne Amerike, pada prosečne godišnje temperature u proseku za 3 stepena Celzijusa u Aziji, Evropi i Severnoj Americi i rasta temperature u proseku za 2 stepena Celzijusa u oblastima Australije, Južne Amerike i južne Afrike. Zimske nepogode i vetrovi bili bi jači, a najviše bi se sa njima suočili zapadna Evropa i Pacifik.⁷ U takvim uslovima, bilo bi vrlo moguće da dođe do nestašice hrane zbog smanjenja poljoprivredne proizvodnje, nestašice i lošeg kvaliteta pijaće vode zbog poplava i suša i poremećenog pristupa strateškim mineralima zbog leda i oluja. Verovatno bi se SAD i države zapadne Evrope najbolje prilagodile naglim klimatskim promenama, jer u odnosu na brojnost sopstvene populacije imaju najviše resursa na koje se mogu osloniti. To bi dovelo do porasta još surovijeg mentaliteta po principu "ti imaš – ja nemam", izazivajući zavist prema narodima sa većim mogućnostima za preživljavanje. Takođe, to bi moglo dovesti do svaljivanja krivice, jer bi bogatiji narodi bili prinuđeni da koriste više energije i da u atmosferu emituju više gasova koji proizvode efekat staklene bašte.⁸ Klimatska promena je najveća prirodna, društvena i ekonomska pretnja sa kojom se suočava planeta, a pitanje je koliko smo toga zaista svesni i da li se sa njom možemo izboriti.

PRAVNO NORMIRANJE ZAŠTITE VAZDUHA OD ZAGAĐIVANJA

Protokol iz Kjota⁹ uz Okvirnu konvenciju Ujedinjenih nacija o klimatskim promenama¹⁰ je dodatak međunarodnom sporazumu o klimatskim promenama, koji je 1997. godine potpisan sa ciljem smanjivanja emisije gasova koji se smatraju glavnim uzročnicima porasta temperature na Zemlji, odnosno stvaranja efekta staklene bašte. Prema Protokolu iz Kjota, koji predstavlja najstrože ograničenje u vezi sa zaštitom životne sredine, industrijske zemlje su do 2012. godine morale da smanje emisiju štetnih gasova u atmosferu u proseku za pet odsto u odnosu na nivo emisije 1990. godine. Za njegovo stupanje na snagu bilo je potrebno da ga ratifikuju države koje čine najmanje 55% zagađivača. Ovaj uslov je ispunjen 16. februara 2005. godine kada je Rusija ratifikovala sporazum. Protokol je odmah naišao na prepreke, jer su političari u Americi odlučili da u Senatu odbiju sporazum. Sjedinjene Države su inače odgovorne za 36 % emisije gasova u industrijskom svetu.¹¹ Vlade koje ne ostvare dogovorene ciljeve, moraju da polože račun zbog neuspjeha.

vezi Sibira i sahalinskih energetske resursa. Kina bi intervenisala u Kazahstanu kako bi zaštitila naftovod koji bi napadali pobunjenici i razbojnici, a između nje i Japana bi došlo i do sukoba oko ruskih izvora energije. Sukobi u jugoistočnoj Aziji bili bi konstantni. Za SAD se predviđa talas izbeglica sa Karipskih ostrva na jugoistoku SAD i Meksika kao i velike evropske migracije u SAD, i to uglavnom imućnih ljudi. SAD bi obrazovale savez sa Kanadom i Meksikom, cena nafte bi skočila, a kineske i američke pomorske snage bi u Persijskom zalivu došle u direktan sukob. Ibid, 49 - 51.

⁷ Ibid, str. 33.

⁸ Ibid, str. 46.

⁹ Zakon o potvrđivanju Kjoto Protokola uz Okvirnu konvenciju UN o promeni klime, "Sl. glasnik RS", br. 88/07file://localhost/. http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf

¹⁰ Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije UN o promeni klime, "Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori", br. 2/97. (http://unfccc.int/files/essential_background/convention/background/application/pdf/convention_text_with_annexes_english_for_posting.pdf)

¹¹ Đarmati, Š, *op. cit.*, str. 204.

Srbija ima mogućnost da iskoristi period pre pristupanja EU kako bi promenila tehnologije i uspostavila industriju koja će moći da zadovolji uslove zaštite životne sredine kao i mogućnost da dobije povoljne kredite i investicije za restrukturiranje termoelektrana EPS, koje se smatraju glavnim emiterima ugljen – dioksida. Takođe, primena Kjoto protokola može da podstakne i strane investicije razvijenih zemalja čije firme ulažu u čiste tehnologije.

Dvonedeljna konferencija UN o klimatskim promenama, održana u Kopenhagenu u decembru 2009. godine sa ciljem da predstavnici 192 zemlje postignu međusobni sporazum čija bi primena imala za rezultat usporavanje globalnog zagrevanja, rezultirala je labavim dogovorom kojim su se zemlje učesnice složile da „prime na znanje“ završni dokument samita, Kopenhašku deklaraciju. Završni dokument je usaglasilo 26 zemalja, među kojima su i SAD, Kina, Indija, Brazil, Južnoafrička republika i vodeće zemlje EU, ali njegovo usvajanje nije prihvatio izvestan broj zemalja u razvoju (Sudan, Venecuela, Nikaragva, Bolivija, Kuba). Kopenhaška deklaracija je pravno neobavezujući dokument i njime se ostavlja na volju državama učesnicima da same odrede i saopšte svoje nacionalne ciljeve vezane sa smanjenje emisije štetnih gasova. Predviđeno je da se za pomoć zemljama u razvoju u borbi protiv globalnog zagrevanja obezbedi 100 milijardi dolara godišnje, počev od 2020. godine. Deklaracija ne sadrži konkretne cifre vezane za obaveze zemalja za smanjenje emisije štetnih gasova, bilo kratkoročno do 2020. godine, bilo dugoročno do 2050. godine i jedino navodi da porast globalne temperature u narednih sto godina treba održati unutar granice od dva stepena.

Sporazum u Parizu iz 2015. godine se nadovezuje na Konvenciju sa ciljem da se preduzmu potrebne mere u borbi protiv klimatskih promena, da se poboljša podrška za pomoć zemljama u razvoju i ojača globalni odgovor na pretnju koju klimatske promene nose sa sobom, ograničavanjem porasta temperature. Osim toga, on ima za cilj jačanje sposobnosti zemalja da se bave uticajem klimatskih promena. Sporazum takođe predviđa veću transparentnost delovanja. Sporazum u Parizu traži od svih strana da pokažu svoje napore kroz “nacionalno određivanje doprinosa” i jačanje tih napora u godinama koje dolaze. To uključuje zahteve da sve strane redovno izveštavaju o svojim emisijama i merama implementacije. Svakih pet godina će se procenjivati kolektivni napredak ka postizanju svrhe Sporazuma.¹² Sporazum je ratifikovalo 146 država od 197 potpisnica Okvirne konvencije UN o klimatskim promenama, a stupio je na snagu 4. novembra 2016. godine.

U Srbiji je Zakon o zaštiti vazduha stupio na snagu 23. 05. 2009. godine.¹³ Zakon o zaštiti vazduha je predvideo usvajanje Strategije zaštite vazduha. Strategija je osnovni dokument na osnovu koga se donose planovi kvaliteta vazduha, kratkoročni akcioni planovi i programi za smanjenje emisija zagađujućih materija u vazduhu koji moraju biti u saglasnosti sa njom. Strategiju donosi Vlada na period od šest godina. Ona treba naročito da sadrži ciljeve koje treba postići i aktivnosti koje će se preduzeti radi postizanja zadatih ciljeva. Akcioni plan sadrži konkretne mere koje se preduzimaju radi realizacije ciljeva Strategije, rokove za realizaciju ciljeva i nosioce aktivnosti. Zakonom je predviđeno i usvajanje Nacionalnog programa za postepeno smanjivanje godišnjih maksimalnih

¹² *Paris Agreement*, http://unfccc.int/files/home/application/pdf/paris_agreement.pdf

¹³ Zakon o zaštiti vazduha, “Sl. glasnik RS”, br. 36/2009.

nacionalnih emisija zagađujućih materija i Nacionalnog plana za smanjenje emisija iz postojećih postrojenja za sagorevanje. Ustanovljen je inspeksijski nadzor Ministarstva nad primenom odredaba zakona, koji vrši inspektor za zaštitu životne sredine, a propisane su i novčane kazne za pravno lice koje krši odredbe zakona.

U oblasti klimatskih promena je izrađen nacrt prvog zakona i to Zakona o smanjenju emisija gasova sa efektom staklene bašte, čiji je cilj uvođenje obaveze monitoringa i izveštavanje o emisijama gasova sa efektom staklene bašte iz industrijskih postrojenja.

UTICAJ KLIMATSKIH PROMENA NA LJUDSKA PRAVA

Klimatske promene podrazumevaju sve veću učestalost ekstremnih vremenskih događaja i prirodnih katastrofa, pa su tako porast nivoa mora, poplave, suše, nestašice vode, i širenje tropskih bolesti samo neke od negativnih posledica ovih promena. Ove pojave direktno i indirektno ugrožavaju ljude širom sveta i ometaju ih u punom i efektivnom uživanju niza ljudskih prava koja su garantovana međunarodnim dokumentima, uključujući: *Pravo na život* (član 3 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima i član 6 (1) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima);¹⁴ *Pravo na razvoj* (Član 1 (1) (2) Deklaracije o pravu na razvoj);¹⁵ *Pravo na imovinu* (Član 17 (1) (2) Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima);¹⁶ *Pravo na zdravlje* (Član 25 (1) (2) Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, čl. 24 Konvencije o osnovnim pravima deteta);¹⁷ *Pravo na hranu i vodu* (Član 11 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima);¹⁸; *Pravo na realizovanje građanskih i političkih prava*.

Koliki će biti negativan efekat ovih promena na pojedinca zavisi i od pola, starosti, zdravlja, invaliditeta, njegove kulturne ili etničke pripadnosti i geografskog podneblja u kome osoba živi, pa su u tom smislu zajednice i države koje se nalaze u sušnim područjima, niskim probalnim zemljama, oblastima arktičkog leda, posebno ugrožene.

¹⁴ “Svako ima pravo na život, slobodu i bezbednost ličnosti”. “Pravo na život je neodvojivo od čovekove ličnosti. Ovo pravo mora da bude zakonom zaštićeno. Niko ne može biti proizvoljno lišen života.”

¹⁵ “Pravo na razvoj je neotuđivo ljudsko pravo na osnovu koga svaki čovek i svi narodi stiču pravo učestvovanja, podsticanja i korišćenja rezultata državnog, društvenog, kulturnog i političkog razvoja u kome se u punoj meri mogu ostvariti sva ljudska prava i osnovne slobode.” “Ljudsko pravo na razvoj takođe podrazumeva ostvarenje prava naroda na samoodređenje, što prema odgovarajućim odredbama oba međunarodna pakta o ljudskim pravima, uključuje primenu neotuđivog prava naroda na puni suverenitet nad svim svojim prirodnim bogatstvima i resursima.”

¹⁶ “Svako ima pravo da poseduje imovinu sam i u zajednici sa drugima”. “Niko ne sme samovoljno biti lišen svoje imovine”.

¹⁷ “Svako ima pravo na standard života koji obezbeđuje zdravlje i blagostanje, njegovo i njegove porodice, uključujući hranu, odeću, stan i lekarsku negu i potrebne socijalne službe, kao i pravo na osiguranje u slučaju nezaposlenosti, bolesti, onesposobljenja, udovištva, starosti ili drugih slučajeva gubljenja sredstava za izdržavanje usled okolnosti nezavisnih od njegove volje.” “Majke i deca imaju pravo na naročito staranje i pomoć. Sva deca, rođena u braku ili van njega, uživaju jednaku socijalnu zaštitu.”

¹⁸ “Države ugovornice ovog Pakta priznaju pravo svakog lica na životni standard dovoljan za njega i njegovu porodicu, podrazumevajući tu i odgovarajuću ishranu, odevanje, stanovanje, kao i stalno poboljšanje životnih uslova.”

Veće za ljudska prava UN i Kancelarija Visokog komesara za ljudska prava, nastojali su skrenuti pažnju na uzročno-posledičnu vezu između poštovanja ljudskih prava i klimatskih promena kroz niz rezolucija, izveštaja i aktivnosti, pa se tako isticalo “da bi trebalo, kada se pristupi akciji za rešavanje klimatskih promena, poštovati, promovisati i uzeti u obzir pre svega obaveze država o ljudskim pravima”. Sa tim u vezi, ključne preporuke se odnose na preduzimanje aktivnosti u cilju ublažavanja klimatskih promena i sprečavanja njihovog negativnog uticaja na ljudska prava, obezbeđivanje potrebnih kapaciteta kako bi svi ljudi bili u mogućnosti da se prilagode klimatskim promenama, osiguranje odgovornosti i delotvoran pravni lek za povrede ljudskih prava prouzrokovanih klimatskim promenama, nužnost međunarodne saradnje, jednakost i nediskriminacija. Te preporuke se nalaze u podnesku OHCHR-a, Razumevanje ljudskih prava i klimatskih promena, sa 21. Konferencije potpisnica UNFCCC od 27. novembra 2015. godine.¹⁹ Visoki komesar UN-a za ljudska prava naglasio je odgovornost i obavezu svih država da osiguraju potpunu usklađenost između nastojanja da se unapredi zelena ekonomije, s jedne strane, i njihovih obaveza da zaštite ljudska prava s druge strane, u otvorenom pismu svoje stalne misije u Njujorku i Ženevi.

U Ženevi su se 9. februara 2015. godine okupili predstavnici delegata za UNFCCC i ljudska prava, stručnjaci i predstavnici civilnog društva kako bi razgovarali o ljudskim pravima i klimatskim promenama. Jedan od rezultata ovog sastanka je bio donošenje dobrovoljne inicijative koju predvodi Kostarika i koja je na početku podržana od strane 18 zemalja iz različitih regija, a do danas ima preko 30 potpisnica, kojom se zemlje obavezuju da olakšaju razmenu praksi i znanja između ljudskih prava i klimatskih stručnjaka na nacionalnom nivou.²⁰

Polazeći od Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, Bečke deklaracije i Programa delovanja, Deklaracije o pravu na razvoj i Agende za održivi razvoj do 2030, naglašeno je da su ljudska prava univerzalna, neotuđiva, nedeljiva, međuzavisna i međusobno povezana, te da se mora voditi računa o nediskriminaciji i jednakosti, učešću i uključivanju svih, odgovornosti i vladavini zakona. Konceptualni okvir za razvoj sadrži međunarodne standarde o ljudskim pravima u centru, a krajnji cilj je garancija svih ljudskih prava za sve i eliminacija diskriminacije i nepravedne raspodele moći. Deklaracija o pravu na razvoj i drugi instrumenti pozivaju da takve klimatske akcije, bilo individualne ili kolektivne, moraju biti u korist najugroženijih. Bez integrisanja ljudskih prava i ohrabriranja ljudi da učestvuju u formulisanju politike u oblasti klimatskih promena, ne može se osigurati odgovornost svih nosioca za svoje postupke, a krajnji rezultat bi trebao da bude adaptacija na klimatske promene, promocija alternativnih izvora energije, očuvanje šuma, projekti koji bi se bavili pošumljavanjem, planskim preseljenjem stanovništva i slično. Pristup zasnovan na ljudskim pravima poziva na odgovornost i transparentnost ne samo država, već i preduzeća koja imaju odgovornost da poštuju ljudska prava i ne čine štetu u okviru svojih aktivnosti.²¹

Postajući svesni da smo kao ljudska bića neodvojivo povezani sa eko sistemom na

¹⁹ *Understanding Human Rights and Climate Change*, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/COP21.pdf>

²⁰ *Promoting the Geneva Pledge for Human Rights in Climate Action*, <http://climaterights.org/our-work/unfccc/geneva-pledge/>

²¹ *Human Rights and Climate Change*, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/HRAndClimateChange/Pages/HRClimateChangeIndex.aspx>

planeti Zemlji, shvatamo da su rezultati aktivnosti koje preduzimamo ne uzimajući u obzir dobrobit svih živih bića i životne sredine koja nas okružuje, krajnje destruktivni i sa nesa- gledivim posledicama. Danas smo shvatili da nauka potvrđuje opasnost od kimatskih pro- mena na biljni i životinjski svet, koji su suštinski vredni i bespomoćni da se sami odbrane, kao i na sadašnje i buduće generacije ljudi. Uprkos tome, težnje ka dominaciji na tržištu i nedostatak odgovornosti korporativnih aktera, još uvek usporavaju i sprečavaju potpunu primenu pravnih propisa u oblasti međunarodnog i unutrašnjih prava.

STRATEGIJA ZAŠTITE VAZDUHA I MERE KOJE SE PREDUZIMAJU U BORBI PROTIV ZAGAĐIVANJA – ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Da bi se smanjile štete od zagađenja vazduha, preduzimaju se razne mere i aktivnosti na svetskom i nacionalnom planu. S tim u vezi, potrebno je:

1. pratiti kvalitet vazduha u urbanim i industrijskim sredinama i poboljšati nadzor i kontrolu svih emisija;
2. razviti nove proizvodne sisteme bez otpadaka;
3. obezbediti industrijskim preduzećima niskokamatne zajmove u cilju ugrađivanja efikasnih i savremenih uređaja za prečišćavanje industrijskih emisija;
4. ojačati službu inspeksijskih organa uvođenjem u njihov sastav stručnjaka za borbu protiv aerozagađivanja;
5. odrediti zone za lokaciju industrijskih, komunalnih i drugih javnih objekata koji mogu zagađivati vazduh u naseljima;
6. izmestiti i planirati magistralne i značajne gradske saobraćajnice izvan stambenog dela grada;
7. odrediti i povećati plaćanje doprinosa i taksi zbog zagađivanja atmosfere u većem obimu.²²

Ratifikacija Kjoto Protokola i usvajanje Zakona o zaštiti vazduha su dobra polazna osnova za unapređenje zaštite vazduha i životne sredine i realizovanje obaveza u skladu sa klimatsko – energetskim paketom EU 2020, koji predstavlja set obavezujućeg zakonodavstva za ostvarenje predviđenih ciljeva u oblasti klime i energije do 2020. godine. Ovi ciljevi su poznati i kao "20-20-20" i obuhvataju: smanjenje emisije gasova sa efektom staklene bašte za 20% u odnosu na nivo iz 1990. godine, povećanje udela potrošnje energije iz obnovljivih izvora na 20% i povećanje energetske efikasnosti za 20%.²³ Njihovo realizovanje predstavlja polaznu osnovu za realizaciju ciljeva iz Okvira 2030, od kojih su najbitniji smanjenje emisije gasova sa efektom staklene bašte za najmanje 40%, povećanje udela obnovljive energije za najmanje 27% i povećanje energetske efikasnosti za najmanje 27%.²⁴

Međutim, neophodno je da građani postanu svesni potrebe da se životna sredina zaštititi, jer u njoj žive i drugu nemaju. Svako dalje pogoršanje njenog kvaliteta odraziće se i na kvalitet ljudskog života. Takođe, potrebno je podići kvalitet informisanja i unaprediti izveštavanje o stanju životne sredine, kroz veće učešće medija i obrazovnih institucija u edukaciji u oblasti zaštite životne sredine. Kvalitet vazduha i životne sredine, kao i njihov

²² Popović, S, *op. cit.*, str. 227-234.

²³ Videti EU 2020 *Climate and Energy Package*, https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020_en

²⁴ Videti EU 2030 *Climate & Energy Framework*, https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_en

direktan uticaj na klimatske promene, zavise od ljudi i pozitivne promene se neće dogoditi dok svi ne postanemo svesni te činjenice, uz aktivno uzimanje učešća u preduzimanju neophodnih mera.

LITERATURA

- Darmati, Š, *Zagađenje i zaštita vazduha*, Beograd: Beogradska politehnika – Visoka škola strukovnih studija, 2007.
- EU 2020 Climate and Energy Package, https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020_en
- EU 2030 Climate & Energy Framework, https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_en
- Human Rights and Climate Change, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/HRAndClimateChange/Pages/HRCClimateChangeIndex.aspx>
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, <http://www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/05bosniak/BIntCovCivilPoliticalRights.pdf>
- Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/lubbra/PESK.pdf>
- Paris Agreement, http://unfccc.int/files/home/application/pdf/paris_agreement.pdf
- Popović, S., *Zaštita voda i vazduha od zagađivanja*, Beograd: NIP „Književne novine“, 1975.
- Promoting the Geneva Pledge for Human Rights in Climate Action, <http://climaterights.org/our-work/unfccc/geneva-pledge/>
- Schwartz, P, *Tajni izveštaj Pentagona 'O klimi'*, Beograd: Službeni glasnik, 2008.
- Understanding Human Rights and Climate Change, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/COP21.pdf>
- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, http://www.poverenik.rs/images/stories/Dokumentacija/54_ldok.pdf
- Zakon o zaštiti vazduha, „Sl. glasnik RS“, br. 36/09 i 10/13.
- Zakon o potvrđivanju Kjoto Protokola uz Okvirnu konvenciju UN o promeni klime, „Sl. glasnik RS“, br.88/07. <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf>
- Zakon o potvrđivanju Okvirne konvencije Ujedinjenih nacija o promeni klime, „Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori“, br.2/97. http://unfccc.int/files/essential_background/convention/background/application/pdf/convention_text_with_annexes_english_for_posting.pdf

Ana Čović Ph.D

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade; tankosicana@yahoo.com

Influence of the Air Pollution on Humans and the Climate Change

Abstract: Climate change is one of the biggest challenges that humanity faces today. For this reason, the legal standardization of environmental protection is given more importance than in previous years. In International law and the internal law of the States, Environmental Law, as a relatively young branch of law, is an important factor in raising awareness of the importance of this issue and the responsibility of every individual in the process of its overcoming. The necessity of collective action, in this area is necessary. This paper will discuss people's attitudes towards the environment through the history, causes and consequences of its pollution, with special reference to the legal regulations in the field of the air protection.

Keywords: Protection of the Air, Environment, Environmental Law, Climate Change.

DOI: 10.7251/GFP1707260K

UDC: 343.197:341.322.5(497.6)

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
26. maj 2017.*Datum prihvatanja rada:*
22. jun 2017.

Krivičnoprocesno zakonodavstvo BiH kao normativna pretpostavka efikasnosti postupanja u krivičnim stvarima

Rezime: Bosna i Hercegovina spada u red svega nekoliko evropskih država koje su u zadnje vrijeme donijele svoje nove, sistemske procesne zakone kojima je na bitno drugačiji način uređen krivični postupak. Tendencije savremene nauke krivičnog procesnog prava i rješenja savremenog komparativnog krivičnog procesnog zakonodavstva po pitanju stvaranja normativne osnove za povećanje efikasnosti krivičnog postupka, našli su, sasvim opravdano, svoje mjesto i u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. U okviru brojnih mjera koje se preduzimaju s ciljem povećanja efikasnosti krivičnog postupka posebno mjesto pripada upravo pojednostavljenim formama postupanja u krivičnim stvarima. U tom kontekstu, izvršena je sistemska reforma krivičnog procesnog zakonodavstva, kako na nivou Bosne i Hercegovine, tako i u njenim entitetima i Brčko Distriktu BiH koja je otvorila potpuno novi pristup krivičnom postupku, u kome se akcenat stavlja ne samo na pojačavanje zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda, nego i na efikasnost samog postupka.

Ključne riječi: efikasnost krivičnog postupka, pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima, optužnice, sudske odluke.

Mr

Dragana Kosić

*Magistar pravnih nauka,
viši inspektor Ministarstva
unutrašnjih poslova, Uprave
kriminalističke policije,
Jedinice za privredni
kriminalitet u Banja Luci,
dragana.kosic@yahoo.com*

UVODNA RAZMATRANJA

Jedno od obilježja krivičnog procesnog zakonodavstva u državama na teritoriji bivše SFRJ u prvoj deceniji ovog vijeka je i stalnost procesa reformi kojima je cilj stvaranje normativne osnove za efikasniji krivični postupak. Ovako formulisan cilj reforme zasnovan je ne samo na činjenici da je efikasnost krivičnog postupka jedan od važnijih opšte prihvaćenih pravnih standarda međunarodnog karaktera, već i na tome da je jedino efikasan krivični postupak instrument uspješne borbe protiv kriminaliteta i kao takav odgovara ciljevima i generalne i specijalne prevencije.¹ U savremenom krivičnom postupku sve

¹ Simović, M. (2012), Aktuelna pitanja materijalnog i procesnog krivičnog zakonodavstva: normativni i praktični aspekt, *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)*, str. 11-42, Zlatibor, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i

važniji postaju instituti koji omogućavaju njegovo skraćivanje ili brži završetak na osnovu saradnje okrivljenog sa organima krivičnog postupka. Među tim institutima su, između ostalih, imunitet svjedoka, izjašnjenje o krivici, pregovaranje o krivici i postupak za izdavanje kaznenog naloga. Oni su u mnogim državama sve prisutniji i istovremeno se širi lepeza njihovih pojava oblika.²

Kako to smatra profesorica H. Sijerčić-Čolić³, krivični postupak i krivično procesno pravo su „proizvodi“ razvoja pravne i socijalne države i ljudske civilizacije. U svom sadašnjem (ili aktuelnom) obliku oni su rezultat složenih i dugotrajnih historijskih procesa, koje konstantno prati, na jednoj strani, promocija osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao i njihova zaštita u kontekstu kriminalne politike, krivičnog prava i međunarodnog krivičnog prava, i na drugoj strani, zahtjevi (danas sve glasniji) za postizanjem zapaženih rezultata u borbi protiv kriminaliteta, naročito onih njegovih oblika koji dovode u pitanje međunarodnim, ustavnim i krivičnim pravom zaštićene vrijednosti ljudskog roda i društva.⁴

Od prijema Bosne i Hercegovine u članstvo Ujedinjenih naroda u proljeće 1992. godine pa do prijema u članstvo Vijeća Evrope deset godina kasnije, kao i poslije toga s obzirom na procese oko uključenja Bosne i Hercegovine u druge evropske integracije, njen pravni poredak je suočen s potrebom mijenjanja ili dogradnje instituta koji su postojali od ranije, kao i aktivnog prihvatanja instituta koji nisu do danas egzistirali na ovim prostorima, ali jesu u drugim državnim i pravnim zajednicama.⁵ Bosna i Hercegovina spada u red svega nekoliko evropskih država koje su u zadnje vrijeme donijele svoje nove, sistemske procesne zakone kojima je na bitno drugačiji način uređen krivični postupak.⁶ Poslije potpisivanja Dejtonskog mirovnog sporazuma u novembru 1995. godine, u Bosni i Hercegovini se intenzivnije preduzimaju reformski koraci u sistemu krivičnog pravosuđa i krivičnom (materijalnom, procesnom i izvršnom) zakonodavstvu. Sveobuhvatnije, intenzivnije i radikalnije reforme krivičnog zakonodavstva, i naročito krivičnog procesnog prava, razvijaju se nakon donošenja Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine⁷ i Tužilaštvu Bosne i Hercegovine.⁸

praksu, (str. 11). Opširnije: Bejatović, S. (2010), Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije i efikasnost krivičnog pravosuđa, *Reforma krivičnog pravosuđa, Tematski zbornik radova*, str. 1-26, Niš, Pravni fakultet, (str. 2).

² Janković, R. (2016), *Postupak za izdavanje kaznenog naloga u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (doktorska disertacija)*, Banja Luka, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, (str. 1-2).

³ Profesorica H. Sijerčić-Čolić je učestvovala u izradi Nacrta zakona o krivičnom postupku BiH i Nacrta zakona o krivičnom postupku Federacije BiH.

⁴ Sijerčić-Čolić, H. (2012), Aktuelna pitanja krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini (ustavnopravni, legislativni i praktični aspekti), *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)*, str. 288-316, Zlatibor, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 290).

⁵ *Ibidem*.

⁶ Bubalović, T. (2008), *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17.6.2008.*, Zagreb, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 15, Broj 2/2008, str. 1129-1157, (str. 1132).

⁷ Sud Bosne i Hercegovine osnovan je Odlukom visokog predstavnika za Bosnu i Hercegovinu u decembru 2000. godine. Zakon o sudu BiH je objavljen u *Službenom glasniku BiH* br. 29/2000, 24/2002, 3/2003, 42/2003, 37/2003, 9/2004, 4/2004, 35/2004, 61/2004, 32/2007, 97/2009. Službena prečišćena verzija Zakona o sudu BiH objavljena je u *Službenom glasniku BiH* br. 49/2009.

⁸ Parlament Bosne i Hercegovine je u oktobru 2003. godine usvojio Zakon o tužilaštvu Bosne i

Ne ulazeći detaljnije u program reformi u oblasti krivičnog pravosuđa i krivičnog zakonodavstva, možemo konstatovati da su dotadašnje duboke promjene u društvenom, ekonomskom i političkom životu Bosne i Hercegovine (ali i šire) potaknule donošenje novog krivičnog procesnog zakonodavstva (kao i materijalnog i izvršnog) kako na nivou Bosne i Hercegovine tako i u entitetima i Brčko distriktu Bosne i Hercegovine.⁹

Reforme krivičnog pravosuđa, krivičnog zakonodavstva, i naročito, krivičnog procesnog prava u Bosni i Hercegovini odlikuju se mnogim specifičnostima. Uzroke reformi treba tražiti u složenim i naglim promjenama u društvenom, političkom, ekonomskom, socijalnom i pravnom sistemu BiH, kao složene multietničke države¹⁰ koja se sastoji od dva entiteta Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine i distrikta Brčko Distrikt.¹¹ Primarni ciljevi reforme su bili: efikasnost krivičnog postupka u smislu propisivanja pravnog instrumentarija za borbu protiv kriminaliteta i suzbijanje njegovih negativnih i destruktivnih posljedica, zaštita temeljnih i međunarodnim pravom afirmisanih prava i sloboda učesnika u krivičnom postupku, naročito pretpostavljenog izvršioca krivičnog djela, otklanjanje dugotrajnosti krivičnog postupka i uticanje na ubrzanje krivičnog postupka u smislu otklanjanja onih prepreka koje usporavaju tok konkretnog krivičnog postupka, rastećenje krivičnog pravosuđa pojednostavljenjem procesnih oblika i instituta kroz koje se razvija krivični postupak za lakša krivična djela, odnosno krivična djela koja u ukupnom fundusu materijalnog krivičnog prava čine oko 80% propisanih inkriminacija. Opsežna sistemaska reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini okončana je donošenjem Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine¹² koji je stupio na snagu 1. marta 2003. godine (U Republici Srpskoj Zakon¹³ je stupio na snagu 1. jula 2003. godine, u

Hercegovine, koji je donesen Odlukom visokog predstavnika u avgustu 2002. godine. Zakon o tužilaštvu Bosne i Hercegovine objavljen je u *Službenom glasniku BiH* br. 24/2002, 3/2003, 37/2003, 42/2003, 9/2004, 35/2004, 61/2004, 97/2009. Službena prečišćena verzija Zakona o tužilaštvu BiH objavljena je u *Službenom glasniku BiH* br. 49/2009.

- ⁹ Sijerčić-Čolić, H. (2012), *Aktuelna pitanja krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini (ustavnopravni, legislativni i praktični aspekti)*, *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)*, str. 288-316, Zlatibor, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 291-292).
- ¹⁰ Pored specifičnosti BiH u nizu pitanja pravne prirode, počev od njenog ustavnog uređenja, BiH je specifična i u području krivično-procesnog zakonodavstva. Naime, krivični postupak u BiH uređuju četiri zakonotvorca (BiH, dva entiteta i Brčko distrikt BiH), pa odatle i četiri zakona o krivičnom postupku. Gotovo da nema države, bilo jedinstvenog ili složenog oblika uređenja, u kojoj krivični postupak nije uređen jednim zakonom. Hodžić, S. (2011), *Neka otvorena pitanja krivičnog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, str. 397-415, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 397).
- ¹¹ Sijerčić-Čolić, H. (2003), *Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine s posebnim osvrtom na novo krivično procesno pravo*, Zagreb, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 10, Broj 1/2003, str. 181-208, (str. 181).
- ¹² Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik u BiH*, br. 3/2003, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 76/2006, 29/2007, 32/2007, 53/2007, 76/2007, 15/2008 i 58/2008.
- ¹³ Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 50/2003, 111/2004, 115/2004, 29/2007, 68/2007, 119/2008, 55/2009, 80/2009, 88/2009, 92/2009, 100/2009; prečišćen tekst 53/2012.

Federaciji BiH¹⁴ 1. avgusta 2003. godine, a u Brčko Distriktu¹⁵ 1. jula 2003. godine). Tim je zakonom stvorena pravna osnova i normativni okvir za novi krivični postupak u BiH, bitno drugačiji od modela uređenog Zakonom o krivičnom postupku SFRJ iz 1977. godine koji je do tada bio u primjeni. Nakon nekoliko parcijalnih izmjena, zakonodavac je značajnije izmjenio i dopunio taj zakon donošenjem izmjena i dopuna Zakona o krivičnom postupku 2008. godine.¹⁶

Savremeno krivično procesno zakonodavstvo razlikuje se i po modelu krivičnog postupka, te posebno po strukturi procesnih pravila kojima se uređuje krivični postupak. Prema modelu krivičnog postupka razlikuju se: akuzatorski, inkvizitorski i mješoviti evropsko-kontinentalni model krivičnog postupka. Nakon iščezavanja inkvizitorskog i akuzatorskog postupka preuzimanjem modifikovanih ranijih procesnih formi, došlo je do pojave novog modela krivičnog postupka koji se najčešće označava kao „akuzatorsko-inkvizitorski“ ili „mješoviti“ model krivičnog postupka. Svi aktuelni evropski sistemi krivičnog postupka sadrže i pojedine elemente iz drugih modela što je uzrokovano zajedničkim svojstvima evropskih sistema krivičnog postupka, ali i neophodnošću za sve većom saradnjom u području suzbijanja najtežih oblika kriminaliteta.¹⁷

U tom kontekstu, reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini odnosno Republici Srpskoj otvorila je potpuno novi pristup krivičnom postupku, u kome se akcenat stavlja ne samo na pojačavanje zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda, nego i na efikasnost samog postupka. Zakonodavac u Bosni i Hercegovini je efikasnost krivičnog postupka prvenstveno uredio propisujući situacije u kojima se postupak može završiti u određenoj fazi, kao i uvođenjem novih oblika skraćenog postupka.¹⁸

I struktura kriminaliteta opravdava pojavu pojednostavljenih krivičnoprocesnih formi. U ukupnom kriminalitetu dominira tzv. sitni ili masovni. Ovi postupci su se izvorno predviđali za lakša, ali u poslednje vrijeme i za srednje teška krivična djela.¹⁹ Pretpostvaka

¹⁴ Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/2003, 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 08/13, 59/14.

¹⁵ Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikt BiH*, br. 10/2003, 48/2004, 6/2005, 12/2007, 14/2007, 21/2007, 2/2008, 17/2009, prečišćen tekst 44/2010, 9/2013, prečišćen tekst 33/2013, 27/14.

¹⁶ Bubalović, T. (2008), *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17.6.2008*, Zagreb, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 15, Broj 2/2008, str. 1129-1157, (str.1129-1130).

¹⁷ Simović, M. (2009), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (zakonska rješenja i iskustva u dosadašnjoj praksi)*, *Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja*, str. 195-223, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravu teoriju i praksu, str. 195.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ S obzirom da se većina autora zalaže da se izbor krivičnopravnih sankcija zasniva na podjeli krivičnih djela na laka (kazna zatvora do 5 godina), srednje teška (kazna zatvora od 5 do 10 godina), teška (kazna zatvora od 10 do 20 godina) i najteža krivična djela (kazna dugotrajnog zatvora), smatramo cjelishodnim, u ovom radu, prihvatiti ovakvu podjelu krivičnih djela. Više o diobi krivičnih djela vidjeti u: Stojanović, Z. (2002), *Krivično pravo, opšti deo, (šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje)*, Beograd, Službeni glasnik.

je da su ova krivična djela manjeg društvenog značaja i da ne opravdavaju angažovanje materijalnih sredstava, personala i vremena u istom obimu kao i teža djela.²⁰

Danas se sa sigurnošću može konstatovati da su pojednostavljene - uprošćenje forme postupanja u krivičnim stvarima jedan od važnijih instrumenata efikasnosti krivičnog postupka. Kao takve namijenjene su suđenju za jednostavnije krivične slučajeve. Ako se ovome doda i činjenica da upravo ova grupa krivičnih djela u ukupnoj strukturi kriminaliteta zauzima značajno mjesto onda značaj ovih postupaka još više dobija na svom intezitetu. Uz to, kad se govori o kriminalno-političkoj opravdanosti ovih postupaka nužno je imati u vidu i još jednu činjenicu. To je da ovi postupci svojom praktičnom primjenom, putem rasterećenja sudova daju i direktan doprinos povećanju kvaliteta suđenja za teže krivične slučajeve, jer sudovima ostaje više prostora za teže i komplikovanije krivične predmete. Pored ovog, u prilog opravdanosti ovakve jedne konstatacije govori i činjenica da je već poodavno postalo kristalno jasno da je redovni krivični postupak, kao opšta univerzalna forma postupanja u krivičnim stvarima, sa svojom složenom strukturom koja podrazumjeva istragu, optuženje, pripremanje glavnog pretresa i glavni pretres opravdan samo za teže krivične slučajeve. Ova forma krivičnog postupka kad je riječ o lakšim, manje složenim krivičnim slučajevima pokazuje se kao suvišno i nepotrebno, kriminalno-politički neopravdano rasipanje vremena, truda i sredstava. U ovakvim slučajevima je ne samo opravdano već i nužno odstupanje od tako predviđene opšte procedure kao pravila i njeno uprošćavanje koje ima za cilj brz i kratak postupak, postupak prilagođen značaju djela, ličnosti izvršioca, okolnostima pod kojim je djelo izvršeno i stanju dokaznog materijala, ali tako pojednostavljen da ne remeti ravnotežu između nužnosti zaštite osnovnih sloboda i prava okrivljenog i potrebe za efikasnošću krivičnog postupka, za šta nije lako naći pravu mjeru, mora se priznati.²¹

DA LI I U KOJOJ MJERI JE KRIVIČNI POSTUPAK RACIONALAN ?

Krivični postupak je pravni odnos koji nastaje između procesnih subjekata (suda i stranaka), povodom zahtjeva za raspravljanje krivičnopravne stvari, koji pretpostavlja osnovanu sumnju da je učinjeno krivično djelo kao uslov zasnivanja konkretnog odnosa, sastoji se u vršenju njihovih prava i obaveza (procesnih funkcija), u cilju pravilne primjene krivičnog materijalnog prava, a u krajnjoj liniji radi zaštite društva od kriminaliteta.²² I pored izrazito racionalnog karaktera koji daje pečat savremenoj zapadnoj kulturi, mogla bi se dovesti u pitanje potpuna saobraženost nekih društvenih i pravnih institucija racionalnim zahtjevima. Ova sumnja se pokazuje opravdanom i na terenu postojećeg sistema krivičnog pravosuđa. Naime, nameće se pitanje da li on obezbjeđuje adekvatno mjesto postulatima racionalnosti; ako ne, da li su i do kojih granica moguće intervencije? Odgovor na ovo pitanje podrazumjeva da je prethodno određena kategorija racionalnosti. Ne zadovoljavajući se postojećim shvatanjima racionalnosti u okviru pravne i pravnosociološke misli, profe-

²⁰ Janković, R. (2016), *Postupak za izdavanje kaznenog naloga u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (doktorska disertacija)*, Banja Luka, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, (str. 2).

²¹ Bejatović, S. (2009), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i njihov doprinos efikasnosti krivičnog postupka*, *Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja*, str. 77-105, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 82).

²² Brkić, S. (2010), *Klasifikacija procesnih formi u krivičnom procesnom pravu Srbije*, *Zbornik radova*, Broj 3/2010, str. 275-303, Novi Sad, Pravni fakultet, (str. 282).

sor Brkić je razvila sopstvenu koncepciju racionalnosti kao kompleksnog svojstva prava, koja predstavlja sintetički izraz efikasnosti, efektivnosti, ekonomičnosti i legaliteta.²³ S obzirom na ograničenim obim ovoga rada, a imajući u vidu temu istoga, mi ćemo se posvetiti efikasnosti krivičnog postupka.

EFIKASNOST KRIVIČNOG POSTUPKA KAO OPŠTEPRIHVACENI PRAVNI STANDARD I NJEGOV DOPRINOS PREVENCIJI KRIMINALITETA

Osnovni cilj krivičnog postupka je utvrđivanje istine. Treba priznati da je najpogodnije vrijeme za obavljanje toga posla prije glavnog pretresa, jer ono što je utvrdila policija ili tužilac često ima veću stvarnu vrijednost od materijala koji je kasnije ustanovljen u sudnici.²⁴ S druge strane, jedna od važnijih osobenosti savremene nauke krivičnog procesnog prava, a time i savremenog krivičnoprocesnog zakonodavstva čija rješenja prate tendencije nauke, jeste zahtjev za efikasnošću krivičnog pravosuđa.²⁵ Efikasnost kao komponenta racionalnosti, najprije se može odrediti polazeći od opšteg značenja efikasnosti kao uspješnosti (lat. *Efficax, acis-djelatan, uspješan*). Efikasnost prava se najčešće definiše kao pravu svojstvena sposobnost da se realizuje, pri čemu je moguć raskorak između efikasnosti na nivou pojedinih pravnih normi i pravnog poretka u cjelini: efikasnost pravnog poretka se pokazuje kao uslov njegovog važenja, koje ne pretpostavlja nužno i efikasnost svake pojedine norme.²⁶

Pitanje efikasnosti krivičnog postupka, odnosno postupanja, jeste pitanje koje je od uvijek, a naročito zadnju deceniju, privlačilo pažnju ne samo naučne i stručne javnosti, nego i javnosti uopšte.²⁷ Zahtjev za efikasnošću krivičnog postupka, kako to smatra profesor Bejatović,²⁸ je postao jedan od važnijih osobenosti savremene nauke krivičnog prava, a time i savremenog krivičnoprocesnog zakonodavstva čija rješenja prate tendencija nauke.²⁹ On je, sasvim opravdano, jedan od međunarodnih pravnih standarda ove oblasti kao cjeline.³⁰

²³ Više vidjeti u: Brkić, S. (2009), Pojednostavljene forme krivičnog postupanja i postupak njihovog ozakonjenja u Republici Srbiji, *Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo*, str. 159-205, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 161).

²⁴ Grubač, M. (1984), Racionalizacija krivičnog postupka uproščavanjem procesnih formi, *Zbornik radova, God. XVIII, Broj 1-3*, str. 285-296, Novi Sad, Pravni fakultet, (str. 289).

²⁵ Bejatović, S. (2010), Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije i efikasnost krivičnog pravosuđa, *Reforma krivičnog pravosuđa, Tematski zbornik radova*, str. 1-26, Niš, Pravni fakultet, (str. 2).

²⁶ S. Brkić, *op. cit.*, str. 159.

²⁷ Radulović, D. (2011), Efikasnost krivičnog postupka i prevencija kriminaliteta, *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, str. 125-139, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 125).

²⁸ Bejatović, S. (2009), Efikasnost postupanja u krivičnim stvarima kao prioritetan zadatak reforme krivičnoprocesnog zakonodavstva, *Revija za kriminologiju i krivično pravo, Broj 3/09*, (str. 24).

²⁹ Više vidjeti u: Bejatović, S. (2008), Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava i krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije, *Revija za kriminologiju i krivično pravo, Broj 3/08*, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.

³⁰ Bejatović, S. (2015), Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (norma i praksa), Beograd, *Nauka, bezbednost i policija - Žurnal za kriminalistiku i pravo, Broj 2*, str. 27-55, (str. 28).

Savremenu nauku krivičnog procesnog prava, kao i savremenu nauku krivičnog prava uopšte karakterišu tri veoma važne osobenosti. To su njena dinamičnost, znatan stepen univerzalnosti i njen sve veći uticaj na zakonodavna rješenja konkretne zemlje bez obzira na njene nacionalne i druge specifičnosti.³¹ Nakon ovog, danas više nego ikada ranije, dolazi do sve većeg smanjenja razlike u krivičnoprocesnim zakonodavstvima pojedinih zemalja, odnosno danas više nego ikada prije pojedini krivičnoprocesni instituti, bez obzira iz kojih sistema (kontinentalnog ili anglosaksonskog) potiču, dobijaju sve više karakter univerzalnosti i kao takvi bivaju inkorporirani u najveći broj nacionalnih krivičnoprocesnih zakonodavstava.³² Reforme krivičnog postupka izvršene u evropskim zemljama posljednjih deceniju-dvije pokazuju da nisu isključivo rezultat razvoja nacionalnog zakonodavstva zasnovanog na sopstvenoj pravnoj tradiciji dotičnih država, te se drugačiji proces ne može očekivati ni kod nas.³³ Ekspeditivnost u suđenju jeste međunarodni pravni standard. Proklamovana je, bilo kao pravo okrivljenog da mu bude suđeno bez nepotrebnog odugovlačenja bilo kao pravo saslušavanja i raspravljanja slučaja u razumnom roku.³⁴ Četiri su ključne okolnosti koje utiču na ovakvo stanje današnje nauke ove grane prava, odnosno ovakvih osobenosti krivičnoprocesnog zakonodavstva posmatrano uopšte. Prva okolnost leži u prirodi i težini kriminaliteta, a posebno njegovih najtežih oblika koji sve više dobijaju internacionalni karakter usljed čega se javlja kao neminovnost i preduzimanje koordiniranih, usaglašanih, zajedničkih akcija na polju borbe protiv istog, i to ne samo na regionalnom, već i na nivou društva kao cjeline. Već poodavno iza nas su vremena kada je borba protiv kriminaliteta, a posebno njegovih najtežih oblika, bila samo nacionalni problem. O tome ubjedljivo govori dosadašnji razvoj krivičnopravne nauke i određena njena dostignuća koja koristi savremeni civilizovani svijet.³⁵ I upravo može se reći da se u tome nalazi i kriminalno-politički smisao i opravdanost održavanja komunikacija i davanja informacija o stanju i dostignućima nauke krivičnog prava u pojedinim zemljama i na pojedinim regionima i kontinentima koje se ostvaruju na međunarodnom planu putem Ujedinjenih nacija, regionalnih međunarodnih organizacija i institucija. Druga okolnost od uticaja na konstatovanu osobenost današnje krivičnoprocesne, odnosno krivičnopravne nauke uop-

³¹ Bejatović, S. (2009), Međunarodni pravni standardi u oblasti krivičnog procesnog prava i način njihove implementacije u Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, *Zakonodani postupak i Kazneno zakonodavstvo*, str. 75-119, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 77-78).

³² Ovo je slučaj sa raznim vidovima pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima, što je i tema ovog rada.

³³ Đurđić, V. (2009), Komparativnopravna rješenja o prethodnom krivičnom postupku i njihova implementacija u srpsko krivičnoprocesno zakonodavstvo, *Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo*, str. 135-158, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 139).

³⁴ Savjet Evrope posjeduje čitav niz instrumenata iz oblasti kaznene (krivične) pravde, u kome su inkorporirani određeni standardi, koji se odnose na ubrzanje krivičnog postupka, kao što je „suđenje u razumnom roku“, pojednostavljivanje postupka i „skretanje“ postupka prema drugim oblicima rješavanja kazneno-pravnih predmeta. N Matovski, M. (2009), Međunarodni pravni standardi o kaznenom (krivičnom) postupku, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Broj 3/09, str. 285-303, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 295).

³⁵ Na uobličavanje zakonskih rješenja pojedinih procesnih instituta, načela ili faza, pa i čitavog krivičnog postupka, daleko je veći upliv uporednopravnih rješenja i opšteprihvaćenih pravnih standarda, pod čijim uticajem zakonodavna regulativa sve češće odstupa od pravnog nasljeđa. V. Đurđić, *op. cit.* str. 139.

šte, sadržana je u jakom i sasvim opravdanom uticaju nauka i naučnih saznanja u drugim oblastima koje se ubrzano razvijaju u poslednjim decenijama i pokazuju rezultate sa značajnim implikativnim mogućnostima i u krivičnom postupku.³⁶ Kao ilustracija može se navesti snažan razvoj medicinskih i tehničkih nauka koje imaju veliki uticaj na nemali broj pitanja krivičnog procesnog prava posmatrano uopšte.³⁷ Zatim, tu spadaju i mnogobrojna empirijska istraživanja u mnogim zemljama koja su dovela do nemalog broja novih saznanja o pitanjima vezanim za krivični postupak, kao i praktična iskustva pojedinih zemalja u vezi sa ovim vidom suprotstavljanja kriminalitetu. Dalje, tu je i izmijenjeni pristup slobodama i pravima ne samo okrivljenog i lica oštećenog krivičnim djelom, već i drugih učesnika krivičnog postupka, kao jednom od najvećih vrijednosti savremenog čovječanstva, vrijednosti čijim se seizmografom, sasvim opravdano, smatra upravo krivično procesno pravo, odnosno krivičnoprocesno zakonodavstvo kao njegov rezultat. Ha kraju, ali nikako manje važno, jedna od veoma bitnih okolnosti od uticaja na rješenja nemalog broja pitanja krivičnog procesnog prava jeste i sve veća uloga i značaj međunarodnog krivičnog prava i međunarodnih pravosudnih institucija o čemu će kasnije biti riječi u ovom radu, u dijelu koji je posvećen, u cjelosti, međunarodnim pravnim standardima i njihovom uticaju na nacionalno krivično procesno zakonodavstvo.³⁸ Odnos države prema pravima građana u krivičnom postupku jedno je od osnovnih pitanja krivičnog postupanja, kako s aspekta normativnih rješenja, tako i s aspekta praktične primjene. Taj se odnos uvijek iskazuje postojanjem dviju međusobno suprotstavljenih težnji: težnje za djelotvornošću krivičnog postupka i težnje za zaštitom prava građana u krivičnom postupku. Međutim, u svakodnevnoj praksi krivičnog postupanja tu je ravnotežu gotovo nemoguće postići. Budući da je cilj uvođenja i izgradnje skraćenih oblika krivičnog postupka pojednostavljenje i povećanje učinkovitosti krivičnog postupka, koje se postiže manjim formalizmom i sužavanjem procesnih garancija, neizbježno dolazi do poremećaja ravnoteže između pomenutih težnji u krivičnom postupku. Takva konstrukcija postupka nastoji se opravdati malim značajem i manjom težinom krivičnih djela, te izričitim ili prećutnim pristankom okrivljenog na primjenu konkretnog oblika skraćenog postupka.³⁹

Savim je jasno da i pored toga što postoje određene razlike po pojedinim pitanjima krivičnog procesnog prava, ipak, može se konstatovati da, posmatrano uopšte, savremenu nauku krivičnog procesnog prava karakterišu pojedine osobenosti koje predstavljaju

³⁶ Objektivni značaj kriminalistike za obrazovanje pravnika-krivičara još je više došao do izražaja poslije najnovijih promjena krivičnoprocesnog zakonodavstva. Javni tužilac je postao rukovodilac prekrivičnog postupka, dobio je nova ovlašćenja i odgovornosti za pojedine radnje koje su ranije bile u nadležnosti policije. Da bi javni tužilac bio stvarni rukovodilac prekrivičnog postupka, neophodno je da bude osposobljen da u krivičnim predmetima usmjerava i prati rad policije, a to podrazumjeva da dobro poznaje kriminalistiku. Simonović, B. (2015), *Kriminalistika i unapređenje stručnosti krivično procesnih subjekata*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Vol. 53, Br. 1, str. 9-27, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 9-26).

³⁷ Više vidjeti u: Simonović, B. (2009), *Identifikaciono veštačenje tragova nastalih na okviru pištolja na čauri*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Br. 3/09, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.

³⁸ S. Bejatović, *op.cit.* str. 78-79.

³⁹ Carić, M. (2012), *Skraćeni oblici kaznenog postupka (doktorska disertacija)*, Split, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu, (str. 362-363).

i međunarodne pravne standarde⁴⁰ u ovoj oblasti. Posmatrano sa toga aspekta kao međunarodni pravni standardi u oblasti krivičnog procesnog prava mogu se označiti: prvo, efikasniji krivični postupak; drugo, jačanje sloboda i prava učesnika krivičnog postupka; treće, ustanovljavanje posebnih krivičnih postupaka i posebnih organa za pojedine vrste kriminaliteta; četvrto, predviđanje novih procesnih metoda i sredstava u postupku rasvjetljavanja pojedinih krivičnih djela; peto, veća zaštita učesnika krivičnog postupka i posebno interesa oštećenog lica; šesto, efikasan sistem pravnih lijekova; sedmo, predviđanje pritvora samo kao izuzetne mjere za obezbjeđenje prisustva u krivičnom postupku; osmo, jačanje međunarodnog krivičnog prava.⁴¹ Efikasnost posmatrana iz krivičnoprocesnog ugla daje nam odgovor na pitanje da li se krivični postupak vodi uvijek onda kada mu po zakonu ima mjesta i da li se tokom njegovog trajanja primjenjuju relevantne zakonske odredbe, odnosno odgovarajuće sankcije u slučaju njihovog neprimjenjivanja.⁴²

Možemo reći da je neefikasnost krivičnog postupka determinisana prije svega visokom tamnom brojkom kriminaliteta, koja duguje zahvalnost bojkotovanju funkcije prijavljivanja krivičnih djela i selektivnom pristupu organa otkrivanja i progona. O neefikasnosti krivičnog postupka govori i izražen „efekat gubljenja krivičnih djela“, koji dovodi do optuženja samo polovine prijavljenih lica, i do oglašavanja krivim tek njihove trećine. Osipanje procesnog inputa je velikim djelom rezultat visoke kvote nepoznatih učinilaca, a u dobroj mjeri i odustanak od gonjenja poslije započetog glavnog pretresa, kao i obustava postupka odnosno oslobođenje od optužbe zbog nepostojanja dokaza o učinilaštvu.⁴³

Kada je riječ o efikasnosti krivičnog postupka kao izuzetno značajnog faktora preventivnog dejstva krivičnog procesnog zakonodavstva onda treba istaći posebno činjenicu da je istu neophodno posmatrati i u kvalitativnom i u kvantitativnom smislu. Brzina i troškovi rješenja krivične stvari moraju biti usklađeni sa zakonitosti njenog rješenja. Efikasnost krivičnog postupka ne smije da ide na uštrb zakonitosti rješenja konkretne krivične stvari i ugrožavanja zagarantovanih sloboda i prava učesnika krivičnog postupka.⁴⁴ Član II/3 e) i član 6. stav 1. EKLJP garantuju svakome pravo da iznese pred sud bilo koji zahtjev koji se odnosi na njegova građanska prava i obaveze, „sa pravom na pravično suđenje u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi sa krivičnim postupkom“. ⁴⁵ Zakonit krivični postupak ne znači samo takav postupak koji „osigurava da niko nevin ne bude osuđen, a da se krivcu izrekne krivična sank-

⁴⁰ U osnovne međunarodne (evropske) pravne standarde u odnosu na okrivljeno lice u krivičnom postupku spadaju: pravo na pravično suđenje; pretpostavka-presumpcija nevinosti; non bis in idem (ne dva puta za isti slučaj); pravo na odbranu i branioca; lišavanje slobode i pritvor, zabrana torture i nečovječnog postupanja, pravo apelacij (žalbe); ubrzanje, pojednostavljanje i alternative krivičnog postupka, izvršavanje presuda; postupak prema maloljetnicima. Svi ovi standardi su sadržani u brojnim dokumentima OUN, Evropske unije i Savjeta Evrope. N. Matovski, *op. cit.* str. 285-299.

⁴¹ S. Bejatović, *op.cit.* str. 79.

⁴² Brkić, S. (2004), *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad, Pravni fakultet, (str. 41).

⁴³ S. Brkić, *op. cit.* str. 56.

⁴⁴ Bejatović, S. (2011), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i prevencija kriminaliteta, Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, str. 101-125, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 104).

⁴⁵ Simović, M. (2009), *Krivično procesno pravo, uvod i opšti deo*, Bihać, Pravni fakultet, (str. 28).

cija pod uslovima koje predviđa krivični zakon i na osnovu zakonito sprovedenog postupka“, nego i takav postupak koji to omogućava u najkraćem mogućem trajanju.⁴⁶

Efikasnost krivičnog postupka utiče na prevenciju kriminaliteta iako je krivični postupak instrument za realizaciju materijalnog krivičnog prava i stoga, po svojoj prirodi, tipičan represivni vid društvenog reagovanja. Ali realna prijetnja sankcijom koja se ispoljava samo ako se krivični postupak redovno ostvaruje u slučajevima kada se steknu uslovi za primjenu krivičnog prava, predstavlja svojevrsnu psihološku prinudu na druga lica da ne vrše krivična djela i tako privole na ponašanje saglasno normama pravnog sistema za koji se vezuje krivičnopravna zaštita. Prevencija kriminaliteta u međunarodnim dokumentima obuhvata sve mjere kojima se smanjuje ili na drugi način doprinosi kvantitativnom i kvalitativnom smanjenju kriminaliteta i osjećaja nesigurnosti kod građana.⁴⁷

ODNOS BROJA PODIGNUTIH OPTUŽNICA, POTVRĐENIH OPTUŽNICA I SUDSKIH ODLUKA NA PODRUČJU REPUBLIKE SRPSKE ZA PERIOD 2004.-2015.GODINE

Sa aspekta efikasnosti preispitali smo fizionomiju krivičnog postupka u kontekstu dileme: redovni krivični postupak ili pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima Republike Srpske od vremena njihovog uvođenja u Zakon o krivičnom postupku 2003. godine. Kako bi odgovorili zadatku, razvili smo sopstvenu koncepciju analize statističkih podataka. Izvjesnu podlogu, u tom smislu, našli smo u zvaničnim podacima Republičkog tužilaštva Republike Srpske. U narednom dijelu rada, navešćemo osnovne statističke pokazatelje, s aspekta pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima Republike Srpske, koji se odnose na podignute optužnice, potvrđene optužnice i strukturu pojedinih sudskih odluka, za period 2004-2015. godina.⁴⁸

Na području Republike Srpske, u periodu 2004-2015. godina je podignuto 78895 optužnica⁴⁹ (vidjeti Sliku 1). U istom periodu je potvrđeno 73709 optužnica⁵⁰, što je za 6.57% manje od broja podignutih optužnica⁵¹. U periodu 2004-2015. godina u Republici Srpskoj je doneseno 72079 sudskih odluka.⁵²

⁴⁶ S. Bejatović, *op. cit.* str. 104-105.

⁴⁷ Radulović, D. (2011), Efikasnost krivičnog postupka i prevencija kriminaliteta, *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, str. 125-139, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, (str. 126).

⁴⁸ O svim pitanjima u vezi sa primjenom pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima Republike Srpske: Kosić, D. (2017), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima Republike Srpske (magistarska teza)*, Pale, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

⁴⁹ Analiza statističkih podataka dobijenih od strane Republičkog tužilaštva Republike Srpske o primjeni pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima, pokazuje je da je u periodu 2004-2015. godine podignuto ukupno 78895 optužnica, od čega u redovnom krivičnom postupku 37555 ili 47.60% optužnica, a u pojednostavljenom krivičnom postupku 41340 ili 52.40% optužnica. Kosić, D. *op.cit.* str. 184-193.

⁵⁰ Potvrđeno je 39701 optužnica u pojednostavljenom i 34008 optužnica u redovnom krivičnom postupku. Kosić, D. *op.cit.* str. 194.

⁵¹ U periodu 2004-2015. godina na području Republike Srpske bilo je 1369 ili 1.73% optužnica čije je potvrđivanje odbijeno, što, u prosjeku, godišnje iznosi 114.08 optužnica. Kosić, D. *op.cit.* str. 196.

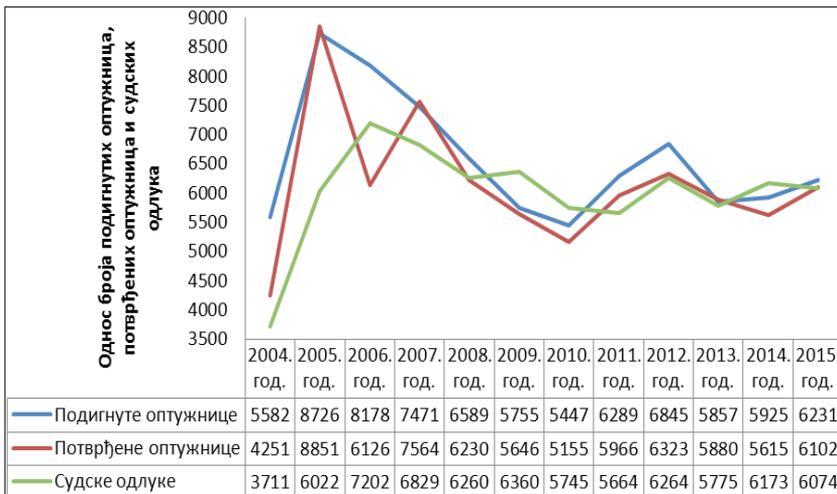
⁵² Uvidom u podatke dostavljene od strane Republičkog tužilaštva Republike Srpske, odnosno

Slika 1. Odnos broja podignutih optužnica, potvrđenih optužnica i sudskih odluka na području Republike Srpske za period 2004-2015. godina⁵³



Analiza broja podignutih optužnica za period 2004-2015. godina pokazuje da u Republici Srpskoj godišnje, u prosjeku, bude podignuto 6574.58 optužnica. U prosjeku, godišnje budu potvrđene 6142.42 optužnice, što je manje za 6.57%, u odnosu na broj podignutih optužnica. Prosječan godišnji broj donesenih sudskih odluka je 6006.58.

Slika 2. Odnos broja podignutih optužnica, potvrđenih optužnica i sudskih odluka na području Republike Srpske za period 2004-2015. godina (po godinama)⁵⁴



uvidom u tabelu *Podaci o vrstama sudskih odluka iskazani po licima* utvrđen je ukupan broj donesenih sudskih odluka. Taj broj obuhvata sljedeće odluke suda: rješenja o obustavi postupka, odbijajuće presude, oslobađajuće presude, krivično djelo učinjeno u stanju neuračunljivosti, osuđujuće presude. U ovom radu, autor nije vršio detaljnu analizu rada sudova na području RS, jer iako atraktivan, to bi bio suviše ambiciozan poduhvat, koji nadilazi pretenzije ovog rada, te su podaci o broju sudskih odluka podaci Republičkog tužilaštva RS.

⁵³ Grafikon sačinio autor prema podacima Republičkog tužilaštva Republike Srpske.

⁵⁴ Grafikon sačinio autor prema podacima Republičkog tužilaštva Republike Srpske.

Načelnu ispravnost postupanja organa krivičnog gonjenja potvrđuje i sudska kontrola, koja samo izuzetno izjavljuje neslaganje sa tužilačkim prijedlozima, što je vidljivo ukoliko posmatramo broj podignutih optužnica (78895), broj potvrđenih optužnica (73709) i broj donesenih sudskih odluka (72079), u periodu 2004-2015. godina. Od ukupnog broja podignutih optužnica, u periodu 2004-2015. godina, potvrđeno 93.43% optužnica. U navedenom periodu je došla do izražaja i ažurnost sudova Republike Srpske, jer je broj donesenih sudskih odluka bio zanemarljivo manji u odnosu na broj podignutih, odnosno potvrđenih optužnica u analiziranom periodu. Ukupan broj donesenih sudskih odluka u odnosu na broj potvrđenih optužnica iznosi 97.78%. O efikasnosti krivičnog postupka i opravdanosti njegovog vođenja govori i činjenica da u strukturi sudskih odluka dominiraju osuđujuće presude.

U Republici Srpskoj, u periodu 2004-2015. godina doneseno je 72079 sudskih odluka,⁵⁵ od čega 62523 (ili 86.74%) osuđujućih presuda i 4102 (ili 5.69%) oslobađajućih presuda. U periodu 2004-2015. godina, doneseno je i 5454 (ili 7.57%) sudskih odluka koje obuhvataju: rješenja o obustavi postupka, odbijajuće presude, krivično djelo učinjeno u stanju neuračunljivosti, čiju detaljnu analizu, u ovom radu, nećemo vršiti, jer bi to bio ambiciozan poduhvat koji prevazilazi okvire teme istraživanja.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Nakon prednje izvršene analize došli smo do određenih zaključaka:

1. Danas postoji veliki broj skraćenih postupaka i pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima u nacionalnim krivičnoprocesnim sistemima mnogih država, a tim pojednostavljenim oblicima postupanja pridružuju se i različite forme konsenzualnih procesnih ustanova. Bez obzira na to kako su normativno uređeni i kako ih pozitivno pravo naziva, oni otvaraju put racionalizaciji krivičnog postupka i krivičnog pravosuđa, otklanjaju dugotrajnost krivičnih postupaka i ubrzavaju ih, rasterećuju krivično pravosuđe, omogućavaju optuženom, naročito nakon priznanja krivičnog djela, brzo okončanje krivičnog postupka i donošenje sudske odluke. Pojednostavljenje procesnih oblika i instituta kroz koje se razvija krivični postupak ne razmatra se samo u nacionalnim zakonodavstvima. Aktivnosti se preduzimaju i na međunarodnom planu, s obzirom na to da se kroz različite dokumente favorizuje ideja o raspravljanju o krivičnom djelu u skraćenom krivičnom postuku.

2. Pozitivno krivičnoprocesno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine stoji u kauzalnom odnosu sa stepenom efikasnosti krivičnog pravosuđa, odnosno samo adekvatno – savremeno krivičnoprocesno zakonodavstvo, zakonodavstvo usklađeno sa društvenom stvarnošću nalazi se u funkciji te efikasnosti, a time i u funkciji adekvatne politike suzbijanja

⁵⁵ Uvidom u podatke dostavljene od strane Republičkog tužilaštva Republike Srpske, odnosno uvidom u tabelu *Podaci o vrstama sudskih odluka iskazani po licima* utvrđen je ukupan broj donesenih sudskih odluka. Taj broj obuhvata sljedeće odluke suda: rješenja o obustavi postupka, odbijajuće presude, oslobađajuće presude, krivično djelo učinjeno u stanju neuračunljivosti, osuđujuće presude. U ovom radu, autor nije vršio detaljnu analizu svih vrsta sudskih odluka jer iako atraktivan, to bi bio suviše ambiciozan poduhvat, koji nadilazi pretenzije ovog rada, te se autor, u ovom radu, odlučio da izvrši analizu broja osuđujućih i oslobađajućih presuda, smatrajući taj podatak dovoljno relevantnim i značajnim s obzirom na temu istraživanja.

kriminaliteta uopšte. Nužno je imati u vidu nespornu činjenicu da pored gore navedenih instituta (imunitet svjedoka, izjašnjenje o krivici, pregovaranje o krivici, postupak za izdavanje kaznenog naloga) i druga rješenja ZKP predstavljaju normativnu osnovu za efikasnost rada krivičnog pravosuđa. Efikasnost krivičnog pravosuđa zavisi u nemalom stepenu od kvaliteta zakonske norme kao cjeline, a ne samo od ovdje analiziranih faktora.

3. Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima nametnule su se kao nužan način krivičnog postupanja prema izmijenjenoj strukturi kriminaliteta, u kojem ogromnu većinu čini sitni i bagatelni kriminalitet. Očigledno je da je provođenje redovnog krivičnog postupka za takva krivična djela nepotrebno i krajnje neekonomično. Ako se ima u vidu činjenica da je takva struktura kriminaliteta zahtijevala i povećanje broja pravosudnog osoblja, koje se nije moglo povećati, već je i smanjeno posljednjom reformom organizacije sudova u BiH, kao rješenje problema prosto se nameće uvođenje konsenzualnih krivičnoprocesnih formi. Danas je pojednostavljeni krivični postupak široko prihvaćen u svim savremenim nacionalnim zakonodavstvima, pa tako i u našem, a pojavljuje se u nekoliko tipičnih oblika procesnih redukcija, sa određenim terminološkim razlikama: imunitet svjedoka, izjašnjenje o krivici, pregovaranje o krivici i postupak za izdavanje kaznenog naloga.

4. Naše krivičnoprocesno pravo slijedi aktuelne legislativne tendencije u evropskim nacionalnim zakonodavstvima i evropskom pravu. Predviđeni oblici pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima označavaju tipične oblike procesnih redukcija u kojima je, prema našem mišljenju, na zadovoljavajući način uspostavljena ravnoteža između dviju tendencija: s jedne strane tendencije za racionalnošću krivičnog postupka u rješavanju ogromnog broja lakših krivičnih predmeta, a s druge strane tendencije poštovanja osnovnih ljudskih prava okrivljenog i žrtve.

5. I pored manjih razlika u zakonskim odredbama, sva četiri krivičnoprocesna zakona u BiH, u suštini, na identičan način regulišu pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima.

6. Efikasnost krivičnog postupka, prije svega, determinisana je primjenom pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima, a raspoloživi statistički podaci pokazuju da je više od polovine podignutih optužnica u Republici Srpskoj, u periodu 2004-2015. godina, podignuto u pojednostavljenom krivičnom postupku, odnosno s ciljem vođenja skraćenog krivičnog postupka. Naime, u periodu 2004-2015. godine podignuto je ukupno 78895 optužnica, od čega u redovnom krivičnom postupku 37555 ili 47.60% optužnica, a u pojednostavljenom krivičnom postupku 41340 ili 52.40% optužnica.

7. Na području Republike Srpske, u periodu 2004-2015. godina, je podignuto 78895 optužnica. U istom periodu je potvrđeno 73709 optužnica, što je za 6.57% manje od broja podignutih optužnica. Dakle, *potvrđeno je 93.43% svih podignutih optužnica*. U 6.57% optužnica koje nisu potvrđene spadaju optužnice koje su podignute u toku izvještajnog perioda u kojima nije donesena odluka o potvrđivanju ili odbijanju, optužnice čije je potvrđivanje odbijeno, optužnice koje su povučene prije donošenja odluke o potvrđivanju, optužnice povučene nakon potvrđivanja i optužnice riješene na drugi način.

8. U Republici Srpskoj, u periodu 2004-2015. godina, doneseno je 72079 sudskih odluka, od čega 62523 (ili 86.74%) osuđujućih presuda i 4102 (ili 5.69%) oslobađajućih presuda. Donesene su i 5454 (ili 7.57%) sudske odluke koje obuhvataju: rješenja o obustavi postupka, odbijajuće presude, krivično djelo učinjeno u stanju neuračunljivosti.

9. U periodu 2004-2015. godina na području Republike Srpske bilo je 1369 ili 1.73% optužnica čije je potvrđivanje odbijeno, što, u prosjeku, godišnje iznosi 114.08 optužnica.

10. Načelnu ispravnost postupanja organa krivičnog gonjenja potvrđuje i sudska kontrola, koja samo izuzetno izjavljuje neslaganje sa tužilačkim prijedlozima, što je vidljivo ukoliko posmatramo broj podignutih optužnica (78895), broj potvrđenih optužnica (73709) i broj donesenih sudskih odluka (72079), u periodu 2004-2015. godina. Od ukupnog broja podignutih optužnica, u periodu 2004-2015. godina, potvrđeno 93.43% optužnica. U navedenom periodu je došla do izražaja i ažurnost sudova Republike Srpske, jer je broj donesenih sudskih odluka bio zanemarljivo manji u odnosu na broj podignutih, odnosno potvrđenih optužnica u analiziranom periodu. Ukupan broj donesenih sudskih odluka u odnosu na broj potvrđenih optužnica iznosi 97.78%. O efikasnosti krivičnog postupka i opravdanosti njegovog vođenja govori i činjenica da u strukturi sudskih odluka dominiraju osuđujuće presude.

LITERATURA:

- Bejatović, S. (2008), Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava i krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Broj 3/08, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Bejatović, S. (2009b), Efikasnost postupanja u krivičnim stvarima kao prioritetan zadatak reforme krivičnoprocesnog zakonodavstva, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Vol. 47, Broj 3, str. 23-49, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Bejatović, S. (2009d), Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i njihov doprinos efikasnosti krivičnog postupka, *Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja*, str. 77-105, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Bejatović, S. (2009v), Međunarodni pravni standardi u oblasti krivičnog procesnog prava i način njihove implementacije u Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, *Zakonodani postupak i Kazneno zakonodavstvo*, str. 75-119, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Bejatović, S. (2010b), Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije i efikasnost krivičnog pravosuđa, *Tematski zbornik radova*, str. 1-26, Niš, Pravni fakultet
- Bejatović, S. (2011b), Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i prevencija kriminaliteta, *Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, str. 101-125, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Bejatović, S. (2015), Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (norma i praksa), Beograd, *Nauka, bezbednost i policija - Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Broj 2, str. 27-55
- Brkić, S. (2004a), *Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme*, Novi Sad, Pravni fakultet
- Brkić, S. (2009b), Pojednostavljene forme krivičnog postupanja i postupak njihovog ozakonjenja u Republici Srbiji, *Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo*, str. 159-205, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Brkić, S. (2010b), Klasifikacija procesnih formi u krivičnom procesnom pravu Srbije. *Zbornik radova*,

- Broj 3/2010*, str. 275-303, Novi Sad, Pravni fakultet
- Bubalović, T. (2008), *Novela Zakona o kaznenom postupku Bosne i Hercegovine od 17.6.2008*, Zagreb, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 15, Broj 2/2008, str. 1129-1157
- Carić, M. (2012), *Skraćeni oblici kaznenog postupka (doktorska disertacija)*, Split, Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu
- Đurđić, V. (2009a), *Komparativnopravna rješenja o prethodnom krivičnom postupku i njihova implementacija u srpsko krivičnoprocesno zakonodavstvo, Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo*, str. 135-158, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Grubač, M. (1984), *Racionalizacija krivičnog postupka uprošćavanjem procesnih formi, Zbornik radova, God. XVIII, Broj 1-3*, str. 285-296, Novi Sad, Pravni fakultet
- Hodžić, S. (2011), *Neka otvorena pitanja krivičnog procesnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini, Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, str. 397-415, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Janković, R. (2016), *Postupak za izdavanje kaznenog naloga u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (doktorska disertacija)*, Banja Luka, Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci
- Kosić, D. (2017), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima Republike Srpske (magistarska teza)*, Pale, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu
- Matovski, N. (2009), *Međunarodni pravni standardi o kaznenom (krivičnom) postupku, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Broj 3/09*, str. 285-303, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Radulović, D. (2011), *Efikasnost krivičnog postupka i prevencija kriminaliteta, Krivično zakonodavstvo i prevencija kriminaliteta*, str. 125-139, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Sijerčić-Čolić, H. (2003), *Rasprava o reformi u krivičnom pravosuđu i krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine s posebnim osvrtom na novo krivično procesno pravo*, Zagreb, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Vol. 10, Broj 1/2003, str. 181-208
- Sijerčić-Čolić, H. (2012), *Aktuelna pitanja krivičnog postupka u Bosni i Hercegovini (ustavnopravni, legislativni i praktični aspekti), Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)*, str. 288-316, Zlatibor, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Simonović, B. (2009), *Identifikaciono veštačenje tragova nastalih na okviru pištolja na čauri, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Br. 3/09*, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Simonović, B. (2015), *Kriminalistika i unapređenje stručnosti krivično procesnih subjekata, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Vol. 53, Br. 1*, str. 9-27, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Simović, M. (2009a), *Krivično procesno pravo, uvod i opšti deo*, Bihać, Pravni fakultet
- Simović, M. (2009v), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine (zakonska rješenja i iskustva u dosadašnjoj praksi), Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja*, str. 195-223, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Simović, M. (2012), *Aktuelna pitanja materijalnog i procesnog krivičnog zakonodavstva: normativni i praktični aspekt, Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (normativni i praktični aspekt)*, str. 11-42, Zlatibor, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu
- Stojanović, Z. (2002), *Krivično pravo, opšti deo, (šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje)*, Beograd, Službeni glasnik
- Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2003, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 76/2006, 29/2007, 32/2007, 53/2007, 76/2007, 15/2008 i 58/2008
- Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik Brčko Distrikt BiH*, br. 10/2003, 48/2004, 6/2005, 12/2007, 14/2007, 21/2007, 2/2008, 17/2009; prečišćen

tekst 44/2010; 9/2013; prečišćen tekst 33/2013; 27/14

Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, *Službene novine Federacije BiH*, br. 35/2003, 37/2003 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 08/13, 59/14

Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 50/2003, 111/2004, 115/2004, 29/2007, 68/2007, 119/2008, 55/2009, 80/2009, 88/2009, 92/2009, 100/2009; prečišćen tekst 53/2012

Zakon o sudovima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 37/12

Zakon o sudu BiH je objavljen u *Službenom glasniku BiH*, br. 29/2000, 24/2002, 3/2003, 42/2003, 37/2003, 9/2004, 4/2004, 35/2004, 61/2004, 32/2007, 97/2009. Službena prečišćena verzija Zakona o sudu BiH objavljena je u *Službenom glasniku BiH* br. 49/2009

Zakon o tužilaštvima Republike Srpske *Službeni glasnik Republike Srpske* br. 55/02, 85/03, 115/04, 37/06, 68/07

Zakon o tužilaštvu Bosne i Hercegovine objavljen je u *Službenom glasniku BiH* br. 24/2002, 3/2003, 37/2003, 42/2003, 9/2004, 35/2004, 61/2004, 97/2009. Službena prečišćena verzija Zakona o tužilaštvu BiH objavljena je u *Službenom glasniku BiH* br. 49/2009

Dragana Kosić, LL.M

Senior Inspector of the Ministry of the Interior, Criminal Police Directorate, Unit for Economic Crime in Banja Luka; .mail: dragana.kosic@yahoo.com

Criminal Procedural Legislation of BiH as a Normative Assumption of Efficiency of Proceedings in Criminal Cases

Abstract: Bosnia and Herzegovina is one of the few European countries that have recently adopted their new, constitution and procedural laws that are used to regulate the criminal proceedings in a fundamentally different way. The tendencies of contemporary science of criminal procedural law and resolutions of contemporary comparative criminal procedural legislation in the terms of creating the normative basis for increasing the efficiency of the criminal proceedings have been placed, quite justifiably, in the criminal procedural legislation of Bosnia and Herzegovina.

Within a number of measures taken with the aim of increasing efficiency of criminal proceedings, a special case belongs to the simplified forms of procedure in criminal cases. In that context, a systematic reform of the criminal procedural legislation was executed,

both in Bosnia and Herzegovina and in its entities and the Brcko District BiH, which has opened a completely new approach to criminal proceedings, in which the emphasis is not only on enhancing the protection of basic human rights and freedom, but also on the efficiency of the procedure.

Key words: efficiency of criminal proceedings, the simplified forms of procedure in criminal cases, indictments, court decisions.

DOI: 10.7251/GFP1707276M

UDC: 343.224-053.6(497.6 RS)

Pregledni naučni rad*Datum prijema rada:*
18. maj 2017.*Datum prihvatanja rada:*
22. jun 2017.

Vaspitne mjere zavodskog karaktera za maloljetnike u Republici Srpskoj

Rezime: U okviru opšte svrhe svih krivičnih sankcija a to je suzbijanje protivpravnih djelatnosti kojima se povređuju ili ugrožavaju vrijednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom, posebno je određeno da je svrha krivičnih sankcija prema maloljetnicima da se pružanjem zaštite, brige, pomoći i nadzora, kao i obezbjeđivanjem opšteg i stručnog osposobljavanja utiče na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloljetnika, da se obezbjedi vaspitanje maloljetnika i da se obezbjedi pravilan razvoj ličnosti maloljetnika kako bi se obezbjedilo njegovo ponovno uključivanje u društvenu zajednicu. S tim u vezi, zakonodavac je u Republici Srpskoj propisao posebna pravila krivičnog postupka prema maloljetnicima, ali i posebne sankcije koje se mogu izreći maloljetnicima. Maloljetničke krivične sankcije se, po svojoj suštini i svrsi, razlikuju od krivičnih sankcija koje se izriču punoljetnim učiniocima krivičnih djela. One imaju za cilj zaštitu društva od maloljetničkog kriminaliteta kroz vaspitanje i prevaspitanje, odnosno resocijalizaciju i pravilan razvoj maloljetnika. Maloljetnicima se za učinjena krivična djela, pod uslovima koji su predviđeni Zakonom o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u Krivičnom postupku Republike Srpske, mogu izreći vaspitne mjere, mjere bezbjednosti i maloljetnički zatvor kao posebna vrsta kazne prema starijim maloljetnicima.

Gljučne riječi: maloljetničke krivične sankcije, vaspitne mjere, zavodske mjere.

*Mr***Tamara Marić***Ministarsvo pravde Republike Srpske, Banja Luka;
tam023de@gmail.com*

UVOD

Vaspitne mjere (eng. corrective measures) su osnovna vrsta krivičnih sankcija koje se prema maloljetnicima izriču redovno, po pravilu uobičajeno i mogu se izreći i mlađim i starijim maloljetnicima. To su zakonom određene mjere koje imaju za cilj suzbijanje djela kojima se povređuju ili ugrožavaju zaštićene vrijednosti uticajem na razvoj i jačanje lične odgovornosti maloljetnog učinioca krivičnog djela, na njegovo vaspitanje i pravilan razvoj njegove ličnosti. Njih izriče sud u zakonski predviđenom postupku, a koje se sastoje u ograničavanju ili oduzimanju njegovih sloboda i prava. Iako vaspitne mjere imaju specijalno-preventivni karakter, one sa sobom nužno nose i određeni retributivni (prinudni) karakter jer se primjenjuju nezavisno i protiv volje

maloljetnika, a uz to se maloljetnik lišava ili ograničava u određenim pravim ili slobodama ili u pogledu izbora ponašanja postavljanjem određenih zabrana, uslova, naloga i uputstava.¹

Vaspitne mjere se od drugih krivičnih sankcija razlikuju po nekim svojim karakteristikama. Prije svega, posebna svrha ovih krivičnih sankcija jeste specijalna prevencija, tj. djelovanje na maloljetnog izvršioca da ubuduće ne čini krivična djela. Tako određena svrha treba se postići pružanjem zaštite, pomoći i primjenom nadzora nad maloljetnikom. Specifičnost vaspitnih mjera ogleda se i u činjenici da zakon za njihovu primjenu ne traži postojanje krivične odgovornosti-krivice maloljetnika. Umjesto toga, zakonodavac obavezuje sud da pri izboru vaspitne mjere uzima u obzir uzrast i zrelost maloljetnik, druga svojstva njegove ličnosti, stepen poremećaja u društvenom ponašanju i sl.² Prema tome, kategorija krivične odgovornosti ustupila je mjesto široj kategoriji - totalitetu ličnosti maloljetnika, kao temelju za izbor sankcije u skladu sa postavljenim vaspitnim ciljevima.³

U skladu sa članom 32. Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske⁴, maloljetnom učiniocu krivičnog djela se mogu izreći sledeće vaspitne mjera koje su sistematizovane u tri grupe:

1. mjere upozorenja i usmjeravanja:

a) sudski ukor, b) posebne obaveze i c) upućivanje u vaspitni centar;

2. mjere pojačanog nadzora:

a) pojačani nadzor od strane roditelja, usvojioca ili staraoca, b) pojačani nadzor u drugoj porodici i c) pojačani nadzor nadležnog organa socijalnog staranja;

3. zavodske mjere:

a) upućivanje u vaspitnu ustanovu, b) upućivanje u vaspitno-popravni dom i c) upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje.

Vaspitne mjere se međusobno razlikuju po svojoj sadržini i uslovima za njihovu primjenu. U literaturi se pravi podjela na lakše i teže vaspitne mjere. Razlikovanje vaspitnih mjera na lakše i teže je opravdano ako se ima u vidu opšteprihvaćeno načelo krivičnog prava prema kojem nije opravdano primjenjivati težu mjeru ako se svrha može postići primjenom lakše krivičnopravne mjere.⁵ Najlakšu vrstu vaspitnih mjera predstavljaju mjere upozorenja i usmjeravanja i one su zamijenile ranije postojeće disciplinske mjere. Njihova primjena dolazi u obzir kada se radi o maloljetnicima prema kojima nije potrebno primjenjivati trajnije mjere vaspitanja, a koji su izvršili bagatelna krivična djela, najčešće iz lakomislenosti i nepromišljenosti, kao primarni, situacioni učinioci, a ne zbog vaspitne zapuštenosti.⁶ To dalje znači da, ako nije postupano po principu oportuniteta i nisu primijenjene vaspitne preporuke, prednost u izricanju vaspitnih mjera uvijek će imati mjere upozorenja, zatim mje-

¹ Lj.Mitrović, Maloljetničke krivične sankcije u novom Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, Pravna riječ, Banja Luka, broj 19/2009, str. 263-281.

² M.Babić, I.Marković, Krivično pravo-opšti dio, Banja Luka, 2011., str. 430.

³ F.Bačić, Krivično pravo-opći dio, Zagreb, 1978., str. 532.

⁴ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 13/10, 61/13.

⁵ Z.Stojanović, Krivično pravo-opšti deo, Beograd, 2006., str. 348.

⁶ D.Jovašević, Vaspitne mjere kao sredstvo suzbijanja kriminaliteta maloljetnika, Zbornik radova, Aktuelna pitanja u primjeni krivičnog zakonodavstva, Banja Luka, 2011., str. 141-162.

re pojačanog nadzora, zavodske mjere i kazna maloljetničkog zatvora. Pri izboru vaspitne mjere sud uzima u obzir uzrast i zrelost maloljetnika, druga svojstva njegove ličnosti i stepen poremećaja u društvenom ponašanju, zatim njegove sklonosti, težinu učinjenog djela, pobude iz kojih je djelo učinjeno, sredinu i prilike u kojima je živio, dotadašnje vaspitanje, njegovo ponašanje nakon izvršenog krivičnog djela (posebno da li je spriječio ili pokušao da spriječi nastupanje štetne posljedice, da li naknadio ili pokušao da naknadi pričinjenu štetu), da li je prema njemu ranije bila izrečena krivična sankcija, kao i sve druge okolnosti koje mogu biti od uticaja na izbor one vaspitne mjere kojom će se ostvariti vaspitna svrha. Vaspitne mjere se izvršavaju po pravosnažnosti odluke i kada za izvršenje nema zakonskih smetnji, osim ako zakonom nije drugačije određeno. Za izvršenje vaspitne mjere nadležan je organ starateljstva, dok nadzor nad izvršenjem i kontrolu izvršenja vaspitne mjere vrši sudija koji je izrekao vaspitnu mjeru. Sudija i tužilac, najmanje jednom godišnje, vrše neposredni nadzor i kontrolu izvršenja vaspitnih mjera. Izvještaji o toku i rezultatima izvršenja vaspitnih mjera pribavljaju se i dostavljaju u skladu sa članom 120. Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u Krivičnom postupku Republike Srpske. Pomenuti član propisuje obavezu da uprava ustanove, u kojoj se prema maloljetniku izvršava zavodska vaspitna mjera ili kazna maloljetničkog zatvora, dostavlja tužilaštvu i sudu koji je izrekao vaspitnu mjeru izvještaj o ponašanju maloljetnika, i to na svaka dva mjeseca.

O izvršenju ostalih vaspitnih mjera, nadležni organ starateljstva je dužan da svakih šest mjeseci dostavi izvještaj sudu i tužilaštvu, s tim da sudija može tražiti izvještaj i u kraćem roku ukoliko smatra da je to potrebno. U skladu sa prethodno navedenim, u odnosu na mjere upozorenja i usmjeravanja, odnosno mjere pojačanog nadzora, najteže vaspitne mjere koje se izriču prema maloljetnicima su zavodske mjere.

ZAVODSKE MJERE – POJAM I KARAKTERISTIKE

Vaspitne mjere zavodskog karaktera (mjere institucionalnog tretmana) predstavljaju najtežu vrstu mjera u sistemu vaspitnih mjera u Republici Srpskoj. Izriču se prema maloljetnicima koji su toliko vaspitno zapušteni da se to stanje ne može otkloniti primjenom mjera pojačanog nadzora već je potrebno preduzeti intenzivnije mjere vaspitanja, prevaspitanja ili liječenja.⁷ Upravo zato se zavodske mjere javljaju kao nužno sredstvo reakcije društva u situaciji kada je maloljetnik izložen štetnom dejstvu i uticaju okoline u kojoj živi ili u kojoj se kreće. S obzirom na činjenicu da ova vrsta vaspitnih mjera posjeduje evidentne elemente retributivnosti (oduzimanje slobode kretanja, odnosno prinudno naganje obavljanja određenih aktivnosti u posebnoj ustanovi), treba ih restriktivno koristiti.⁸

Osnovna karakteristika po kojoj se izdvajaju u odnosu na ostale jeste njihov institucionalni karakter. To znači da se maloljetnik na određeno vrijeme izdvaja iz svoje sredine i provodi određeno vrijeme u ustanovama specijalizovanim, odnosno predviđenim za izvršenje ovih vaspitnih mjera. Zavodske mjere izvršavaju se u vaspitnim ustanovama, vaspitno-popravnom domu i posebnoj ustanovi za liječenje i osposobljavanje maloljetni-

⁷ Ministarstvo pravde Republike Srpske, Zaštita i postupanje sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, Banja Luka, 2013., str.88.

⁸ Lj. Mitrović, Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2012.,str.290.

ka.⁹ Zavodske mjere mogu se izreći i starijim i mladim maloljetnicima, i to onda kada je neophodno preduzeti trajnije i intenzivnije mjere vaspitanja ili liječenja koje podrazumjeva izdvajanje maloljetnika iz dotadašnje sredine, i to pod uslovom da drugim sankcijama predviđenim za maloljetnike nije moguće postići tu svrhu.

Upravo zato se one primjenjuju kao ultima ratio i mogu trajati u granicama određenim zakonom i to samo onoliko koliko je potrebno da bi se ostvarila svrha vaspitnih mjera. U skladu sa odredbama čl. 41.- 44. Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, predviđene su tri vaspitne mjere zavodskog karaktera:

- a) upućivanje u vaspitnu ustanovu,
- b) upućivanje u vaspitno-popravni dom,
- c) upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje.

Prilikom odabira ove vrste mjera, moraju biti ispunjena dva uslova, odnosno bitne su dvije okolnosti: stanje vaspitne zapuštenosti maloljetnika i stanje socijalne sredine u kojoj maloljetnik živi. Prvi uslov ogleda u tome da se radi o maloljetniku kod kojeg postoji veći stepen vaspitne zapuštenosti i koji se može otkloniti samo kada se mjere vaspitavanja, prevaspitavanja i liječenja provode u određenim uslovima od strane stručnih lica. Drugi uslov će biti ispunjen ukoliko socijalna sredina u kojoj maloljetnik živi i boravi štetno utiče na razvoj maloljetnika i ne može da obezbijedi dovoljne uslove za pravilan razvoj njegove ličnosti. Pored ova dva uslova, za izricanje zavodskih mjera bitna je i težina izvršenog krivičnog djela sa osvrtom na posljedicu koja je nastupila. Prilikom izricanja neke od zavodskih mjera, sud ne određuje i vrijeme njihovog trajanja, već se o tome naknadno odlučuje u granicama zakonom predviđenog raspona ovih mjera.¹⁰

IZVRŠENJE ZAVODSKIH VASPITNIH MJERA

Zavodske mjere izvršavaju se u vaspitnim ustanovama, vaspitno-popravnom domu i posebnoj ustanovi za liječenje i osposobljavanje maloljetnika¹¹. U Republici Srpskoj, u okviru sistema za izvršenje krivičnih sankcija pri Kazneno-popravnom zavodu Banja Luka funkcioniše Odjeljenje za izvršenje vaspitne mjere upućivanje u vaspitno-popravni dom za muška maloljetna lica. Odjeljenje je formirano i započelo sa radom u septembru 2006. godine. Kapacitet odjeljenja iznosi dvadeset mjesta (paviljon za boravak vaspitanika 16 mjesta i prijemno odjeljenje četiri mjesta). Odjeljenje funkcioniše po odredbama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija¹², uz napomenu da je tokom 2008. godine donešen Pravilnik o kućnom redu za izvršenje vaspitne mjere upućivanja u vaspitno-popravni dom. U okviru Kazneno-popravnog zavoda Istočno Sarajevo, odlukom ministra pravde Republike Srpske u junu 2010. godine, formirano je Odjeljenje za izvršenje vaspitne mjere upućivanje u vaspitno-popravni dom za ženska maloljetna lica.

Nakon što donese odluku o izricanju zavodske vaspitne mjere, sud tu izvršnu odluku sa dokumentacijom (koju čini izvod iz matične knjige rođenih, ispravama ili doka-

⁹ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, član 148.

¹⁰ M. Radovanović, Krivično pravo, opšti dio, Beograd, 1975., str. 316.

¹¹ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, član 148.

¹² Službeni glasnik Republike Srpske, broj 12/10, 117/11, 98/13 и 44/16.

zima o dotadašnjem školovanju i osposobljavanju, nalazom o zdravstvenom stanju, podacima o ranijem vršenju krivičnih djela, vođenim postupcima i izvještajima organa starateljstva) zajedno sa nalogom, dostavlja organu nadležnom za upućivanje radi izvršenja zavodske mjere u roku od tri dana od dana kada je odluka postala izvršna. Organ kome je odluka dostavljena na izvršenje dužan je da pristupi izvršenju krivične sankcije u roku od osam, a najduže u roku od 15 dana od dana prijema odluke i propisane dokumentacije.

Prijem maloljetnika u ustanovu vrši se na osnovu naloga o izvršenju sankcije koji izdaje sud. Nakon prijema u ustanovu, maloljetniku se na jeziku i na način koji razumije objašnjavaju pravila ustanove, prava i obaveze koje ima, a u roku od 24 časa obavlja se i medicinski pregled maloljetnika. Maloljetniku se obezbjeđuje kopija pravilnika o kućnom redu ustanove u kojoj se nalazi. Za maloljetnike koji su nepismeni ili ne razumiju jezik, informacije se prenose na način koji obezbjeđuje njihovo potpuno razumijevanje.¹³ Bliže odredbe o organizaciji i načinu izvršenja zavodskih vaspitnih mjera propisuju se pravilnikom o kućnom redu ustanove, pri čemu se posebna pažnja posvećuje pitanjima prava, pogodnosti i disciplinske odgovornosti maloljetnika. Uz primjenu savremenih oblika i metoda rada sa maloljetnicima u ostvarivanju predviđenih ciljeva procesa prevaspitanja, neophodno je napomenuti da zakonski propisi nalažu i primjenu drugih savremenih standarda, vezanih za način postupanja osoblja vaspitno-popravnog doma i maloljetničkog zatvora, koji se, između ostalog, ogledaju i kroz zabranu nošenja i upotrebe oružja od strane zaposlenih u ustanovi u kojima se izvršavaju zavodske vaspitne mjere, zabranu upotrebe sredstava sile i prinude iz bilo kog razloga, izuzev u slučajevima kada su druge metode kontrole iscrpljene ili su bile neuspješne, i to samo na najkraće moguće vrijeme i u skladu sa ovlašćenjima utvrđenim zakonom i propisima ustanove. Naime, po naređenju rukovodioca ustanove, sredstva sile i prinude za privremeno onesposobljavanje mogu se primijeniti samo radi sprečavanja maloljetnikovog samopovređivanja, sprečavanja fizičkog napada i povređivanja službenog lica i drugih maloljetnika ili uništenja imovine većih razmjera, a o čemu se odmah obavještavaju sud, tužilaštvo i Ministarstvo pravde¹⁴

Maloljetniku koji se dobro vlada i zalaže na radu rukovodilac ustanove vaspitno-popravnog doma može dodijeliti slijedeće pogodnosti: prošireno pravo na prijem posjeta, slobodne izlaske iz doma u grad, posjete sportskim, kulturnim i drugim prikladnim događajima izvan vaspitno-popravnog doma, posjete porodici, srodnicima ili drugim bliskim licima za vrijeme vikenda i praznika idodatna odsustva iz ustanove vaspitno-popravnog doma do 15 dana. Rukovodilac ustanove u skladu s posebnim pravilnikom može maloljetniku dodijeliti i druge pogodnosti koje povoljno utiču na izvršenje vaspitne mjere¹⁵. Pogodnosti se mogu ograničiti, ali o tome rukovodilac ustanove donosi rješenje sa razlozima za donošenje takve odluke.

Za vrijeme izvršenja zavodskih mjera, Zakonom o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku propisana je aktivna uloga sudije i tužioca, koja se

¹³ Dosijeji maloljetnika koji sadrže podatke o identitetu, činjenicama i razlozima upućivanja u ustanovu, organu koji je to odredio, danu i satu prijema, podatke o premještanju i otpuštanju, detalje o fizičkom i mentalnom zdravlju maloljetnika, kao i obavještenja roditelju, usvojiocu ili staraocu, povjerljive su prirode i dostupni su samo ovlašćenom osoblju ustanove.

¹⁴ Zaštita i postupanje sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, Ministarstvo pravde Republike Srpske, Banja Luka, 2013. str.140 - 142.

¹⁵ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, član 151.

ogleda i kroz njihovu obavezu da najmanje dva puta u toku godine obilaze maloljetnika smještenog u ustanovi za izvršenje zavodskih mjera, gdje u neposrednom kontaktu sa maloljetnikom i stručnim licima koja se staraju o izvršenju mjere, kao i uvidom u odgovarajuću dokumentaciju, utvrđuju zakonitost i pravilnost postupanja i cijene uspjeh postignut u vaspitanju i pravilnom razvoju ličnosti maloljetnika. U slučaju da prilikom tih obilazaka uoče eventualne propuste u ustanovama za izvršenje zavodskih mjera, sudija i/ili tužilac dužni su da bez odlaganja o tome obavijeste Ministarstvo, kao i ustanovu u kojoj se vaspitna mjera izvršava. U takvim situacijama, Ministarstvo pravde i uprava ustanove u kojoj se vaspitna mjera izvršava, dužni su da bez odlaganja izvrše odgovarajuće provjere i preduzmu mjere za otklanjanje nezakonitosti i nepravilnosti i o tome obavijeste sudiju i tužioca.

Vrste zavodskih mjera

U maloljetničkom krivičnom pravu Republike Srpske predviđene su tri vaspitne mjere zavodskog karaktera:

- a) upućivanje u vaspitnu ustanovu,
- b) upućivanje u vaspitno-popravni dom,
- c) upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje.

a) **Upućivanje u vaspitnu ustanovu** kao najlakša zavodska mjera se izriče u slučaju kada je maloljetnika potrebno izdvojiti iz sredine u kojoj živi i obezbjediti mu pomoć i stalni nadzor stručnih vaspitača u ustanovi za vaspitanje maloljetnika. Dakle, mjera se izvršava u ustanovama za vaspitanje maloljetnika u kojima borave i maloljetnici koji nisu izvršili krivično djelo. Stoga je obaveza suda da prilikom njenog izricanja vodi računa i o eventualnom negativnom uticaju maloljetnog izvršioca krivičnog djela na druge maloljetnike koje borave u vaspitnoj ustanovi. Ovu mjeru izvršava organ starateljstva upućivanjem maloljetnika u vaspitnu ustanovu za maloljetnike opšteg tipa, a to je ustanova koja obezbjeđuje smještaj i zadovoljavanje vaspitnih, zdravstvenih, obrazovnih, sportskih i drugih razvojnih potreba maloljetnika.¹⁶

Zakonodavac ne određuje u čemu se sastoji vršenje stalnog nadzora nad maloljetnim izvršiocem krivičnog djela, ali se iz prirode i suštine, odnosno svrhe ovih vaspitnih mjera može zaključiti da se radi o primjeni trajnog i sistematskog vaspitnog tretmana u okviru kojeg se posebna pažnja posvećuje opštem i stručnom obrazovanju maloljetnika i razvijanju njegovih radnih navika.¹⁷

U vaspitnoj ustanovi maloljetnik ostaje najmanje šest mjeseci, a najduže dvije godine, s tim da sud svakih šest mjeseci razmatra da li ima osnova za obustavu izvršenja mjere ili zamjenu nekom drugom vaspitnom mjerom. Lice kome je izrečena zavodska mjera upućivanja u vaspitnu ustanovu može u njoj ostati do navršene 23 godine života.

b) **Upućivanje u vaspitno-popravni dom** je mjera koju sud izriče maloljetniku kada je ga je neophodno izdvojiti iz dotadašnje sredine i ako je potrebno primijeniti pojačane mjere i stručne programe prevaspitavanja. Ovo je najteža vaspitna mjera koja se

¹⁶ D.Jovašević, V.Ikanović, Krivično pravo Republike Srpske-opšti deo, Banja Luka, 2012. godina, str. 374-377.

¹⁷ N.Srzentić, A.Stajić, Lj.Lazarević, Krivično pravo Jugoslavije, Beograd 1996., str. 416.

može izreći maloljetnom izvršiocu krivičnog djela, kako na osnovu uslova koji su zakonom određeni za njeno izricanje tako i iz dužine njenog trajanja. U pravnoj teoriji se ističe da je upućivanje u vaspitno-popravni dom najrigoroznija vaspitna mjera koja se graniči sa kaznom maloljetničkog zatvora po težini, načinu i postupku izvršenja i dužini trajanja.¹⁸

Za razliku od prethodne zavodske mjere, ova mjera se izriče maloljetniku kod kojeg postoji veći stepen vaspitne zapuštenosti i prema kojem je potrebno primijeniti pojačane mjere vaspitavanja i prevaspitavanja. Moglo bi se reći da se radi o maloljetnicima čije je kriminalno ponašanje rezultat visokog stepena njihove vaspitne zapuštenosti koja se, s obzirom na njen intenzitet, može sanirati samo trajnijim i intenzivnijim mjerama prevaspitavanja od strane stručnih lica u ustanovama koje su posebno namjenjene za tu svrhu. Pojačane mjere prevaspitavanja se izvršavaju u vaspitno-popravnom domu za maloljetne učinioce krivičnih djela, dakle u takvoj ustanovi u kojoj borave samo maloljetnici koji su usljed vaspitne zapuštenosti izvršili krivično djelo.¹⁹ Prema tome, vaspitno-popravni dom je posebna vrsta ustanove sa posebnim režimom za popravljanje teže vaspitno zapuštenih maloljetnih učinilaca krivičnih djela.²⁰

Pri odlučivanju hoće li izreći ovu mjeru, sud uzima u obzir težinu i prirodu učinjenog krivičnog djela, kao i okolnosti da li je prema maloljetniku ranije bila izrečena neka vaspitna mjera ili kazna maloljetničkog zatvora. Iz ovog proizilazi da postoje dva uslova za primjenu ove mjere. Prvi uslov se tiče prirode i težine krivičnog djela, što aludira na zaključak da će se sud odlučiti da maloljetnika uputi u vaspitno-popravni dom ukoliko je izvršio teže krivično djelo. Prilikom konstatacije težine krivičnog djela, ne podrazumjeva se samo apstraktna težina krivičnog djela izražena kroz zapriječenu sankciju. Posebno su u tom kontekstu bitne i druge okolnosti korz koje se manifestuje težina krivičnog djela kao što su: okolnosti pod kojima je djelo izvršeno, način izvršenja djela i posljedice koja je nastupila. Drugi uslov je okolnost da li je maloljetniku ranije bila izrečena vaspitna mjera ili kazna maloljetničkog zatvora. Ovu mjeru će sud izreći maloljetniku koji je počinio teško krivično djelo kao posljedice velike vaspitne zapuštenosti ukoliko su prema njemu i ranije primjenjivane vaspitne mjere ili kazna maloljetničkog zatvora. Ovo nije pravilo, jer se ova mjera može izreći maloljetnom izvršiocu i u slučajevima kada su prema njemu ranije već primjenjivane navedene sankcije. U svakom slučaju, sud je dužan da vodi računa, u prvom redu, o interesima maloljetnika i prema tome odluči se za onu vaspitnu mjeru kojom će se na najefikasniji način postići vaspitavanje, prevaspitavanje i pravilan razvoj njegove ličnosti. U vaspitno-popravnom domu, maloljetnik može ostati najkraće 6 mjeseci, a najduže 4 godine, s tim da sud svakih šest mjeseci razmatra da li postoje osnovi za obustavu izvršenja ove mjere ili za njenu zamjenu nekom drugom vaspitnom mjerom.

c) Upućivanje u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje je zavodska mjera koja se izriče maloljetniku koji je ometen u psihičkom ili fizičkom razvoju umjesto prethodne dvije navedene mjere. Prema tome, presudan uslov za izricanje ove mjere maloljetniku koji je izvršio krivično djelo je postojanje određenih nedostataka u psihičkom ili fizičkom razvoju koje sud utvrđuje uz pomoć vještaka (npr. da je maloljetnik slijep, gluhonijem, duševno

¹⁸ O.Perić, Komentar krivičnopravnih propisa o maloljetnicima, Beograd, 2003., str. 122-123.

¹⁹ D.Jovašević, V.Ikanović, *op.cit.*, str. 439.

²⁰ *Ibidem*, str. 377

poremećen, zaostalog duševnog razvoja i sl). Prema takvim maloljetnicima nije moguće primjenjivati uobičajene mjere vaspitavanja i prevaspitavanja, već se u tim slučajevima mora, prije svega, obezbjediti vršenje stalnog nadzora od strane stručnih vaspitača, odnosno isti se imaju uputiti u posebnu ustanovu za liječenje i osposobljavanje pod uslovom da se u toj ustanovi može obezbjediti čuvanje i liječenje, ako i ostvarivanje svrhe same izrečene mjere. Dakle, primjenom ove vaspitne mjere, prema maloljetniku se primjenjuje specijalan tretman koji je medikopsihološkog karaktera, a praćen je i vaspitnim uticajem na maloljetnika.²¹

Maloljetnik ostaje u posebnoj ustanovi za liječenje i osposobljavanje dok je to potrebno radi njegovog liječenja i osposobljavanja, a li ne duže od tri godine. Sud ima obavezu da svaka tri mjeseca ispita da li postoje osnovi za obustavu izvršenja ove mjere ili njenu zamjenu drugom mjerom. Ako maloljetnik u toku izvršenja ove mjere postane punoljetan, ispituje se potreba njegovog daljeg zadržavanja u toj ustanovi, a kada navrší 23 godine života, izvršenje mjere se nastavlja u ustanovi u kojoj se izvršava mjera bezbjednosti.

ODLAGANJE I PREKID ZAVODSKIH MJERA

Sudija može iz razloga predviđenih Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija, a na molbu maloljetnika, njegovog roditelja, usvojioca ili staraoca ili na prijedlog nadležnog organa starateljstva, odložiti izvršenje zavodske mjere. O odlaganju odlučuje rješenjem, sudija koji je izrekao vaspitnu mjeru, i to u roku od tri dana od dana prijema molbe. Vrijeme odlaganja može biti određeno u trajanju do godine dana, a u slučaju bolesti maloljetnika dok bolest traje. Protiv rješenja sudije, roditelj, usvojlac ili staralac maloljetnika mogu u roku od tri dana od dana prijema rješenja podnijeti žalbu vijeću za maloljetnike istog suda. Vijeće za maloljetnike o žalbi odlučuje u roku od tri dana od dana prijema žalbe. Molba ili prijedlog za odlaganje izvršenja zavodske mjere, odnosno žalba na rješenje sudije, zadržavaju izvršenje zavodske mjere, ali ako sud prilikom ponovnog odbijanja molbe za odlaganje izvršenja utvrdi da se pravo na molbu zloupotrebljava, on odlučuje da žalba ne zadržava izvršenje zavodske mjere²².

Osim odlaganja, a na osnovu istog zakonskog uporišta, sudija može prekinuti izvršenje vaspitne mjere. O prekidu izvršenja vaspitne mjere odlučuje rješenjem sudija koji je izrekao vaspitnu mjeru, u roku od tri dana od dana prijema molbe, dok vrijeme prekida izvršenja zavodske mjere može biti određeno u trajanju do godinu dana, a u slučaju bolesti maloljetnika dok bolest traje. Protiv rješenja sudije moguće je izjaviti žalbu vijeću za maloljetnike u roku od tri dana od dana prijema rješenja. Kada prestanu okolnosti zbog kojih je odobren prekid održavanja zavodske mjere ili se utvrdi da je prekid odobren na osnovu lažnih isprava i dokaza ili ako se prekid ne koristi u svrhu za koju je dozvoljen, sudija koji je izrekao zavodsku mjeru ukida rješenje i maloljetniku nalaže da se odmah, a najduže u roku od tri dana od prijema rješenja javi ustanovi radi izvršenja zavodske mjere. Rješenje se dostavlja maloljetniku, roditeljima odnosno staraocu ili usvojiocu i ustanovi, s tim da žalba ne zadržava izvršenje zavodske mjere, a protiv rješenja moguće je izjaviti žalbu vijeću za maloljetnike i to u roku od tri dana od prijema rješenja²³.

²¹ M.Babić, I.Marković, *op.cit.*, str. 441.

²² Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, član 159.

²³ Zaštita i postupanje sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, Ministarstvo pravde

USLOVNI OTPUST I OTPUŠTANJE MALOLJETNIKA IZ USTANOVE

Uslovni otpust kao značajan krivičnopravni i penološki institut, ima značajnu svrhu u pogledu maloljetnih osuđenih lica, a sastoji se u tome da se osuđeni maloljetnik, kod koga je postignut određen stepen resocijalizacije i popravljanja, uputi u društvenu zajednicu, tj. pusti na slobodu prije vremena određenog u sudskoj odluci.²⁴ Kada je maloljetniku izrečena zavodska vaspitna mjera, sud ga može uslovno otpustiti iz zavodske ustanove ako je u toj ustanovi proveo najmanje šest mjeseci i ako se na osnovu uspjeha postignutog u vaspitanju može opravdano očekivati da maloljetnik ubuduće neće činiti krivična djela i da će se u sredini u kojoj bude živio dobro ponašati. O uslovnom otpustu iz vaspitne ustanove i vaspitno-popravnog doma, na molbu maloljetnika, odlučuje sudija suda koji je izrekao mjeru upućivanja u vaspitnu ustanovu i vaspitno-popravni dom. Sud može odlučiti da se prema maloljetniku za vrijeme uslovnog otpusta izrekne mjera pojačanog nadzora uz mogućnost primjene jedne ili više posebnih obaveza. Uslovni otpust traje najduže do isteka zakonskog roka trajanja izrečene zavodske mjere ili dok sud ovu mjeru ne obustavi od izvršenja ili je zamijeni nekom drugom mjerom. Ako za vrijeme trajanja uslovnog otpusta maloljetnik učini novo krivično djelo ili ako određena mjera pojačanog nadzora ne postiže svrhu ili maloljetnik ne ispunjava posebne obaveze koje su mu određene uz vaspitnu mjeru pojačanog nadzora, sud može opozvati uslovni otpust. Vrijeme provedeno na uslovnom otpustu se neće uračunati u vrijeme zakonskog trajanja izrečenih zavodskih vaspitnih mjera.

Maloljetnik se otpušta sa izvršenja zavodske mjere kada protekne zakonom određeno najduže trajanje mjere ili kada sud donese odluku o obustavljanju njenog izvršenja, zamjeni izrečene vaspitne mjere drugom mjerom ili uslovnim otpustom. Kada se maloljetnik nalazi u završnom razredu škole ili pri kraju stručnog usavršavanja, a otpušanjem iz ustanove u kojoj se mjera izvršava bi se onemogućio završetak školovanja ili stručnog osposobljavanja, ustanova može, na molbu maloljetnika, omogućiti završetak školovanja ili stručnog osposobljavanja, čak i u slučaju da je tada maloljetnik stariji od navršene 23 godine²⁵.

ZAKLJUČAK

Na osnovu svega prethodno navedenog, veoma je bitno rezimirati da se u okviru vaspitnih mjera kao posebne vrste krivičnih sankcija prema maloljetnici, zavodske mjere izdvajaju kao vrlo specifične kako po svojoj svrsi i karakteru, tako i po samom načinu izvršenja. S obzirom na činjenice da su to mjere institucionalnog karaktera sa evidentnim elementom retributivnosti, treba ih restriktivno koristiti. Upravo zbog toga predstavljaju najtežu mjeru u sistemu vaspitnih mjera u Republici Srpskoj.

Da bi se sačinila kvalitetna i sveobuhvatna analiza stanja u oblasti izvršenja zavodskih mjera u Republici Srpskoj, u prvom redu je neophodno sagledati uzročno-posljedičnu vezu između statistike izvršenih krivičnih djela u okviru maloljetničke delinkvencije sa jedne strane i statistike izvršenja zavodskih mjera sa druge strane. Evidentno je da je maloljetnička delinkvencija, u posljednjih 10 godina, u porastu, odnosno da je svake godine brojnije učešće maloljetnika u izvršenju krivičnih djela, u odnosu na ukupan godišnji broj izvršilaca

Republike Srpske, Banja Luka, 2013. str. 145-146.

²⁴ Navedeno prema: Lj.Mitrović, (2012), str. 306

²⁵ Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, član 162.

krivičnih djela. Iako je struktura krivičnih djela koja vrše maloljetnici daleko jednostavnija od strukture krivičnih djela koja vrše punoljetna lica, broj krivičnih djela se iz godine u godinu povećava. Zvanične statistike Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srpske ukazuju da maloljetnici najčešće vrše krivična djela iz oblasti imovinskog kriminaliteta i krvnih delikata, što jasno dokazuje i podatak da gotovo od pet krivičnih djela četiri pripadaju jednoj od ove dvije kategorije. Upravo ovakvo stanje u oblasti maloljetničkog kriminaliteta utiče na statistike izvršenja zavodskih mjera, koje su u porastu u poslednjih deset godina.

LITERATURA:

- Babić M., Marković I., Krivično pravo-opšti dio, Banja Luka, 2011.
- Bačić F., Krivično pravo-opšti dio, Zagreb, 1978.
- Jovašević D., Vaspitne mjere kao sredstvo suzbijanja kriminaliteta maloljetnika, Zbornik radova, Akuelna pitanja u primjeni krivičnog zakonodavstva, Banja Luka, 2011.
- Jovašević D., Ikanović V., Krivično pravo Republike Srpske-opšti dio, Banja Luka, 2012.
- Mitrović Lj., Maloljetničke krivične sankcije u novom Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, Pravna riječ, Banja Luka, broj 19/2009.
- Mitrović Lj., Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS, Banja Luka, 2012.
- Perić O., Komentar krivičnopравnih propisa o maloljetnicima, Beograd, 2003.
- Radovanović M., Krivično pravo, opšti dio, Beograd, 1975.
- Srzić N., Stajić A., Lazarević Lj., Krivično pravo Jugoslavije, Beograd 1996.
- Stojanović Z., Krivično pravo-opšti dio, Beograd, 2006.
- Zaštita i postupanje sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku, Ministarstvo pravde Republike Srpske, Banja Luka, 2013.
- Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske

Tamara Marić, LL.M

Ministry of Justice of the Republic of Srpska, Banja Luka; tam023de@gmail.com

Corrective Measures Establishment Character for Minors in the Republic of Srpska

Abstract: Within the general purpose of criminal sanctions and that the suppression of unlawful activities which violate or threaten the values protected by criminal law, specifically stipulates that the purpose of criminal sanctions against minors to providing protection, care, assistance and supervision, as well as providing general and vocational training affect the development of the strengthening of the personal responsibility of minors, to provide education of minors, and to ensure proper development of the minor figures in order to ensure his re the inclusion in the community. In this regard, the legislator in the Republic of Srpska prescribe special rules of criminal procedure to juveniles, and specific sanctions that can be imposed on juveniles. Juvenile criminal sanctions is, by its nature and purpose, different from the criminal sanctions imposed on adult offenders. They aim to protect society from juvenile crime through education and re-education or re-socialization and proper development of juveniles.

Minors up to criminal offense, according to Law of the protection and treatment of children and juveniles in criminal proceedings Republic of Srpska, can impose a corrective measure, security measures of juvenile and constipation as a special type of sentence by older minors.

Keywords: juvenile criminal sanctions, educational measures, institutional measures.

Pregledni naučni rad

Datum prijema rada:
15. jun 2017.

Datum prihvatanja rada:
30. jun 2017.

Ovlašćenja strane pogođene promenjenim okolnostima i ovlašćenja suda

Rezime: Ulaganje u privredu je neophodno i nužno, a nedostatak vlastitih finansijskih sredstava prevazilazimo podsticanjem i privlačenjem inostranih investicija. Poslovna praksa pokazuje da svi sofisticirani investitori i zajmodavci insistiraju na tkz. pricing sheme prilagođavanju promenjenim okolnostima tokom trajanja dugotrajnih ugovora sa sukcesivnim ili trajnim ispunjenjem. Zemlje sedišta glavnih međunarodnih privrednih zajmodavaca uvažavaju pretpostavku da je ugovor sa fiksnom cenom istovremeno i ugovor o preraspodeli poslovnog rizika. Međutim, prema našem pravu, ugovor sa fiksnom cenom nije istovremeno i ugovor o preraspodeli poslovnog rizika, a to znači da ukoliko nastupe spoljni događaji strane su dužne da izvrše svoje obaveze. Zašto je to značajno? Ukoliko ne postoje ugovorne odredbe, koje regulišu usklađivanje ugovora sa promenjenim okolnostima, onda se primenjuju odredbe zemlje domaćina čiji pravi smisao utvrđujemo.

Ključne reči: ovlašćenja suda, ovlašćenja strane pogođene promenjenim okolnostima, sankcije.

Irina Šolaja

Master, viši asistent, Fakultet pravnih nauka Univerziteta za poslovne studije, Banja Luka, Republika Srpska, irina.solaja@univerzitetps.com

UVOD

U radu se analizira, uređenje ovlašćenja strane pogođene promenjenim okolnostima i ovlašćenje suda prema pozitivnom pravu Republike Srbije¹, ali i Republike Srpske, budući da je na osnovu člana 12 Ustavnog zakona u potpunosti preuzela Zakon o obligacionim odnosima (1978).² U vezi sa navedenom temom predstavljen je i kratak osvrt na rešenja sadržana u uporednom pravu.³ Središte pažnje je na nepristrasnoj i objektivnoj raspra-

¹ Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, broj 29/78, 39/85, 45/89- odluka USJ, 57/89, Službeni list SRJ, broj 31/93 i Službeni list SCG, broj 1/2003 Ustavna povelja. (Dalje u tekstu i fusnotama: ZOO);

² Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04. (Dalje u tekstu i fusnotama: ZOO RS);

³ Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije, Službeni vesnik na Republika Makedonija, broj 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 i 161/09. (Dalje u tekstu i fusnotama: ZOO RS); Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne

vi u vezi sa pravnom zaštitom strane pogođene promjenjenim okolnostima i zakonskim standardima koji ovlašćuju sud da odluči o sankciji raskidanje ili izmena ugovora.

Materiju smo organizovali na osnovu postavljanja pitanja i njihovog odgovora koji je obrazložen domaćom i inostranom literaturom, sudskom i arbitražnom praksom. Ponekada nismo naveli pitanje na koje tražimo odgovor ali se ono može naslutiti s obzirom na poziciju sa koje pristupamo analizi. Na kraju rada, u zaključku, se nalazi predlog otklanjanja uočenih nedostataka.

OVLAŠĆENJA STRANE POGOĐENE PROMENJENIM OKOLNOSTIMA

Prema odredbama ZOO i ZOO RS (član 133-136) sadržanim u Odseku V *Dvostrani ugovori*, Glava IV pod naslovom, Raskidanje ili izmena ugovora zbog promjenjenih okolnosti regulisan je institut koji je u pravo dospelo iz aksiologije i njenog istraživanja u okviru teorije o vrednostima. Naime, istorija prava je sve do druge polovine srednjeg veka dosledno sprovodila načelo *pacta sunt servanda*.⁴ „Ovo načelo izražava koncept ugovora koji njegov cilj vidi u preraspodeli rizika između strana od nastupanja događaja koji ispunjenje obaveze čine ne-svrshodnim na način i u srazmjeri utvrđenoj od strane ugovornika u odredbama ugovora.“⁵ Navedeno istovremeno znači i da je pravni tretman naknadno nastalih promjenjenih okolnosti u rimskom pravu usmeren u pravcu njihove pravne irelevantnosti odnosno „koncept ugovora u rimskom pravu je podrazumevao strogu obavezujuću snagu između strana koja je bez ispunjenja mogla da prestane u strogo određenom krugu slučajeva koji su se ticali nemogućnosti ispunjenja.“⁶ Međutim, savremena prava uvažavaju uticaj promjenjenih okolnosti na ispunjenje ugovora, kao opšte pravilo. Tako i važeće pravo uvažava činjenicu da se svaki ugovor zaključuje s obzirom na izvesne opšte privredne i društvene uslove koji postoje u trenutku zaključenja ugovora i na osnovu kojih strane ugovornice dogovaraju u vezi sa bitnim elementima i svrhom ugovora. Ugovornice uzimaju u obzir i mogućnost da se okolnosti promene u trenutku ispunjenja obaveze i prihvataju normalan poslovni rizik, vršeći njegovu preraspodelu koja se odražava na uzajamna davanja. Međutim, ukoliko se suštinski promene okolnosti, u periodu od zaključenja ugovora do trenutka ispunjenja ugovorne obaveze, ZOO i ZOO RS nalažu da se zahtev za ispunjenje odbije, kao protivan načelu savesnosti i poštenja član 12., načelu jednake vrednosti davanja član 15. i načelu pravičnosti, dok se istovremeno stiču uslovi za primenu instituta. Preciznije, da bi se primenila posebna pravila koja isključuju primenu opštih pravila o ugovornoj odgovornosti potrebno je da postoji punovažna obaveza iz ugovora čije je ispunjenje otežano ili se ne može ostvariti svrha ugovora, i to u toj meri da je očigledno da ugovor više ne odgovara očekivanjima strana ugovornica i da bi prema opštem mišljenju, bilo nepravilno održati ga na snazi (kumulacija dodatnih pretpostavki).

novine, broj 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15. (Dalje u tekstu i fusnotama: ZOO HR); Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, Službeni list, broj 47/2008. (Dalje u tekstu i fusnotama: ZOO CG); Opšte uzanse za promet robom, Službeni list FNRJ, broj 86/46, 105/46 i 96/47. (Dalje u tekstu i fusnotama: Opšte uzanse);

⁴ Prevod latinske izreke je: „ugovorima treba robovati“, a pripisuje se rimskom pravniku Ulpijanu (*Ulpiano*).

⁵ Treitel, G. (2014). *Frustration and Force Majeure*. London: Sweet & Maxwell, 3rd edition, str. 1.

⁶ Đurđević, M. (1994). *Raskidanje ili izmena ugovora zbog promjenjenih okolnosti*. Magistarska teza. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 29.

TUŽBA ZA RASKID UGOVORA

Kada se ispune prethodno navedene pretpostavke i dodatne pretpostavke strana pogođena promenjenim okolnostima pravno je ovlašćena podneti tužbu za raskid ugovora (član 133. stav 4. ZOO odnosno ZOO RS). „Raskidanje ugovora je način prestanka punovažnog ugovora koji se ostvaruje saglasnom izjavom volje oba ugovornika ili u slučajevima predviđenim u zakonu, izjavom volje jednog od njih.“⁷ „[...] Raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti je poseban razlog za oslobođenje dužnika od ugovorne odgovornosti usled dejstva promenjenih okolnosti.“⁸ Dakle, posredi je jednostrani nemotivisani raskid ugovora. „Jednostrani raskid je pravna moć, jednostrana izjava volje koja ima za cilj i dejstvo prestanak ugovora, ali pravne posledice u nedostatku naknadnog sporazuma, određuju se na osnovu zakona.“⁹ Jednostrani raskid može da bude motivisan i nemotivisan. „Motivisan raskid je uslovljen nelojalnim ponašanjem druge ugovorne strane, tj. da je ugovorna strana izjavu o raskidu dala zbog toga što je saugovorač predhodno povredio ugovor, tako da sa svoje strane nije ispoštovao svoje ugovorom preuzete obaveze. Nemotivisani jednostrani raskid postoji kada davalac jednostrane izjave o raskidu ugovora tu izjavu dao nezavisno od ugovornog ili neugovornog ponašanja druge strane.“¹⁰ Pri tom, u slučaju promenjenih okolnosti strana pogođena promenjenim okolnostima sudski mehanizam može da inicira ili održi podnošenjem „tužbe, prigovora ili protivtužbe.“¹¹ *Tužba se podnosi u skladu sa Zakonom o parničnom postupku*¹² i odredbama o nadležnosti (član 15-65) ukoliko nije ugovornom klauzulom određena posebna nadležnost u slučaju spora. Dakle, reč je o postupku koji se pokreće *ex privata*, a ne *ex officio*.¹³

Podnosi se konstitutivna tužba za raskid ugovora, uz koju predlažemo i podnošenje posebnih zahteva (npr. zahtev za povraćaj) jer sud po novom ZPP (član 7. stav 2.) odlučuje samo u granicama tužbenog zahteva. Strana pogođena promenjenim okolnostima može tužbom zahtevati samo raskid ugovora.¹⁴ Nakon podnošenja tužbe, ona se može povući bez

⁷ Nikolić, Đ. (2007). *Obligaciono pravo- Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*. Beograd: Projuris, str. 68.

⁸ Jankovec, I. (1993). *Ugovorna odgovornost za štetu*. Beograd: Poslovna politika, str. 208.

⁹ Salma, J. (2005). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, str. 417.

¹⁰ Salma, J. (2011). *Ugovorna odgovornost- u evropskom, uporednom i domaćem pravu*. (D. Drakić, Ur.) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLV (1), str. 89.

¹¹ Presuda Vrhovnog privrednog suda, Sl. 522/55 od 14. 6. 1956. Navedeno prema: Isaković, M., & Šurlan, P. (1961). *Opšte uzanse za promet robom s objašnjenjima i sudskom praksom i posebne uzanse*. Beograd: Privredni pregled, str. 57.

¹² Zakon o parničnom postupku, Službeni glasnik Republike Srbije, broj 72/2011, 49/2013 odluka US, 74/2013- odluka US i 55/2014. (Dalje u tekstu i fusnotama: ZPP);

¹³ „[...] takav raskid može tražiti samo stranka u sudskom postupku, a ne može sud po službenoj dužnosti utvrđivati da li je došlo do promene okolnosti koje bi eventualno bile razlog za raskid ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti.“

Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev. 276/09-2 od 30. 3. 2011. godine, objavljena u bazi na: www.vsrh.hr/aspx, 1. 2. 2017.

¹⁴ „[...] pravo zahtevati raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti pripada u smislu odredbe člana 133, stav 1 ZOO isključivo ugovornoj strani [...] koja ne može ostvariti svrhu ugovora ili onoj kojoj je otežano ispunjenje obaveze.“

Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, U-III-760/2014 od 13. novembra 2014. godine,

pristanka, do trenutka upuštanja u raspravu druge strane, ali i do pravnosnažnosti odluke uz pristanak druge strane (član 202. ZPP). Ukoliko se u periodu od zaključenja ugovora do trenutka ispunjenja okolnosti promene više puta, može se podneti nova tužba.

Usvajanjem tužbe, sud donosi konstitutivnu presudu čijom se pravnosnažnošću ugovor raskida. Protivtužba (član 198. ZPP) se može koristiti u pokrenutom postupku od strane poverioca kondemnatornom tužbom zbog neispunjenja (član 196. ZPP) i tada je strana pogođena promenjenim okolnostima pasivno legitimisana. Prigovor kao sredstvo odbrane može se koristiti u toku parnice, ali on ne može da prouzrokuje donošenje presude kojom prestaje ugovor (utvrđujući prigovor).

Postavlja se pitanje da li strana pogođena promenjenim okolnostima može tužbom da zahteva izmenu ugovora i može li sud predložiti izmenu ugovora? Prof. Morait piše da: „[...] reviziju ugovora mogu predložiti obe strane ugovornice.“¹⁵ Prema mišljenju prof. Krulja: „[...] pogođena strana može tužiti samo raskid ugovora ali tokom postupka može ponuditi pravičnu izmenu koju druga strana može da prihvatiti [...]. U daljem tekstu se dodaje i da: „[...] sud može biti taj koji će u toku postupka ponuditi izmenu [...].“¹⁶ Prema mišljenju prof. Viznera: „pravo zahtjevati raskid ugovora pripada samo ugroženoj strani. Sud po službenoj dužnosti (*ex officio*) neće, sam od sebe, moći predložiti raskid ugovora izmijeniti u odgovorajuću njegovu reviziju, kao ni predloženu reviziju u njegov raskid, pošto je to pravo, u iznetom smislu, rezervisano samo za ugovorne strane.“¹⁷

Smatramo, da je tužba za raskid ugovora suvereno pravo strane pogođene promenjenim okolnostima (član 133. stav 1. ZOO i ZOO RS), da ona može čak i u toku parnice preinačiti tužbeni zahtev, ali da sud ne može predložiti izmene ugovora. Sud ne bi mogao predložiti izmene (član 7. stav 2. ZPP), ali bi mogao tokom celog postupka podsticati mirno rešavanje spora (član 340-341 ZPP) ili zaključenje sudskog poravnjanja (član 336-339 ZPP) i na taj način posredno uticati na strane ugovornice, jer je sud „nem posmatrač dvoboja“ i odlučuje samo u granicama tužbenog zahteva.

PREDLOG ZA IZMENU UGOVORA ILI POZIV NA PREGOVORE

Budući da je strana pogođena promenjenim okolnostima dužna da o svojoj nameri da traži raskid ugovora na siguran način obavestiti drugu ugovornu stranu čim je saznala za promenu okolnosti jer ako propusti dužnost odgovara za štetu koju je druga strana pretrpela zbog neblagovremenog obaveštenja (član 134. ZOO odnosno ZOO RS).¹⁸ Dakle, reč je o jednom kratkom roku za slanje obaveštenja (subjektivnom roku) koji počinje teći od

objavljena u bazi na: www.usud.hr, *aspx*, 8. 1. 2017.

¹⁵ Morait, B. (2007). Obligaciono pravo. Banja Luka: Pravni fakultet Banja Luka, str. 271; Vizner, B. (1978). Komentar zakona o obligacionim odnosima (red. B. Vizner). Zagreb: Riječka tiskara, str. 533.

¹⁶ Krulj, V. (1983). Komentar Zakona o obligacionim odnosima (red. B. Blagojević i V. Krulj). Beograd: Savremena Administracija, str. 405.

¹⁷ Vizner, B. (1978), op. cit., str. 533-534.

¹⁸ Isto rešenje sadrži ZOO CG (član 129.); ZOO M (član 123.); ZOO HR (član 370.) i Opšte uzance (broj 59.); Vizner, B. (1978), op. cit., str. 535; Cigoj, S. (1978). Obligacijska razmerja, s komentarjem (red. S. Cigoj). Ljubljana: Uradni list SR Slovenije, str. 138.

saznanja za događaj koji je prouzrokovao štetne posledice, a ne od trenutka kada se mogao izbexi i savladati. Druga strana svoje pravo na naknadu štete može ostvariti u skladu sa opštim pravilima *onus probandi* ukoliko dokaže postojanje i visinu štete i uzročnu vezu između prouzrokovane štete i propuštenog obaveštenja.

Ugovor se neće raskinuti ako druga strana ponudi ili prihvati u toku postupka da se odgovarajući uslovi ugovora „pravično izmene“ (član 133. stav 4. ZOO odnosno ZOO RS).¹⁹ Predlog za izmenu ugovora ima pravni tretman poziva na pregovore. „Iako se u ovom pravilu pregovori ne spominju izrečno, njihovo se postojanje implicitno pretpostavlja.“²⁰ „Poverilac je dužan da se izjasni o predlogu u skladu sa načelom savesnosti i poštenja jer od njegovog prihvatanja ili odbijanja predloga zavisi sudbina ugovora. Ako on to ne učini, onda se to neizjašnjenje za duže vreme mora smatrati kao prećutni pristanak na oslobođenje dužnikovo i poverilac ne može više zahtevati ispunjenje ugovora.“²¹ Potreba poveriočevog izjašnjenja navedena je zbog nastojanja da se izbegne da rizik promenjenih društvenih i privrednih uslova snosi dužnik.²²

Uporedno - pravnim pregledom uočavamo da Načela UNIDROIT²³ ovlašćuju pogođenu stranu da zahteva pregovore dok PECL²⁴ obavezuje ugovornike (obe strane) na pregovore. Pregovori su prema navedenim izvorima *soft law*²⁵ aktima prva faza u postupku primene instituta.

ZOO odnosno ZOO RS ne sadrže odredbu koja reguliše koje klauzule mogu biti povod pregovora o izmeni ali na osnovu prakse iz vremena važenja Opštih uzansi utvrđeni su sledeći oblici izmena, „a koje doktrina deli na izmenu u užem i širem smislu.“²⁶

¹⁹ Isto rešenje sadrži ZOO CG (član 128. stav 4.); ZOO M (član 122. stav 4.); ZOO HR (član 369. stav 4.) i ZOO RS (član 133. stav 4.).

²⁰ Orlić, M. (1993). Zaključenje ugovora. Beograd: Institut za uporedno pravo, str. 11.

²¹ Arandelović, D. (1937). Osnovi obligacionog prava. Beograd: Izdavačka knjižara Geca Kona, str. 63.

²² Sud je zahtevao „postizanje sporazuma između strana ugovornica u vezi sa izmenom ugovora, a ne smatra da prodavčeva šutnja znači prihvatanje.“

Odluka Švajcarskog Apelacionog suda u Bazelu (*Switzerland Obergericht des Kanton Basel*), broj 40-99160 (A15) od 5. oktobra 1999. Dostupna na: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991005s1.html_aspx, 10. 1. 2017.

²³ UNIDROIT PRINCIPLES, (2010). Rome: International Institute for the Unification of Private Law, str. 212-213. (Dalje u tekstu i fusnotama: Načela UNIDROIT).

²⁴ Lando, O., & Beale, H. (2000). The Principles of European Contract Law, Parts I i II (Combined and Revised). The Hague – London: Kluwer Law Internacional, str. 435. (Dalje u tekstu i fusnotama: PECL).

²⁵ Termin *soft law* (meko pravo) koristimo u tekstu i fusnotama da bismo označili normativne akte neobavezujuće snage koji su rezultat privatne (nedržavne) inicijative (npr. *International Institute for the Unification of Private Law* i *Commission on European Contract Law*). Više videti: Đurđev, D. (2013). Soft Law u Evropskom komunitarnom pravu. (S. Orlović, Ed.) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 47 (1), str. 101-116;

²⁶ Čobeljić, Đ. (1972). Promenjene okolnosti u privrednom i građanskom pravu (klauzula rebus sic stantibus). Beograd: Savremena administracija, str. 108-110.

Pod izmenom ugovora u užem smislu „podrazumeva se izmena same sadržine ugovornih prestacija, njihove ekonomske vrednosti“²⁷ poput elemenata koji se odnose na visinu obaveze izražene u novcu i odredbe o količini ili kvalitetu predmeta ugovora. Postizanje sporazuma o navedenim odredbama prouzrokuje i zasnivanje novih odnosa između strana ugovornica.

Pod izmenom ugovora u širem smislu, podrazumeva se izmena odredbi koje se odnose na rokove ispunjenja poput odredbe kojom se odlaže ispunjenje (novi prekluzivni rok ispunjenja), ugovor produžuje (produženje prvobitnog roka) i vrši prethodno ispunjenje (u slučaju teške situacije za dužnika). Pri tom, modifikacijom navedenih klauzula ugovor se održava na snazi u svom prvobitnom obliku.

Za vreme trajanja pregovora ne može se zahtevati ispunjenje. „[...] Ugovorna nepravda izražena u disproporciji uzajamnih davanja, koja je nastala usled promenjenih okolnosti, bi se samo produbljavala, ako bi se dozvolilo saugovoraču pogođene stranke da u vreme pregovora zahteva izvršenje ugovornih obaveza.“²⁸ S, druge strane Načela UNIDROIT (član 6.2.2.) ovlašćuju poverioca da zahteva ispunjenje obaveze za vreme trajanja pregovora.

Uparedno-pravni pregled: Uočavamo da egzistiraju obe vrste sankcija, izuzev engleskog prava koje ne dopušta izmenu ugovora. Ugovor prestaje i u slučaju nemogućnosti ispunjenja i osujećenja svrhe ugovora, a reč je o „prestanku ugovora po samom zakonu ili tačnije, po pravilu sudske prakse, jer promenjene okolnosti nisu uređene zakonom.“²⁹ Pri tom u engleskom pravu egzistira vansudski raskid ugovora, ukoliko bi ipak došlo do sudske odluke, sudska odluka bi bila deklarativna (*by operation of law*). Zatim, ZOO HR (član 369. stav 1.) predviđa primarnu sankciju izmenu ugovora, a zatim raskid ugovora. Predlog za izmenu ugovora pored strane pogođene promenjenim okolnostima može ponuditi i druga strana (član 369. stav 4. ZOO HR). Prema ZOO CG strana pogođena promenjenim okolnostima može zahtevati ili izmenu ili raskid ugovora (član 128.). Bürgerliches Gesetzbuch³⁰ (§ 313. stav 3.) kao primarnu sankciju predviđa izmenu ugovora, a ako je izmena nemoguća ili se ne može razumno očekivati da će je druga strana prihvatiti, tada strana pogođena promenjenim okolnostima može da opozove ugovor odnosno zahteva raskid ugovora sa dugotrajnim izvršenjem prestacija. Načela UNIDROIT (član 6.2.3.), PECL (član 6.111.) predviđaju kao primarnu sankciju izmenu ugovora, a sankciju drugog reda raskid. Opšte uzanse (broj 55.) su omogućavale strani pogođenoj promenjenim okolnostima da zahteva i izmenu ugovora i raskid ugovora (poslednja solucija).

Prema Italijanskom Građanskom zakoniku (§ 1467.),³¹ strana pogođena promenjenim okolnostima može zahtevati raskid ugovora, ali može u toku postupka preinačiti tuž-

²⁷ Čobeljić, Đ. (1972), op. cit., str. 108.

²⁸ Đurđević, M. (1994), op. cit., str. 1220.

²⁹ Jovanović, N. (2015). Uvod u common law ugovorno pravo. Beograd: Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet, str. 99.

³⁰ Bürgerliches Gesetzbuch, (2011). München: Deutscher Taschenbuch Verlag GmbH & Co. KG, str. (Dalje u tekstu i fusnotama: BGB).

³¹ Italijanski Građanski zakonik, decreto 16 marzo 1942, n. 262 (I), (G. U. del 4. aprile 1942). (Dalje u tekstu i fusnotama: *Code civile*).

beni zahtev i zahtevati izmenu. Skica³² (član 103. stav 1. i 2.) predviđa primarno tužbu za raskid koja je suvereno pravo strane pogođene promjenjenim okolnostima, a koju ona u toku postupka može preinačiti u pravičnu izmenu. ZOO M (član 122.) predviđa primarno tužbu za raskid ugovora koju strana pogođena promjenjenim okolnostima može u toku postupka preinačiti u izmenu ugovora.

Na kraju ističemo da ukoliko zbog promjenjenih okolnosti ugovor nije raskinut, već su u skladu sa članom 133. stav 4. ZOO odnosno ZOO RS pravično izmenjeni odgovarajući uslovi ugovora ne može se postaviti pitanje obaveze naknade pravičnog dela štete. Kada izrekne raskid ugovora sud će na zahtev druge strane obavezati stranu koja ga je zahtevala da naknadi drugoj pravičan deo štete koji trpi zbog toga (član 133. stav 5. ZOO).³³

OVLAŠĆENJA SUDA

Zakon upućuje sud da prilikom odlučivanja o raskidanju ugovora ili njegovoj izmeni treba da se rukovodi načelima poštenog prometa, odnosno, da vodi računa naročito o cilju ugovora, normalnom riziku kod ugovora odnosno vrste, o opštem interesu, kao i interesima jedne i druge ugovorne strane (član 135. ZOO odnosno ZOO RS).

Pod načelima poštenog prometa podrazumevaju se zahtevi sadržani u „načelu savesnosti i poštenja.“³⁴ ZOO odnosno ZOO RS upućuje i na objektivne i subjektivne pravno relevantne činjenice³⁵ pravne standarde, na kojima se odluka o raskidanju ili izmeni ugovora mora zasnivati, a koje isto imaju izvor u načelu savesnosti i poštenja s tim što se nalaže da se o njima naročito (posebno) vodi računa. Pri tom, pod pravnim standardom podrazumevamo pravila koja menjaju svoju konkretnu sadržinu zavisno od okolnosti konkretnog slučaja. Naglašavam i da ne postoji *numerus clausulus* okolnosti koje čine načelo savesnosti i poštenja, a u daljem tekstu tumačimo samo okolnosti koje su zakonom posebno istaknute.

Tumačenje pravnog standarda cilj ugovora: Sve „[...] ugovorne obligacije imaju određen cilj, a taj cilj se sastoji u tome da lice koje je ukazalo poverenje našoj izjavi, odnosno koje se oslanilo na tu izjavu bude pravno zaštićeno.“³⁶ Reč je poznatom cilju između stra-

³² Konstantinović, M. (1969). *Obligacije i ugovori- Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu, str. 42. (Dalje u tekstu i fusnotama: Skica).

³³ Isto rešenje sadrži ZOO HR (član 369. stav 5); ZOO CG (član 128. stav 5) i ZOO M (član 122. stav 5).

³⁴ Isto rešenje sadrži ZOO HR (član 371.); ZOO CG (član 130.); ZOO M (član 124.) i Opšte uzanse (broj 55.).

Perović, S. (1980). *Komentar zakona o obligacionim odnosima* (red. S. Perović i D. Stojanović). Kragujevac: Pravni fakultet Kragujevac i Kulturni centar Gornji Milanovac, str. 435; Vizner, B. (1978), op. cit., str. 53.

³⁵ ZOO CG (član 130.) nalaže da se pri odlučivanju o izmeni ili raskidu ugovora sud rukovodi načelom savesnosti i poštenja vodeći računa naročito o cilju ugovora, o normalnom riziku kod ugovora odnosno vrste, o djelovanju i trajanju izvanrednih okolnosti kao i uravnoteženim interesima obje strane. Prema ZOO HR (član 371.) nalaže se da pri odlučivanju o izmeni ugovora odnosno njegovom raskidu sud se treba rukovoditi načelom savesnosti i poštenja, vodeći računa osobito o svrsi ugovora, podjeli rizika koji proizlazi iz ugovora ili zakona, trajanju i djelovanju izvanrednih okolnosti te, o interesima obje strane.

³⁶ Antić, O. (2011). *Obligaciono pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 223.

naka, karakterističnom za tu vrstu ugovora „koji determiniše granice važenja ugovora ali i okvir u vezi sa kojim se strane mogu pozivati na odgovornost.“³⁷ Zaključujući ugovor, strane saopštavaju cilj ugovora ili se on može utvrditi tumačenjem namere sadržane u ugovornim klauzulama ili polazeći od vrste ugovora i okolnosti konkretnog slučaja.

Ukoliko uporedimo, odredbu koja propisuje posledicu dejstva promjenjenih okolnosti (član 133. stav 1. ZOO odnosno ZOO RS) i odredbu (član 135. ZOO odnosno ZOO RS) koja sadrži jedan od pravnih standarda kojim se sud rukovodi prilikom donošenja odluke o sankciji, zaključujemo da obe govore o cilju ugovora, a da zakonopisac na ovaj način nalaže preciziranje.

Konkretnije, prvo se utvrđuju posledice promjenjenih okolnosti koje se nakon toga ispituju u okviru kriterijuma propisanih u načelu savesnosti i poštenja tako što se subsumiraju posledice promjenjenih okolnosti pod objektivne i subjektivne kriterijume. Upućivanje suda da vodi računa o cilju ugovora znači da je potrebno utvrditi da i pored toga što je izvršenje ugovorne obaveze postalo otežano ili se ne može ostvariti svrha ugovora zbog uticaja promjenjenih okolnosti, zahtev za raskid ugovora odbija ukoliko postoji mogućnost da se i dalje cilj ugovora može ispuniti.³⁸

Pravni standard normalni rizik kod ugovora odnosno vrste. Sud treba poći od činjenice da svaki ugovor prate dve vrste rizika, normalni rizik koji strane ugovornice uzimaju u obzir prilikom zaključenja ugovora i nenormalni koji prouzrokuju promjenjene okolnosti. Normalni poslovni rizik se određuje s obzirom na vrstu ugovora, pravne subjekte koji ga zaključuju, ali i okolnosti konkretnog slučaja. Reč je o „[...] dužnosti vođenja računa o normalnom snošenju gubitaka u poslovnom prometu, na čije se trpljenje mora unaprijed računati pri sklapanju obveznog ugovora određene vrste, zbog čega se pri odlučivanju o raskidu ili reviziji ugovora zbog promjenjenih okolnosti mogu uzeti u obzir samo one vrednosne razlike koje prelaze okvir normalnog uobičajenog rizika u poslovnim odnosima, a ne i one na koje se pri određenom ugovoru mora računati kao sa uobičajenim redovnim rizikom.“³⁹

Prema prof. Vizneru: „ono stanovište koje neostvarenu predviđenu dobit ili njezino ostvarenje u manjem opsegu od onog predviđenog ne smatra kao opravdanu okolnost za primenu klauzule *rebus sic stantibus* pravilnije, pošto okolnosti ovakve vrste i prirode ne upućuju uverljivo i u dovoljnoj meri na navodno zbilu se povredu načela ekvivalentnosti međusobno ugovorenih činidaba koja bi dovela do nepravednog i osuđujućeg poremećaja ravnoteže u međusobnim davanjima ugovornih strana.“⁴⁰ Tako npr. ugovor o prodaji poljoprivrednih proizvoda iz berbe koja će nastupiti nakon zaključenja ugovora, ali je do

³⁷ Fikentscher, W., & Heinemann, A. (2006). *Schuldrechts*. Berlin: De Gruyter Recht, str. 90.

³⁸ „U konkretnom slučaju svrha ugovora o kupnji dionica ostvarena je prije njihovog povlačenja i poništenja, jer su dionice prenesene na tužitelja, on ih je dao u zalogu radi osiguranja tuženičine tražbine iz ugovora o kreditu, pa naknadno donesena odluka Vlade RH o povlačenju i poništenju dionica ne može imati značenje činjenice koja bi opravdala raskid ugovora o kupnji tih dionica.“ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev. 823/05-2 od 7. maja 2008. godine, objavljena u bazi na: www.vsrh.hr, *aspx*, 1. 7. 2016.

³⁹ Vizner, B. (1978), op. cit., str. 537.

⁴⁰ Ibid.

trenutka ispunjenja obaveze došlo do pada cena zbog velike ponude na tržištu usled dobrog prinosa. Pravno se tretira kao normalni poslovni rizik koji ne ovlašćuje na zahtev za raskidanje ili izmenu ugovora.

Isto tako strane ugovornice će snositi i rizik koji proizlazi iz „radne organizacije poslovanja [...]“⁴¹ i dužne su osigurati blagovremeno materijal i druga sredstva potrebna za izvršenje ugovora jer snose rizik nabavke. „[...] Ne sme opasnost špekulacije koja leži u nepokrivenoj prodaji, prebaciti na svoga saugovarača i osloboditi se dužnosti ispunjenja prestacije.“⁴² „Rizik neuspeha nabavke pogađa prodavca posebno u slučaju prodaje generičke prestacije.“⁴³ Prodavac jedino ne bi mogao snositi rizik nabavke gde sirovina ili dobro nestalo s međunarodnog tržišta. Tako npr. ukoliko specifična vrsta ulja postoji samo u Iraku i nije isporučena zbog međunarodnog embarga, prodavac ne bi snosio rizik nabavke.

Poslodavac snosi rizik „pravilnog delovanja zaposlenih“⁴⁴ jer je dužan organizovati ne samo materijalni kapital poslovanja već i personalni kapital. Tako npr. štrajk kao jedno od ustavom garantovanih prava radnika može da ima posledice na ispunjenje ugovorne obaveze poslodavca. Pri tom, treba praviti razliku između generalnog štrajka ili štrajka radnika u jednom preduzeću. Tako, ukoliko je reč o štrajku radnika treba utvrditi na osnovu okolnosti konkretnog slučaja da li je poslodavac odgovoran za njegovo organizovanje (npr. pogoršanje uslova rada) jer ukoliko jeste, onda treba odbiti zahtev za pozivanje na promenjene okolnosti.

*Nenormalani poslovni rizik ili „izvanredni rizik“*⁴⁵ ovlašćuje stranu pogođenu promenjenim okolnostima da se poziva na njegove posledice i rezultat je prirodnih događaja, ekonomskih pojava i upravnih mera koje prouzrokuju promenjene okolnosti. Prilikom utvrđenja da li on postoji treba poći od normalnog poslovnog rizika jer prekoračenje njegovih granica opravdava intervenciju suda.

Pravni standard opšti interes. Nije postojao u ranijem zakonodavstvu i sudskoj praksi. Smatramo da je njegova upotreba u materiji ugovornog prava kontradiktorna budući da je središte pažnje usmereno na uređenju privatnopravnih odnosa između pravnih subjekata. „Ovde je izgleda Zakon želeo da objektivizira meru nepravichnosti do koje je potrebno da dovedu promenjene okolnosti prilikom uticaja na izvršenja. Ta odredba bi trebalo da znači da se ne radi o lokalnim shvatanjima nepravichnosti već opštoj oceni [...]“⁴⁶

Pravni standard interesi obe strane nalaže sudu da prilikom odlučivanja o raskidanju ili izmeni ugovora, ne sme posmatrati stranu pogođenu promenjenim okolnostima izolovano od druge strane ugovornice jer donošenje jedne od sankcija pogađa interese obe strane ugovornice. Sud treba da uzme u obzir da se raskidom ugovora prekida do tadašnji

⁴¹ Cigoj, S. (1978), op. cit., str. 134.

⁴² Arandelović, D. (1926). *Clausula rebus sic stantibus i nedostiznost davanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 60.

⁴³ Odluka Saveznog suda pravde Nemačke (*Bundesgerichtshof*), broj VIII ZR 121/98 od 24. 3. 1999. Dostupna na: <http://cisg3.law.pace.edu/cases/990324g1.html, aspx>, 10. 1. 2017.

⁴⁴ Cigoj, S. (1978), op. cit., str. 134.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Salma, J. (2005), op. cit., str. 382.

promet robom ili uslugama, što će imati reperkusije i po druge učesnike u pravnom prometu i posredno uticati privredni rast cele države. „Nije stoga ovde u pitanju samo idealna vrednost vere u ugovore, nego postoji i važan privredni interes u tome, da se prigovorom nedostižnosti celo naše ugovorno pravo ne izbací iz koloseka.“⁴⁷

DEJSTVO RASKIDA UGOVORA

Odredbe instituta ne sadrže odredbu koja bi regulisala pravno dejstvo raskida ugovora, a mišljenja izražena u literaturi ukazuju da ne postoji saglasnost u vezi sa navedenim pitanjem. U narednom tekstu, izlažemo nekoliko mišljenja zastupljenih u našoj doktrini, a na kraju ćemo izložiti i naš predlog.

Polazeći od činjenice da je posredi jednostrani raskid ugovora i da je ispunjenje obaveze moguće, pokušava se analognom primenom pravila o jednostranom raskidu ugovora zbog neispunjenja rešiti sporna situacija. Shodno navedenom, prof. Perović, Nikolić i Cigoj pišu da: „[...] raskid ugovora deluje po pravilu retroaktivno (*ex tunc*).“⁴⁸ Smatramo da navedeno pravilo važi samo pod uslovom da su ugovorne strane izvršile svoje ugovorne obaveze do zaključenja glavne rasprave. Situacija se komplikuje, kada je samo jedna strana u potpunosti ili delimično izvršila svoju ugovornu obavezu, budući da se tada restitucija vrši u skladu sa pravilima o vraćanju stečenog bez osnova. Prema odredbama o vraćanju stečenog bez osnova, moraju se vratiti plodovi, a ukoliko je reč o novčanim obavezama i platiti zatezna kamata i to od „[...] dana kada je druga ugovorna strana primila obaveštenje“⁴⁹ (dan od kada se sticalac smatra nesavesnim) od strane pogođene promenjenim okolnostima sve do tog momenta „[...] treba pretpostaviti da je drugi ugovornik bio savestan.“⁵⁰ Ukoliko je strana propustila da ispuni svoju dužnost obaveštenja onda od trenutka podnošenja zahteva (član 214. ZOO odnosno ZOO RS). Sticalac se ovlašćuje da potražuje naknadu nužnih troškova, a ukoliko je bio savestan, pripada mu naknada i za korisne troškove. Ako je poverilac bio nesavestan naknada za korisne troškove mu pripada samo do iznosa koji prestavlja uvećanje vrednosti u trenutku vraćanja (član 215. ZOO odnosno ZOO RS). Međutim, navedeno rešenje delimično rešava spornu situaciju i ostavlja nerešena mnoga pitanja, poput daljeg otuđenja činidbe ili pitanje *intuiti persone* prestacije, ali i druga sporna pitanja. Drugo mišljenje, zastupa prof. Radišić koji za rešenje sporne situacije predlaže da: „[...] dejstvo kratkotrajnih ugovora ukida po pravilu retroaktivno *ex tunc*, a dugotrajnog za budućnost- *ex nunc*.“⁵¹ Dodajemo i da „[...] prevashodno praktični razlozi, koji proizlaze iz same prirode efekata koje proizvode ugovori sa trajnim izvršenjem obaveza odnosno sukcesivni ugovori diktiraju da raskid ovih ugovora ima dejstvo *ex nunc*. Tome se ne protive ni razlozi pravičnosti koji se upravo nalaze u biti pravila o restituciji u slučaju raskida ugovora.“⁵²

U prilog navedenoj tezi izdvajamo i činjenicu da je na odredbe instituta uticala doktrina osujećenja ugovora i smatramo da bi se mogao proširiti njen uticaj i na pitanje prav-

⁴⁷ Arandelović, D. (1926), op. cit., str. 67.

⁴⁸ Perović, S. (1990). Obligaciono pravo. Beograd: Novinsko izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, str. 517; Nikolić, Đ. (2007), op. cit., str. 71; Cigoj, S. (1978), op. cit., str. 137.

⁴⁹ Đurđević, M. (1994), op. cit., str. 226.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Radišić, J. (2008). Obligaciono pravo. Beograd: Nomos, str. 168.

⁵² Đurđević, M. (1994), op. cit., str. 227.

nog dejstva raskida, a koje je prema engleskom pravu *pro futuro*. Odredbama Zakona o reformi prava promjenjenih okolnosti u ugovorima,⁵³ uvažava se položaj strane koja je već ispunila svoju obavezu u celini ili delimično i u tom slučaju je dejstvo retroaktivno, ali samo delimično. Preciznije, pravi se razlika da li je u pitanju povraćaj novčanih ili nenovčanih činidbi. Tako strana koja je nešto platila u novcu pre osujećenja ugovora može da traži restituciju plaćenog novca, s tim što druga strana ima pravo da zadrži deo novca kao naknadu za troškove koje je imala u vezi sa ispunjenjem svoje obaveze. U slučaju spora, sud odlučuje koji deo novca predstavlja naknadu za troškove u vezi sa ispunjenjem obaveze ali tako da ne prelazi primljeni iznos novca. Ukoliko je pre osujećenja ugovora jedna strana izvršila nenovčanu činidbu druga strana se obavezuje da plati naknadu, a supsidijarno u slučaju spora odlučuje sud. Na kraju, dodajemo da odredbe PECL (član 6.111. stav 3.) ovlašćuju sud da prilikom raskida ugovora odredi da li je dejstvo *ex tunc* ili *ex nunc* u skladu sa okolnostima konkretnog slučaja.

ZAKLJUČAK

Primena instituta raskidanje ili izmena ugovora zbog promjenjenih okolnosti isključuje primenu opštih pravila o ugovornoj odgovornosti na osnovu načela pravičnosti. Uočili smo na odgovarajućim mestima da postojeća rešenja mogu da prouzrokuju probleme u praksi i da nisu u skladu sa *soft law* izvorima. Zatim, videli smo da je samo strana pogođena promjenjenim okolnostima ovlašćena na zahtev za raskid ugovora, a da druga strana može „ponuditi ili pristati da se odgovarajući uslovi pravično izmene“ i održati ugovor na snazi. U vezi sa navedenim ističemo da zakonopisci nisu regulisali pitanje koje odredbe mogu biti predmet izmene, a ne postoji ni odredba koja strane ovlašćuje ili obavezuje na pregovore o izmeni, a prema *soft law* izvorima, pregovori su bitna osobina instituta i prva faza koja prethodi sudskom postupku. Na kraju, uočili smo i da zakonski standardi kojima se sud treba rukovoditi pri donošenju odluke o sankciji raskidanje ili izmena ugovora, mogu i trebaju biti precizniji. Primetili smo uporedno-pravnim pregledom da se sudu nalaže da se rukovodi i „raspodelom rizika koja proizlazi iz ugovora ili zakona“, a ako se na taj način ne može utvrditi normalni poslovni rizik treba uzeti u obzir normalni poslovni rizik kod ugovora odnosno vrste i utvrditi stepen vezanosti ugovorom ili načelom *pacta sunt servanda*. Smatramo da bi bilo korisno i u našem pravu da se sud uputi, izričito odredbom, da uzme u obzir posebne propise koji regulišu raspodelu poslovnog rizika i ugovorne klauzule, a ako sud na osnovu navedenih načina ne može utvrditi stepen vezanosti ugovorom, treba da se rukovodi normalnim rizikom kod ugovora odnosno vrste. Smatramo i da je zakonski standard „opšti interes“ u materiji koja uređuje privatnopravne odnose, ali i šire u materiji građanskog prava stran i suvišan pojam. Značajnije bi bilo da se sud uputi da uzme u obzir „trajanje i delovanje promjenjenih okolnosti.“

Kao adekvatno rešenje i način otklanjanja uočenih nedostataka sadržanih u pozitivnom pravu i u skladu sa tekućom reformom Zakona o obligacionim odnosima s ciljem njegove harmonizacije sa evropskim standardima izlažemo i radni tekst koji je za javnu raspravu pripremila Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije formirana od strane Vlade Republike Srbije. Jezičkim tumačenjem uočavamo da se redaktori vraćaju

⁵³ Članovi 1-3. Law Reform Frustrated Contracts Act 1943. Dostupno na: [http://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Law%20Reform%20\(Frustrated%20Contracts\)%20Act.pdf](http://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Law%20Reform%20(Frustrated%20Contracts)%20Act.pdf), aspx, 5. 1. 2017. godine

rešenjima koja su sadržana u Opštim uzansama. U vezi sa navedenim, prema radnom tekstu izričito se insistira na „izvanrednim događajima koji se nisu mogli predvideti u vreme zaključenja ugovora“ i navode se primeri izvanrednih događaja i preciziraju odredbe koje mogu da budu predmet izmene (odnosno odredbe na koje je izvanredni događaj uticao poput odredbi o ceni, količini predmeta, visini drugih obaveza, vremenu, mestu i načinu ispunjenja ugovora ili se može odrediti nešto drugo). Sankcije izmena ili raskid ugovora, na koje je ovlašćena strana pogođena izvanrednim događajem, predviđene su alternativno ali uz dužnost poštovanja reda sankcija. Tako sankcija raskid ugovora je poslednja solucija, kojoj prethode neuspeli pregovori u vezi sa izmenom ugovora (prva faza), a koji su usledili u razumnom roku i u skladu sa okolnostima konkretnog slučaja. Uređena su i prava, kada jedna strana traži izmenu ili raskid ugovora. Shodno tome, posebno se reguliše pitanje kad jedna strana zahteva izmenu ugovora da druga strana može raskinuti ugovor sa dejstvom kao da nije ni bio zaključen (retroaktivno dejstvo raskida ugovora). Uređena je i situacija, kada jedna ugovorna strana zahteva raskid ugovora, da tada druga strana može tražiti da se ugovor održi na snazi, predlažući izmenu. Na kraju, ističemo i odredbu koja sudu nalaže da prilikom odlučivanja o sankciji vodi računu o cilju ugovora, normalnom riziku kod ugovora te vrste, trajanju i dejstvu izvanrednog događaja, interesima jedne i druge strane.

Prema našem mišljenju, radni tekst otklanja nedostatke sadržane u pozitivnom pravu, međutim pojedina rešenja nisu dovoljno precizna i mogla bi da prouzrokuju probleme u praksi ukoliko bi postala važeći zakonski tekst. Tako, naslov Odseka V „Raskid ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti“, ne odražava suštinu ustanove. Primarna sankcija prema tekstu instituta je izmena ugovora (član 273. stav 2. radnog teksta) nakon koje se može zahtevati raskid ugovora. U tom smeru ističemo i da termin „raskid ugovora“ ukazuje na jedan kratak akt iako je posredi dugotrajan sudski postupak. Shodno tome, postojeća terminologija Zakona o obligacionim odnosima potpuniije odražava suštinu ustanove. Drugo mesto o kojem iznosimo svoje zapažanje je deo predložene norme koji se odnosi na ovlašćenje strane pogođene izvanrednim događajem. Polazeći od jezičkog tumačenja člana 273. stav 1. radnog teksta primećujemo da strana pogođena izvanrednim događajem (jedina) može podnijeti zahtev za izmenu ili raskid ugovora. Pri tom, ona prvo mora zahtevati izmenu ugovora i tako pokrenuti postupak pregovora odnosno adaptacije ugovora na nove okolnosti. Neuspeh pregovora o izmeni ovlašćuje stranu pogođenu izvanrednim događajem da podnese tužbu za raskid ugovora sudu (član 273. stav 2. radnog teksta). Dalje se navodi u članu 273. stav 1. radnog teksta da „kada jedna strana zahteva izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti, da druga strana može raskinuti ugovor u kom slučaju se smatra kao da ugovor nije ni bio zaključen.“ Na osnovu navedenog mi zaključujemo da ugovor može raskinuti i druga strana (dakle u sukobu sa članom 273. stav 1. sa članom 273. stav 2. radnog teksta koji omogućava „raskid ugovora samo nakon neuspelih pregovora o izmeni“) već da se ugovor može raskinuti i to sa retroaktivnim dejstvom tokom trajanja prve faze postupka (vansudske) za primenu instituta pokrenute predlogom za izmenu ugovora. Pored toga, član 273. stav 4. radnog teksta upućuje sud na određene pravne standarde kojim se treba rukovoditi prilikom „odlučivanja o izmeni ili raskidu ugovora“, što govori u prilog tezi da je komisija nastojala da postupak raskida (ili izmene) bude u nadležnosti suda. Na kraju dodajemo da navedeno opredeljenje nije usaglašeno ni sa *The Principles of European Contract Law* prema kojima se obe strane obavezuju da pristupe pregovorima i obe strane mogu inicirati sudski postupak (druga faza), dakle raskid ugovora

ra prema *soft law* izvorima je sudski. Shodno tome, ukoliko bismo izbrisali odredbu člana 275. stav 1. radnog teksta kao protivrečnu, značilo bi da strana pogođena izvanrednim događajem, mora da inicira pregovore (prva faza vansudska) i da njihov neuspeh pravno je ovlašćuje da podnese tužbu za raskid ugovora sudu (druga faza sudska), a druga strana u toku sudskog postupka može predložiti izmene i ugovor održati na snazi (član 275. stav 2.). Isto tako, strana pogođena izvanrednim događajem može predložiti u toku postupka izmenu ugovora (preinačiti tužbeni zahtev) na koju druga strana može da pristane „da se odgovarajući uslovi ugovora pravično izmene“ (član 273. stav 5.). Posebno naglašavamo, *in ultima linea*, da se teško može braniti opredeljenje komisije za retroaktivno (*ex tunc*) dejstvo raskida ugovora čak i kada bi se odnosilo na sudski raskid. Hipotetički posmatrano ukoliko bi u konkretnom slučaju bio zaključen dugotrajni ugovor sa sukcesivnim ili trajnim ispunjenjem prestacija potrebe prakse nalažu da raskid tada treba da ima *pro futuro* pravno dejstvo. S, druge strane prema (članu 6.111. stav 3.) *The Principles of European Contract Law* sud se ovlašćuje da odredi zavisno od okolnosti konkretnog slučaja da li je retroaktivno ili *pro futuro* pravno dejstvo raskida.

Na osnovu svih izloženih činjenica, smatramo da je potrebno otkoloniti uočene nedostatke i uskladiti pozitivne odredbe sa tendencijama rešenja zastupljenih u poslovnom prometu ali tako da se zadrže i tradicionalna rešenja koja su bitna determinanta našeg pravnog sistema. Do usvajanja radnog teksta, trebamo da delujemo u okviru važećeg zakonskog teksta najbolje što možemo, a predlozi za delovanje u tom pravcu predstavljeni su u tekstu rada.

LITERATURA:

- Antić, O. (2011). *Obligaciono pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Arandelović, D. (1926). *Clausula rebus sic stantibus i nedostiznost davanja*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Arandelović, D. (1937). *Osnovi obligacionog prava*. Beograd: Izdavačka knjižara Geca Kona.
- Bürgerliches Gesetzbuch, (2011). München: Deutscher Taschenbuch Verlag GmbH & Co. KG.
- Cigoj, S. (1978). *Obligacijska razmerja, s komentarjem* (red. S. Cigoj). Ljubljana: Uradni list SR Slovenije.
- Čobeljić, Đ. (1972). *Promenjene okolnosti u privrednom i građanskom pravu (klauzula rebus sic stantibus)*. Beograd: Savremena administracija.
- Đurđev, D. (2013). *Soft Law u Evropskom komunitarnom pravu*. (S. Orlović, Ed.) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 47 (1), str. 101-116.
- Đurđević, M. (1994). *Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti*. Magistarska teza. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Fikentscher, W., & Heinemann, A. (2006). *Schuldrechts*. Berlin: De Gruyter Recht.
- Isaković, M., & Šurlan, P. (1961). *Opšte uzanse za promet robom s objašnjenjima i sudskom praksom i posebne uzanse*. Beograd: Privredni pregled.
- Italijanski Građanski zakonik, decreto 16 marzo 1942, n. 262 (I), (G. U. del 4. aprile 1942).
- Jankovec, I. (1993). *Ugovorna odgovornost za štetu*. Beograd: Poslovna politika.
- Jovanović, N. (2015). *Uvod u common law ugovorno pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet.
- Konstantinović, M. (1969). *Obligacije i ugovori- Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.
- Krulj, V. (1983). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (red. B. Blagojević i V. Krulj). Beograd:

Savremena Administracija.

- Lando, O., & Beale, H. (2000). *The Principles of European Contract Law, Parts I & II (Combined and Revised)*. The Hague – London: Kluwer Law Internacional.
- Law Reform Frustrated Contracts Act 1943. Dostupno na: [http://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Law%20Reform%20\(Frustrated%20Contracts\)%20Act.pdf](http://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Law%20Reform%20(Frustrated%20Contracts)%20Act.pdf)
- Morait, B. (2007). *Obligaciono pravo*. Banja Luka: Pravni fakultet Banja Luka.
- Nikolić, Đ. (2007). *Obligaciono pravo- Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*. Beograd: Pro-juris.
- Odluka Švajcarskog Apelacionog suda u Bazelu (*Switzerland Obergericht des Kanton Basel*), broj 40-99160 (A15) od 5. oktobra 1999. Dostupna na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991005s1.html>.
- Odluka Saveznog suda pravde Nemačke (*Bundesgerichtshof*), broj VIII ZR 121/98 od 24. 3. 1999. Dostupna na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>.
- Orlić, M. (1993). *Zaključenje ugovora*. Beograd: Institut za uporedno pravo.
- Opšte uzanse za promet robom, *Službeni list FNRJ*, broj 86/46, 105/46 i 96/47.
- Perović, S. (1980). *Komentar zakona o obligacionim odnosima* (red. S. Perović i D. Stojanović). Kragujevac: Pravni fakultet Kragujevac i Kulturni centar Gornji Milanovac.
- Perović, S. (1990). *Obligaciono pravo*. Beograd: Novinsko izdavačka ustanova Službeni list SFRJ.
- Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev. 823/05-2 od 7. maja 2008. godine, objavljena u bazi na: www.usrh.hr.
- Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev. 276/09-2 od 30. 3. 2011. godine, objavljena u bazi na: www.usrh.hr.
- Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, U-III-760/2014 od 13. novembra 2014. godine, objavljena u bazi na: www.usud.hr.
- Radišić, J. (2008). *Obligaciono pravo*. Beograd: Nomos.
- Salma, J. (2005). *Obligaciono pravo*. Novi Sad: Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu.
- Salma, J. (2011). Ugovorna odgovornost- u evropskom, uporednom i domaćem pravu. (D. Drakić, Ur.) Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLV (1), 69-107.
- Treitel, G. (2014). *Frustration and Force Majeure*. London: Sweet & Maxwell, 3rd edition.
- UNIDROIT PRINCIPLES, (2010). Rome: International Institute for the Unification of Private Law.
- Vizner, B. (1978). *Komentar zakona o obligacionim odnosima* (red. B. Vizner). Zagreb: Riječka tiskara.
- Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, broj 29/78, 39/85, 45/89- odluka USJ, 57/89, *Službeni list SRJ*, broj 31/93 i *Službeni list SCG*, broj 1/2003 Ustavna povelja.
- Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, broj 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04.
- Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije, *Službeni vesnik na Republika Makedonija*, broj 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 i 161/09.
- Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, *Narodne novine*, broj 35/05, 41/08, 125/11 i 78/15.
- Zakon o obligacionim odnosima Crne Gore, *Službeni list*, broj 47/2008.
- Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik Republike Srbije*, broj 72/2011, 49/2013 odluka US, 74/2013- odluka US i 55/2014.

Irina Šolaja, MA

Senior assistant, Faculty of Law, University for business studies, Banja Luka, irina.solaja@univerzitetps.com

Authority of the Party Affected by the Changed Circumstances and Authorisations of the Court

Abstract: Investment in the economy is necessary and essential, and lack of personal funds are overcome by encouraging and attracting foreign investment. Business practice shows that all sophisticated investors and lenders insist on the so-called. pricing schemes, which are adaptable to changing circumstances during long-term contracts with successive or permanent fulfillment. Countries, where most of the international commercial lenders are located, consider that the Fixed Price Contract also includes the division of the business risk. However, per our law, a Fixed Price Contract is not also a redistribution of business risk, which means that in case of external events parties are required to fulfill their obligations. Why is this significant? If there are no contractual provisions, that regulate the contract adjustments related to the changed circumstances, then the used provisions are from the host country which legal terms are determined.

Key words: court authorization, authorization by the party affected of changed circumstances, sanctions.

DOI: 10.7251/GFP1707301T

UDC: 347.764(4-672 EU)

Stručni rad*Datum prijema rada:*
6. jun 2017.*Datum prihvatanja rada:*
30. jun 2017.

Uticaj direktive solventnost II na sektor osiguranja u Evropi

Rezime: Solventnost osiguravajućih kompanija, njeno očuvanje, regulativa i kontrola predstavlja osnovu zdravog funkcionisanja tržišta osiguranja. Solventnost je pokazatelj stabilnosti i sigurnosti kompanije, kao i garant izvršenja dospelih obaveza. Direktiva Solventnost II je usvojena 25. novembra 2009. godine. Ona je najavila značajne promene u pravu osiguranja i reosiguranja, kako zemalja članica EU, tako i zemalja nečlanica, kada je u pitanju solventnost društva. Glavni razlog usvajanja nove direktive je jačanje jedinstvenog tržišta osiguranja i reosiguranja preko harmonizovanih zakonskih pravila radi veće zaštite osiguranika. Solventnost II cilja na zajedničko tržište, tj. dozvoljava rad u jednoj državi članici dopušta društvu obavljanje delatnosti u svim drugim zemljama članicama. Takođe, tokom implementacije nove direktive treba da važe ista prava zaštite osiguranika. Za oba zahteva je potrebno da propisi o nadzoru budu usaglašeni i konvergovani širom Evrope.¹ U radu će pre svega biti reči o uticaju koji je direktiva Solventnost II izvršila kako na zemlje članice, tako i na nečlanice EU, o stanju osiguranja u Evropi uopšte, kao i meri u kojoj su neke od zemalja uskladile svoje zakonodavstvo sa direktivom.

Ključne reči: solventnost, osiguranik, osiguravajuće kompanije, EU, Solventnost II.

Iva Tošić

*Master, istraživač pripravnik
Instituta za uporedno pravo u
Beogradu; mail: iva_tosic@
hotmail.com*

UVOD

Direktiva, pre svega, teži da omogući osiguranje adekvatne zaštite osiguranika, tj potrošača u svim državama članicama EU. Cilj je da se kreiraju pravila kojima se unosi ravnoteža u odnos profesionalaca i potrošača, i da se omogući zaštita lica koja se nazivaju nestručnjacima prilikom zaključenja ugovora sa profesionalcima. Usled izuzetne složenosti same direktive, kao i činjenice da je za njenu implementaciju potrebno dosta vremena, sredstava i edukacija stručnog kadra, početak primene je odložen sve do 1. januara 2016. godine, do kog trenutka su sve zemlje članice bile obavezane da usklade svoje zakonodavstvo sa njenim pravilima. Implementacija u domaćem zakonodavstvu je planirana nakon ulaska Srbije u EU, a novi Zakon o osiguranju je postavio temelje planirane implementacije.

¹ W. Rohrbach (2007.), „Solventnost II- posledice po osiguravače i korisnike usluga osiguranja“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, broj 4, 9.

UTICAJ NA ZEMLJE ČLANICE EU

Originalni ciljevi direktive Solventnost II teže da stvore usklađeno zakonodavstvo, zasnovano na riziku i obezbeđuju visok nivo zaštite osiguranika, ohrabruju dobro upravljanje rizikom i podupiru jaku i efikasnu delatnost evropskog osiguranja.² Direktiva polazi od osnovnih principa poslovanja osiguravajućih društava, po kom osiguravajuće društvo mora pre svega da proceni koliki iznos kapitala je potreban da bi se održala solventnost i izvršavale obaveze, zatim da obezbedi i kvalitativni aspekt koji je najbitniji, imajući u vidu da je potreban stručan kadar i redovna kontrola rada organa društva.³ Usvajanje i implementacija pravila direktive je dugotrajan, složen i sveobuhvatan proces zasnovan na aktivnoj saradnji među državama članicama.⁴

Ciljevi pravne regulative EU

Pravna regulativa EU ima sledeće ciljeve:

- trajno jačanje finansijskih tržišta u Evropskoj uniji,
- pravovremeno prepoznavanje sistemskih rizika,
- osiguranje adekvatne zaštite osiguranika tj potrošača-ravnoteža odnosa profesionalaca i potrošača⁵,
- integracija tržišta EU
- koordinaciju postupaka nadzornih vlasti (sa zajedničkim komitetima),
- unifikovanje poboljšanih propisa za banke i osiguranja i
- zajedničke postupke u krizama⁶

Značaj za EU

Pojava finansijske krize u poslednjoj deceniji dodatno je motivisala nadležne institucije Evropske unije da pristupe izmenama postojećeg zakonodavstva, pa je, iz tih razloga, upućen poziv brojnim interesnim grupama da učestvuju u procesu stvaranja novog modernog, konzistentnog i sveobuhvatnog pravnog okvira, koji treba da dovede do institucionalizacije tržišne discipline na celokupnom tržištu osiguranja u Evropskoj uniji. Konačno, 2001. god Evropska komisija je započela temeljnu reviziju postojećeg zakonskog okvira pod nazivom *Solvency II - Projekt za Evropsku uniju* s ciljem da bude sprovedena detaljna analiza postojećeg stanja te da budu donesene preporuke za izbegavanje potencijalnih opasnosti s kojima se može susresti osiguravajući sektor.⁷ Novi regulatorni okvir EU ukazuje na potrebu definisanja jasnih odgovornosti, u smislu obaveza koje obavljaju strukturirani organi društva, zatim menadžment rizika, efikasan sistem internih kontola,

² A. Momčilović (2014.), „Društva za osiguranje na finansijskom tržištu“, *Univerzitet Singidunum*, Beograd, 106.

³ V. Čolović (2016.), „Reorganizacija osiguravajućih društava po direktivi Solventnosti II“, *Pravo i privreda*, broj 7-9, 545.

⁴ M. Jurij, M. Stipičić, Z. Ćesić (2015.), „Regulativa Solvency II kao preduvjet poslovanja osiguratelja u Evropskoj uniji- primjer republike Hrvatske“, *Mostariensia*, 19, 118-119

⁵ N. Petrović Tomić (2015.), „Zaštita potrošača usluga osiguranja“, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 48.

⁶ Hans Peer (2010.), „Zamena paradigmi u burnim vremenima (Projekat EU Solventnost II)“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, broj 2, 21.

⁷ M. Grgić (2013.), „Harmonizacija propisa iz područja osiguranja i reosiguranja putem pravnog okvira Solventnost II“, *Zagrebacka pravna revija*, broj 2, 162.

transparentan sistem izveštavanja kako internog tako i izveštavanje nadzornog organa i obezbeđivanje društva dovoljnim kapitalom.⁸

Osnovni cilj zakonodavstva osiguranja u EU je da olakša razvoj jedinstvenog tržišta u oblasti osiguranja, dok istovremeno obezbeđuje odgovarajući nivo zaštite potrošača. Od sredine 90-tih godina, tržišta finansijskih usluga u EU su prošle kroz značajne deregulacije. Specifično za industriju osiguranja, fundamentalne promene na tržištu su nastale kao rezultat uvođenja treće generacije Direktive za Osiguranja Evropske Unije 1994. godine. Pre ove direktive, evropski poslovi osiguranja su bili ugrađeni u gustu mrežu regulativa. Osiguravači su bili podvrgnuti značajnim zahtevima o ugovornim karakteristikama što je dovelo do jednoobraznosti u proizvodima i ograničavajući konkurentnost. Sprovođenje deregulacije 1994., je dovelo do intenzivne cenovne konkurencije, erozije margina i većih troškova. Razvoj neophodnog zakonodavnog okvira počeo je sedamdesetih godina prošlog veka sa prvom generacijom Direktiva osiguranja, ali je završena tek početkom devedesetih godina sa trećom generacijom Direktiva osiguranja. Trećom generacijom Direktiva osiguranja uspostavljen je "EU pasoš" (jedinstvena licenca) za osiguravajuća društva zasnovan na konceptu minimalne harmonizacije i uzajamnog priznavanja. Treća generacija Regulative osiguranja iz 1994. se nije direktno bavila pitanjem solventnosti. Umesto toga, direktiva je preporučila da se pravilo o minimalno zahtevanom kapitalu koje je uvedeno 1970. godine revidira. Evropska Komisija, koja je odgovorna za predlaganje zakona u EU, reagovala je sa "akcionim planom" za finansijske usluge. Prema ovom planu, regulative solventnosti u EU bi trebale biti usaglašene i harmonizovane u dva koraka, zvanih Solventnost I i Solventnost II. Regulativa Solventnost I je postala pravosnažna za države članice u januaru 2004. neznatno menjajući postojeće zahteve margine solventnosti, fokusirajući se najviše na pitanja koordinacije. Ograničenost ovih zahteva je da su oni podeljeni prema veličini brojeva kao što su premije ili odštetni zahtevi, umesto da su bazirani na osiguravačevu specifičnu situaciju rizika, često dovodeći do željenih podsticaja. Na primer, preko smanjivanja cena, osiguravač smanjuje zahtevani kapital je premija niža čak i kada rizik poraste. Zahtevi bazirani na obimu su jednostavni za primenu, ali kao što je često spominjano u literaturi pretenduju da budu previše grubi, a njihove teorijske osnove preslabe za ostvarivanje dobrog upravljanja rizicima. Evropska Komisija je najviše zbog ovog problema inicirala Solventnost II, sa primarnim ciljem razvoja i implementacije harmonizovanih standarda o kapitalu baziranom na riziku. Namera je da se pristup menadžmenta upravljanja rizicima preduzeća fokusira prema standardima kapitala, što znači da će obezbediti integrisan okvir solventnosti koji pokriva sve relevantne kategorije rizika i njihovu međuzavisnost.⁹

Namera direktive Solventnost II je usvajanje principa utemeljenog na ekonomskom riziku, koji podstiče osiguravače na adekvatan način mere rizike i njima upravljaju, pa je iz tog razloga glavni cilj svih novih propisa odgovarajuća zaštita osiguranika i korisnika osiguranja na finansijski stabilnim tržištima. Solventnost II je nastavak regulacije koja je

⁸ Lj. Stojković (2013.), „Pravni aspekti upravljanja rizikom i sisitem internih kontrola kao integralni deo korporativnog upravljanja u društvu za osiguranje“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, broj 3, 48.

⁹ M. M Ilić (2014), „Uticaj primene direktive Evropske Unije Solventnost II na sektor osiguranja u Srbiji“, *Univeritet u Nišu- Ekonomski fakultet*, 25-26

započela uvođenjem Basela II, novih pravila merenja kapitalnih zahteva banaka, a kroz Solventnost II ista načela i organizacija se uvode i u poslovanje društva za osiguranje i reosiguranje. Načela i organizaciju ove dve direktive preuzimaće i ostale finansijske institucije kao što su mirovinski fondovi.¹⁰

Primer Republike Hrvatske

Ulazak Republike Hrvatske u EU 1. jula 2013 zahtevao je izradu novog zakonodavnog okvira kojim će se izvršiti imlementacija Direktive Solventnost II. S obzirom da je cilj evropskog zakonodavca da se izvrši potpuno usklađivanje propisa utemeljenih na samoj direktivi, standardi hrvatskog zakona koji su odstupali od odredbi Direktive više se neće primenjivati.¹¹

Hrvatska je postojeći Zakon o osiguranju uskladila sa važećim direktivama EU, iako su još uvek prisutni protivnici uvođenja Solvency II, koji kao razloge navode: nizak broj stečajeva i bankrota osiguravača u EU i Hrvatskoj, relativnu stabilnost industrije osiguranja u uslovima krize, kao i velike troškove uvođenja nove regulative.¹² Novi Zakon o osiguranju iz 2015. godine uvodi učinkoviti sastav upravljanja rizicima u društvima za osiguranje usmeren ka zaštiti korisnika usluga osiguranja. Njime se garantuje likvidnost i solventnost poslovanja društava za osiguranje. Primenom načela proporcionalnosti vodi se računa o poslovanju malih društava za osiguranje koja nisu dužna da primenjuju odredbe Zakona o sustavu upravljanja. U okviru sastava upravljanja društvo za osiguranje dužno je da uspostavi sledeće funkcije:

- 1) funkciju upravljanja rizicima,
- 2) funkciju praćenja usklađenosti,
- 3) funkciju unutrašnje revizije i
- 4) aktuarsku funkciju.¹³

Zakonom se propisuju uslovi koje moraju ispunjavati nosioci ključnih funkcija, a koji obuhvataju dobar poslovni ugled, stručnost i iskustvo. Uvodi se obveza društva za osiguranje da obavlja vlastitu procenu rizika i solventnosti. Sastav upravljanja se prilagođava promenama profila rizičnosti društva te je pod stalnim nadzorom HANFE. U tu svrhu HANFA može određivati dodatne nadzorne mere ako utvrdi da društvo teže krši pravila o upravljanju rizikom.¹⁴ Nadzor nad postupcima nepravilnosti, koji su do sada obavljale nacionalne nadzorne institucije, uključujući i prakse nadzora koje su stvorile same nadzorne institucije putem pravilnika i drugih objava, neće se više primenjivati nakon implementacije Direktive. Na taj način se društva za osiguranje i reosiguranje dovode u ravnopravan položaj i sužava se prostor delovanja nacionalnih nadzornih agencija, koje su često proširivale svoj prostor delovanja tako što su preuzimale ulogu zamenskog zakonodavca.¹⁵

¹⁰ M.Jurij, M. Stipić, Z. Ćesić, 119.

¹¹ M. Grgić, 181-182

¹² M.Jurij, M. Stipić, Z. Ćesić, 118.

¹³ Zakon o osiguranju (2015.), *Narodne novine* br 30/15 čl. 93, st. 1.

¹⁴ D.Jurić(2015), „Sustav upravljanja u društvima za osiguranje prema Zakonu o osiguranju iz 2015. godine u Republici Hrvatskoj“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, broj 2, 60.

¹⁵ M. Grgić, 181-182.

Hrvatski ured za osiguranje (HUO) sproveo je anketu povodom direktive Solventnost II 22. septembra 2010. godine na petoj kvantitativnoj studiji uticaja- QIS 5. Anketirani zaposeni smatrali su da najveći izazov prilikom implementacije Direktive predstavljaju zahtevi prvog stuba, pa zahtevi trećeg i na kraju drugog. Takođe, ispitanici smatraju da je u poslovanju njihovih društava izloženost tržišnom riziku najznačajnija.

Osnove novih pravila solventnosti zasnivaju se na mogućnosti, društava za osiguranje, odnosno društava za reosiguranje, da koriste zaštite od svih vrsta rizika i razvoju novih tehnika transfera, otklanjanja i prebacivanja rizika. Pri tome se Solventnost II u snažnoj meri oslanja na tržišna kretanja i savremene promene, pa bi trebalo poboljšati i nadzor finansijskih konglomerata kao i velikih osiguravajućih grupa. Solventnost II je veliki iskorak za osiguravače, koji će industriju osiguranja još više približiti bankama i ostalim finansijskim institucijama.¹⁶

Hrvatska je kao članica EU učestvovala u pripremama i procesu uvođenja Direktive, kako bi društva za osiguranje, tj reosiguranje i nadzorno telo bili spremni za primenu njenih odredaba. U tu je svrhu Hrvatska agencija za nadzor finansijskih usluga (HANFA) kao nadzorno telo i za tržište osiguranja i reosiguranja u Hrvatskoj zajedno s Hrvatskim uredom za osiguranje i Hrvatskim aktuarskim društvom osnovala Radnu grupu za adekvatnost i solventnost kapitala – Solvency II HANFA-HUO-HAD, čiji je cilj usvajanje odredbi Direktive Solventnost II i prilagođavanje društava za osiguranje odnosno reosiguranje, u Hrvatskoj, novim pravilima regulacije. Takođe, svrha Radne grupe je bila da utvrdi sličnosti i razlike u odnosu na postojeću regulaciju tržišta osiguranja u Hrvatskoj kako bi svim učesnicima olakšala složeni proces implementacije Solventnost II. Nakon učestvovanja u sprovođenju Studije kvantitativnih uticaja u daljem radu Radne grupe naglasak je na zahtevima drugoga i trećega stuba Direktive.

Radna grupa je od posljednjeg kvartala 2011. do polovine 2012. godine sprovela Studiju kvantitativnih uticaja (QIS studija) radi implementacije novog nadzornog okvira Solventnost II u Hrvatskoj. Osnovna svrha Studije bila je da pre svega utvrdi specifičnosti tržišta osiguranja u Hrvatskoj, a temeljni ciljevi bolja priprema društava za osiguranje odnosno reosiguranje za zahteve novog režima, kvantifikacija uticaja primene, utvrđivanje potrebnih resursa za sprovođenje direktive, kao i razvijanje svesti o kvalitetu raspoloživih podataka.

UTICAJ NA ZEMLJE NEČLANICE

Razlozi za primenu direktive „Solventnost II“ su veliki. Postavlja se pitanje kakve će stvarne posledice ona izazvati, imajući u vidu neke aktuelne promene u vezi početka primene tog projekta. Kad su u pitanju osiguravajuća društva u zemljama nečlanicama EU, dugoročno gledano, posledice primene „Solventnosti II“ će biti iste kao i u EU, ali će ih, prvo, prouzrokovati zahtevi reosiguravača. Zbog toga će biti potrebno puno ulaganja energije i sredstava u programsku opremu, kvalitet podataka i stalnu analizu podataka zbog individualizacije rizika. Osiguravajuća društva će biti bolje upoznata sa svojom finansijskom izloženošću i tome će prilagoditi investicionu politiku, a kao posledica će se pojaviti zahtevi za nižim kapitalom, a zbog toga će nastati i konkurentnija premija. Osiguravajuća društva

¹⁶ M.Jurij, M. Stipić, Z. Česić, 124.

će tražiti ulaganje u manje rizične i dugoročne investicije sa nižim prihodima, a posledica će biti pritisak na dizanje premija. To će, u zemljama našeg regiona, prouzrokovati potrebu za razvojem finansijskog tržišta i mogućnosti za ulaganje u inostranstvo.¹⁷

„Solventnost II“ se primenjuje na osiguravajuća društva sa velikim kapitalom, odnosno, portfeljom, a u zemljama regiona ne postoje osiguravajuća društva sa velikim kapitalom i prometom, ako veličinu posmatramo sa stanovišta bogatijih zemalja u svetu. Gledano dugoročno, takva situacija se neće skoro menjati, a privredni subjekti i osiguravajuća društva će se udruživati, kako bi se smanjila opasnost od rizika, i kako bi se lakše pokrio rizik.¹⁸ Veliki značaj imaju i državni nadzorni organi. Nadzor se odnosi na kvalitativnu kontrolu strukture i uspešnosti poslovanja, za šta nije dovoljno znanje iz poznavanja zakonskih akata, već i praktično poznavanje delovanja tržišta.

Srbija

Sve što se dogodilo u Srbiji tokom devedesetih godina- brojni ratovi, međunarodna politicka i ekonomska izolacija, finansijski haos praćen razornom hiperinflacijom-ostavilo je dubokog traga na tržište osiguranja u Srbiji, a može se reći da se tržište osiguranja generalno nalazi u izuzetno lošem stanju. Imajući u vidu sve izraženiju ulogu i značaj osiguravajućih društava u razvijenim tržišnim privredama, ali i u privredama u tranziciji, kako sa aspekta pokrivanja rizika tako i sa aspekta pozicije osiguravajućih društava na finansijskom tržištu i sve izraženiju ulogu važnog segmenta u portfelju institucionalnog investitora, nameće se kao neophodnost restrukturiranje osiguravajućih društava u Srbiji.¹⁹

Primena zahteva direktive „Solventnost II“ u Srbiji je planirana nakon ulaska Srbije u Evropsku uniju. Direktiva „Solventnost II“ će uvesti mnogo složenije zahteve za kapitalom društvima za osiguranje od onih koji su trenutno aktuelni.

Uključivanje Republike Srbije u evropske regulatorne tokove nameće zahtev za postepenom, ali veoma kompleksnom harmonizacijom, koja će imati uticaj na ceo ekonomski ambijent. Ekonomska kriza koja je zahvatila ceo svet, svakako se odrazila i na sektor osiguranja u Srbiji. Tržište je sačuvalo finansijsku stabilnost, ali je i osvetlilo probleme koji su već neko vreme prisutni u ovoj delatnosti. Usvajanjem i primenom Zakona o osiguranju iz 2004. godine i uspostavljanjem nadzora Narodne banke Srbije nad delatnošću osiguranja, ostvarena su brojna poboljšanja u okviru ove privredne delatnosti. Međutim, izvesne odredbe samog Zakona, kao i nepostojanje regulative u izvesnim segmentima, svakako nisu afirmativno uticale na osiguranje u periodu ekonomske krize.²⁰ Zakon o osiguranju iz

¹⁷ Vid. V. Čolović (2012), „Uticaj primene projekta Solventnost II (Direktiva EU br. 2009/138/EC) na osiguravajuća društva u Srbiji“, *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije (II)*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Institut za uporedno pravo, Hans Zajdel Fondacija, Beograd 2012., str. 357-372

¹⁸ V. Čolović (2016.), „Reorganizacija osiguravajućih društava po direktivi Solventnosti II“, *Pravo i privreda*, broj 7-9, 552.

¹⁹ S. Ostojčić (2004.), „Neophodnost restruktuiranja osiguravajućih društava u Srbiji“, *Privredna izgradnja*, broj 1-2, 86-87.

²⁰ B. Marović, M. Lemić Samardžić (2011.), „Osiguranje kao determinanta održivog razvoja Srbije“, *Ekonomika preduzeća*, 70.

2004 god. primenjivan je deset godina, što je doprinelo otkrivanju njegovih nedostataka i rezultiralo Nacrtom novog Zakona o osiguranju 2012. godine. Međutim, usled brojnih primedbi, taj zakon je korigovan i novi zakon je Narodna skupština Republike Srbije usvojila 2014. godine. Sve navedene izmene približile su našu regulativu poslovnoj praksi EU, ali ostaje otvoreno pitanje kako će na domaća osiguravajuća društva uticati primena zahteva novog regulatornog okvira.²¹

Zakonom o osiguranju i podzakonskim aktima uređeno je osnivanje društva za osiguranje/reosiguranje i početak obavljanja delatnosti, tj. izdavanje dozvole za obavljanje poslova osiguranja/reosiguranja u skladu sa zahtevima Solventnosti II. Propisani su uslovi za obavljanje delatnosti osiguranja koji, između ostalog, uključuju zahteve u pogledu podobnosti za sticanje kvalifikovanog učešća u društvu, za obavljanje funkcije člana uprave društava i za uspostavljanje efikasnog sistema upravljanja. Utvrđena su pravila za vrednovanje imovine i obaveza društva, pre svega tehničkih rezervi za pokriće svih obaveza iz ugovora o osiguranju i adekvatnosti kapitala. Predviđena je liberalizacija sektora osiguranja putem slobode osnivanja ogranaka i slobode pružanja usluga osiguranja od dana pristupanja Republike Srbije Evropskoj Uniji. Implementirani su zahtevi Solventnosti II u pogledu obaveze društava da, pre zaključenja ugovora o osiguranju i za vreme njegovog važenja, adekvatno informišu ugovarača osiguranja uz propisivanje minimalnog sadržaja takvog obaveštenja. Prvi put je predviđena i mogućnost vršenja supervizije grupe društava. Reorganizacija i likvidacija društava su u značajnoj meri uređene u skladu sa pravilima koja se primenjuju i u Evropskoj uniji (Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje koji je Narodna skupština Republike Srbije usvojila 3. februara 2015. godine).

Odlukom o sistemu upravljanja u društvu za osiguranje/reosiguranje prvi put su u Republici Srbiji utvrđeni kvalitativni zahtevi Solventnosti II koji obuhvataju ključne funkcije (upravljanje rizicima, sistem internih kontrola, aktuarska funkcija i interna revizija). U skladu sa navedenom odlukom prvi put su društva izvršila sopstvenu procenu rizika i solventnosti (ORSA) u 2015. godini i poveravanje poslova trećim licima. Odlukom o sadržini mišljenja ovlašćenog aktuara utvrđena je obaveza davanja mišljenja o tehničkim rezervama, premiji i reosiguranju prema zahtevima Solventnosti II u pogledu sadržaja mišljenja aktuarske funkcije.²²

U Srbiji se solventnost društava za osiguranje reguliše Odlukom o načinu utvrđivanja margine solventnosti. Prema pravilima ove odluke osiguravajuća društva odvojeno utvrđuju vsinu margine solventnosti za životna i neživotna osiguranja. Aktuelnom odlukom o utvrđivanju margine solventnosti minimalni kapital se dobija na osnovu obaveza osiguravajućeg društva, tj. prilikom njegovog određivanja uzimaju se u obzir samo osigurani rizici, dok ostali kvantitativni rizici (kao npr. rizik kamatne stope i ostali tržišni rizici) ne ulaze u obračun. Cilj Direktive "Solventnost II" je da osiguravajuća društava sagledavaju i upravljaju svim rizicima kojima je društvo izloženo.²³

²¹ Z. Đurić, Z. Jovanović (2015.), „Izazovi u primeni direktive o solventnosti II u Srbiji“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, broj 4, 13.

²² „Strategija za implementaciju Solventnosti II u Republici Srbiji“ (2016), *Narodna Banka Srbije*, 6-7

²³ M. M. Ilić, 97-98.

Predstojeći izazovi sa kojima treba da se suoče osiguravajuća društva u ovom regionu zbog primene direktive Solventnost II su sledeći:

1) Tržišno vrednovanje sredstava i obaveza, tj. svođenje celokupnog bilansa na fer vrednost i stvaranje metoda modeliranja za sredstva čiju fer vrednost nije moguće neposredno i jednostavno odrediti na osnovu dostupnih podataka. Takođe, uvodi se novi pristup vrednovanju obaveza iz osiguranja po konceptu najbolje moguće procene. Za srpska društva to podrazumeva primenu potpuno novih znanja, metodologije, podataka i kalkulacija, što će potpuno promeniti bilans stanja osiguravajućeg društva sastavljen u skladu sa direktivom „Solventnost II“.

2) Izračunavanje kapitala je u potpunosti drugačije od aktuelnog metoda. Parametri formule zadati su bez obzira na državu u kojoj osiguravajuće društvo vrši poslovanje i na njegov stvarni profil rizika. Ti parametri ne odražavaju uvek stvarni profil rizika. Međutim, ovaj problem se može prevazići primenom internog modela koji je dizajniran tako da reflektuje osiguravačev jedinstveni profil rizika i postoji veća verovatnoća da će dobiti SCR koji će bliže reflektovati stvarne rizike sa kojima se suočavaju osiguravači nego standardna formula.

Osiguravajuća društva u Srbiji do sada nisu bila u obavezi da primenjuju neki službeni okvir upravljanja rizicima. Međutim, „Solventnost II“ predviđa korišćenje razrađenog okvira upravljanja rizicima na nivou cele organizacije. Ovo će dovesti do potpune promene u procesima, ljudima, znanju i informacionoj strukturi osiguravajućih društava da bi se ostvarila pravilna organizacija i procesi, pravilne metode vrednovanja i postupci izveštavanja. Za nesmetano vrednovanje sredstava i obaveza, izračunavanje kapitala i na kraju uspostavljanje okvira za upravljanje rizicima potrebno je detaljno analizirati i unaprediti strukturu podataka, skladišta podataka i dostupne informacione sisteme i tehnologiju. To može predstavljati znatan pritisak na finansijske planove, ali će omogućiti stvaranje uslova za dobijanje pouzdanih i tačnih informacija, koje su neophodne za pravilno odlučivanje.

Superviziju osiguravajućih društava u Srbiji sprovodi Narodna Banka Srbije – NBS. Sprovodi je praćenjem kvaliteta upravljanja rizicima kojima je izloženo društvo za osiguranje u svom poslovanju. Narodna Banka u postupku supervizije vrši procenu adekvatnosti upravljanja rizicima i u slučaju identifikacije prekomerne izloženosti riziku izriče preventivne i korektivne mere.²⁴ Kada se započne sa primenom direktive, uloga NBS-a u nadzoru osiguravajućih društava će se znatno promeniti. Njena kontrola će postati kvalitativna kontrola strukture i uspešnosti poslovanja osiguravajućeg društva. Nadzorni organi će morati da svoje znanje iz poznavanja propisa dopune praktičnim poznavanjem delovanja finansijskog tržišta i tržišta osiguranja.

Kad je u pitanju organizacija osiguravajućih društava sa aspekta savladavanja rizika na području Srbije, ona će biti malo drugačija u odnosu na EU. Naime, organizaciona struktura će se dopuniti sa jedinicama koje su potrebne za savladavanje rizika. Tu se misli

²⁴ M. Knežević (2010.), „Zakonodavani okvir poslovanja društva za osiguranje“, *Bankarstvo*, broj 1-2, 80.

na odbore za savladavanje rizika. Zatim, već postojeće organizacione jedinice, u okviru osiguravajućeg društva, dobiće nove aktivnosti, koje će se sastojati u rukovođenju, organizovanju operativnih jedinica, kao i u nadzoru. Na kraju, neke od današnjih organizacionih jedinica u društvu će se spojiti. Tu mislimo, pre svega, na aktuale i finansijski sektor u društvu. U stvari, najlogičnije da se početak aktivnosti vezane za savladavanje rizika postavi u ove organizacione jedinice.

Veoma je bitna i promena kod onih koji odlučuju u osiguravajućim društvima. Tu mislimo na promene kod samih lica koja čine upravu, odnosno, menadžment društva. Odluke će se, uvek, usvajati obzirom na to kakav je rizik za ostvarivanje zahtevanih poslovnih rezultata prihvatljiv za osiguravajuće društvo.²⁵

Da bi osiguravajuća društva počela sa primenom Solventnosti II, prvenstveno moraju definisati program i edukovati celokupnu organizaciju. Svako osiguravajuće društvo treba da sastavi službeni plan primene Direktive koji je formulisan kroz projektni plan i koji utvrđuje koji su resursi i aktivnosti potrebni za njegovo sprovođenje, kao i sredstva koja će se za tu svrhu izdvojiti. Takođe, ključna je i edukacija svih sektora organizacije koji će učestvovati u njenoj primeni, kao i uspostavljanje okvira za upravljanje rizicima. Posledice primene Solventnosti II u osiguravajućim društvima u regionu će uočljive posebno u:

- planiranju obima potrebnog kapitala i rezervisanja;
- definisanu potrebne premije i sadržaja proizvoda osiguranja;
- ostvarivanju investicionih profita;
- prenosu rizika,
- povezivanju osiguravajućih društava;
- organizovanju strukture osiguravajućeg društva;
- preglednosti poslovanja;
- novoj ulozi državnih nadzornih organa.²⁶

Uticaj Solventnosti II na proizvode osiguranja će doprineti ograničenju pojedinih pokrića, skupljoj premiji pojedinih proizvoda, prenošenju rizika na osiguranika, odbijanju pokrića za pojedine rizike, što će dovesti do još veće individualizacije rizika.

Crna Gora

Implementacija odredbi evropskog zakonodavstva iz oblasti osiguranja radi integracije crnogorskog u evropsko tržište predstavlja veliki izazov za sve tržišne subjekte. Ako uzmemo u obzir veličinu i specifičnosti crnogorskog tržišta potrebno je izmenama postojećih ili kreiranjem novih zakonskih rešenja, voditi računa ne samo o prelaznim rokovima za usklađivanje poslovanja sa propisima EU, već i održavanju stabilnosti tržišta osiguranja Crne Gore.

²⁵ Vid. V. Čolović (2012), „Uticaj primene projekta Solventnost II (Direktiva EU br. 2009/138/EC) na osiguravajuća društva u Srbiji“, *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije (II)*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Institut za uporedno pravo, Hans Zajdel Fondacija, Beograd 2012., str. 357-372

²⁶ V. Čolović (2012.), „Kontrola rizika i osiguranje“, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka*, Banja Luka, broj 2, 133.

U cilju uspostavljanja adekvatnog institucionalnog okvira za integraciju crnogorskog u jedinstveno evropsko tržište, Agencija za nadzor osiguranja Crne Gore bi trebala da usvoji akte usklađene sa direktivama EU. Implementacijom projekta „Solventnost II“, uz pravovremenu kontrolu poslovanja, osiguravajuće kompanije će morati da idedntifikuju sve rizike kojima su izložene, jačaju unutrašnju kontrolu, i održavaju svoju finansijsku stabilnost što će pozitivno uticati na dalji razvojtržišta osiguranja.²⁷

Osiguravajuće kompanije slabijeg finansijskog kapaciteta na crnogorskom tržištu opravdano strahuju da će integracija i globalizacija ugroziti njihovu konkurentsku poziciju. Ovi strahovi su opravdani ukoliko se radi o tržištu izazovnom za nove konkurente, tržištu koje podrazumeva ubrzan privredni rast, povećanje životnog standarda i vrednosti osigurane imovine tj tržištu na kojem će doći do povećanja potrebe za osiguranjem i reosiguranjem i na kom se nastavlja proces transformacije i privatizacije sektora osiguranja. Na tržištu Crne Gore učešće stranog kapitala iznosi preko 80%, trenutno posluje mali broj osiguravajućih kompanija, tako da se u narednom periodu ne može očekivati značajniji rast životnog standarda, niti potreba za osiguranjem i reosiguranjem.

U savremenim uslovima poslovanja, svaka osiguravajuća kompanija nastoji da odluke donosi tako da maksimizira koristi, minimizira rizike izazova globalizacije. Usluge koje pružaju osiguravajuće kuće u Crnoj Gori su veoma slične, a rivalitet koji postoji među kompanijama se najčešće analizira kroz intenzitet konkurentskog ponasanja, inovacije proizvoda osiguranja, reklamiranje, kao i druge promotivne kampanje. Integracija u evropsko tržište podrazumeva različite konkurente i okolnosti, po kojima sve veću ulogu imaju kompanije koje uvažavaju potrebe osiguranika, imaju značajnu investicionu ulogu na finansijskom tržištu, kao i one kompanije koje imaju izrađene konkurentske prednosti. U Crnoj Gori se zbog relativne zasićenosti tržišta, veličine tržišta, i opštih privrednih uslova ne može očekivati veliko interesovanje inostranih kompanija za ulazak na crnogorsko tržište, a time ni negativni efekti na poslovanje i konkurentnost postojećih crnogorskih kompanija. Ulaskom Crne Gore u EU omogućiće se, pre svega, efikasnija kontrola nad vođenjem poslova osiguranja, obezbeđenje minimalnih standarda poslovanja, bolja zaštita osiguranika i efektivnije i produktivnije poslovanje osiguravača.

Izazovi koji stoje pred Crnom Gorom odnose se na potpuno usklađivanje propisa sa direktivom „Solventnost I“, a zatim i na pripremu uvođenja koncepta „Solventnost II“. Novim propisima će se znatno povećati solventnost osiguravajućih kompanija u Crnoj Gori, ali će se i dovesti u pitanje opstanak finansijski slabih osiguravača. Osnov za primenu nove direktive je obezbeđenje edukovanog kadra koji je sposoban da isprati sve savremne trendove. Kratkoročni prioritet crnogorskog tržišta treba da bude podizanje akademske svesti o značaju obrazovanja i uloge ovlašćenih aktuara.

Osiguravajuće kompanije u Crnoj Gori moraće da obračun solventnog kapitala vrše primenom sopstvenog internog modela, ili primenom formule propisane direktivom „Solventnost II“. Osiguravajuće kompanije bi trebale da se u što kraćem periodu posvete izradi

²⁷ M. Novović, M. Lakićević (2013.), „Evropska regulativa tržišta osiguranja- izazovi implementacije u Crnoj Gori, *Acta Economica*, broj 18, 169-170.

sopstvenih internih modela procene rizika. Za njih je najvažnije da primene pouzdane metode evaluacije rizika, a zatim i kontrole rizika. One mogu oceniti uticaj zadržanih rizika na ukupnu solventnost. Procena i kontrola rizika su izuzetno kompleksni procesi, koje ne treba ograničiti zakonskim procedurama. Država, ili regulatorni organ, zbog neposedavanja preciznih informacija o prirodi svakog pojedinog rizika kojeg preduzima osiguravajuća kompanija, kao ni informacija o uticaju svih preuzetih rizika na delatnost osiguravajućih kompanija, ne mogu detaljno pristupiti riziku na način na koji to čini osiguravajuća kompanija. Može se očekivati da će velike kompanije uložiti značajna sredstva u razvoj internih modela procene rizika, dok će male i srednje kompanije koristiti standardnu formulu za izračunavanje solventnog kapitala. Međutim, mnoga osiguravajuća društva u Crnoj Gori su mala, pa se očekuje da će ona usvojiti pravila koja im bude diktiralo „sedište grupe“, gde će implementacija direktive i biti najžešće skoncentrisana.

Direktiva „Solventnost II“ podrazumeva rigoroznija pravila solventnosti, pa će crnogorski osiguravači, radi implementacije ove direktive, uzeti u obzir i tekuća dostignuća u osiguranju, menadžment rizikom, tehnike finansiranja, međunarodno finansijsko izveštavanje i uvažavati precizne standarde poslovanja. Celokupan crnogorski sektor osiguranja mora detaljnije i značajnije pristupiti pripremama, jer se jedino na taj način mogu stvoriti uslovi za buduću uspešnu implementaciju projekta „Solventnost II“ u Crnoj Gori.²⁸

ZAKLJUČAK

Tržište osiguranja je izloženo veoma oštroj konkurenciji jer se delatnošću osiguranja bave mnogobrojna osiguravajuća društva koja moraju da nude što veći broj proizvoda osiguranja po nižim cenama. Iz tih razloga je potrebno da poznaju karakteristike, vrste i opseg mogućih rizika, da zadovolje potrebe većeg broja tržišnih segmenata, i na kraju da adekvatno upravljaju rizicima radi što profitabilnijeg poslovanja.

Osiguranje je danas jedna od najznačajnijih i najprofitabilnijih aktivnosti u ekonomiji evropskih država, a ima takvu tendenciju razvoja i u Srbiji. Osiguranje zavisi od njegovih klijenata, koji su svesni opasnosti sa kojima se njihova imovina suočava, pa osiguravajuća društva treba da osiguraju profitabilno poslovanje koje će biti prilagođeno klijentima, jer se prodaja osiguranja bazira na poverenju klijenata. Veoma je bitno racionalno upravljati rizicima osiguranja kako bi se održalo uspešno i sigurno poslovanje društva. Svaka aktivnost može sadržati drugačiji rizik koji se isto može razvijati sa razvojem poslovanja. Osiguravač mora definisati visinu premije osiguranja koja će odgovarati visini rizika koji se pokriva, kako bi mogao ispuniti svoje obaveze a istovremeno ostati konkurentan na tržištu.²⁹

Najveći izazov koji stoji pred osiguravajućim društvima je usklađivanje nacionalnih pravila sa direktivom „Solventnost II“. Sve promene vezane za direktivu su veoma složene i zahtevaju dosta vremena, ali i sredstava. Takođe, neophodna je i edukacija zaposlenih, kako bi se upoznali sa novim propisima. Međutim, kvalitetno postavljanje ciljeva i uspešna primena sistema upravljanja rizicima omogućiće veliki iskorak u odnosu na konkurenciju, u odnosu na druga osiguravajuća društva, kao i u odnosu na tržište osiguranja u celini.

²⁸ M. Novović, M. Lakićević, 185-189.

²⁹ M. M Ilić, 153.

LITERATURA:

- Čolović V. (2012), Uticaj primene projekta Solventnost II (Direktiva EU nr. 2009/138/EC) na oiguravajuća društva u Srbiji, *Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije (II)*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Institut za uporedno pravo, Hans Zajdel Fondacija, Beograd
- Čolović V. (2012.), "Kontrola rizika i osiguranje " *Godisnjak fakulteta pravnih nauka*, Banja Luka
- Čolović V. (2016.), „Reorganizacija osiguravajućih društava po direktivi Solventnosti II“, *Pravo i privreda*, br.7-9
- Đurić Z., Jovanović Z. (2015.), „Izazovi u primeni direktive o solventnosti II u Srbiji“, *Evropska revija za pravo osiguranja*
- Grgić M. (2013.), „Harmonizacija propisa iz područja osiguranja i reosiguranja putem pravnog okvira Solventnost II“, *Zagrebačka pravna revija*
- Ilić M.M. (2014), „Uticaj primene direktive Evropske Unije Solventnost II na sektor osiguranja u Srbiji“, *Univeritet u Nišu- Ekonomski fakultet*
- Jurić D. (2015), „Sustav upravljanja u društvima za osiguranje prema Zakonu o osiguranju iz 2015. godine u Republici Hrvatskoj“, *Evropska revija za pravo osiguranja*, broj 2
- Jurij M., Stipić M., Česić Z. (2015.), „Regulativa Solvency II kao preduvjet poslovanja osiguratelja u Europskoj uniji- primjer republike hrvatske“, *Mostariensia*
- Knežević M. (2010.), „Zakonodavani okvir poslovanja društva za osiguranje“, *Bankarstvo 1-2*
- Marović B., Lemić Samardžić M. (2011.), „Osiguranje kao determintna održivog razvoja Srbije“, *Ekonomika preduzeća*
- Momčilović A.(2014.), „Društva za osiguranje na finansijskom tržištu“, *Univerzitet Singidunum*, Beograd
- Novović M., Lakićević M. (2013.), „Evropska regulativa tržišta osiguranja- izazovi implementacije u Crnoj Gori, *Acta Economica*
- Ostojić S.(2004.), „Neophodnost restruktuiranja osiguravajućih društava u Srbiji“, *Privredna izgradnja*
- Peer H. (2010.), „Zamena paradigmi u burnim vremenima (Projekat EU Solventnost II)“, *Evropska revija za pravo osiguranja*
- Petrović Tomić N. (2015.), „Zaštita potrošača usluga osiguranja“, *Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu*
- Rohrbach W. (2007.), „Solventnost II- posledice po osiguravače i korisnike usluga osiguranja“, *Evropska revija za pravo osiguranja*
- Stojković Lj. (2013.), „Pravni aspekti upravljanja rizikom i sisitem internih kontrola kao integralni deo korporativnog upravljanja u društvu za osiguranje“, *Evropska revija za pravo osiguranja*
- „Strategija za implementaciju Solventnosti II u Republici Srbiji“ (2016.), Narodna Banka Srbije
- Zakon o osiguranju(2015.), *Narodne novine* br 30/15,

Iva Tošić, M.A.

Research Trainee, Institute of Comparative Law, Belgrade; iva_tosic@hotmail.com

The Impact of the Solvency II Directive on the Insurance Sector in Europe

Abstract: Solvency of insurance companies, its conservation, regulation and control is the basis for the healthy functioning of the insurance market. Solvency is an indicator of stability and security of the companies, as well as the guarantor of execution of obligations. The Solvency II Directive was adopted on 25th of November 2009. She announced big changes in the insurance and reinsurance law, both EU member countries and non-member countries, when it comes to the solvency of the company. The main reason for the adoption of the new directive is strengthening of the integrated market in insurance and reinsurance law through harmonized legal rules. Solvency II aims at a common market, working permit in one member State allows the company carrying out activities in all other member countries. Also, during the implementation of the new directive the countries should have the same rights of protection of the insured. For both requirements is necessary that the supervision rules are agreed and converged all across Europe.

In this paper author analyzes influence of the Solvency II on EU member countries, and to non-EU countries, the state of security in Europe, as well as the extent to which some of the countries harmonized their legislation with the Directive.

Key words: solvency, the insured, insurance companies, EU, Solvency II.

Prikaz

Datum prijema rada:
16. maj 2017.

Datum prihvatanja rada:
20. jun 2017.

Prof. dr

Branko Morait

*Sudija Suda Bosne
i Hercegovine,
redovni profesor Pravnog
fakulteta Univerziteta u Banja
Luci*

Prikaz udžbenika Građansko pravo

Autor prof. dr Ilija Babić, (treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, izdavač JP Službeni glasnik, Beograd 2017., stranica 386, tiraž 300)

U ediciji „Službenog glasnika“-udžbenici i priručnici-, ubrzo nakon objavljivanja *Obligacionog prava-opšti deo*, pojavilo se izdanje posebnog dijela udžbenika iz Obligacionog prava od istog autora. Ova izdanja plodnog pravnog pisca kakav je dr Ilija Babić nagovještavaju izdavanje svih knjiga iz cjelokupnog pozitivnog građanskog prava Republike Srbije sistematizovanog u posebne knjige kako je zamišljen i sistem budućeg građanskog zakonika. Knjiga koju sada prikazujemo, „Ugovori građanskog prava“, prema udžbeničkoj sistematici predstavlja posebni dio Obligacionog prava, jer sadrži grupisane i objašnjene najznačajnije imenovane, građansko-pravne ugovore.

Knjiga *4-Obligaciono pravo-Ugovori građanskog prava*, sačinjena je iz šest dijelova, obrazaca ugovora, osnovne literature i registra pojmova.

Prvi dio obrađuje grupu ugovora o otuđenju stvari i prava. Uvršteni su: ugovor o prodaji i njegovi modaliteti, ugovor o poklonu, ugovor o doživotnom izdražavanju, ugovor o ustupanju i raspodjeli imovine za života i ugovor o doživotnoj renti. Plan izlaganja je uobičajen za ovu vrstu literature. Tekst svakog pojedinog ugovora sadrži: pojam i razgraničenja, osobine, istorijat, bitne elemente i dejstvo ugovora, te raskidanje, ništavost i rušljivost ugovora. Drugi dio obrađuje ugovore o predaji stvari uz obavezu vraćanja, odnosno: ugovor o zakupu, ugovor o ostavi, ugovor o zajmu i ugovor o posluži. Treći dio sadrži ugovore o uslugama: ugovor o djelu, ugovor o punomoćstvu i ugovor o građenju. Četvrti dio su ugovori kojima se potraživanja čine nespornima: ugovor o poravnanju i ugovor o priznanju duga. Peti dio sadrži ugovore o udruživanju, odnosno ugovor o ortakluku, a šesti dio ugovore koji zavise od slučaja ili ugovore na sreću.

Ono što čini ovu knjigu zanimljivijom, u odnosu na dosadašnja izdanja ove vrste pravne literature, jeste uvrštavanje pojedinih ugovora kojima autor poklanja pažnju i upućuje modernog čitaoca na njihov značaj, kao što je slučaj s uvrštava-

njem ugovora o doživotnoj renti, ugovora o građenju, ugovora o poravnanju, ugovora o priznanju duga i ugovora o igrama na sreću.

Tekst je usklađen sa važećim zakonodavstvom u Republici Srbiji a predstavljena su najznačajnija rješenja iz Prednacrtu budućeg građanskog zakonika Republika Srbije. Značajno je i prezentiranje javnobilježnički potvrđene (solemnizovane) isprave ugovora o doživotnom izdržavanju i ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života, koja forma se, na odgovarajući način primjenjuje i na ugovore o prometu nekretnina koji su prezentovani u udžbeniku: ugovor o prodaji nekretnina, ugovor o razmjeni nekretnina i ugovor o poklonu nekretnina.

Literatura je osnovna i opštepoznata iz jugoslovenske pravno-literarne baštine i nekolicine novijih radova iz ove oblasti. Autor se posebno ne osvrće na rješenja izvan regiona što čini udžbenik praktičnijim i koherentnijim za sticanje osnovnih neophodnih saznanja iz oblasti obligacionih ugovornih odnosa kako u Republici Srbiji tako i ostalim zemljama regiona, jer su osnovna rješenja istovjetna i zasnovana na poznatim i provjerenim rješenjima jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine.

Knjigom 3. i knjigom 4. Građansko pravo, prof.dr Ilija Babić zaokružio je materijal za učenje i spremanje ispita iz predmeta Obligaciono pravo-opšti i posebni dio. Obe knjige su uobičajenog obima za univerzitetske studije obligaciono-pravnih odnosa. Autor, kao iskusan univerzitetski nastavnik nije podlegao vulgarizaciji bolonjskog obrazovnog modela koji je u određenim sredinama i od pojedinih nastavnika shvaćen kao uprosječavanje i skraćivanje kursa predmeta svodenjem svih predmeta na jednosemestralne. Obligaciono pravo je predmet koji zbog svog obima i značaja problema kojim se bavi, podrazumijeva barem dvosemestralne studije. Radi se o fundamentalnoj pravnoj disciplini, za razliku od niza aplikativnih i „modernih“ predmeta koji su se razvili iz tzv. fakultativnih i opcionih predmeta, a koji su od strane pojedinih nastavnika pogrešno afirmisani i izjednačeni s bazičnim pravničkim predmetima, što dovodi do toga da se studenti prekomjerno opterećuju nepotrebnom faktografijom koja ne sadrži nikakva suštinski nova pravna rješenja.

Zbog svega što je autor iznio pred čitaoce možemo ovaj univerzitetski udžbenik preporučiti za korištenje i na pravnim studijama u Bosni i Hercegovini, s obzirom na uobičajeni deficit ove vrste literature i potrebe velikog broja studenata pravnih fakulteta, ali i drugih pregalaca u oblasti građanskog prava. Svi koji se nađu u prilici da se поближе upoznaju sa pismenim stvaralaštvom prof.dr Ilije Babića postaće, zasigurno, poštovaoci njegovog opusa.

Prikaz

Datum prijema rada:
1. jul 2017.

Datum prihvatanja rada:
10. jul 2017.

Prof. dr

Branko Morait

*Sudija Suda Bosne
i Hercegovine,
redovni profesor Pravnog
fakulteta Univerziteta u Banja
Luci*

Prikazi novih publikacija iz građanskog prava

1. **Duško Medić, Dalibor Nedić i Nera Zivlak Radulović: “NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE”, Banja Luka, Udruženje pravnika RS, 2017.**
2. **Slobodan Stanišić: “OGLEDI IZ GRAĐANSKOG PRAVA II”, Banja Luka, Panevropski univerzitet „Apeiron“, 2017.**

Čast nam je i zadovoljstvo da prikažemo dvije nove knjige iz Građanskog prava autora prof.dr Duška medića i prof.dr Slobodana Stanišića. Ova dva pravna pisca dobro su poznata stručnoj pravničkoj javnosti tako i akademskoj zajednici. Obojica su profesori na katedri građanskog prava Fakulteta pravnih nauka Univerziteta „Apeiron“. Njihovo univerzitetско djelovanje, zajedno sa prof.dr Ilijom Babićem, čini da spomenuta katedra predstavlja najrespektibilniji kadrovski centar za građansko pravo kako u Republici Srpskoj tako i u širem okruženju.

Prva knjiga je autorski rad **prof.dr Duška Medića, Dalibora Nedića i Nere Zivlak Radulović NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE, Banja Luka, Udruženje pravnika RS, 2017 (Laktaši: „Grafomark“) 347. Str, 25 cm.** Duško Medić je sudija Ustavnog suda Republike Srpske i redovni profesor Fakulteta pravnih nauka Panevropskog univerziteta „Apeiron“ Banja Luka, dok ostali koautori specijalisti sudske medicine i univerzitetски saradnici odnosno nastavnici.

Saglasno svojim afinitetima raspored izlaganja je podijeljen na način da PRVI DIO obuhvata pojam, pravo na naknadu nematerijalne štete, odmjeravanje novčane naknade nematerijalne štete i ostala bitna pitanja u vezi s dosuđivanjem te vrste naknade štete, dok DRUGI DIO obuhvata pitanja iz medicinskog aspekta vještačenja nematerijalne štete.

Ova zanimljiva knjiga nesumnjivo će donijeti nosiocima pravosudnih funkcija, sudijama i advokatima kao i vještacima koristan priručnik kada trebaju preduzeti vještačenje kao dokazno sredstvo i bitan elemenat za utvrđivanje potpunog i pra-

vilnog činjeničnog stanja kao osnovne podloge za primjenu materijalnog prava kod dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete. Autori su se suočili sa dvije strane pitanje: s jedne strane su zakonski standardi koji propisuju da se naknada nematerijalne štete može dosuditi samo ako je trauma dužinom i trajanjem psihičkih patnji intenzivna i dugotrajna kao i da je strah bio većeg intenziteta i dužeg trajanja, a, s druge strane je potreba prevodeanja tih bolova u jedan novčani iznos. Sudija mora da potpuno i pravilno utvrdi činjenično stanje, a sudiji su vezane ruke bez pomoći medicinskog vještaka koji je u stanju ustanoviti medicinske parametre nastale traume. Vještaku se daje u zadatak da utvrdi intenzitet i trajanje bola i stepenovanje straha. U ovoj interakciji između medicinskog mjerenja i pravne ocjene i odmjeravanja nalaze se razlozi zašto pitanje naknade nematerijalne štete odnosno pravilnog zapravo pravednog odmjeravanja visine novčane naknade nematerijalne štete spada u jedno od najspornijih pitanja savremenog građanskog prava.

Duševni bolovi su pravni termin za raznovrsne neprijatnosti i patnje u psihičkoj sferi ličnosti. Fizički bol je izrazito subjektivno osjećanje, zavisno od konstitucionih predispozicija i razlikuje se od ličnosti do ličnosti. Pretrpljeni strah se često zahtijeva i dokazuje ali relevantne pravne definicije i dalje namamo. Prof.dr Duško Medić u radu pledira da se kod dosuđivanja novčane naknade nematerijalne štete vodi računa o svim relevantnim okolnostima slučaja, tj. pored jačine i trajanja bolova da se imaju u vidu i druge bitne okolnosti kao dopunski kriteriji kao što je dob, pol, zanimanje oštećenog, njegovi životni uslovi, neprijatnosti tokom liječenja, brojnost, karakter i težina povreda, jačina i trajanje posljedica, procenat umanjjenja životne aktivnosti i dr. U prilogu knjige date su tablice umanjjenja opšte životne aktivnosti kao pomagalo pravičnom suđenju u svakom konkretnom slučaju. Medicinske tablice imaju sličnu namjenu kao i orijentacioni kriteriji za odmjeravanje visine novčane naknade nematerijalne štete.

Ovaj interakcijski doprinos ujedinjenih poslenika pravne i medicinske struke zaslužuje pažnju stručne javnosti, pravnika i vještaka medicinarara, ali i pravnih teoretičara, sudija advokata i zakonodavaca kako bi se napredovalo u pravcu dolaženja do kvalitetne, pravedne rezultante, usaglašenosti medicinskog i pravnog aspekta na ovaj kompleksni medicinsko-pravni fenomen.

Druga publikacija iz Građanskog prava koju prikazujemo je knjiga **prof.dr Slobodana Stanišića OGLEDI IZ GRAĐANSKOG PRAVA II, Banja Luka, Panevropski univerzitet „Apeiron“, 2017. (Laktaši: „Grafomark“) 412. Str. 24 cm.**

Knjiga profesora Stanišića nije snabdjevena predgovorom iz kojeg bi nešto više saznali o motivima za formiranje prezentirane zbirke radova, koji su, prema našim saznanjima uzlagani odnosno objavljavani u raznim publikacijama. Umjesto ove redakcijske napomene koja bi bila korisna, dat je pregledan sadržaj po kojem knjiga obuhvata dva, po obimu, nejednaka dijela. U prvom dijelu koji je označen kao MATERIJALNO PRAVO uvršteni su članci iz opšteg dijela obligacionog prava, iz oblasti odgovornosti za štetu i iz područja osiguranja od odgovornosti za štetu. Drugi dio naslovljen kao PROCESNO PRAVO obuhvata nekolicinu članaka o aktuelnim problemima građanskog procesnog prava. Spoj materijaln-pravne i procesno-pravne problematike možemo zahvaliti autorovoj dugogodišnjoj advokatskoj praksi koja je u prikazivanoj knjizi našla svoj teoretski odraz. Kod

obrade svake teme autorov postupak je minuciozan. Takav je, na primjer, uvodni člana o uračunavanju ispunjenja. Na početku izlaganja je pojam i značaj izlaganog pitanja. Autor značaj pitanja uračunavanja ispunjenja nalazi u razriješenju dileme kod djelimičnog ispunjenja kada nema sporazuma subjekata o redu ispunjenja obligacije, te u pitanju konkurencije glavnih i sporednih potraživanja. Nakon toga, autor nas upoznaje s istorijsko-pravnim i uporedno-pravnim aspektima izlagane teme u najrazvijenijim evropskim pravnim sistemima. Zatim slijedi izlaganje uračunavanja ispunjenja u pozitivno-pravnom smislu, prema odgovarajućim odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Autor s pravom ističe da će povjerilac morati dokazati osnovanost zahtjeva za naplatu troškova prema pravilima materijalnog i procesnog prava kao i da će morati dokazati da je potraživane troškove već učinio. Na kraju ovog članka autor daje kritički osvrt na određene stavove sudske prakse u pogledu pravilne primjene pravila o redosljedu uračunavanja ispunjenja u slučaju konkurencije glavnog i sporednih potraživanja. U tom smislu efektno kritikuje nepotrebno postupanje sudske prakse koja u cilju utvrđivanja obima troškova i dospjelih kamata neizostavno naređuje izvođenje dokaza finansijskim vještačenjem.

Možemo zaključiti da se svojim ogledima profesor Slobodan Stanišić predstavlja kao angažovani pravni pisac koji o svakom izloženom pitanju zauzima vlastiti stav i s tih pozicija kritički pristupa stavovima sudske prakse i zakonodavnim rješenjima. Takvim pristupom se svrstava u današnje doba maloj grupi autora koji teorijsko bavljenje pravnim pitanjima shvataju i praktikuju kao kritičku misao, kao dio „organizovane sumnje“.

Ova dva djela se moraju pohvaliti kao zreli istup afirmisanih pravnih pisaca da svoje ideje i zamisli ponovno predstavljaju pravničkoj javnosti. Ova djela bi morala naići na dobar prijem i dužnu pažnju, a stručna javnost dobija korisne priručnike koji mogu razriješiti razne dileme koji se u praksi nalaze i o koje se pravnici spotiču.

DOI: 10.7251/GFP1707319S

UDC: 342.565.2(497.6)

Sudska praksa*Datum prijema rada:*
5. jun 2017.*Datum prihvatanja rada:*
25. jun 2017.*Prof. dr***Vladimir M.
Simović***Tužilac Tužilaštva Bosne
i Hercegovine i vanredni
profesor na Fakultetu pravnih
nauka Univerziteta „Apeiron“ u
Banjoj Luci***Praksa Ustavnog suda Bosne i
Hercegovine****PRAVO NA SLOBODU I SIGURNOST****Zaštita lica s duševnim smetnjama**

U konkretnom slučaju postoji kršenje prava iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 1. tačka e) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda budući da prilikom apelantice smještaja i boravka u Javnu ustanovu Zavod za zbrinjavanje mentalno-invalidnih lica „Drin“ Fojnica nisu ispoštovani suštinski proceduralni propisi i pravila Zakona o zaštiti lica s duševnim smetnjama. Uz to, postoji i kršenje člana 5. stav 4. ove konvencije kada o apelantinom smještaju u ovaj zavod odluku nikada nije donio sud, niti neki drugi nezavisni organ.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud podsjeća da je o istom ili sličnom činjeničnom i pravnom osnovu odlučio u svojoj Odluci broj AP 2472/11 od 31. januara 2013. godine u kojoj je razmatrao apelaciju apelantice kojoj je oduzeta poslovna sposobnost i koja je na osnovu rješenja Službe socijalne zaštite, doneseno na osnovu Federalnog zakona o osnovama socijalne zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom („Službeni glasnik Federacije BiH“ br. 36/99, 54/04, 39/06 i 14/09) i Kantonalnog zakona o socijalnoj zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice s djecom („Službeni glasnik Unsko-sanskog kantona“ br. 5/00 i 7/01), smještena u Zavod, a nakon te odluke su slijedile i druge odluke (npr. AP 2440/11 od 16. maja 2013. godine i AP 2038/11 od 12. juna 2013. godine, sve odluke objavljene na *www.ustavnisud.ba*). U ovim odlukama Ustavni sud je detaljno ukazao na kriterije koji, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Evropski sud), moraju biti ispunjeni da bi se pritvor mentalno oboljelog lica smatrao kao pritvor koji nije „proizvoljan“, tj. da bi bio ispunjen zahtjev „zakonitosti“ u smislu člana 5. stav 1.e. Evropske konvencije (vidi npr. AP 2472/11, tač. 39-40, te 42. i 44). Dalje, primjenjujući te kriterije na situaciju koja je razmatrana u navedenoj odluci, Ustavni sud je zaključio da nije bilo sudske odluke ni prilikom prinudne hospitalizacije, niti prilikom smještaja apelantice u Zavod.

Ustavni sud je naročito ukazao da je u tom slučaju apelantica smještena u Zavod na osnovu Federalnog zakona o osnovama socijalne zaštite i Kantonalnog zakona o socijalnoj zaštiti, ali da nisu uzete u obzir odredbe Zakona o zaštiti lica s duševnim smetnjama - („Službene novine Federacije BiH“ br. 37/01, 40/02, 52/11 i 14/13) (u daljnjem tekstu: Zakon o zaštiti lica), koji propisuje način i postupak za utvrđivanje duševne poremećenosti pred nadležnim domaćim organom, kao i potrebu

da se ispita da li vrsta i stepen „duševne poremećenosti“ opravdavaju prisilno zatvaranje takvog lica. Takođe, Ustavni sud je ukazao da odredbe tog zakona propisuju ograničeno trajanje pritvora, odnosno prisilnog smještaja uz obavezu da zdravstvena ustanova u kojoj se lice nalazi, po potrebi, dostavlja sudu izvještaje o zdravstvenom stanju tog lica. Ustavni sud je u navedenoj odluci zaključio da je Centar za socijalni rad imao mogućnost da postupi u smislu navedenih odredaba Zakona o zaštiti lica, ali da nije postupao u skladu sa navedenim zakonom, pa je utvrdio kršenje apelanticeinog prava iz člana 5. stav 1.e) Evropske konvencije, ocijenivši da njeno lišavanje slobode, tj. prisilni smještaj u ustanovu, nije „zakonito“, kako to zahtijeva Evropska konvencija (*idem*, tačka 46).

U konkretnom slučaju Ustavni sud zapaža da je apelantica, takođe, lišena slobode i smještena u Zavod, na osnovu rješenja JU Centar za socijalni rad Bosanski Petrovac, odnosno oduzeta joj je poslovna sposobnost, određen staratelj i nakon toga je rješenjem JU Centar od 18. jula 2013. godine apelantici određen smještaj u Zavodu, gdje se još uvijek nalazi, a da pri tome sud nije izvršio kontrolu njenog boravka u Zavodu. Dakle, apelantica se nalazi u Zavodu na osnovu „administrativne odluke“, a ne odluke suda. Činjenica da je nadležni sud odlučivao o oduzimanju poslovne sposobnosti apelantice, ne utiče na zaključak da je apelantica smještena u Zavod i da se u njemu i dalje nalazi isključivo na osnovu „administrativnih odluka“.

U vezi s navedenim, budući da je i u konkretnom slučaju apelantica smještena u Zavod na osnovu rješenja JU Centar, a na osnovu odredbi Federalnog zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice s djecom i Zakona o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice s djecom Unsko-sanskog kantona, i da pritom nisu uzete u obzir relevantne odredbe Zakona o zaštiti lica kojim je regulirano da isključivo sud odlučuje o prisilnom smještaju duševno poremećenog lica u ustanovu, zatim, da isključivo sud odlučuje o produženju prisilnog smještaja, kao i o otpustu iz zdravstvene ustanove, Ustavni sud smatra da iz navedenog proizlazi da je apelanticein položaj identičan apelanticeinom položaju iz predmeta broj AP 2472/11. Stoga, Ustavni sud smatra da su stavovi koji su izneseni u navedenim odlukama Ustavnog suda i Evropskog suda primjenjivi i na konkretni slučaj, pa u ovoj odluci Ustavni sud neće posebno obrazlagati kršenje prava iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 1. tačka e) i stav 4. Evropske konvencije, nego se poziva na obrazloženje i razloge date u navedenoj Odluci broj AP 2472/11, budući da se razlozi navedeni u toj odluci mogu primijeniti i na ovu odluku.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 2485/15 od 10. novembra 2016. godine)

PRAVO NA SLOBODU I SIGURNOST

Pritvor

Ne postoji povreda prava na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. stav 1. tačka c) i st. 3. i 4. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u situaciji kad odluka o produženju pritvora sadrži vrlo iscrpne i jasne razloge kako u pogledu postojanja opšteg uslova za određivanje i produženje pritvora iz člana 132. stav 1. Zakona o krivičnom postupku BiH, tako i u pogledu postojanja posebnih uslova propisanih u tački a) iste odredbe. Prema utvrđenju Ustavnog suda, osim osnova sumnje, postoje i druge okolnosti koje ukazuju na opasnost od bjekstva, a okolnosti konkretnog slučaja upućuju na postojanje važnog i značajnog opšteg interesa koji preteže nad principom poštovanja prava na slobodu pojedinca.

Iz obrazloženja:

U vezi sa određivanjem pritvora po članu 132. stav 1. tačka a) Zakona o krivičnom postupku BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08 i 12/09), Ustavni sud zapaža da je prvostepeno vijeće, najprije, utvrdilo da su ispunjeni uslovi koje propisuje navedena zakonska odredba, odnosno da je konkretizovana i argumentovana opasnost da postoje okolnosti koje ukazuju na opasnost da bi apelant, u slučaju da se nađe na

slobodi, pobjegao, ili se sakrio i na taj način onemogućio ili otežao vođenje krivičnog postupka. Kao okolnosti koje ukazuju na postojanje opasnosti od apelantovog bjekstva, Sud BiH nalazi da apelant, po red državljanstva BiH, posjeduje i državljanstvo Republike Srbije, te da ima prijavljeno prebivalište u Kovinu u Republici Srbiji. Dovodeći u vezu sa činjenicom da se apelant tereti za teška krivična djela za koja su zapriječene zatvorske kazne i za koja je optužen sa Tužilaštvom zaključio sporazum o priznanju krivice, posebno imajući u vidu visinu stečene protivpravne imovinske koristi za koju je sporazumom predviđeno oduzimanje, Sud BiH ukazuje na postojanje opasnosti da bi apelant, u slučaju da se nađe na slobodi, napustio BiH i otišao u Srbiju ili u neku drugu državu i na taj način izbjegao krivično gonjenje u BiH, te vraćanje protivpravno stečene imovinske koristi. Sud BiH je pri ovome imao u vidu i činjenice da je apelant porodična osoba, da mu je porodica nastanjena u BiH, zatim, socijalne prilike porodice, te apelantovo zdravstveno stanje. Osim toga, Sud BiH smatra da se ista svrha ne bi osigurala primjenom blažih mjera, te da je potrebno primijeniti sve potrebne mjere kako bi se osiguralo apelantovo prisustvo u daljem toku postupka. Dakle, uzimajući sve navedeno, Ustavni sud zaključuje da Sud BiH, odbijajući žalbu apelantovog branioca, nije povrijedio apelantovo pravo na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. Evropske konvencije.

U vezi sa apelantovim navodima da je Sud BiH, donoseći odluku o produženju pritvora apelantu, povrijedio njegova prava iz člana 5. stav 4. Evropske konvencije, Ustavni sud ukazuje da član 5. stav 4. Evropske konvencije predviđa da lice lišeno slobode hapšenjem ili pritvaranjem ima pravo na osporavanje zakonitosti takvog lišavanja slobode pred sudom, odnosno pred sudskim organom koji mora biti nezavisan i nepristrasan i koji mora imati nadležnost da donese obavezujuću odluku koja može voditi i puštanju lica na slobodu (vidi, Evropski sud, *De Wilde, Ooms i Versyp protiv Belgije*, presuda od 18. novembra 1971. godine, Serija A broj 12, st. 76. i 77. i *Ismoilov i drugi protiv Rusije*, presuda broj 2947/06 od 24. aprila 2008. godine, stav 145). Ovaj organ mora, takođe, pružiti "proceduralne garancije koje su odgovarajuće za konkretnu vrstu lišavanja slobode", a koje nisu "značajno manje" od garancija u krivičnom postupku kad lišavanje slobode ima kao rezultat dugotrajno zatvaranje lica. Ove garancije naročito podrazumijevaju usmenu raspravu uz pravnu pomoć u postupku u kojem učestvuju obje strane, razmatranje zakonitosti pritvora u najširem smislu, te odluku koja mora biti donesena brzo. U konkretnom predmetu Ustavni sud zapaža da nema naznaka da Sud BiH nije poštovao i proceduralne razloge iz člana 5. stav 4. Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 383/16 od 20. aprila 2016. godine)

PRAVO NA SLOBODU I SIGURNOST LIČNOSTI I ZABRANA DISKRIMINACIJE

Postoji kršenje apelantovog prava na slobodu i sigurnost ličnosti iz člana 5. stav 1. tačka c) i stava 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada su redovni sudovi apelantu produžili pritvor i po osnovu razloga propisanog članom 146. stav 1. tačka d) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH bez konkretizacije razloga koji će dovesti do nastupanja vanrednih okolnosti, odnosno narušavanja javnog reda i mira. Nema, međutim, kršenja prava iz člana 5. stav 1. tačka c) i stava 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada su redovni sudovi zaključili da i dalje postoje razlozi zbog kojih je produženje pritvora apelantu potrebno u svrhu osiguranja apelantovog prisustva i vođenja krivičnog postupka, temeljeći ovaj zaključak na detaljnim razlozima i obrazloženjima o postojanju osnovane sumnje, kao i posebnih razloga za izricanje pritvora iz člana 146. stav 1. tačka a) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH. Takođe, nema kršenja prava iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada nema ništa što bi ukazivalo da je prema apelantu postupano drugačije nego prema licima u istoj poziciji, kao ni da je pritvor apelantu određen zbog činjenice da je Rom.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi u obrazloženju rješenja o produženju pritvora koja su

osporena konkretnom apelacijom naveli brojne dokaze na osnovu čije su ocjene i analize zaključili da postoji osnovana sumnja da je apelant počinio krivična djela koja mu se stavljaju na teret. Naime, Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi u obrazloženjima svojih odluka prvenstveno ukazali na iskaze saslušanih svjedoka (koje su, pri tome, detaljno interpretirali u obrazloženjima svojih odluka), kao i na ostale materijalne dokaze u spisu koji su navedeni u prethodnim tačkama ove odluke, kao i da su naveli da ni sam apelant ne spori da je počinio predmetna djela (već da samo osporava kvalifikaciju djela), te u vezi s tim zaključili da iz tih dokaza proizlazi osnovana sumnja da je apelant počinio krivična djela koja mu se stavljaju na teret. Prema mišljenju Ustavnog suda, navedene okolnosti na kojima su redovni sudovi zasnovali svoje odluku u pogledu postojanja osnovane sumnje takvog su karaktera da mogu uvjeriti objektivnog posmatrača da je moguće da je apelant počinio krivična djela zbog kojih se vodi predmetni postupak u smislu standarda člana 5. stav 1. tačka c) Evropske konvencije. Zbog navedenog, Ustavni sud smatra neosnovanim apelantove navode da u konkretnom slučaju ničim nije dokazano postojanje osnovane sumnje da je počinio krivična djela koja su mu stavljena na teret.

S tim u vezi, Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi obrazložili postojanje osnova za određivanje pritvora po članu 146. stav 1. tačka a) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“ br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14) na način da su istakli da u situaciji kada je apelant nakon izvršenja krivičnih djela (od kojih se za jedno može izreći kazna zatvora od 10 godina ili teža) napustio mjesto događaja, te uz pomoć svoje porodice, koja je pokazala veliki stepen organizovanosti i snalazljivosti u sakrivanju apelanta, kao i da raspolaže finansijskim i materijalnim sredstvima koja mogu poslužiti u navedenu svrhu, napustio Visoko i pobjegao u objekt u Vitezu koji pripada njegovoj porodici, te kako postoji opasnost od novog konflikta između apelantove porodice (pa i apelanta) i porodice oštećenog, Ustavni sud smatra da je zaključak o postojanju opasnosti da će apelant pobjeći, izveden nakon analize svih navedenih okolnosti pojedinačno, te njihovim dovođenjem u međusobnu vezu, što ne ostavlja utisak proizvoljnosti niti u jednom od osporenih rješenja.

Ustavni sud primjećuje da su, s tim u vezi, redovni sudovi kao razlog za produženje pritvora po osnovu člana 146. stav 1. tačka d) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH ponudili okolnosti za koje su smatrali da nesumnjivo ukazuju na to da bi moglo doći do uznemirenja javnosti - građana (kako u vidu subjektivnog osjećanja nesigurnosti građana, tako i osjećanja nesigurnosti i mogućeg konflikta između porodica i oštećenog i apelanta), te mogućeg narušavanja javnog reda i mira u smislu navedenih standarda koji su postavljeni odredbama Evropske konvencije i praksom Evropskog suda. Međutim, Ustavni sud smatra da iz navedenih obrazloženja nije vidljiva konkretizacija postojanja opasnosti od ugrožavanja javnog reda i mira, odnosno da je izostalo davanje argumentovanog razloga koje su to okolnosti koje ukazuju da će činjenica da je djelo počinjeno u malom objektu u kojem je bilo oko 40 gostiju, zaista, i dovesti do nastanka vanrednih okolnosti u smislu narušavanja javnog reda i mira. Ovo stoga što sama konstatacija da kod lica koja su prisustvovala događaju (a i ostalog građanstva) postoji subjektivno osjećanje nesigurnosti - ne predstavlja dovoljan razlog za postojanje vanrednih okolnosti zbog kojih je potrebno odrediti pritvor u konkretnom slučaju apelantu, već predstavlja isključivo pretpostavku. Da bi pritvor bio određen i produžen po navedenom zakonskom osnovu, potrebno je, kako je već rečeno, dati konkretne argumente iz kojih bi jasno bilo vidljivo da će vanredne okolnosti i nastupiti.

Ustavni sud zapaža da u osporenim odlukama nema ništa što bi ukazivalo da je apelant tretiran na različit način od drugih lica u istoj situaciji, niti da mu je pritvor određen zbog njegovog porijekla, već je evidentno da mu je pritvor određen isključivo zbog postojanja osnovane sumnje da je počinio krivična djela koja mu se stavljaju na teret i zbog postojanja pritvorskih razloga iz člana 146. stav 1. tač. a) i d) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH. Zbog navedenog, Ustavni sud smatra neosnovanim apelantove navode o kršenju prava iz člana II/4. Ustava Bosne i Hercegovine i člana 14. Evropske konvencije u vezi sa pravom iz člana II/3.d) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 5. Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 983/16 od 28. aprila 2016. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Pretpostavka nevinosti i princip *in dubio pro reo*

Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. st. 1. i 2. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada je Vrhovni sud sve izvedene dokaze ocijenio pojedinačno i u međusobnoj vezi, te na osnovu brižljive i savjesne ocjene tih dokaza izveo zaključak da je apelant počinio krivično djelo koje mu je stavljeno na teret, ne ostavljajući bilo kakvu sumnju u tom pogledu, tako da nema elemenata koji ukazuju da je u bilo kojoj fazi postupka apelant tretiran na način koji bi vodio kršenju principa pretpostavke nevinosti i principa *in dubio pro reo*.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud ne nalazi proizvoljnost u obrazloženju osporene presude u primjeni materijalnog i procesnog prava, te u pogledu ocjene izvedenih dokaza, jer smatra da je sud osporenom presudom u okolnostima konkretnog slučaja dao valjane razloge o odlučnim činjenicama. U konkretnom slučaju Ustavni sud zapaža da su sudovi proveli opsežan dokazni postupak u skladu s relevantnim odredbama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08 55/09, 80/09, 88/09, 92/09, 100/09 i 53/12), te su na osnovu svih provedenih dokaza utvrdili apelantovu krivicu da je preduzeo krivičnopravne radnje na način kako je navedeno u izreci osporene presude, a koje u biti predstavljaju radnje izvršenja krivičnog djela koje mu je stavljeno na teret i za koje je proglašen krivim. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je u osporenom presudom u potpunosti opisan proces pojedinačne ocjene dokaza, te njihovo dovođenje u međusobnu vezu i izvođenje zaključka da je apelant počinio krivično djelo s umišljajem za koje je proglašen krivim.

U vezi s apelantovim navodima da mu je povrijeđeno pravo na pretpostavku nevinosti iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije, Ustavni sud ukazuje da sud mora da pretpostavi nevinost optuženog bez ikakvih preduvjerenja i može da ga osudi samo na osnovu dokaza iznesenih tokom suđenja. Takođe, princip pretpostavke nevinosti znači i da je teret dokazivanja isključivo na tužilaštvu, te da treba da se primijeni princip *in dubio pro reo*, dakle, da i najmanja sumnja u vezi s dokazom mora da ide u prilog optuženom (vidi Evropski sud, presuda *Barbera, Messeque i Jabardo protiv Španije*, stav 77). U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da se, apelantovi navodi zasnivaju isključivo na njegovom nezadovoljstvu zbog načina ocjene dokaza, što je Ustavni sud već razmotrio, zbog čega smatra da takvi navodi apelanta ni na koji način ne pokreću pitanje iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije. Osim toga, Ustavni sud smatra da nema elemenata koji bi ukazivali da je u bilo kojoj fazi postupka apelant tretiran na način koji bi vodio kršenju principa pretpostavke nevinosti. Stoga, Ustavni sud smatra da su ovi navodi apelanta neosnovani.

Imajući u vidu da su redovni sudovi, suprotno apelantovim navodima, sve provedene dokaze cijenili pojedinačno i u međusobnoj vezi s primjenom relevantnih propisa materijalnog prava, te na osnovu brižljive i savjesne ocjene tih dokaza izveli zaključak da je apelant počinio krivična djela na način kako je to navedeno u presudi Vrhovnog suda, ne ostavljajući bilo kakve sumnje u tom pogledu, Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi o kršenju prava iz stava 2. u vezi sa stavom 1. člana 6. Evropske konvencije - neosnovani

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 709/13 od 20. juna 2016. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Ocjena dokaza

Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. st. 1, 2. i 3. tač. a), b) i d) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava

i osnovnih sloboda kada su redovni sudovi u krivičnom postupku koji je vođen protiv apelanta utvrdili sve relevantne činjenice, brižljivo ocijenivši svaki dokaz posebno i sve dokaze zajedno i iz kojih je nesumnjivo proistekao zaključak o apelantovoj krivičnopravnoj odgovornosti, kao i da nije povrijeđen princip *in dubio pro reo*, te kada su apelantu omogućene proceduralne garancije iz člana 6. stav 3. tač. a), b) i d) Evropske konvencije.

Iz obrazloženja:

U pogledu apelantovih navoda o povredi prava iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije, Ustavni sud podsjeća da navedena odredba propisuje da će svako ko je optužen za krivično djelo biti smatran nevinim dok se njegova krivica ne dokaže u skladu sa zakonom, odnosno pravnosnažnom presudom. Takođe, sumnju u pogledu činjenica koje čine obilježja krivičnog djela sud rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog. Prema praksi Evropskog suda, presumpcija nevinosti znači da optuženi nema obavezu da se brani, mada ima pravo na odbranu, nije dužan dokazivati svoju nevinost, a teret dokazivanja je na tužiocu. U skladu s tim, sud mora donijeti oslobađajuću presudu ne samo kad je uvjeren u nevinost optuženog, nego i onda kada nije uvjeren ni u njegovu krivicu, ni u njegovu nevinost. Dakle, princip *in dubio pro reo* predstavlja jedno od temeljnih načela krivičnog procesnog prava (pored pretpostavke nevinosti). Ono znači da, u slučaju sumnje, treba presuditi u korist optuženog. Kada se sud, u pogledu pitanja da li određena činjenica koja ide na štetu optuženom postoji, nađe u sumnji, mora uzeti da ona nije dokazana i, dodatno, u slučaju sumnje u pogledu činjenica koje optuženom idu u korist, a ne mogu se sa izvjesnošću utvrditi, mora se uzeti da su utvrđene. Ovim pravilom se uzima kao dokazano ono što nije dokazano. Ukoliko nakon provedenog krivičnog postupka ostane u sumnji u pogledu krivične odgovornosti optuženog, sud mora donijeti oslobađajuću presudu.

Dakle, u utvrđivanju krivice optuženog sud mora primijeniti princip *in dubio pro reo*, što je i bitan element prava na pravično suđenje iz člana 6. Evropske konvencije (vidi, Evropski sud, *Barbera, Messeque i Jabardo protiv Španije*, presuda od 6. decembra 1988. godine, Serija A broj 146, stav 77). U vezi s tim, Ustavni sud zapaža da su ovi osnovni principi ustanovljeni i razrađeni u odredbama Zakona o krivičnom postupku BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09), koji je primijenjen u konkretnom slučaju i podrazumijeva obavezu suda da u obrazloženju presude ocijeni svaki dokaz pojedinačno, da ih dovede u međusobnu vezu i izvrši ocjenu dokaza u njihovoj ukupnosti, izvodeći zaključak o dokazanosti ili nedokazanosti neke činjenice. Dovodeći navedeno u vezu sa činjenicama konkretnog predmeta, Ustavni sud smatra da je Apelaciono vijeće, nakon održavanja pretresa pred tim sudom, za svaki izvedeni dokaz dalo jasno obrazloženje, te da je odluku o apelantovoj odgovornosti donijelo nakon dovođenja svih dokaza u međusobnu vezu. Ustavni sud nadalje zapaža da je apelantove navode u tom pogledu ispitao i žalbeni sud i dao razloge zašto oni ne mogu dovesti do drugačijeg rješenja konkretne krivičnopravne stvari, zbog čega Ustavni sud smatra da ocjena dokaza u konkretnom slučaju ni na koji način ne ostavlja utisak proizvoljnosti ili nelogičnosti, niti da je sud bio u sumnji u pogledu bilo kojeg dokaza u korist ili na apelantovu štetu. Stoga, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju nije prekršen princip presumpcije nevinosti, kao ni princip *in dubio pro reo*, zbog čega su neosnovani apelantovi navodi o povredi prava iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 3751/13 od 15. septembra 2016. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Obrazloženje presude

Ne postoji povreda prava iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada je Sud BiH za svoje odluke dao detaljno, jasno i argumentovano obrazloženje kako u pogledu izvedenih dokaza, tako i njihove međusobne povezanosti i ocjene donošenja zaključaka, te

kada je apelantu omogućeno da ravnopravno učestvuje u postupku, u okviru zakonom propisanog postupka, pri čemu je primjena materijalnog i procesnog prava bila u skladu s garancijama koje pruža član 6. stav 1. ove konvencije.

Iz obrazloženja:

U pobijanim presudama je jasno navedeno i to kakva i u čemu se sastojala uloga svakog od pripadnika grupe, pa i apelantova uloga. Navodi apelacije o nepreciznostima i propustima u vezi sa ulogom i radnjama izvršenja preduzetim od apelanta - nemaju nikakvog osnova. U toku postupka je nesumnjivo utvrđeno i u presudama jasno i konkretno navedene radnje svakog od optuženih, pa i apelanta, koji je drogu nabavljao, određeno vrijeme držao u svom posjedu, skrivao kod njemu bliskih osoba, te dalje neovlašteno prodavao kupcima u susjednim i drugim zemljama (dakle, riječ je o više radnji koje mogu biti radnje izvršenja krivičnog djela iz člana 195. Krivičnog zakona BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10). Uz to, Ustavni sud zapaža da je Sud BiH utvrdio da se ne radi ni o kakvim pokušajima, nego radnjama koje su i izvršene u više navrata.

U vezi sa navodima apelacije koji se odnose na pravnu kvalifikaciju, Ustavni sud zapaža da je Sud BiH utvrdio da je apelant osuđen samo za krivično djelo iz člana 250. stav 2. KZBiH za koje je nesumnjivo utvrđeno da je počinjeno u sastavu grupe za organizovani kriminal izvršenjem više radnji koje ispunjavaju obilježja krivičnog djela iz člana 195. stav 1. KZBiH. Što se tiče navoda apelacije o odgovornosti apelanta, iz obrazloženja pobijanih presuda nesumnjivo proizlazi da je ona ocijenjena individualno za svakog od optuženih, a ne kolektivno i na način kako je to apelacije predstavila.

Nadalje, Ustavni zapaža da je Sud BiH proveo opsežan dokazni postupak u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku BiH („Službeni glasnik BiH“ br. 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08 i 12/09), te da je na temelju svih provedenih dokaza utvrdio apelantovu krivicu da je preuzeo krivičnopravne radnje na način kako je navedeno u izreci prvostepene presude, a koje u biti predstavljaju radnje izvršenja krivičnog djela koje mu je stavljeno na teret i za koje je proglašen krivim. U vezi s tim, Ustavni sud ukazuje da je u prvostepenoj presudi u potpunosti opisan proces pojedinačne ocjene dokaza, te njihovo dovođenje u međusobnu vezu i izvođenje zaključka da je apelant počinio krivično djelo s umišljajem za koje je proglašen krivim. Ustavni sud ukazuje da je Sud BiH u obrazloženju prvostepene presude detaljno i jasno obrazložio zašto je prihvatio dokaze na kojima je zasnovao svoju odluku, koje je pri tome na potpuno jasan i zadovoljavajući način interpretirao u obrazloženju svoje odluke, tako da Ustavni sud ne nalazi bilo kakvu proizvoljnost u tom pogledu. Pored toga, Ustavni sud zapaža da je ocjena izvedenih dokaza, te pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja bila predmet i apelantove žalbe protiv prvostepene presude, koje je uz druge žalbene navode Apelaciono vijeće Suda BiH detaljno razmotrilo i dodatnom analizom svih provedenih dokaza uz pozivanje na relevantne odredbe Zakona o krivičnom postupku BiH dalo jasne razloge i obrazloženja kojima je ove apelantove prigovore ocijenilo neosnovanim.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 1323/13 od 7. juna 2016. godine)

PRAVA NA PRAVIČNO SUĐENJE

Naknada nematerijalne štete zbog neosnovanog boravka u pritvoru

Nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada sud detaljno i jasno obrazloži svoju odluku u pogledu primjene relevantnih odredaba materijalnog prava, te pravilnog utvrđenja činjeničnog stanja, a takvo obrazloženje Ustavni sud ne smatra proizvoljnim.

Iz obrazloženja:

U konkretnom slučaju, a u vezi sa apelantovim navodima, Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi, suprotno apelacionim navodima, dali iscrpne razloge u vezi sa svojim odlučenjima. S tim u

vezi, Ustavni sud ne nalazi nikakvu proizvoljnost u zaključcima da apelantu pripada pravo na naknadu nematerijalne štete zbog neosnovanog boravka u pritvoru i umanjenja životne aktivnosti u iznosu preciziranom u presudama, te da su tim povodom u osporenim presudama dati jasni i precizni razlozi za primjenu relevantnih odredbi Zakona o obligacionim odnosima („Službeni list SFRJ“ br. 29/78, 39/85 i 57/89 i „Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04), a koje su citirane u prethodnim tačkama ove odluke. Pri tome, Ustavni sud podsjeća da se iznos naknade nematerijalne štete utvrđuje na osnovu specifičnosti svakog slučaja posebno, te da se, suprotno apelantovim navodima, u takvim slučajevima sudskom praksom ne mogu odrediti fiksni iznosi, a kako je to obrazložio i Vrhovni sud u svojoj presudi. Vrhovni sud nalazi da se iznosom od 12.000 KM na ime pravične novčane naknade može postići satisfakcija za štetu pričinjenu tužiocu. Kao što je navedeno, radi se o satisfakciji, a ne obeštećenju u smislu povraćaja u pređašnje stanje koje je moguće postići samo u slučaju naknade materijalne štete. Pri tome je Vrhovni sud, a shodno odredbama člana 200. Zakona o obligacionim odnosima, vodio računa o standardu društva u kojem apelant, ostvarujući svoje pravo na ovaj vid naknade štete, treba da dobije satisfakciju.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 5121/13 od 26. oktobra 2016. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE I PRAVO NA IMOVINU

Nema povrede prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. stav 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada je redovni sud svoju odluku zasnovao na činjenicama koje su utvrđene u postupku na osnovu provedenih dokaza, te dao obrazloženje u pogledu primjene relevantnih zakonskih odredaba koje ne ostavlja utisak proizvoljnosti. Nema povrede ni prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1. uz Evropsku konvenciju kada apelant kršenje tog prava vezuje za pogrešno utvrđeno činjenično stanje i proizvoljnu primjenu materijalnog i procesnog prava, a Ustavni sud je zaključio da nije bilo proizvoljnosti u tom pogledu.

Iz obrazloženja:

Imajući u vidu član 12. stav 3. Zakona o parničnom postupku („Službeni glasnik Republike Srpske“ br. 58/03, 85/03, 74/07, 63/07 i 49/09) prema kom je sud u parničnom postupku vezan pravno-snažnom osuđujućom presudom u krivičnom postupku u pogledu postojanja krivičnog djela i krivice, odnosno da navedenom odredbom nije isključena mogućnost da se i u tom slučaju, u povodu istog događaja, utvrđuje građanska odgovornost prema pravilu o teretu dokazivanja koje vrijedi u građanskom postupku, Ustavni sud smatra, suprotno apelantovim apelacionim navodima, da nema proizvoljnosti u zaključku redovnih sudova da činjenica da je protiv apelanta obustavljena krivična istraga zbog istog događaja - nije od značaja za razrješenje konkretnog spora.

U pogledu apelantovih navoda da mu je povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije, Ustavni sud ukazuje da se navedeni stav člana 6. Evropske konvencije tiče isključivo prava lica u vezi s „krivičnom optužbom“. S obzirom na to da se, dakle, u predmetnom sudskom postupku odlučivalo o apelantovom tužbenom zahtjevu usmjerenom na poništenje odluke tuženog i uspostavi prava iz radnog odnosa, a ne o „krivičnoj optužbi“ protiv apelanta, odnosno da je član 6. stav 1. Evropske konvencije primjenjiv sa aspekta garancija koje pruža „građanski“ nivo prava na pravično suđenje, Ustavni sud, podržavajući sopstvenu praksu u predmetima koji su sa ovog aspekta pokretali slična pitanja (vidi *mutatis mutandis* Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 690/11 od 10. aprila 2014. godine, tačka 29. i, *mutatis mutandis*, AP 147/09 od 23. februara 2012. godine, tačka 82, dostupne na www.ustavisud.ba) - neće ulaziti u daljnje ispitivanje ovih apelantovih navoda.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 4045/13 od 20. jula 2016. godine)

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE, PRAVO NA PRIVATNI I PORODIČNI ŽIVOT, DOM I PREPISKU I PRAVO NA IMOVINU

Ne postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3.e) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 6. st. 1. i 3. tačka d) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u situaciji kada je Ustavni sud iz obrazloženja osporenih odluka utvrdio da apelantova krivica nije utvrđena proizvoljnom ocjenom dokaza i kada je apelantu, uz poštovanje principa kontradiktornosti, bilo omogućeno da ospori dokaze Tužilaštva ili da lično izvede dokaze, pri čemu odluka o apelantovoj odgovornosti za počinjeno krivično djelo nije zasnovana isključivo na iskazu oštećene datom pred zamoljenim sudom, već je rezultat cjelokupnog dokaznoga postupka. Takođe, nema povrede prava na privatni i porodični život, dom i prepisku iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije i prava na imovinu iz člana II/3.k) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 1. Protokola broj 1. uz Evropsku konvenciju kad apelant, osim paušalnog pozivanja na kršenje navedenih prava, ne navodi niti precizira u čemu se ogleda kršenje tih prava.

Iz obrazloženja:

Ustavni sud iz obrazloženja prvostepene presude zapaža da je prvostepeni sud dao jasne i argumentovane razloge o prihvatanju iskaza oštećene kao svjedoka koji nije dat pred ovim sudom, zasnovan na odredbi člana 333. stav 1. tačka 1. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske“, br. 26/93, 14/94 i 6/97) kojom je ostavljena mogućnost sudu (diskreciono pravo suda) i propisano da se iskazi svjedoka dati u istrazi i koji nisu dati pred ovim sudom - mogu da koriste na glavnom pretresu kao dokaz, samo u slučaju ako su ispitana lica umrla, duševno oboljela ili ne mogu da se pronađu ili je njihov dolazak pred sud nemoguć ili je znatno otežan zbog važnih uzroka. Prema tome, prvostepeni sud je u konkretnom slučaju na osnovu razloga definisanih navedenom odredbom zakona zaključio da se u slučaju oštećene kao svjedoka radi o iskazu tzv. ugroženog svjedoka, čiji dolazak je otežan jer živi u drugoj državi Republici Hrvatskoj (u inostranstvu) i jer se radi o svjedoku sa ozbiljnim psihološkim i emocionalnim problemima nastalim kao posljedica trauma počinjenih inkriminisanim radnjama. Zato je Osnovni sud u skladu sa svojim ovlaštenjima iskaz oštećene dat pred Županijskim sudom u Sisku (po zamolnici Osnovnog suda) koristio u dokaznom postupku. Osim toga, iz obrazloženja drugostepene presude proizlazi da je i Okružni sud u svojoj presudi razmotrio iste apelantove žalbene navode, pa je na osnovu detaljne analize utvrđenog činjeničnog stanja zaključio da je prvostepeni sud pravilno postupio kada je iskaze ovih svjedoka u smislu citirane odredbe Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske koristio kao dokaze na glavnom pretresu, te da iz činjeničnog stanja utvrđenog u prvostepenom postupku jasno proizlazi da je apelant počinio krivičnopravne radnje koje su mu stavljene na teret.

Imajući u vidu sadržaj navedene odredbe Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske i činjenice konkretnog predmeta, Ustavni sud, suprotno apelacionim navodima, ne nalazi proizvoljnost u stavu redovnih sudova da iskaz oštećene dat pred sudom u Sisku, nije nezakonit dokaz i da se kao takav mogao da koristi u predmetnom postupku. Ovo iz razloga što je apelantova odbrana imala priliku da se izjasni na date iskaze ovih svjedoka, što je kako proizlazi iz obrazloženja osporenih presuda i činila, pri čemu je iz obrazloženja osporenih odluka evidentno da osuđujuća presuda protiv apelanta nije zasnovana isključivo na navedenom dokazu već je rezultat cjelokupnog dokaznog postupka budući da su iskazi ovih svjedoka potvrđeni i drugim provedenim dokazima.

Ustavni sud ističe da je ravnopravnost stranaka jedan od važnih aspekata prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. u vezi sa stavom 3. tačka d) istog člana Evropske konvencije. To znači da optuženi u krivičnom postupku treba da ima ista prava kao i ovlašteni tužilac. Drugi važan princip, koji je blisko vezan za to pravo, jeste da postupak mora da bude u skladu sa principom kontradiktornosti. To znači da optuženi mora da ima informacije o svim navodima i dokazima koje je iznio tužilac, zatim mogućnost da odgovori na iznesene navode, te da iznese druge dokaze u korist svoje odbrane.

U odnosu na ove apelantove navode, Ustavni sud zapaža da je prvostepeni sud u obrazloženju

presude jasno naveo da je u toku postupka pred tim sudom data razumna mogućnost apelantu i njegovoj odbrani da osporavaju zaključke o prihvatanju navedenih činjenica dokazanim, što su ovi i činili. Takođe, iz obrazloženja prvostepene presude proizlazi da je zaključak o dokazanosti navedenih činjenica potkrijepljen i ostalim provedenim dokazima, prvenstveno iskazima saslušanih svjedoka i ostalim materijalnim dokazima koji su dodatno potvrdili validnost presude. Ustavni sud zapaža da je prvostepeni sud proveo opsežan dokazni postupak koji je bio usmjeren upravo na dokazivanje apelantove krivice, a osuđujuća presuda nije zasnovana u cijelosti ili u najvećoj mjeri samo na činjenicama koje je sud prihvatio kao dokazane, već su sudovi, kako je to već rečeno, ocijenili i druge provedene dokaze pojedinačno i u međusobnoj vezi.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da princip ravnopravnosti strana u postupku nije na bilo koji način narušen na apelantovu štetu ili da je apelantu bilo onemogućeno da zbog navedenih razloga ravnopravno raspravlja u konkretnom predmetu. Ustavni sud, takođe, zapaža da je apelant imao mogućnost da iznese svoju odbranu lično i uz pomoć branioca, zatim da predlaže izvođenje dokaza, između ostalog i saslušanje svjedoka, što je i učinio. Takođe, apelant je imao priliku da ispita sve dokaze optužbe, da ih ospori, te da osporava i način na koji su sudovi ocijenili dokaze. Stoga, Ustavni sud nije pronašao elemente koji bi ukazivali na povredu prava na pravično suđenje iz člana 6. stav 3. tačka d) Evropske konvencije.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 4444/13 od 7. jula 2016. godine)

PRAVO NA PRIVATNI I PORODIČNI ŽIVOT, DOM I PREPISKU

Nema kršenja prava iz člana II/3.f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda budući da je redovni sud u osporenoj presudi dao jasno obrazloženje svojih zaključaka o tome da sporno izražavanje ne predstavlja neistinite činjenice, već vrijednosni sud koji ima potporu u činjenicama, te da je postignuta pravična ravnoteža između apelantovog prava na zaštitu ugleda i prava tuženih na slobodu izražavanja.

Iz obrazloženja:

U pogledu navoda iznesenih u spornom članku, Ustavni sud zapaža da je prvostepeni sud ukazao da se radi o neistinitim informacijama - činjenicama dok se, po mišljenju drugostepenog suda, u konkretnom slučaju radilo o „iznošenju mišljenja“ o činjenicama utvrđenim presudom Okružnog suda. S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća da su Evropski sud i Ustavni sud u svojim odlukama u vezi s tim pitanjem već ukazali da postoji jasna distinkcija između informacije (činjenice) i mišljenja (vrijednosne ocjene), jer se postojanje činjenice može dokazati, a za istinu na osnovu vrijednosne ocjene ne može se dati dokaz (vidi, Evropski sud, *Lingens protiv Austrije*, presuda od 8. jula 1986. godine, Serija A broj 103, stav 46. i Ustavni sud, Odluka broj AP 1004/04 od 2. decembra 2005. godine). Naime, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud dosljedno naglašavao potrebu da domaći pravni sistem jasno napravi razliku između činjenica i mišljenja, kao i da ne zahtijeva dokazivanje istinitosti za mišljenje. Pri tome, Evropski sud je ukazao da i vrijednosni sudovi moraju imati činjenični osnov koji ih može potkrijepiti jer, u suprotnom, mogu biti pretjerani (vidi, Evropski sud, *Feldek protiv Slovačke*, presuda od 12. jula 2001. godine, predstavka broj 29032/95, stav 76).

Imajući u vidu sadržaj spornog teksta, Ustavni sud ukazuje da se u konkretnom slučaju nesumnjivo radi o iznošenju mišljenja tuženih o krivici apelanta na način da se od prvoapelanta kao autora teksta interpretira presuda Okružnog suda kojom je apelant proglašen krivim za krivično djelo falsifikovanje ili uništenje službene isprave jer je prikrio izdatu naplativu bezuslovnu garanciju plaćanja u vrijednosti od približno 23 miliona KM. Ustavni sud zapaža da je prvotuženi u uvodu predmetnog članka jasno ukazao na sadržaj izreke pomenute presude iz čega se kod javnosti mogao izvući jasan zaključak o tome za koje je krivično djelo apelant proglašen krivim zbog čega Ustavni sud, s obzirom na činjenice predmeta, ne nalazi nikakvu proizvoljnost u stavu Okružnog suda da se u tom dijelu spornog članka nesumnjivo radi o istinitom izražavanju. Međutim, Okružni sud je utvrdio da se, suprotno stavu prvostepenog suda, daljnji sadržaj spornog članka odnosi na mišljenje autora - prvotuženog o

navedenoj presudi. Dakle, Okružni sud je ukazao da se u konkretnom slučaju radi o vrijednosnom sudu - mišljenju prvotuzenog koji ima svoju činjeničnu osnovu u presudi Okružnog suda, te da takvo mišljenje predstavlja kritički odnos prvoapelanta prema društvenim pojavama (osudujuća presuda protiv apelanta kao javne ličnosti) koji nije mogao dovesti u zabludu javnost, odnosno prosječnog čitaoca budući da je na početku spornog članka jasno označeno obilježje bića krivičnog djela za koje je apelant proglašen krivim.

Pri tome, Ustavni sud zapaža da je Okružni sud u smislu standarda Evropskog suda ispitao sporno izražavanje autora ocjenjujući kako njegov sadržaj, tako i rubriku u kojoj je objavljen, te da je zaključio da je cilj autora članka koji je objavljen u rubrici „Za ili protiv“ bio da iznese lično mišljenje o toj presudi, a ne da okleveta apelanta. Zbog toga je Okružni sud našao da je prvostepenom presudom povrijeđen princip proporcionalnosti ravnoteže između ograničavanja slobode izražavanja i zaštite ugleda apelanta, kao javne ličnosti, u smislu člana 10. Evropske konvencije, ali na štetu izražavanja. Imajući u vidu sadržaj spornog članka, Ustavni sud ne vidi bilo kakvu proizvoljnost u zaključku Okružnog suda da se u konkretnom slučaju radi o vrijednosnim sudovima - mišljenju koji svoju potporu imaju u presudi Okružnog suda kojom je apelant proglašen krivim, te da stoga sporno izražavanje u takvim okolnostima nije bilo pretjerano, zbog čega nije došlo do povrede ugleda apelanta kao javne ličnosti iz člana 8. Evropske konvencije, te da sljedstveno tome apelant nema pravo na satisfakciju.

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 934/13 od 12. maja 2016. godine)

KAŽNJAVANJE SAMO NA OSNOVU ZAKONA

Ne postoji kršenje garancija ustanovljenih članom 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kada su osuda i kazna zasnovane na krivičnom zakonu koji je stupio na snagu nakon izvršenja krivičnog djela, ali je krivično djelo kao takvo bilo propisano međunarodnim pravom koje je bilo na snazi u vrijeme kada je počinjeno krivično djelo iako kao takvo u to vrijeme nije bilo prepoznato važećim domaćim zakonom.

Iz obrazloženja:

U pogledu apelacionih navoda kojima je ukazano na pogrešnu retroaktivnu primjenu KZBiH (Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine - "Službeni glasnik BiH" br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10) u pogledu krivičnog djela zločini protiv čovječnosti, Ustavni sud podsjeća na to da je slično činjenično i pravno pitanje sa aspekta primjene materijalnog prava razmatrao u predmetu broj AP 2789/08 (vidi, Ustavni sud, Odluka broj AP 2789/08 od 28. marta 2014. godine, dostupna na www.ustavnisud.ba) u kojem Ustavni sud nije našao proizvoljnost Suda BiH u primjeni KZBiH u odnosu na krivično djelo zločini protiv čovječnosti ni sa aspekta garancija člana 6. stav 1. Evropske konvencije, niti sa aspekta člana 7. Evropske konvencije. Naime, Ustavni sud je u citiranoj odluci prilikom odlučivanja imao u vidu praksu Evropskog suda iz predmeta *Maktouf i Damjanović protiv Bosne i Hercegovine*, apelacije br. 2312/08 i 34179/08, od 18. jula 2013. godine, kao i *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine* (dec.), broj 51552/10, od 10. aprila 2012. godine (koju je Sud BiH u konkretnom slučaju, takođe, imao u vidu prilikom odlučivanja). U citiranoj odluci je, između ostalog, naglašeno da je Evropski sud u odluci *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine* smatrao irelevantnom činjenicu da zločini protiv čovječnosti nisu predstavljali krivično djelo prema domaćem zakonu tokom rata od 1992. do 1995. godine s obzirom na to da su ta djela u vrijeme njihovog počinjenja predstavljala krivično djelo prema međunarodnom pravu.

Dovodeći navedene principe u vezu s konkretnim slučajem, Ustavni sud zapaža da je apelant za radnje opisane u izreci osporene presude, na osnovu detaljne analize sprovedenih dokaza, proglašen krivim da je u relevantnom periodu počinio krivično djelo zločini protiv čovječnosti iz člana 172. stav 1. tačka h) KZBiH. Naime, Sud BiH je zaključio da krivično djelo ratni zločin protiv čovječnosti predstavlja krivično djelo prema međunarodnom običajnom pravu i da potpada pod opšte principe međunarodnog prava koje ima u vidu odredba člana 4a. KZBiH, pri čemu je Sud BiH imao u vidu praksu Evropskog suda iz predmeta *Šimšić protiv BiH* u kojem je Evropski sud raspravljao o sličnom činje-

ničnom i pravnom pitanju. Sud BiH je na osnovu svega iznesenog zaključio da je krivično djelo zločini protiv čovječnosti 1992. godine predstavljalo dio međunarodnog običajnog prava, te da njegova zakonska formalizacija u okviru domaćeg zakonodavstva kroz KZBiH i primjena navedenog zakona u okolnostima konkretnog slučaja - ne predstavlja kršenje prava zagarantovanih Evropskom konvencijom.

Dakle, iz obrazloženja osporenih presuda proizilazi da krivično djelo ratni zločin protiv čovječnosti predstavlja inkriminaciju koja uključuje kršenje pravila međunarodnog prava za šta su data detaljna i jasna obrazloženja, koja u konačnici u cijelosti korespondiraju s praksom Evropskog suda i Ustavnog suda iz predmeta koji su pokretali identično pravno pitanje. Stoga, Ustavni sud u okolnostima konkretnog slučaja ne vidi razlog da u predmetnom slučaju izrazi drugačiji stav, pa, shodno navedenom, Ustavni sud smatra da je primjena materijalnog prava, konkretno KZBiH, u odnosu na krivično djelo zločini protiv čovječnosti, bila u skladu s garancijama koje pruža član 6. stav 1 Evropske konvencije.

U prilog navedenom Ustavni sud ukazuje da je i Evropski sud 18. jula 2013. godine donio presudu u predmetu *Maktouf i Damjanović* u kojoj je, između ostalog, konstatovao (tačka 55): „Neki zločini, konkretno zločini protiv čovječnosti, u domaći zakon uvedeni (su) tek 2003. godine. Sud BiH i entitetski sudovi stoga nemaju nikakve druge mogućnosti nego da primjenjuju [KZBiH] iz 2003. godine u takvim predmetima.“

(Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, broj AP 3302/13 od 10. oktobra 2016. godine)

UREĐIVAČKA POLITIKA / EDITORIAL POLICIES

Fokus i područje djelovanja / Focus and Scope

Cilj izdavanja časopisa je razmjena naučnih saznanja i promocija pravne prakse i nauke u zemlji i regionu. Časopis će se baviti temama iz svih oblasti pravne nauke i prakse. Autentičnost radova Uredništvo provjerava Ephorus mrežnom uslugom - programom za otkrivanje plagiranja.

The aim of journal publishing is the exchange of scientific discoveries and promotion of legal practice and law in the country and region. Journal will address topics from all areas of legal practice and law. Authenticity of the papers is verified by the Ephorus online service - a plagiarism detection software.

Recenzijski postupak / Peer Review Process

Svi radovi koji prođu prvu uredničku kontrolu podliježu tzv. dvostrukoj slijepoj recenziji (eng. double-blind review) kojom se ne otkriva identitet ni autora ni recenzenta. Ako odluke dvaju recenzenata nisu iste (prihvaćen/odbijen) tada je rad odbijen. Uredništvo pridržava pravo prilagođavanja rada uredničkim propozicijama. Tokom godina smo nastojali privući što veći broj autora, a u isto vrijeme i najbolje recenzente za pojedina područja.

All the papers that pass the first editorial control are subject to the so-called double-blind review process which does not reveal the identity of the authors or reviewers. If the decisions of the two reviewers are not the same (accept/reject), the paper is rejected. The Editors reserve the right to make necessary adjustments to the text according to the propositions. During the years we have endeavoured to attract as many authors as possible, and at the same time to find the best reviewers for given areas.

Učestalost izdavanja / Publication Frequency

Časopis će izlaziti jedanput godišnje (jul) na jezicima naroda BiH, a apstrakti na engleskom jeziku.

Journal is published once a year (July) in languages of Bosnia and Herzegovina and abstracts in English.

Otvoreni pristup / Open Access Policy

Ovaj časopis Godišnjak Fakulteta pravnih nauka pruža otvoren pristup svojem cjelokupnom sadržaju, u skladu s uvjerenjem kako javna dostupnost istraživačkih spoznaja podstiče veću razmjenu znanja i ideja, povezan je s povećanom čitanošću i većom citiranošću rada autora koji objavljuju u časopisima ovoga tipa. Otvoreni pristup putem DOISrpska.

This journal Godišnjak Fakulteta pravnih nauka provides open access to all of its content on the principle that making research freely available to the public supports a greater global exchange of knowledge, associated with the increased readership and increased citation of an author's work.
Open Access: DOISRPSKA

Indeksiranje i referisanje / Indexing and Abstracting

EBSCO, Indeks Copernicus, ROAD - Directory of Open Access scholarly Resources (Direktorij naučnih serijskih publikacija otvorenog pristupa), CITEFACTOR; Google Scholar, Cross Ref.

ZA AUTORE / FOR AUTHORS

Poziv autorima / Call for Authors

Časopis Godišnjak Fakulteta pravnih nauka objavljuje originalne naučne radove, pregledne i stručne radove, naučne polemike, kritike i osvrtne. Cilj izdavanja časopisa jeste razmjena naučnih saznanja i promocija nauke i pravne prakse u zemlji i regionu. Časopis se bavi temama iz svih oblasti pravne nauke i prakse. Časopis izlazi jednom godišnje. Radovi se dostavljaju na jezicima naroda BiH, na latinici, ili na engleskom jeziku, isključivo elektronski, na mail redakcije, i to: gfpn@apeiron-edu.eu do kraja maja za časopis koji izlazi te godine.

Zajedno sa radom treba dostaviti adresu za slanje autorskog primjerka časopisa nakon objavljivanja. Autor, po potrebi, može zahtijevati izdavanje potvrde u vidu dokaza da će rad biti objavljen nakon recenzije. Uslov za prijavu rada jeste da isti nije ranije objavljan, niti da će da bude objavljen u nekom drugom časopisu. Redakcija rad dostavlja recenzentima kompetentnim za odgovarajuću oblast. Recenzentima se ne otkriva identitet autora, i obrnuto. Tokom cijele godine časopis je otvoren za saradnju sa svim zainteresovanim domaćim i inostranim autorima. Svi radovi se anonimno recenziraju od strane dva anonimna recenzenta. Na osnovu recenzija redakcija donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora. Ako odluke dvaju recenzentata nisu iste: prihvaćen/odbijen, tada je rad odbijen. Na osnovu recenzija, uredništvo donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora u roku od tri mjeseca od prijema rada. Radovi treba da budu pripremljeni u skladu sa Uputstvima za autore.

Journal Godišnjak Fakulteta pravnih nauka publishes original scientific papers, descriptive and professional papers, scientific discussions, critics and reviews. The aim of the publishing is the exchange of scientific knowledge and the promotion of science and legal practice in the country and the region. The Journal covers topics from all areas of legal science and practice. Journal will be published once a year (July). Papers should be submitted in the languages of B&H, Latin or English, exclusively electronically, to the redaction mail address: gfpn@apeiron-edu.eu by the end of May. The address for sending the author copy of the journal after it is published should be sent together with the paper. Author, if necessary, may require issuance of a certificate as a proof that the paper will be published after it has been reviewed. Editorial board will submit manuscript to editors competent for a respective area. Author's identity will not be revealed to the editors, and vice versa. Throughout the whole year, the journal is open for communication with all interested inland and foreign authors. All the papers that pass the first editorial control are subject to the so-called double-blind review process which does not reveal the identity of the authors or reviewers. If the decisions of the two reviewers are not the same (accept/reject), the paper is rejected. Based on the reviews, editorial board decides on paper publishing and informs the author within 3 months from paper receipt. Papers should be prepared in accordance with the Instructions for Authors.

UPUTSTVA ZA AUTORE / INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

Dostavljanje rukopisa / Manuscript Submission:

Ukoliko rad ne bude ispunjavao preporuke date u ovom Uputstvu, neće biti predat na recenziju i neće se objaviti.

Rad mora biti sačinjen u *Microsoft Word-u*, fontom Times New Roman (11), razmak Single

(1) Format stranice: veličina A4. Margine: vrh 2,5 cm, donja 2,5 cm, lijevo 2,5 cm, desno 2,5 cm.

Rad treba da ima dužinu do 30.000 znakova (16 strana). Rad mora biti redigovan.

(2) Naslov rada - VELIKIM SLOVIMA, centrirano, (Times New Roman, 16, **bold**). Ispod naslova treba da stoji prezime, titula i ime autora (Times New Roman, 14). Primjer: Prezime dr (mr) ime ili prezime ime, dipl pravnik. U fusnoti na prvoj stranici se navodi naučno zvanje autora, naziv i adresa ustanove u kojoj je autor zaposlen i e-mail adresa autora, (Times New Roman, 10).

(3) Rezime/Apstrakt u dužini do 100-250 riječi, treba da se nalazi na početku rada, tj. ispod naslova, dva proreda niže (TNR, 10, italic)

(4) Ključne riječi (do pet ključnih riječi) (TNR, 10, italic).

(5) Rad Times New Roman 11, Justified, Razmak (Single), Before 6 pt, Rad čini: uvodni dio, cilj i metode istraživanja razrada teme i zaključak.

(6) Bibliografija. Koristiti **APA 5** pravila za bibliografiju, koja je pomenuta u tekstu. Treba koristiti puna imena autora ili urednika, koristeći inicijale samo ako ih tako upotrebljava određeni autor/urednik.

(7) Fusnote i skraćenice. Navođenja u fusnotama treba koristiti na isti način kao u tekstu. Skraćenice treba izbjegavati, osim izrazito uobičajenih. Skraćenice navedene u tabelama i slikama treba objasniti.

(8) Recenzije i objavljivanje. Svi radovi se anonimno recenziraju od strane dva anonimna recenzenta. Na osnovu recenzija redakcija donosi odluku o objavljivanju rada i o tome obavještava autora.

Submissions that do not meet the recommendations in the Instructions will not be submitted for review and will not be published. A paper must be written in text processor Microsoft Word, using font Times New Roman size 11, in Latin alphabet, spacing Single.

(1) Format page: Size A4. Margine: Top 2,5 cm, Bottom 2,5 cm, left 2,5 cm, right 2,5 cm.

Paper needs to have the length of up to 30,000 characters (16 pages). A paper needs to be proof read.

(2) Paper title. CAPITAL LETTERS, centered, (Times New Roman, 16, **bold**). Ispod naslova treba da stoji prezime, titula i ime autora (Times New Roman, 14). Author's last name, title and first name should be written below the title (Times 172 New Roman, 14). Example: Last name Dr., (Mr.) name or last name. In the footnote on the first page, author's scientific occupation, name, author's address, author's e-mail address, and the name of the institution at which the author works is given, (Times New Roman, 11).

(3) Rezime/Apstrakt with the length of 100-250 words, should be at the beginning of the paper, under the title, two spaces below (TNR, 11, italic).

(4) Keywords (up to five) (TNR, 10, italic).

(5) Papers Times New Roman 11, Justified, spacing (Single), Before 6 pt, Papers makes: Introduction, goal and research method, development topics and Conclusion.

(6) References. Use APA 5 rules for references, which are mentioned within the text. Use full names of authors or editors using initials only if that is the usage of the particular author/editor.

(7) Footnotes and abbreviations. . If necessary, references in the footnotes should be used in the same way as in the text. Abbreviations should be avoided, except from exceptionally usual ones. The abbreviations stated in tables and pictures should be explained.

(8) Reviews and publishing. All papers are anonymously reviewed by two anonymous reviewers. On the basis of reviews, editorial staff makes decision on paper publishing and informs the author about it.

PRIMJERI NAVODENJA BIBLIOGRAFIJE/CITIRANJA PREMA APA PUBLIKACIJI / EXAMPLE OF REFERENCE BIBLIOGRAPHIES / APA CITATION BY PUBLICATION

Primjer / Examples

Kuzmanović, R. (2008). *Ustavno pravo*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Kuzmanović, R., & Jakupović, E. (2014). *Metodologija naučno istraživačkog rada*. Banja Luka: Panevropski univerzitet Apeiron.

Za časopise

Mitrović, Lj. (2014, Jul 1). Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima djeteta i njen značaj u pravu Republike Srpske a posebno u maloljetničkom pravu Republike Srpske. (Lj. Mitrović, Ed.) *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, 4(4), pp. 5-16.

Za elektronske časopise

Medić, D. (2014, Jul 1). Zaštita prava svojine u pravu Republike Srpske. (M. Ljubinko, Ed.) doi:10.7251/GFP1404017M, <http://www.gfpn-au.com/broj-4>

SVAKI AUTOR POTPISUJE IZJAVU O ORIGINALNOSTI RADA, KAO I IZJAVU O SUKOBU INTERESA, KOJE DOBIJAJU OD UREDNIŠTVA ČASOPISA.

EACH AUTHOR SIGNS THE COPYRIGHT TRANSFER AGREEMENT AND THE DECLARATION ON CONFLICT OF INTEREST, WHICH WILL GET FROM THE EDITORIAL BOARD.

ISSN 2232-9668



9 772232 966003