

UDC 34



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

GODIŠNJAK

FAKULTETA PRAVNIH NAUKA

GODINA 3 BROJ 3 Banja Luka, jul, 2013



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;



ebscohost.com



scholar.google.com



doisrpska.nub.rs



crossref.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

Panevropski univerzitet "Apeiron" Banja Luka
/Pan-European University "Apeiron" Banja Luka
Pere Krece 13, 78000 Banja Luka, Bosna i Hercegovina
www.apeiron-uni.eu

Odgovorno lice izdavača
Urednik izdavača

Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Dr Aleksandra Vidović, Bosna i Hercegovina

Glavni i odgovorni urednik
Urednik

Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina

Izdavački savjet

Akademik prof dr Rajko Kuzmanović, Bosna i Hercegovina
Mr Siniša Aleksić, Bosna i Hercegovina
Darko Uremović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Risto Kozomara, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Duško Medić, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ljubinko Mitrović, Bosna i Hercegovina
Prof. dr Ilija Babić, Srbija
Prof. dr Danče Manoleva-Mitrovska, Makedonija
Prof. dr Drago Radulović, Crna Gora

Uređivački odbor

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 Tatjana Zoroska-Kamilovska, Makedonija
Prof. dr Mladen Vukčević, Crna Gora
Prof. dr Vesna Rijavec, Slovenija
Prof. dr Dragan Jovašević, Srbija

Lektor Prof. Tanja Ančić
Dizajn Sretko Bojić
Web dizajn Miloš Pašić
Štampa Art print, Banja Luka
Tiraž 300

Sadržaj

Originalni naučni rad

Pravo građenja u pravu Republike Srpske	5
<i>Duško Medić</i>	
Vaspitne preporuke i njihova primjena u uporednom pravu	19
<i>Ljubinko Mitrović</i>	
Уговарање одговорности за штету - проширење, ограничење и искључење ...	35
<i>Илија Бабић</i>	
Прекршајна одговорност у праву Републике Србије	47
<i>Драган Јовашевић</i>	
Дејство одлука уставних судова	64
<i>Владимир Ђурић</i>	
Prilog raspravi o opasnim stvarima i opasnim djelatnostima	82
<i>Slobodan Stanišić</i>	

Pregledni naučni rad

Osnovne karakteristike i pravna priroda pre pack reorganizacije (unapred pripremljenog plana reorganizacije) u zakonodavstvu Srbije	101
<i>Vladimir Čolović</i>	
Austrijski građanski zakonik kao izvorник srpskog građanskog zakonika	118
<i>Emilija Stanković</i>	
Pravne teškoće u dokazivanju krivičnih djela korupcije	126
<i>Milan Blagojević</i>	
Организација државне управе у Босни и Херцеговини	138
<i>Невенко Врањеш</i>	
Model oporezivanja malih preduzeća u sistemu PDV-a na bazi koncepta gotovinskog računovodstva	153
<i>Dinka Antić</i>	
Агесија у међународном кривичном праву	172
<i>Marina N. Simović, Vladimir M. Simović</i>	
Elektronski nadzor	184
<i>Metić Hidajet</i>	
Prava i obaveze iz ugovora o zakupu poslovne prostorije	203
<i>Jovana Pušac</i>	
Корупција и приватизација	221
<i>Горан Маричић</i>	

Стручни рад

Нека савремена питања заштите мањинских права у ЈИЕ кроз примену мониторинг механизма Савета европе	232
<i>Брано Миљуш</i>	
Prava i obaveze oštećenog tokom krivičnog postupka u pravu Bosne i Hercegovine	255
<i>Svetlana Ivanović</i>	
Доказивање тероризма	263
<i>Миломир Чодо</i>	

Prikaz

Проф. др Душко Медић, „Право обезбјеђења потраживања“	279
<i>Нина Планојевић</i>	

Sudska praksa

Sudska praksa	281
<i>Slobodan Stanišić</i>	

DOI: 10.7251/GFP1303005M

UDC: 347.256(497.6RS)

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
10. maj 2013.

Datum prihvatanja rada:
26. jun 2013.

Prof. dr

Duško Medić

redovni profesor, dekan
Fakulteta pravnih nauka
Panevropskog univerziteta
"Apeiron", Banja Luka

Pravo građenja u pravu Republike Srpske

Apstrakt: Autor u radu analizira pravo građenja kao novi institut stvarnog prava u Republici Srpskoj. Smatra da je postojanje tog prava u interesu i vlasnika zemljišta i nosioca prava građenja, a isto tako i u društvenom interesu. Zbog toga od prava građenja očekuje višestruke koristi i nada se njegovoj širokoj primjeni u praksi.

Ključne riječi: pravo građenja, vlasnik zemljišta, nosilac prava građenja, zemljište, zgrada

UVOD

Pravo građenja je novi institut stvarnog prava u Republici Srpskoj.¹ Uveden je u naš pravni sistem Zakonom o stvarnim pravima (ZSP) kojim je na ovim prostorima konačno izvršena kodifikacija stvarnog prava.² To pravo postoji i ima tradiciju u mnogim zemljama,³ dok u nekim postoji superficijarno pravo

¹ Vidi: M. Vuković, *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb, 1950, str. 205–209; P. Simonetti, *Pravo građenja*, Sarajevo–Beograd, 1986; P. Simonetti, „Pravo građenja i držanje vlastite zgrade na tuđem zemljištu“, *Pravo u gospodarstvu*, br. 5–6/84, str. 354–370; P. Simonetti, „Pravo građenja“, *Pravni život*, br. 11–12/91, str. 1293–1306; R. Jotanović, *Pravo građenja*, magistarska teza, Beograd, 2006.

² U našem pravnom sistemu važi načelo zatvorenog broja stvarnih prava (numerus clausus). To je princip koji uglavnom važi u kontinentalnim pravima. Prema ZSP-u, stvarna prava su: pravo svojine, pravo građenja, založno pravo, pravo stvarne i lične službenosti i pravo realnog tereta (član 1 st. 2). Pravo građenja kod nas do sada nije bilo zakonski regulisano, niti je bila predviđena mogućnost njegovog postojanja.

³ Npr. u Austriji je pravo građenja uvedeno Zakonom o pravu građenja od 26.4.1912. godine, u Njemačkoj Uredbom o nasljednom pravu građenja sa zakonskom snagom od 15. januara 1919. godine, Republika Hrvatska je uvela ovaj institut Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima iz 1996. godine itd. O pravu građenja u uporednom pravu opširno: P. Simonetti, „Funkcije, sadržaj i priroda prava građenja u usporednom pravu“, u *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, Tematski zbornik radova, sveska II, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010, str. 171–205.

koje mu je prilično srodno.⁴ Pravo građenja u današnjem obliku se uvodi početkom XX vijeka pod uticajem jakog privrednog i ekonomskog razvoja.⁵ Ovo pravo ima dosta sličnosti sa službenostima i sa zakupom, mada u pogledu njih ima i bitnih razlika.⁶ Postoji više razloga za uvođenje prava građenja u naše stvarno pravo. Ipak, jedan od najvažnijih, svakako je mogućnost rješavanja stambenih potreba socijalno ugroženih slojeva stanovništva, jer se na ovaj način značajno snižavaju troškovi te izgradnje. Nosiocu prava građenja omogućava se sticanje prava svojine na zgradi, a da ne mora prethodno kupiti zemljište na kome se ta zgrada nalazi. S druge strane, pravo građenja je lukrativan posao za samog vlasnika zemljišta⁷ jer mu omogućava da dugoročno stiče koristi od svog zemljišta, a da na njemu ne gubi pravo svojine. Nadamo se da će ovaj institut u praksi imati široku primjenu.

POJAM PRAVA GRAĐENJA

Pravo građenja je ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu⁸ koje daje ovlašćenje svom nosiocu da na površini toga zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu,⁹ a vlasnik tog zemljišta dužan je da to trpi. Ovo pravo je u pravnom pogledu izjednačeno s nepokretnošću. Zgrada koja je izgrađena ili koja bude izgrađena na zemljištu koje je opterećeno pravom građenja pripadnost je tog prava, kao da je ono zemljište.¹⁰

Dakle, pravo građenja ima vrlo kompleksnu strukturu i specifičnu pravnu prirodu,¹¹ na neki način svoj dvostruki pravni život. S jedne strane radi se o ograničenom stvarnom pravu na nečijem zemljištu (teret zemljišta),¹² a s druge strane je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom, što znači da se fingira da se radi o zemljištu i smatra se posebnim knjižnim tijelom. Pravo građenja je po svojoj pravnoj prirodi ograničeno stvarno pravo koje se po sadržaju razlikuje od ostalih stvarnih prava.¹³ Ono ima sva značajna obilježja stvarnog prava, jer postoji privatna vlast na stvari, neposrednost, apsolutnost i

⁴ I pravo građenja i superficijarno pravo razdvajaju zgradu od zemljišta. Međutim, superficijarno pravo samo neutralizuje snagu zemljišta i drži zgradu pravno odvojenu od zemljišta. S druge strane, pravo građenja preuzima funkciju zemljišta. Vidi: A. Romac, *Rimsko pravo*, peto izdanje, Zagreb, 1994, str. 195; P. Simonetti, „Rimski superficies i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja“, u *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka, 2001, str. 203–258; P. Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, Rijeka, 2008, str. 16–24.

⁵ O tome: L. Tajić, „Pravo građenja“, *Pravni savjetnik*, br. 7–8/05, str. 47.

⁶ Npr. razlika između prava građenja i prava službenosti je u tome što pravo građenja, osim korišćenja tuđe stvari, sadrži i pravo svojine na izgrađenoj zgradi.

⁷ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Kragujevac, 1998, str. 285.

⁸ Pošto se pravo građenja može osnovati i na vlastitom zemljištu, ne bi bila adekvatna formulacija na „tuđem“ zemljištu. Dakle, pravo građenja i pravo svojine na nekom zemljištu se ne isključuju. Pravo građenja se ne može osnovati na zemljištu na kome niko ne može imati pravo svojine.

⁹ Zgrade treba da budu trajne, jer je trajnost konstitutivni element pravnog jedinstva zemljišta i zgrade. Privremene zgrade nisu sastavni dio zemljišta, one su se samo radi neke prolazne namjene spojile sa zemljištem i smatraju se pokretnim stvarima. Na njih se pravo građenja ne odnosi. Trajnost ili privremenost zavisi od namjene zgrade.

¹⁰ Član 286 ZSP-a.

¹¹ O pravnoj prirodi prava građenja v. L. Velić, „Pravo građenja u SR Njemačkoj i njegovo uvođenje u pravni sistem Bosne i Hercegovine“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2006, str. 463–464.

¹² Vlasnik zemljišta je ograničen postojanjem prava građenja, ne smije raditi sa zemljištem ono što bi imao pravo kada prava građenja ne bi bilo i primoran je trpjeti radnje nosioca ovog prava na svom zemljištu.

¹³ Ovako je i po austrijskom i njemačkom pravu, dok švajcarsko pravo pravo građenja smatra kao podvrstu službenosti.

sljedovanje, njegov objekt je određena nekretnina,¹⁴ a ne činidba dužnika, stiće se i gubi na isti način kao i ostala stvarna prava na nekretninama, ali postoje i specifični razlozi njegovog prestanka.¹⁵ Pošto je u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom („otjelovljeno” samostalno pravo¹⁶), pa je zgrada njegova neraskidiva pripadnost, pravo građenja sa zgradom čini pravno jedinstvo, bez obzira na to da li je zgrada koja je njegov sastavni dio izgrađena prije ili nakon osnivanja prava građenja. Činjenica da je na zemljištu već podignuta zgrada ne sprečava njegovo opterećenje pravom građenja. Ako do toga dođe, zgrada se odvaja od zemljišta, prirasta pravu građenja i biće u svojini nosioca ovog prava dok to pravo traje. Zgrada je priraštaj prava građenja, njegov bitni sastavni dio.¹⁷ Prema ovoj konstrukciji zgrada je izgrađena na pravu građenja koje je fiktivno zemljište. Zbog postojanja prava građenja omogućeno je razdvajanje između prava svojine na zemljištu i prava svojine na objektu i građevina ne postaje sastavni dio zemljišta i svojina vlasnika zemljišta. Na ovaj način na prvi pogled narušava se načelo pravnog jedinstva nekretnine, jer su, u pravilu, različita lica vlasnici zemljišta i građevine izgrađene u režimu prava građenja. Međutim, na osnovu fikcije da je pravo građenja nekretnina, održava se načelo jedinstvenosti nekretnine kao suštinsko načelo novog stvarnopravnog uređenja.¹⁸ Pravna veza između prava građenja i zgrade koja je njegova pripadnost čvršća je nego prirodna veza između zemljišta i zgrade, jer se zgrada može pravom građenja odvojiti od zemljišta, a pravo građenja i zgradu je nemoguće odvojiti.¹⁹ Pravo građenja može postojati iznad ili ispod površine zemljišta. To znači da bi, teoretski, na jednom zemljištu mogla postojati dva prava građenja različitih lica, jedno na površini, a drugo ispod površine zemljišta. Značajno je da se time otvara mogućnost ekonomskog korišćenja i tzv. podzemlja za izgradnju npr. podzemnih garaža, skloništa, proizvodnih pogona i tome slično. Volumen objekta prava građenja po pravilu je manji od volumena objekta prava svojine, jer se proteže samo do one dubine koja je nužna za stabilnost zgrade koju pravo građenja odvaja od zemljišta na njegovoj površini ili ispod nje odnosno do one visine dokle dopire opravdani interes nosioca prava građenja.²⁰ Najveći volumen prava građenja je na onoj površini zemljišta koju pokriva zgrada odvojena od zemljišta pravom građenja ili zgrada koja se na njemu može izgraditi. Manji volumen je tamo gdje su izgrađeni ili se mogu izgraditi sporedni građevinski objekti, koji su pripaci zgrade odvojeni od zemljišta pravom građenja. Najmanji volumen objekta prava građenja je na onom dijelu zemljišta opterećenim pravom građenja na kome njegov nosilac ima prava i obaveze plodouživaoca.²¹

¹⁴ Predmet prava građenja je zemljište i to uvijek cijelo zemljišnoknjižno tijelo.

¹⁵ P. Simonetti, „Ustanova prava građenja prema radnom nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske”, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse”, Mostar, 2008, str. 28.

¹⁶ P. Simonetti, „Pravo građenja de lege ferenda”, *Zakonitost*, br. 2–3/93, str. 183.

¹⁷ Dakle, zgrada kao tjelesna stvar je priraštaj prava građenja, bestjelesne stvari, koje je izjednačeno s nekretninom.

¹⁸ O tome: V. Belaj, „Pravo građenja”, u *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928–200.)*, Zagreb, 2009, str. 389.

¹⁹ R. Jotanović, „Pravo građenja prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske”, u *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2009, str. 86.

²⁰ P. Simonetti, „Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja”, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98, str. 424.

²¹ P. Simonetti, „Nekretnine kao objekti prava vlasništva i prava građenja”, *Pravni život*, br. 11/09, str. 530.

SADRŽAJ PRAVA GRAĐENJA, NEODVOJIVOST, NOSIOCI, PROMETNOST I OGRANIČENJA

Sadržaj prava građenja nije čvrsto određen. Samo bitni dio sadržaja ovog prava se određuje zakonom, jer je to u skladu sa njegovom društvenom svrhom i stranke ga moraju poštovati. Ovlašćenja nosioca prava građenja ne smiju biti veća od ovlasti koja bi imao vlasnik zemljišta da na svom zemljištu izgradi zgradu. Lice koje je nosilac prava građenja je i vlasnik zgrade koja je pripadnost tog prava,²² a u pogledu zemljišta koje je opterećeno pravom građenja ima ovlašćenja i dužnosti plodouživaoca.²³ Svaka odredba ugovora i drugog akta koja je sa tim u suprotnosti je ništavna.²⁴ Nosilac prava građenja dužan je vlasniku zemljišta plaćati mjesečnu naknadu za zemljište u visini prosječne zakupnine za takvo zemljište, ako zakon ne određuje drukčije.²⁵ Ovo je lična obaveza nosioca prava građenja, a nije stvarni teret nekretnine.²⁶ Prema tome, to je striktni zakonski okvir u okviru kojeg se stranke prilikom osnivanja prava građenja moraju kretati i on se ne može mijenjati njihovom voljom, a njime se konkretizuje svrha ovog prava. Na taj način štiti se ekonomski slabija strana (nosilac prava građenja). Veći dio sadržaja prava građenja prepušta se strankama koje ga osnivaju, ako je pravni posao osnov sticanja. One u granicama autonomije volje ugovorom uređuju svoja prava i obaveze prema vlastitim interesima. Stranke se, primjera radi, mogu dogovoriti o vrsti i veličini zgrade, roku izgradnje, obavezni snošenja različitih tereta, trajanju prava građenja itd. I sud koji određuje osnivanje prava građenja može u okviru obaveznog zakonskog okvira odrediti sadržaj tog prava. Nosilac prava građenja ne smije izgraditi zgradu suprotno zakonskim ograničenjima, a pogotovo javnopravnim pravilima o građenju. Ako bi zgradu izgradilo treće lice ili vlasnik zemljišta, radilo bi se o građenju na tuđem zemljištu i primijenila bi se pravila u pogledu toga, s tim što bi pravo građenja igralo ulogu zemljišta.²⁷ Pravno jedinstvo prava građenja i zgrade je neraskidivo, ne postoji pravo koje može odvojiti zgradu od prava građenja. Zbog toga se zajedno i prenose, nasljeđuju i opterećuju.²⁸ Promjena sadržaja prava građenja dopuštena je samo u sporazumu s vlasnikom opterećene nepokretnosti. Ako bi se time ometao dotadašnji način izvršavanja ostalih stvarnih prava na opterećenoj nepokretnosti, onda razumljivo treba postići sporazum o tome i sa titularima tih prava. Na preinačenje sadržaja primjenjuju se odredbe ZSP-a koje se odnose na osnivanje prava građenja na osnovu pravnog posla.²⁹

Pravo građenja ne može se odvojiti od zemljišta koje opterećuje (neodvojivost), pa ako neko po bilo kojem pravnom osnovu stekne svojину opterećenog zemljišta, stekao je zemljište opterećeno pravom građenja, osim ako zakonom nije drugačije određeno.³⁰

²² Sa pravom građenja koje postoji na zemljištu neodvojivo je povezano pravo svojine na izgrađenoj zgradi i jedno lice ne može biti nosilac prava građenja, a drugo vlasnik izgrađene zgrade.

²³ Titular prava građenja ima samo prava i dužnosti plodouživaoca. Međutim, on svojim pravom može raspolažati. Pravo građenja se, inače, bitno razlikuje od prava plodouživanja, posebno u pogledu prometnosti. Vidi: V. Spaić, *Građansko pravo, Opšti dio i Stvarno pravo*, Sarajevo, 1971, str. 672.

²⁴ Član 287 st. 1 ZSP-a.

²⁵ Član 287 st. 2 ZSP-a. Dakle, što se tiče naknade, radi se o dispozitivnoj odredbi koja vrijedi u slučaju "ako zakon ne određuje drukčije".

²⁶ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb, 2007, str. 87.

²⁷ M. Vedriš i P. Klarić, *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, osmo izmijenjeno izdanje*, Zagreb, 2004, str. 358–359.

²⁸ Član 291 st. 3. ZSP-a.

²⁹ Član 288 ZSP-a.

³⁰ Član 289 ZSP-a.

Odstupanje bi se npr. eventualno moglo propisati Zakonom o eksproprijaciji kada to traži svrha eksproprijacije zemljišta koje je opterećeno pravom građenja i u drugim sličnim slučajevima. Ovo pruža pravnu sigurnost i nosiocu prava građenja i titularima prava koja ga opterećuju, a to je ključno u pravnom prometu. Pravo građenja može se ograničiti pravnim poslom na svaki način koji nije suprotan zakonu ili njegovoj prirodi odnosno pravima trećih lica.³¹ Nosilac prava građenja je lice (fizičko ili pravno) u čiju korist je to pravo osnovano ili je na njega preneseno.³² Nema posebnih ograničenja u pogledu toga ko sve može biti nosilac tog prava. Za to se ne traži poslovna sposobnost, pa pravo građenja može biti osnovano u korist bilo kog lica koje je za to pravo zainteresovano.³³ Pravo građenja može se osnovati samo na zemljištu na kome neko lice ima pravo svojine.³⁴ Nije moguće osnovati pravo građenja na pravu građenja. Vlasnik zemljišta može biti nosilac prava građenja na svome zemljištu.³⁵ Posljedica toga je da ovo pravo ne prestaje sjedinjenjem. Dakle, u tom slučaju vlasnik ima dvije nekretnine i to prirodnu (zemljište) i pravnu (pravo građenja) i time se povećava vrijednost njegovog zemljišta. Pravo građenja je u prometu, ono je otudivo³⁶ i nasljedivo kao i druge nepokretnosti, ako zakonom nije drugačije određeno. Ako bi se pravu građenja oduzela ta bitna svojstva, ono bi izgubilo svoj pravni identitet. Po tome se ovo pravo razlikuje od ličnih službenosti. Prometnost i nasljedivost mogu biti ugovorno ograničene, ali na način koji nije u suprotnosti sa prirodom tog prava. Pravo građenja može se opteretiti službenostima, realnim teretima i založnim pravom, kao i na svaki drugi način koji je u skladu sa zakonom, a nije suprotan pravnoj prirodi tog prava.³⁷ Mogućnost opterećenja prava građenja nalazi se u opterećenju prava svojine koje postoji na zgradi, a to se čini posredno, preko prava građenja. Ta prava se upisuju u teretovnicu (odjeljak C) posebnog knjižnog uložka. Ako se osnuje neko stvarno pravo kao teret prava građenja, to pravo tereti samo pravo građenja, a ne i zemljište koje je tim pravom opterećeno. Imajući u vidu da ne postoje posebna ograničenja, proizlazi da se pravo građenja može opteretiti i stvarnim i ličnim službenostima, kao i stvarnim i ličnim teretima. Opterećenje prava građenja u skladu je sa njegovom funkcijom. Posebno je značajna mogućnost zalaganja ovog prava, radi dobijanja hipotekarnog kredita u svrhu izgradnje objekta.³⁸

FUNKCIJE PRAVA GRAĐENJA

Iz svega izloženog, može se izvući zaključak da pravo građenja treba da zadovolji tri bitne funkcije: socijalnu, privrednu i pravnu, pa se po tome ono razlikuje od ostalih ograničenih stvarnih prava.³⁹

³¹ Član 292 ZSP-a.

³² Član 290 st. 1 ZSP-a.

³³ No, primjera radi, ono ne može biti osnovano u korist svakidašnjeg vlasnika neke nekretnine.

³⁴ Dakle, pravo građenja se ne može osnovati na opštim i javnim dobrima.

³⁵ Član 290 st. 2 ZSP-a. Smisao postojanja prava građenja na vlastitom zemljištu mogao bi biti jedino u njegovom prenošenju na drugoga i to bi zato trebalo biti privremeno stanje dok do tog prenosa ne dođe.

³⁶ Za to se ne traži saglasnost vlasnika zemljišta. U Njemačkoj se npr. za otuđenje prava građenja zahtijeva saglasnost vlasnika opterećenog zemljišta (paragraf 26 Uredbe o nasljednom pravu građenja).

³⁷ Član 291 st. 1 i 2 ZSP-a.

³⁸ To je velika prednost u odnosu na prava korišćenja koja su prethodila pravu građenja i koja su imala istu funkciju, ali se nisu mogla hipotekarno založiti, niti biti predmet izvršenja – o tome v. P. Simonetti, *Pravo građenja*, doktorska disertacija, Zagreb, 1983, str. 249–251.

³⁹ O tome opširno: P. Simonetti, *Ustanova prava građenja prema radnom nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske...*, str. 25–28.

Socijalna funkcija prava građenja

Poznato je da su danas troškovi izgradnje građevina (stambenih zgrada, stanova, poslovnih prostora) po tržišnim cijenama veoma visoki i da je takva gradnja za mnoge građane gotovo nedostupna. Pravo građenja je jedno od sredstava stimulisanja jeftinije izgradnje. Pošto je osnivanjem prava građenja omogućeno da zainteresovani pojedinci pribave građevinsku parcelu u svrhu izgradnje potrebnih nekretnina bez njene kupovine za relativno skromnu mjesečnu naknadu (prosječnu zakupninu), na taj način se pospješuje ta izgradnja upravo za kategoriju socijalno osjetljivih i ugroženih građana, što je za društvo veoma značajno. Pogotovo ovdje treba imati u vidu činjenicu da se pravo građenja može opteretiti i založnim pravom, a to njegovom titularu daje i mogućnost pribavljanja kredita za izgradnju potrebne zgrade. Dakle, nosiocu prava građenja omogućava se ne samo jeftinija i dostupnija izgradnja, nego i njeno kreditiranje tuđim sredstvima, a to bitno snižava troškove takve izgradnje i čini je prihvatljivom širem krugu lica. Tako se na najbolji način postiže adekvatno rješavanje stambenih potreba građana koji to pitanje ne mogu riješiti na drugi odgovarajući način.

Privredna funkcija prava građenja

Esencijalna funkcija prava građenja je da omogući ekonomičnije i racionalnije korišćenje zemljišta. Vlasnici zemljišta često nemaju dovoljno sredstava za izgradnju zgrada na njima. Oni u toj situaciji imaju priliku da osnivanjem prava građenja podstiču tu gradnju, ali istovremeno i da ubiru prihode u skromnim, ali stalnim i sigurnim mjesečnim iznosima. Po prestanku prava građenja vlasnik zemljišta postaje i vlasnik izgrađene zgrade uz određenu naknadu. Sve to ima i višestruke privredne efekte, omogućava se izgradnja, modernizacija i poboljšanje komunalne infrastrukture gradova, gradnja socijalnih stanova, a i ubiranje rente na gradskom zemljištu, prvenstveno od strane opština odnosno jedinica lokalne samouprave, jer upravo one raspolažu najvećim površinama građevinskog zemljišta.

Pravna funkcija prava građenja

Pravo građenja preuzima ulogu zemljišta, jer je zgrada, kao što smo vidjeli, njegova pripadnost. Umjesto prirodnog zemljišta, sada postoji pravo građenja kao druga nekretnina, pa izgrađena zgrada postaje pripadnost tog prava. Prema tome, nosilac prava građenja ujedno je i vlasnik zgrade koja je pripadnost njegovog prava građenja koje poništava privlačnu snagu prava svojine zemljišta. Na ovaj način izgrađena zgrada se razdvaja od zemljišta. Time se samo zamjenjuje objekt koji privlači zgradu i umjesto zemljišta dolazi pravo građenja kao drugo zemljište.

Osnivanje (sticanje) prava građenja⁴⁰

Pravo građenja osniva se na osnovu pravnog posla ili odluke suda.⁴¹ Način osnivanja ne može se mijenjati voljom stranaka, jer pravo građenja djeluje prema svima, pa se na taj način štite savjesna treća lica. Ovo pravo se osniva na određeno, obično duže vrijeme. Ako to ne bi bio slučaj, ne bi se ostvarila svrha njegovog postojanja.⁴² Pošto se pravo građenja

⁴⁰ O tome šire: P. Simonetti, "Osnivanje prava građenja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 20, br. 2/99, str. 553–593.

⁴¹ Član 293 st. 1 ZSP-a. Primjera radi, u Njemačkoj se pravo građenja može steći i tabularnim održajem, na osnovu pogrešne uknjižbe i protekom roka od 30 godina (paragraf 902 Njemačkog građanskog zakonika).

⁴² R. Jotanović, „Pojam prava građenja“, *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 371.

izvodi iz prava svojine na nečijem zemljištu koje se njime opterećuje, ono se osniva u načelu aktom raspolaganja knjižnog vlasnika zemljišta.⁴³ U slučaju da osnivač prava građenja nije bio vlasnik opterećenog zemljišta, iako je kao takav uknjižen u javnoj knjizi, pravo građenja se može steći s povjerenjem u te knjige ako je sticalac bio savjestan. Sticalac prava građenja bio je savjestan ako u trenutku sklapanja pravnog posla o osnivanju prava građenja, te u trenutku kada je zahtijevao upis, nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga da sumnja u to da osnivač prava građenja koji je u javnoj knjizi bio upisan nije vlasnik, već da je to treće lice koje je pravo svojine steklo vanknjižnim putem.⁴⁴ Na ovaj način se štiti povjerenje u javne knjige, bez kojeg nema sigurnosti u pogledu prometa na nekretninama. To je, u stvari, sticanje prava građenja na osnovu zakona i izuzetak od pravila da se ovo pravo može steći samo na osnovu pravnog posla ili odluke suda. Ako bi u toj situaciji pravo građenja želio da osnuje vanknjižni (pravi) vlasnik, on bi se samo mogao obavezati da će osnovati ovo pravo pošto uknjiži pravo svojine na svoje ime u javnoj knjizi. Pravni posao na osnovu koga se osniva pravo građenja, mora da bude zaključen u propisanom, pismenom obliku i mora biti adekvatno notarski obrađen.⁴⁵ Nedostatak potrebne forme dovodi do njegove ništavnosti. Ispunjenje obaveza iz ugovora u cjelini ili u pretežnom dijelu ne može dovesti do konvalidacije kao u slučaju kada je za valjanost ugovora propisana obična pismena forma.⁴⁶ Što se tiče sadržaja, taj pravni posao (ako je dvostrani), prije svega, mora sadržavati sporazumnu izjavu stranaka o osnivanju prava građenja, koja treba da bude data i od vlasnika zemljišta i od budućeg nosioca prava građenja uz izričito očitovanje vlasnika zemljišta da dozvoljava upis prava građenja u javnoj knjizi na svom zemljištu (*clausula intabulandi*). Ova klauzula ne smije biti neodređena ili vezana za uslov i bez nje neme ni uknjižbe prava građenja. To pojačava pravnu sigurnost koja je neophodna u pogledu osnivanja i prometa prava na nekretninama, a u skladu je i sa načelom kauzalne tradicije u našem pravu. Kauza o osnivanju prava građenja mora da bude jasno označena i vidljiva. Takođe, bitan sastojak je i odredba o predmetu pravnog posla odnosno zemljištu kao objektu prava građenja.⁴⁷ Potrebno je određeno navesti broj katastarske čestice, njenu površinu, kao i katastarsku opštinu u kojoj se nalazi zemljište koje će biti opterećeno pravom građenja. U suprotnom, takav pravni posao bio bi ništav po opštim načelima obligacionog prava.⁴⁸ Eventualne odredbe tog pravnog posla o odvajanju prava građenja i zgrade, te o odvajanju prava građenja od zemljišta su ništave. Pravni posao kojim se osniva pravo građenja može biti jednostrani⁴⁹ i dvostrani. Naravno, češće će se raditi o ugovoru između vlasnika zemljišta i nosioca prava građenja, koji je u pogledu sadržaja najviše sličan ugovoru o prodaji sa obročnim otplatama cijene.⁵⁰ ZSP ne ograničava krug lica koja mogu na svom zemljištu osnovati pravo građenja. Jediní uslov je da su vlasnici zemljišta i da su kao takvi upisani u javnoj knjizi.⁵¹ U slučaju

⁴³ P. Simonetti, „Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1/06, str. 39.

⁴⁴ Vidi čl. 55 i 56 ZSP-a.

⁴⁵ Vidi član 68 st. 1 tač. 4 Zakona o notarima (Službeni glasnik RS br. 86/04, 2/05, 74/05).

⁴⁶ Član 73 Zakona o obligacionim odnosima bivše SFRJ (ZOO) koji se u Republici Srpskoj primjenjuje na osnovu člana 12 Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava RS (Službeni glasnik RS br. 21/92).

⁴⁷ Najčešće će se raditi o građevinskim parcelama.

⁴⁸ Član 47 ZOO.

⁴⁹ Npr. vlasnik zemljišta osniva pravo građenja za sebe.

⁵⁰ Kod prava građenja umjesto cijene postoji periodična naknada vlasniku zemljišta.

⁵¹ Lica koja imaju samo pravo plodouživanja ili upotrebe u pogledu zemljišta razumljivo ne mogu osnovati pravo građenja.

da je zemljište na kome se osniva pravo građenja u susvojini ili zajedničkoj svojini, potrebna je saglasnost svih suvlasnika odnosno zajedničara, jer se radi o poslu koji prelazi okvire redovnog upravljanja.⁵² Pravo građenja stiče se dvostrukim upisom u javnu knjigu, i to upisom kao tereta na zemljištu koje opterećuje i upisom kao posebnog knjižnog tijela u za to novoosnovanom knjižnom ulošku, kada budu ispunjene sve propisane pretpostavke.⁵³ Upis u knjigu ima konstitutivno dejstvo. Do tog momenta valjan pravni posao o osnivanju prava građenja ima samo obligacionopravno dejstvo. Sam način upisa odražava dvojnu pravnu prirodu ovog prava. Prilikom upisa prava građenja kao tereta zemljišta stavlja se i oznaka broja novog knjižnog uloška prava građenja. U A listu uloška prava građenja treba navesti podatak da se radi o pravu građenja i izvršiti oznaku opterećenog zemljišta i broj njegovog knjižnog uloška. Ukoliko bi pravo građenja štetilo već upisanim ograničenim stvarnim pravima na zemljištu koje bi se opteretilo pravom građenja, ono se može upisati samo s pristankom ovlašćenika tih prava.⁵⁴ Kada se na osnovu prava građenja izgradi zgrada ili postojeća zgrada odvoji od zemljišta pravom građenja, izvršiće se upis na pravu građenja.⁵⁵ Ako zakonom nije drugačije određeno u pogledu načina osnivanja prava građenja, njegove promjene i prestanka, te u pogledu zaštite povjerenja u javne knjige, na odgovarajući način se primjenjuju odredbe ZSP-a koje se odnose na pravo svojine.⁵⁶

Pravo građenja može se osnovati i odlukom suda u postupku diobe i ostavinskom postupku, te u drugim slučajevima određenim zakonom.⁵⁷ Na osnivanje prava građenja u ovom slučaju primjenjuju se pravila o osnivanju službenosti odlukom suda.⁵⁸ Ta odluka se, najčešće, temelji na saglasnosti stranaka u postupku diobe ili na osnovu nekog valjanog očitovanja ostavitelja (npr. legat ili nalog).⁵⁹ Pravo građenja se, pod određenim uslovima, može steći i građenjem na tuđem pravu građenja. Nosiocu tog prava tada pripadaju prava i obaveze vlasnika zemljišta.⁶⁰ U ovom slučaju se primjenjuju pravila o građenju na tuđem zemljištu.⁶¹ Što se tiče prenosa prava građenja, primjenjuju se odredbe zakona o sticanju prava svojine na nepokretnostima na osnovu pravnog posla, odluke nadležnog organa i nasljeđivanja, ako zakonom nije drugačije određeno niti proizlazi iz pravne prirode prava građenja.⁶²

Zaštita prava građenja

Pravo građenja kao pravo na nečijem zemljištu uživa zaštitu odgovarajućom primjenom pravila o stvarnim službenostima, a kao nepokretnost u pravnom pogledu odgovarajućom primjenom pravila o zaštiti prava svojine.⁶³ Dakle, time ponovo dolazi do izražaja

⁵² Članovi 32 i 46 . ZSP-a.

⁵³ Član 294 st. 1 ZSP-a.

⁵⁴ Član 294 st. 3 ZSP-a.

⁵⁵ Član 294 st. 4 ZSP-a.

⁵⁶ Član 294 st. 5 ZSP-a.

⁵⁷ Ovdje se moglo predvidjeti da se pravo građenja može osnovati i odlukom organa uprave, primjera radi u postupku eksproprijacije.

⁵⁸ Član 295 ZSP-a.

⁵⁹ O tome šire: P. Simonetti, *Prava na građevinskom zemljištu...*, str. 495–498.

⁶⁰ Član 63 ZSP-a.

⁶¹ Član 59 ZSP-a.

⁶² Član 296 ZSP-a.

⁶³ Član 297 ZSP-a.

dvostruka pravna priroda ovog prava, kao ograničenog stvarnog prava na nečijem zemljištu i kao samostalne nekretnine u pravnom smislu.

Sporovi u vezi sa pravom građenja su, u pravilu, vezani za odnos nosioca prava građenja i vlasnika zemljišta, ali ometanje izvršavanja ovlašćenja koja proizlaze iz prava građenja može da vrši i svako treće lice. Vlasnik zemljišta, nakon osnivanja prava građenja, može svoje pravo svojine na tom zemljištu samo ograničeno koristiti, jer mora poštovati prava nosioca prava građenja. Nosilac prava građenja stiče pravo da koristi zemljište koje je opterećeno pravom građenja. Njemu to korišćenje treba da bude omogućeno i prije, a i poslije izgradnje građevine. Naravno, on treba da ovo zemljište koristi na adekvatan, primjeren način za izgradnju objekta, a poslije toga prema namjeni objekta. Ukoliko ga neko u tome ometa, on ima pravo na zaštitu prema pravilima o zaštiti titulara stvarne službenosti.⁶⁴ U pogledu izgrađene zgrade na opterećenom zemljištu nosilac prava građenja ima pravo svojine, pa zbog toga u svrhu zaštite ima pravo da koristi svojinske tužbe. Pomoću vlasničke tužbe (rei vindicatio)⁶⁵ i tužbe iz pretpostavljene svojine,⁶⁶ on može zahtijevati predaju stvari u državinu, a negatornom tužbom nosilac prava građenja može tražiti od lica koje ga bespravno uznemirava na drugi način, a ne oduzimanjem državnine, da to uznemiravanje prestane.⁶⁷ Nosilac prava građenja ima pravo i na državinsku zaštitu (samopomoć i državinske tužbe),⁶⁸ jer je neposredni držalac zemljišta (nesamostalni držalac) i zgrade (samostalni držalac). Ako dođe do povrede prava građenja pogrešnim upisom u javnu knjigu, nosilac prava građenja može svoje pravo štititi odgovarajućom primjenom pravila o zaštiti prava svojine pokretanjem brisovne tužbe,⁶⁹ a može se poslužiti i zaštitom predviđenom u zemljišnoknjižnom i (katastarskom) pravu. Nosilac prava građenja ima legitimaciju i za učešće u postupku potpune eksproprijacije kada eksproprijacija obuhvata zemljište, zgradu i druge građevinske objekte.⁷⁰

PRESTANAK PRAVA GRAĐENJA

Načini prestanka

Pravo građenja prestaje: propašću opterećenog zemljišta, sporazumom, ovlašćenikovim odricanjem, istekom ugovorenog roka i ispunjavanjem ugovorenog raskidnog uslova, rasterećenjem, te ukidanjem.⁷¹ Ono ne prestaje smrću njegovog nosioca ni vlasnika zemljišta, već u takvim slučajevima prelazi na njihove nasljednike. Značajno je da pravo građenja ne prestaje ni prodajom nekretnine koja je predmet izvršenja.⁷²

Samo pravo građenja ne može fizički propasti, jer se radi o zamišljenoj nekretnini. No, može doći do propasti opterećenog zemljišta, a to se dešava najčešće zbog određenih elementarnih nepogoda i prirodnih katastrofa, kao što su zemljotresi, poplave i slični prirodni događaji. Tada nestaje predmet prava svojine, a time dolazi do apsolutnog prestanka

⁶⁴ Vidi članove 248–250 ZSP-a.

⁶⁵ Član 126 ZSP-a.

⁶⁶ Član 131 ZSP-a.

⁶⁷ Član 132 ZSP-a.

⁶⁸ Vidi član 313 ZSP-a.

⁶⁹ Član 56 st. 3 ZSP-a.

⁷⁰ Član 7 st. 3 Zakona o eksproprijaciji Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 112/06).

⁷¹ Član 298 st. 1 ZSP-a.

⁷² Vidi član 75 st. 1 Zakona o izvršnom postupku – ZIP (Službeni glasnik RS br. 59/03 i 85/03).

i prava svojine i svih prava koja iz nje proizlaze. Propast zemljišta dovodi i do propasti zgrade, a propast zgrade ne mora da dovede do propasti zemljišta, a ni prava građenja kao glavne stvari. Propast objekta treba shvatiti šire, kao faktičku ili pravnu prepreku za građenje ili održavanje zgrade koja je nastupila poslije konstituisanja prava građenja.⁷³ Ovdje nisu relevantni razlozi koji su doveli do propasti zemljišta. Pravo građenja prestaje i sporazumom vlasnika zemljišta i nosioca prava građenja. Kao što na taj način može nastati, razumljivo je da tako može doći i do njegovog prestanka. Za prestanak prava građenja sporazumom stranaka neophodna je ista forma koja se traži i za njegov nastanak. Odricanje titulara prava građenja kao način prestanka može da ima negativne posljedice po pravnu sigurnost uopšte. Naime, na taj način mogu da budu ugroženi interesi vlasnika zemljišta i pravo građenja može da prestane neovisno od njegove volje. Ovdje je trebalo izričito propisati da vlasnik zemljišta treba da da svoju saglasnost na to odricanje da bi ono proizvodilo pravne posljedice,⁷⁴ i tako bi se izbjegle dileme i nesporazumi koji u vezi sa tim mogu da nastanu u praksi. Isto tako, jednostranim odreknućem prava građenja mogu da budu ugroženi i interesi trećih lica koja imaju određena prava, prevashodno založnih povjerilaca, jer se u pravilu odreknućem titular prava građenja odriče i prava na naknadu, pa se založno pravo neminovno gasi. Odricanje samo pojedinih prava koja proizlaze iz prava građenja ne smatra se odreknućem koje dovodi do prestanka ovog prava. Na prestanak prava građenja na ovaj način, inače, treba primijeniti pravila o prestanku prava svojine na nekretninama, jer je, kao što je već navedeno, pravo građenja u pravnom pogledu izjednačeno s nekretninom. Pravo građenja prestaje i protekom vremena za koje je bilo osnovano neovisno o izjavi zainteresovanih strana. U javnoj knjizi brisanje vremenski ograničenih prava može uslijediti i bez posebnog pristanka ili izjave titulara ako je pristanak sadržan u ugovoru o osnivanju prava građenja ili ako su stranke prilikom osnivanja postigle dogovor o trajanju tog prava. Za brisanje postojećeg upisa potreban je zahtjev stranke koji se odnosi na brisanje prava građenja kao tereta koji je upisan u C listu, dok se zatvaranje uložka prava građenja vrši po službenoj dužnosti. Ukoliko su stranke saglasne, one mogu produžiti rok predviđen za prestanak tog prava, ali do produženja mora doći prije isteka ugovorenog vremena. Ako dođe do ispunjavanja ugovorenog raskidnog uslova, takođe dolazi do prestanka prava građenja. Ono može prestati i rasterećenjem na osnovu donesenog zakona ili odluke nadležnog organa u opštem interesu uz naknadu ili bez nje.

Pravo građenja upisano u javnoj knjizi prestaje iz navedenih razloga tek kad bude izbrisano kao teret na zemljištu opterećenom tim pravom i kao posebno knjižno tijelo,⁷⁵ a ne samim tim što je nastao neki od razloga njegovog prestanka.

Ukidanje

Pravo građenja prestaje ukidanjem ako izgubi svrhu svog postojanja. Ukoliko se na pravu građenja ne izgradi zgrada⁷⁶ u roku od 10 godina od osnivanja tog prava, vlasnik opterećene nepokretnosti može zahtijevati da se ono ukine. Ako nije zakonom drugačije određeno, odluku o ukidanju donijet će sud na zahtjev vlasnika opterećene nepokretnosti,

⁷³ P. Simonetti, *Pravo građenja...*, str. 83.

⁷⁴ Istina, u tom slučaju bi moglo doći do analogne primjene člana 288 st. 1 ZSP-a.

⁷⁵ Član 298 st. 2 ZSP-a.

⁷⁶ U praksi se može postaviti pitanje kada se smatra da je zgrada izgrađena.

bez obzira na pravni osnov na kojem je ovo pravo bilo zasnovano.⁷⁷ Prema tome, pravo građenja može prestati i zbog nevršenja odnosno zato što u navedenom roku nije izgrađena zgrada, što je i bio cilj osnivanja tog prava. Ovo je propisano u cilju zaštite interesa vlasnika zemljišta, a i ostvarenja svrhe prava građenja koja se ogleda upravo u izgradnji zgrade. To bi trebalo spriječiti neograničen promet ovog prava koji se može vršiti iz nekih drugih razloga, a ne zbog ostvarivanja njegove prave funkcije.

Pravo građenja na kojem je bila izgrađena zgrada, ali je srušena do te mjere da se ne može upotrebljavati za svrhu kojoj je bila namijenjena, prestaće ukidanjem kao da zgrada i nije bila izgrađena, ako u roku od šest godina nije ponovno sagrađena u najnužnijoj mjeri da služi svojoj prijašnjoj glavnoj namjeni. Taj rok počinje teći prvog dana godine koja slijedi nakon godine kad je zgrada srušena, ali ne teče dok postoje okolnosti pod kojima bi zastao teći i rok održaja. Pravo građenja u ovom slučaju prestaće na osnovu odluke o ukidanju i brisanjem u javnoj knjizi.⁷⁸ Prema tome, i propast zgrade pod ovim uslovima može dovesti do prestanka prava građenja. Ponovna izgradnja na ugovoreni način mora uslijediti u navedenom roku u mjeri koja je najnužnija da bi se mogla ostvariti namjena zbog koje je i došlo do osnivanja tog prava. Sankcija za neispunjenje je prestanak prava građenja. Do prestanka u ovom slučaju, dakle, dolazi na osnovu odluke suda o ukidanju koja se donosi bez obzira na pravni osnov nastanka i izvršenog brisanja iz javne knjige.

Posljedice prestanka

Bez obzira na razloge, sa prestankom prava građenja uspostavlja se ono stanje kakvo je bilo prije njegovog konstituisanja. Prema tome, prestankom ovog prava pripadnost zemljišta postaje ono što je s pravom građenja bilo od zemljišta pravno odvojeno (oživljava načelo superficies solo cedit).⁷⁹ Vlasnik zemljišta tako stiče svojinu nad izgrađenom zgradom, koja postaje pripadnost zemljišta. Ista je sudbina i sporednih trajnih objekata koji su izgrađeni na pravu građenja. To je posljedica djelovanja priraštaja pošto je zemljištu vraćena njegova atrakciona snaga. Ako nije ništa drugo ugovoreno, nosilac prava građenja nema pravo da ukloni zgradu ili da uzme sebi dijelove iz kojih je sastavljena. Na odnos vlasnika zemljišta i lica kome je prestalo pravo građenja primjenjuju se pravila po kojima se prosuđuju odnosi nakon prestanka prava plodouživanja, ako nije zakonom drugačije određeno.⁸⁰ Obaveza nosioca prava građenja je da vlasniku vrati njegovo zemljište i da uradi ono što je potrebno da se ovo pravo briše iz zemljišne knjige. Vlasnik je dužan licu kome je prestalo pravo građenja dati naknadu za zgradu. Visina te naknade zavisi od toga koliko je uvećana vrijednost njegove nepokretnosti sa tom zgradom u prometu⁸¹ odnosno prema vrijednosti zemljišta prije i nakon izgradnje objekta. Dakle, za visinu naknade bitna je vrijednost objekta u momentu prestanka prava građenja. Zbog toga je nosilac prava građenja zainteresovan da izgrađeni objekt održava u dobrom stanju i da ga kao takvog preda vlasniku zemljišta. Nije predviđena mogućnost isključenja naknade, a ni ugovaranje njene visine.

⁷⁷ Član 299 st. 1. ZSP-a.

⁷⁸ Član 299 st. 2, 3 i 4 ZSP-a.

⁷⁹ Član 300 st. 1 ZSP-a.

⁸⁰ Član 300 st. 2 ZSP-a.

⁸¹ Član 300 st. 3. ZSP-a.

Tuđa prava

Tuđa stvarna prava koja su bila teret prava građenja prestaju s prestankom tog prava, ako zakonom nije drugačije određeno. Prema tome, prestankom prava građenja, u principu, prestaju i njegovi tereti. Međutim, založno pravo koje je teretilo pravo građenja nakon prestanka tog prava tereti naknadu koju je vlasnik dužan licu čije je pravo građenja prestalo.⁸² Prestankom prava građenja hipotekarni povjerilac se, prema tome, ne može više namiriti iz prava građenja, ali ima pravo da namiri svoje potraživanje iz ove naknade i to za njega treba da predstavlja dovoljnu sigurnost. Pošto nosilac prava građenja (najčešće) nije vlasnik opterećenog zemljišta, hipoteka ne može teretiti to zemljište. Ako na pravu građenja nije izgrađena zgrada, nema uvećanja vrijednosti zemljišta, a onda nema ni naknade ranijem nosiocu prava građenja. Pravna sudbina službenosti i stvarnih (realnih) tereta zavisi od toga da li je na pravu građenja izgrađena zgrada ili ne. Ukoliko je na tom pravu došlo do izgradnje zgrade, ova prava ostaju i nakon prestanka prava građenja u korist odnosno na teret zemljišta sa zgradom sa dotadašnjim prvenstvenim redom.⁸³ U suprotnom, ta prava prestaju.

Pravo nadogradnje

Nadogradnja je izgradnja jednog ili više posebnih dijelova nepokretnosti na postojećoj zgradi.⁸⁴ To nije dograđivanje već postojećeg, već stvaranje posebnog dijela zgrade.⁸⁵ Da bi došlo do legalne nadogradnje treba da postoji saglasnost vlasnika, a moraju biti ispunjeni i svi tehnički uslovi za dobijanje saglasnosti koje su potrebne za građenje.⁸⁶ Na pravo nadogradnje primjenjuju se propisi o pravu građenja, ako ZSP-om nije drukčije određeno i ako se to ne protivi njegovoj prirodi.⁸⁷ Ovo pravo se tretira kao podvrsta prava građenja. Bez toga bi dijelovi koji su nadograđeni postali priraštaj zgrade. Pravo nadogradnje ima suštinsku funkciju da neutralizuje priraštaj odnosno da omogućiti sticanje prava svojine na nadograđenom dijelu. Nosilac prava nadogradnje stiče pravo da na tuđoj zgradi izgradi jedan ili više stanova na kojima će steći pravo svojine i zato treba da bude upoznat i sa pravima i obavezama etažnih vlasnika. Završetkom nadogradnje graditelj stiče pravo svojine na nadograđenom dijelu i pravo susvojine na cijeloj nepokretnosti, a pravo nadogradnje prestaje.⁸⁸ Pravo nadogradnje se ne može otuđiti ni opteretiti bez saglasnosti vlasnika zgrade i nosilaca drugih stvarnih prava na nepokretnosti.⁸⁹ Time je došlo do odstupanja od mogućnosti raspolaganja koje postoji kod prava građenja, ali se to može razumjeti kada se ima u vidu da između ovih instituta postoje i razlike koje to opravdavaju. Založno pravo na pravu nadogradnje prelazi na nadograđeni dio nepokretnosti i na pravo susvojine na nepokretnosti⁹⁰ što je sasvim razumljivo i u interesu je založnog povjerioca.

⁸² Član 301 st. 1 i 2 ZSP-a.

⁸³ Član 301 st. 3 ZSP-a.

⁸⁴ Vidi član 302 st. 1 ZSP-a.

⁸⁵ O pravu nadogradnje v. P. Simonetti, "Pravne osnove građenja na tuđoj nekretnini (de lege lata)", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 17, br. 1/96, str. 27–37.

⁸⁶ Početkom primjene ZSP-a prestala je primjena Zakona o nadzidaavanju zgrada i pretvaranju zajedničkih prostorija u stanove u zgradama u društvenoj svojini (Službeni list SRBiH, br. 32/87).

⁸⁷ Član 302 st. 2 ZSP-a.

⁸⁸ Član 302 st. 4 ZSP-a.

⁸⁹ Član 302 st. 3 ZSP-a.

⁹⁰ Član 302 st. 5 ZSP-a.

ZAKLJUČAK

Pravo građenja je bilo neophodno uvesti u naš pravni sistem, pogotovo poslije izvršene radikalne promjene svojinskog režima na gradskom građevinskom zemljištu. Ovo pravo je vrlo specifično zbog njegove dvostruke pravne prirode. Ono je istovremeno i ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu, a i samostalna nekretnina u pravnom smislu. To dolazi do izražaja i prilikom njegovog upisa u javnu knjigu. Postojanje prava građenja je u interesu i vlasnika zemljišta i nosioca ovog prava. Vlasnik zemljišta ima mogućnost da stiče stalne koristi od opterećenog zemljišta u dužem vremenskom periodu bez njegovog otuđenja, a nosilac prava građenja dobija priliku da na zemljištu izgradi objekat i postane njegov vlasnik, iako nema svojinu na tom zemljištu. Ovaj institut je i u društvenom interesu, jer omogućava kontrolu nad stambenom izgradnjom, kao važnom komponentom socijalne stabilnosti, te sticanje sredstava za ulaganja u komunalnu infrastrukturu, ako su vlasnici opterećenog zemljišta jedinice lokalne samouprave. Potencijalni graditelji (investitori) stanova koji nemaju dovoljno novca za kupovinu građevinskog zemljišta će za sticanje prava građenja biti posebno zainteresovani, jer će to povećati njihovu konkurentsku sposobnost na tržištu. Isto tako, za ovo pravo će sigurno postojati i interes onih lica koja žele da ulože svoj kapital u proizvodnju ili neku drugu djelatnost za sticanje profita. Dakle, od uvođenja instituta prava građenja u naš pravni sistem očekuju se višestruke koristi i nadamo se da će se to brzo i potvrditi u praksi.

LITERATURA:

- Belaj V., „Pravo građenja“, u *Liber amicorum in honorem Jadranko Crnić (1928–200.)*, Zagreb, 2009.
- Gavella N., Josipović T., Gliha I., Belaj V., i Stipković Z., „*Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb, 2007.
- Jotanić R., „Pojam prava građenja“, *Pravna riječ*, br. 8/06.
- Jotanić R., „Pravo građenja prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske“, u *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd, 2009.
- Jotanić R., *Pravo građenja*, magistarska teza, Beograd, 2006.
- Romac A., *Rimsko pravo*, peto izdanje, Zagreb, 1994.
- Simonetti P., „Pravo građenja de lege ferenda“, *Zakonitost*, br. 2–3/93.
- Simonetti P., „Osnivanje prava građenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 20, br. 2/99.
- Simonetti P., „Pravne osnove građenja na tuđoj nekretnini (de lege lata)“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 17, br. 1/96.
- Simonetti P., „Funkcije, sadržaj i priroda prava građenja u usporednom pravu“, u *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, Tematski zbornik radova, sveska II, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2010.
- Simonetti P., „Nekretnine kao objekti prava vlasništva i prava građenja“, *Pravni život*, br. 11/09.
- Simonetti P., „Pravo građenja i držanje vlastite zgrade na tuđem zemljištu“, *Pravo u gospodarstvu*, br. 5–6/84.
- Simonetti P., „Pravo građenja“, *Pravni život*, br. 11–12/91.
- Simonetti P., „Pravo vlasništva i pravo građenja stranih osoba na nekretninama u Republici Hrvatskoj“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 27, br. 1/06.
- Simonetti P., *Pravo građenja*, doktorska disertacija, Zagreb, 1983.
- Simonetti P., „Pretpostavke, funkcije i priroda prava građenja“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2/98.
- Simonetti P., „Rimski superficies i pravne ustanove koje prethode hrvatskom pravu građenja“, u *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka, 2001.

- Simonetti P., „Ustanova prava građenja prema radnom nacrtu Zakona o stvarnim pravima Federacije Bosne i Hercegovine i Republike Srpske“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2008.
- Simonetti P., *Prava na građevinskom zemljištu (1945–2007)*, Rijeka, 2008.
- Simonetti P., *Pravo građenja*, Sarajevo–Beograd, 1986.
- Spaić V., *Građansko pravo, Opšti dio i Stvarno pravo*, Sarajevo, 1971.
- Stojanović D., *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Kragujevac, 1998.
- Tajić L., „Pravo građenja“, *Pravni savjetnik*, br. 7–8/05, str. 47.
- Vedriš M., i Klarić P., *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, osmo izmijenjeno izdanje*, Zagreb, 2004.
- Velić L., „Pravo građenja u SR Njemačkoj i njegovo uvođenje u pravni sistem Bosne i Hercegovine“, u Zborniku radova „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse“, Mostar, 2006.
- Vuković M., *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb, 1950.

Duško Medić

Dean of the Law School of the Paneuropean university Apeiron“ Banja Luka

Construction Right in the Law of Republika Srpska

Summary: Construction right needed to go into our legal system, particularly after radical changes of the property system on the municipality construction site. This is a specific type of right due to its dual legal character. This right represents both restricted proprietary right on someone's land and autonomous real estate in legal sense. It becomes important when the property is registered in the cadastre. Existence of the construction right is in mutual interest of the land owner and the holder of a construction right. The land owner has a possibility to obtain permanent benefit out of the land for an extended period of time and without conveyance of a property, and the holder of the construction right acquires an opportunity to build a structure on the land and becomes its owner, although he does not have an ownership on that land. This Institute is in the social interest, because that way it makes possible to control the construction of housing blocks which is an important segment of a social stability, and at the same time, allows accumulation of funds to invest in the public infrastructure, on condition that the owners of the land are the local self-government units. Potential builders ((investors) of housing blocks who do not have enough money to buy the construction land would be very much interested in getting the construction permit, and that way their competitiveness on the market would be increased. In addition to it, the aforementioned right will be of special interest for those who want to invest their funds in production or some other line of business to expand a profit. To conclude, we expect that initiation of the construction rights in our legal system will bring numerous benefits which are likely to prove their utility in practice.

Key words: construction right, landowner, holder of a construction right, land

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
13. maj 2013.

Datum prihvatanja rada:
24. jun 2013.

Prof. dr

**Ljubinko
Mitrović**

*vanredni profesor,
Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron, Banja Luka,
e-mail: ljubinko58@gmail.com*

Vaspitne preporuke i njihova primjena u uporednom pravu

Apstrakt: Sistem maloljetničkih krivičnih sankcija, a posebno sistem specifičnih, tzv. alternativnih, neformalnih, *sui generis* krivičnopравnih mjera koje se danas primjenjuju prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela predstavlja jedno od najvažnijih, ako ne i najvažnije pitanje maloljetničkog krivičnog materijalnog prava uopšte. Taj sistem je karakterističan po svojoj strukturi, ciljevima, uslovima primjene, ali svakako i po njegovim stalnim promjenama u smislu uspostavljanja novih mjera i sankcija i nestanka nekih, često puta dugi niz godina primjenjivanih krivičnih sankcija, odnosno posebnih krivičnopравnih mjera. Nesporno je da danas, u svim savremenim zemljama svijeta posebno mjesto u sistemu krivičnih sankcija, odnosno mjera parapenalnog karaktera zauzima upravo sistem vaspitnih preporuka ili vaspitnih naloga, odnosno vaspitnih uputstava. Radi se dakle, o sasvim novom obliku reakcije ili intervencije savremene države na devijantna, odnosno društveno neprihvatljiva ponašanja mladih u sukobu sa zakonom predviđena u konkretnom krivičnom zakonodavstvu koja imaju za cilj efikasniju, blagotvorniju i svrsishodniju vanskudsku reakciju društva, u pravilu, na lakša krivična djela (tzv. bagatelni kriminalitet). Upravo o vaspitnim preporukama ili vaspitnim nalogima, te njihovoj primjeni danas u uporednopравnim krivičnim sistemima, biće riječi u ovom referatu.

Ključne riječi: krivično djelo, maloljetnici, alternativne mjere, vaspitne preporuke.

ALTERNATIVNE MJERE U MALOLJETNIČKOM KRIVIČNOM PRAVU REPUBLIKE SRPSKE

Alternativne ili parapenalne mjere u postupanju sa maloljetnim učiniocima lakših krivičnih djela predmet su i najnovijeg Zakona o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske¹. Tako su u odredbama čl. 22-28 ovog zakona predviđene dvije vrste alternativnih ili *sui generis* mjera, odnosno njihov pojam, sadržina, uslovi primjene i nadležnost u njihovom izricanju.

Naime, pored vaspitnih preporuka uvedenih u krivično zakonodavstvo Republike Srpske još 2003. godine, novo maloljetničko krivično pravo Republike Srpske uspostavljeno važećim Zakonom o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske iz 2010. godine predviđa i mjeru tzv. policijskog upozorenja. Po svojoj sadržini to su nove sankcije i mjere vaspitno-obrazovne, medicinske ili terapijske prirode koje se primjenjuju u okviru lokalne zajednice s ciljem da se izbjegne ili umanje nepotrebna stigmatizacija osuđenih lica i unaprijedi proces njihove reintegracije².

Policijsko upozorenje predstavlja formalniju opomenu, odnosno posebno upozorenje koje izriče policijski službenik maloljetnom učiniocu krivičnog djela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine. Prema Zakonu o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, primjena mjere policijskog upozorenja reguliše se posebnim podzakonskim aktom, odnosno Pravilnikom o primjeni mjere policijskog upozorenja³ koji je donio ministar unutrašnjih poslova Republike Srpske.

S druge strane, vaspitne preporuke jesu mjere fakultativnog karaktera, odnosno *sui generis* krivičnopravne mjere koje nemaju karakter krivičnih sankcija, a čija je svrha da se ne pokreće krivični postupak prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela ili da se obustavi već pokrenuti krivični postupak, odnosno da se njihovom primjenom jača lična odgovornost maloljetnika kako on ubuduće ne bi vršio krivična djela, posebno ona koja nazivamo krivičnim djelima srednjeg ili bagatelnog kriminaliteta. Dakle, u Republici Srpskoj prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina može se izreći jedna ili više vaspitnih preporuka predviđenih Zakonom o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske.

VASPITNE PREPORUKE, POJAM I OSNOVNE KARAKTERISTIKE

Vaspitne preporuke ili vaspitni nalozi predstavljaju specifične krivičnopravne mjere isključivo specijalno preventivnog karaktera koje vode izvansudskim oblicima intervencije društva na društveno neprihvatljiva ponašanja mladih⁴. Ove vansudske, diverzione ili neformalne krivičnopravne mjere prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela treba da obezbijede efikasniju reakciju društva na lakša maloljetnička krivična djela (u pravilu, to su krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine).

¹ Službeni glasnik Republike Srpske, broj 13/2010.

² M. Simović i drugi, *Maloljetničko krivično pravo*, Pravni fakultet u Istočnom Sarajevu, 2013. godine, str. 110.

³ Objavljen u Službenom glasniku Republike Srpske, broj 117 od 18. novembra 2010. godine.

⁴ D. Jovašević, Z. Stevanović, *Primena alternativnih mera za maloletnike u krivičnom pravu*, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, broj 1-2/2009. godine, str. 37-64.

Stoga se češća, blagovremenija i djelotvornija primjena neformalnih mjera kod izvršenja lakših krivičnih djela maloljetnika javlja kao izrazito značajno i korisno sredstvo čija upotreba nosi niz prednosti u odnosu na klasična sredstva reagovanja društva na kriminalitet (putem krivičnih sankcija i sudskog krivičnog postupka u kojem se ove sankcije izriču). Alternativne mjere ili mjere neformalnog karaktera danas se, u pravilu primjenjuju prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela prema kojima bi se inače morao voditi sudski postupak, ali je, s druge strane ovu kategoriju učinilaca krivičnih djela potrebno odvratiti od institucionalizacije, odnosno primjene tzv. institucionalnog tretmana. U ove mjere danas se uobičajeno svrstavaju: novčane kazne, naknada štete, povraćaj stvari, odnosno poravnanje maloljetnika sa oštećenim; različiti modaliteti ličnog izvinjenja maloljetnika oštećenom; uslovni otpust; posebni nalozi za liječenje, odnosno podvrgavanje maloljetnog učinioца krivičnog djela odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti; specifični nalozi koji podrazumijevaju staranje, savjetovanje i nadzor; vaspitni nalozi, odnosno preporuke koje se odnose na redovno obrazovanje, odnosno redovno zapošljavanje maloljetnog delinkventa i vaspitni nalozi ili uputstva koja se odnose na obavljanje različitih oblika društvenokorisnog, odnosno opštedruštvenog ili rada za dobro društvene ili lokalne zajednice.

Najvažnije prednosti ovih *sui generis* mjera koje se u krivičnopravnoj teoriji⁵ ističu jesu sljedeće:

1. neke neformalne, odnosno alternativne mjere u obliku vaspitnih preporuka ili uputstava proizvode ipak značajne posljedice po maloljetnog učinioца krivičnog djela (npr. naknada štete oštećenom licu, lično izvinjenje oštećenom, novčana kazna, učešće maloljetnika u "dobrotvornom" radu),
2. primjena vaspitnih preporuka, posebno onih vaspitno-obrazovne, medicinske ili terapijske prirode, u pravilu, ne ostavlja posebno štetne posljedice na maloljetnika,
3. maloljetniku se može istovremeno izreći jedna ili više vaspitnih preporuka, s tim da se one mogu svakom trenutku obustaviti ili zamijeniti drugom vaspitnom preporukom,
4. vaspitne preporuke omogućavaju društvenoj zajednici uopšte brzu, efikasnu i snažnu intervenciju prema maloljetniku,
5. vaspitne preporuke pružaju široj društvenoj zajednici priliku da ona preuzme značajnu ulogu u planiranju odgovora lokalne zajednice na kriminalitet maloljetnika,
6. primjena vaspitnih preporuka, u svakom slučaju, rasterećuje sud, odnosno tužilaštvo, ali i druge organe, koji, u ovim okolnostima, mogu da se bave ozbiljnijim krivičnim djelima maloljetnika,
7. primjena vaspitnih preporuka je uvijek fakultativna, dakle postoji mogućnost njihove primjene, ali ne i obaveza i
8. postupak izricanja ovih krivičnopravnih mjera jeste veoma brz, neformalan, efikasan i ekonomičan i on u svakom pogledu doprinosi štednji sudskih i drugih resursa, odnosno prije svega vremena i sredstava⁶.

⁵ Ž. Pru, *Kanadski zakon o krivičnom gonjenju maloletnika*, Međunarodni naučni skup: Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije, Beograd, 2008. godine, str. 37-49.

⁶ Lj. Mitrović, *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS

PRIMJENA VASBITNIH PREPORUKA U UPOREDNOM PRAVU

Različite modalitete vaspitnih preporuka (vaspitnih naloga, zabrana ili uputstava) kao alternativnih krivičnopravnih mjera, odnosno različite postupke skretanja (diverzije) krivičnog postupka prema maloljetnicima danas predviđaju savremena maloljetnička krivična prava niza zemalja. Zbog potrebe sveobuhvatne analize primjene alternativnih mjera prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela i njihovog značaja, posmatraćemo primjenu diverzionih (alternativnih) mjera⁷ prema maloljetnim učiniocima krivičnih djela u krivičnim zakonodavstvima sljedećih zemalja, i to:

1. Srbije,
2. Crne Gore,
3. Hrvatske,
4. Makedonije,
5. Francuske,
6. Njemačke,
7. Kanade i
8. Australije.

1. Srbija

Uvođenje alternativnih (diverzionih) mjera koje vode skretanju krivičnog postupka na druge grane prava (npr. porodično pravo ili pravo socijalnog staranja) predstavljalo je možda i najznačajniju novinu maloljetničkog krivičnog prava Srbije koje je u primjeni od 1. januara 2006. godine. Naime, prema Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica⁸ radi se o vaspitnim nalogima kao posebnoj novini u sistemu reagovanja na kriminalitet maloljetnika⁹. Slično bosanskohercegovačkom krivičnom zakonodavstvu, osnov za primjenu vaspitnih naloga kao alternativnih ili diverzionih mjera proizilazi iz odredbe člana 40 stav 3 tačka b Konvencije UN o pravima djeteta koju je 1990. godine potpisala i ratifikovala i SFRJ (Republika Srbija). Isto tako, osnov za primjenu ovih diverzionih mjera predstavljaju i Standardna minimalna pravila UN za alternativne kaznene mjere (tzv. Tokijska pravila) iz 1990. godine koja preporučuju širu upotrebu nezavodskih ili alternativnih mjera kao osnova za minimalnu pravnu zaštitu lica kojima se izriču mjere koje su alternativne zatvaranju (dakle, supstituti institucionalnim mjerama)¹⁰.

Skretanje ili diverzija krivičnog postupka prema maloljetnicima označava različite načine, mjere i metode koje imaju za cilj da se maloljetni učinioci krivičnih djela sačuvaju od štetnog, stigmatizujućeg dejstva sudstva za maloljetnike (sudske procedure), odnosno dejstva krivičnih sankcija. Ovakav diverzioni sistem je poznat i kao "sistem restorativne pravde", u kojem se prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela primjenjuju posebne krivičnoprav-

– Banja Luka, 2012. godine, str. 233-234.

⁷ S. Konstantinović-Vilić, M. Kostić, *Diverzioni modeli i alternativne krivične sankcije prema maloletnicima u sukobu sa zakonom*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 50/2007, str. 87-102.

⁸ Službeni glasnik Republike Srbije, broj 85/2005 od 6. oktobra 2005. godine.

⁹ S. Soković, *Osnovne karakteristike izvršenja krivičnih sankcija izrečenih maloletnim učiniocima krivičnih dela*, Međunarodni naučni skup: Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije, Beograd, 2008. godine, str. 251-264.

¹⁰ D. Jovašević, *Položaj maloletnika u krivičnom pravu*, Niš, 2010. godine, str. 55-73.

ne mjere koje su alternativa krivičnim sankcijama. U ovom sistemu, maloljetnom učiniocu krivičnog djela se nameće obaveza da preuzme odgovornost za svoje postupke, zatim da se suoči sa žrtvom (oštećenim) krivičnog djela, ali i sa predstavnikom društvene zajednice, kao i da aktivno radi na otklanjanju štete koja je pričinjena izvršenim krivičnim djelom. Zbog toga maloljetni učinilac krivičnog djela učestvuje u različitim aktivnostima koje uopšte podižu nivo kvaliteta života u društvenoj zajednici, ali i kojima maloljetnik stiče nova iskustva, postaje aktivan, koristan i produktivan član društvene zajednice, razvija samokontrolu ponašanja i uključuje se u grupe vršnjaka koje nemaju delinkventne sklonosti¹¹.

Shodno Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, vaspitni nalozi po svojim materijalnim karakteristikama (odnose se na njihovu sadržinu i svrhu) i formalnim karakteristikama (tiču se organa nadležnih za njihovo izricanje ili uslova za njihovu primjenu) jesu mjere posebne prirode, *sui generis* mjere koje nemaju karakter krivične sankcije. Naime, prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, može se izreći jedan ili više vaspitnih naloga. Osnovna svrha vaspitnih naloga jeste da se ne pokreće krivični postupak prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela ili da se obustavi već pokrenuti postupak, odnosno da se primjenom vaspitnog naloga utiče na pravilan razvoj maloljetnika i na jačanje njegove lične odgovornosti kako on ubuduće ne bi nastavio sa vršenjem krivičnih djela, posebno kada se radi o krivičnim djelima iz kategorije bagatelnog i srednjeg kriminaliteta (član 6 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih djela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica).

Vaspitne naloge, jedan ili više njih, izriču nadležni javni tužilac za maloljetnike ili sudija za maloljetnike ukoliko su kumulativno ispunjena dva uslova, i to:

1. objektivni uslov – da se radi o krivičnom djelu za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina i
2. subjektivni (opšti) uslov – koji se javlja u dva vida:
 - da je maloljetnik priznao izvršenje krivičnog djela i
 - da postoji određeni odnos maloljetnika prema krivičnom djelu (koji opravdava primjenu vaspitnog naloga), ali i prema oštećenom licu (ovaj odnos maloljetnika prema učinjenom djelu može se procijeniti analizom njegovog ponašanja u toku i poslije izvršenog krivičnog djela).

Vaspitni nalozi se mogu izreći isključivo maloljetnim učiniocima krivičnih djela, s obzirom na to da zakonodavac ne predviđa nijedan osnov prema kojem bi se ove alternativne mjere (za razliku od pojedinih krivičnih sankcija za maloljetnike) mogle primijeniti na druge kategorije učinilaca krivičnih djela kao što su na primjer mlađa punoljetna lica. To su mjere koje imaju fakultativni karakter, jer je njihova primjena mogućnost, a ne obaveza, a cjelishodnost njihove primjene, u svakom slučaju procjenjuje se sa aspekta zaštite društvenih interesa, zaštite interesa maloljetnog učinioca krivičnog djela i što je posebno važno, sa aspekta zaštite interesa žrtve.

Izbor jednog ili više vaspitnih naloga¹² nadležni organ (to može biti javni tužilac za

¹¹ Z. Nikolić, *Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela – stvarne ili prividne promene – šest meseci posle*, Zbornik radova, Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi, Beograd, 2006. godine, str. 483-486.

¹² Iako vaspitni nalozi nisu vrsta krivičnih sankcija, ipak su neki od ovih naloga po svojoj sadržini i dejstvu slični vaspitnim mjerama – posebnim obavezama. Pri tome posebne obaveze kao krivične sankcije izriče sudsko vijeće

maloljetnike, ukoliko postupak još nije pokrenut ili sudija za maloljetnike ako se vodi postupak prema maloljetniku) vrši u zavisnosti od konkretne situacije, s tim da će se nadležni organ za istovremenu primjenu više vaspitnih naloga opredijeliti u svim onim situacijama kada procijeni da je za ostvarivanje svrhe vaspitnih naloga poželjna njihova kombinacija¹³. Podrazumijeva se da on tom prilikom uzima u obzir interese maloljetnika i oštećenog lica u cjelini (naravno, izabrani vaspitni nalog bi trebao da odgovara i maloljetniku i oštećenom, te da zadovoljava njihove interese, u cjelini, a ne parcijalno), posebno vodeći računa da se primjenom jednog ili većim brojem vaspitnih naloga ne ometa proces redovnog školovanja ili zaposlenja maloljetnika. Ovako određeni vaspitni nalog može da traje najduže šest mjeseci, pri čemu se izbor vaspitnog naloga, njegova zamjena i obustava, odnosno nadzor u primjeni vaspitnog naloga od strane nadležnog organa vrši u saradnji sa roditeljima, usvojiocima ili staraocem maloljetnika i nadležnim organom starateljstva.

Maloljetničko krivično pravo u Republici Srbiji predviđa više vrsta vaspitnih naloga koji omogućavaju skretanje sa klasične sudske procedure (član 7 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica). To su¹⁴:

1. poravnanje sa oštećenim kako bi se naknadom štete oštećenom, izvinjenjem maloljetnika, radom maloljetnika ili na neki drugi način otklonile, u cjelini ili djelimično, štetne posljedice izvršenog krivičnog djela (modaliteti poravnanja su raznovrsni),
2. redovno pohađanje škole ili redovni odlazak maloljetnika na posao,
3. uključivanje maloljetnika bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili obavljanje poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja,
4. podvrgavanje maloljetnika odgovarajućem ispitivanju i odvikavanje maloljetnika od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga i
5. uključivanje maloljetnika u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savjetovalištu.

Javni tužilac za maloljetnike takođe ima mogućnost da svoju odluku o nepokretanju krivičnog postupka, shodno načelu oportuniteta gonjenja (član 58), za krivična djela za koja je predviđena kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna, uslovi pristankom maloljetnika i njegovih roditelja, usvojioca ili staraoca, kao i samom spremnošću maloljetnika da u ostavljenom roku ispuni jedan ili više vaspitnih naloga (nemedicinskog karaktera): a) poravnanje sa oštećenim, b) redovno pohađanje škole ili posla i c) rad u korist zajednice.

2. Crna Gora

Vaspitni nalozi su po prvi put uvedeni u crnogorsko maloljetničko krivično pravo izmjenama Krivičnog zakonika Republike Crne Gore¹⁵ iz jula 2006. godine. Naime, u

poslije sprovedenog postupka u kome je utvrđeno da je maloljetnik izvršio krivično djelo koje mu se stavlja na teret.

¹³ Lj. Radulović, *Vaspitni nalozi kao posebne mere reagovanja prema maloletnim učiniocima krivičnih dela (svrha, vrste i izbor)*, Međunarodni naučni skup: Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije, Beograd, 2008. godine, str. 51-65.

¹⁴ D. Jovašević, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2010. godine, str. 289-295.

¹⁵ Službeni list Republike Crne Gore, br. 70/2003; 13/2004; 47/2006; 40/2008 i 25/2010.

odredbama čl. 80a-80e Krivičnog zakonika Republike Crne Gore¹⁶ propisan je sistem vaspitnih naloga kao alternativnih mjera restorativne pravde.

S druge strane, Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku iz 2011. godine¹⁷ u odredbi člana 9 propisuje dvije alternativne mjere:

1. opomenu i
2. vaspitni nalog.

Shodno ovom zakonodavnom rješenju, jedan ili više vaspitnih naloga mogu se izreći maloljetnom učiniocu krivičnog djela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do deset godina.

Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku, u odredbi člana 11 propisuje dva kumulativno postavljena uslova za primjenu vaspitnih naloga, i to:

1. da postoje dokazi iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je maloljetnik učinio krivično djelo i
2. da maloljetnik dâ svoj pristanak u pogledu primjene vaspitnih naloga, a uz saglasnost zakonskog zastupnika.

Vaspitni nalog prema maloljetniku izriče nadležni državni tužilac za maloljetnike naročito cijeneći odnos maloljetnika prema krivično djelu i oštećenom.

Opomena se može izreći, odnosno odrediti prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela za krivična djela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine ukoliko:

1. postoje dokazi iz kojih proizilazi osnovana sumnja da je maloljetnik učinio krivično djelo,
2. maloljetnik dâ svoj pristanak na izricanje opomene, uz saglasnost zakonskog zastupnika i
3. prema maloljetniku nije ranije primijenjen vaspitni nalog ili izrečena krivična sankcija.

Opomenu izriče državni tužilac za maloljetnike, s tim da postoji mogućnost njenog određivanja i od strane ovlašćenog policijskog službenika koji posjeduje posebna znanja iz oblasti zaštite prava maloljetnih lica, svakako uz odobrenje državnog tužioca, s tim da će se tom prilikom naročito cijeliti odnos maloljetnika prema izvršenom krivičnom djelu i prema oštećenom licu.

Primjena alternativnih mjera (opomene i vaspitnih naloga) u crnogorskom maloljetničkom krivičnom zakonodavstvu jeste fakultativnog karaktera. Naime, do njihove primjene dolazi isključivo po slobodnoj ocjeni nadležnog državnog tužioca.

Isto tako, opšta svrha alternativnih mjera postavljena je na sličan način kako je defi-

¹⁶ Crna Gora je krajem 2011. godine dobila posebno maloljetničko zakonodavstvo poput ostalih zemalja u regionu. Zakon o o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku je usvojen 29. decembra 2011. godine.

¹⁷ Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku, Službeni list Crne Gore, broj 64/2011.

nisana i u maloljetničkom krivičnom pravu Republike Srpske i Republike Srbije. Naime, svrha je izrečenih alternativnih mjera da se ne pokreće krivični postupak prema maloljetniku ili da se obustavi već pokrenuti krivični postupak, pri čemu je potrebno da se primjenom određenih alternativnih mjera u dovoljnoj mjeri utiče na pravilan razvoj maloljetnika i jačanje njegove lične odgovornosti kako on ubuduće ne bi činio krivična djela.

Prilikom izbora vaspitnog naloga državni tužilac za maloljetnike uzima u obzir interese maloljetnika i oštećenog, svakako vodeći računa o sljedećim okolnostima: a) spremnosti maloljetnika da sarađuje u ispunjavanju vaspitnog naloga, b) činjenici da vaspitni nalog bude prilagođen maloljetniku i uslovima u kojima on živi, te c) da se primjenom vaspitnog naloga ne ometa redovno školovanje ili zaposlenje maloljetnika. Ovako određeni vaspitni nalog može da traje najduže šest mjeseci, s tim da se izrečeni nalog u ovom roku može zamijeniti drugim vaspitnim nalogom ili se može ukinuti.

U odredbi člana 12 Zakona o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku predviđeni su sljedeći vaspitni nalozi:

1. poravnanje sa oštećenim kako bi se naknadom štete oštećenom, izvinjenjem maloljetnika, radom ili na drugi način otklonile u cjelini ili djelimično štetne posljedice krivičnog djela,
2. redovno pohađanje škole ili redovno odlaženje maloljetnika na posao,
3. uključivanje maloljetnika u određene sportske aktivnosti,
4. obavljanje društveno korisnog ili humanitarnog rada od strane maloljetnika,
5. plaćanje novčanog iznosa od strane maloljetnika u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove,
6. podvrgavanje maloljetnika odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkohola ili droge,
7. uključivanje maloljetnika u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi, savjetovalištu ili drugoj odgovarajućoj organizaciji,
8. pohađanje kurseva za stručno osposobljavanje ili priprema i polaganje ispita od strane maloljetnika i
9. uzdržavanje maloljetnika od posjećivanja određenog mjesta ili kontakta sa određenim licima.

3. Hrvatska

Zakon o sudovima za mladež Republike Hrvatske je usvojen jula 2011. godine, a njegova primjena je započela 1. septembra iste godine.

Ovim zakonom, odnosno odredbom člana 5 ovog zakona predviđeno je da se maloljetnicima za izvršena krivična djela kao sankcije izriču vaspitne (odgojne) mjere i maloljetnički zatvor, a uz uslove predviđene ovim zakonom i bezbjednosne (sigurnosne) mjere.

S druge strane, vaspitne mjere jesu:

1. sudski ukor,
2. posebne obaveze,
3. pojačana briga i nadzor,

4. pojačana briga i nadzor uz dnevni boravak u vaspitnoj ustanovi,
5. upućivanje u disciplinski centar,
6. upućivanje u vaspitnu ustanovu,
7. upućivanje u vaspitni zavod i
8. upućivanje u posebnu vaspitnu ustanovu.

Posebno zanimanje svakako izazivaju tzv. posebne obaveze kao specifična kategorija vaspitnih mjera koje može izricati sud (jednu ili više posebnih obaveza) ukoliko ocijeni da je primjerenim nalogima ili zabranama potrebno uticati na maloljetnog učinioca krivičnog djela i njegovo ponašanje. Tako, sud može maloljetniku izreći sljedeće obaveze:

1. da se maloljetnik izvini oštećenom,
2. da maloljetnik prema vlastitim mogućnostima popravi štetu pričinjenu krivičnim djelom,
3. da maloljetnik redovno pohađa školu,
4. da maloljetnik ne izostaje s radnog mjesta,
5. da se maloljetnik osposobljava za zanimanje koje odgovara njegovim sposobnostima i sklonostima,
6. da maloljetnik prihvati zaposlenje i u njemu istraje,
7. da maloljetnik raspolaže prihodima uz nadzor i savjet voditelja vaspitne (odgojne) mjere,
8. da se maloljetnik uključi u rad humanitarnih organizacija ili u poslove komunalnog ili ekološkog sadržaja,
9. da se maloljetnik uzdrži od posjećivanja određenih lokala, odnosno priredaba i da se kloni društva određenih lica koja na njega štetno utiču,
10. da se maloljetnik, uz saglasnost svog zakonskog zastupnika, podvrgne stručnom medicinskom postupku ili postupku odvikavanja od opojnih droga ili drugih oblika zavisnosti,
11. da se maloljetnik uključi u pojedinačni ili grupni psihosocijalni tretman u savjetovalištu za mlade,
12. da maloljetnik učestvuje na seminarima za stručno osposobljavanje,
13. da maloljetnik bez posebnog odobrenja centra za socijalni rad u županiji ne može trajnije napustiti mjesto prebivališta ili boravišta,
14. da se maloljetnik radi provjere znanja saobraćajnih propisa uputi u nadležnu ustanovu za osposobljavanje vozača,
15. da se maloljetnik ne približava ili da ne uznemirava žrtvu i
16. druge obaveze koje su primjerene s obzirom na izvršeno krivično djelo, te lične i porodične prilike maloljetnika.

Ove posebne obaveze mogu trajati najduže do jedne godine, s tim da ih sud može naknadno izmijeniti ili obustaviti.

4. Makedonija

Republika Makedonija je 4. jula 2007. godine usvojila Zakon za maloljetničku prav-

du koji se primjenjuje od 1. septembra 2008. godine¹⁸. Donošenjem ovog zakonskog teksta – *lex specialis*-a i Republika Makedonija se priključila nemalom broju zemalja koje u sistemu maloljetničkog krivičnog prava prihvataju ideju restorativne pravde predviđajući alternativne mjere postupanja prema maloljetnim učinocima, uglavnom, lakših krivičnih djela.

Kada je ovaj zakonski tekst u pitanju, treba istaći nekoliko njegovih specifičnih rješenja. Tako je u odredbi člana 13 predviđena mogućnost izricanja tzv. mjera pomoći i zaštite. Radi se o zakonom predviđenim mjerama koje se sastoje u oduzimanju ili ograničavanju sloboda ili prava maloljetniku koji je izvršio krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora do tri godine ili maloljetniku koji je učinio prekršaj.

Mjere pomoći i zaštite, jednu ili više njih, izriče sudija za maloljetnike ili vijeće za maloljetnike nadležnog suda. Međutim, posebno specifično jeste zakonsko rješenje prema kojem ove mjere mogu da izriču pod zakonom predviđenim uslovima i drugi specijalizovani organi kao što su: centri za socijalni rad, javni tužioci, organi unutrašnjih poslova ili ustanove za izvršenje sankcija za maloljetnike.

Nadalje, mjere pomoći i zaštite mogu se primijeniti kako prema djetetu u riziku (licu koje je u vrijeme izvršenja krivičnog djela bilo u uzrastu do četrnaest godina), tako i prema njegovoj porodici ili staraocu djeteta - maloljetnika. Prema zakonu, ove mjere se izriču u posebnom postupku, a po prijavi organa unutrašnjih poslova, škole ili druge institucije za vaspitanje, porodice maloljetnika, oštećenog lica ili drugog lica (člana šire porodice, rodbine ili komšije).

Za izricanje ovih mjera prema djetetu u riziku neophodno je kumulativno ispunjenje sljedećih uslova, i to:

1. da se radi o licu uzrasta do navršanih četrnaest godina,
2. da se radi o licu koje je izvršilo krivično djelo za koje je u zakonu propisana kazna zatvora do tri godine ili prekršaj,
3. da se radi o licu koje je izvršilo krivično djelo ili prekršaj usljed zavisnosti od upotrebe opojnih droga, psihotropnih supstancija ili alkohola, licu koje je omešteno u razvoju, licu koje je žrtva nasilja, vaspitno ili socijalno zapuštenom licu koje se našlo u situaciji koja otežava ili onemogućava ostvarivanje vaspitne funkcije porodice ili licu koje nije uključeno u sistem obrazovanja ili vaspitanja ili licu koje se odalo piću, skitničanju ili prostituciji i koje je zbog takvih svojstava došlo ili je moglo da dođe u sukob sa zakonom i
4. da je centar za socijalni rad ocijenio da postoji rizik po razvoj ličnosti djeteta i njegovo pravilno vaspitanje.

Isto tako, prema članu porodice ili staraocu maloljetnika nadležni organi mogu da izreknu mjere pomoći ili zaštite u svim onim situacijama kada su članovi porodice zanemarili ili zloupotrijebili vršenje svojih prava i dužnosti u pogledu zaštite ličnosti, prava ili interesa djeteta.

¹⁸ *Zakon za maloljetnička pravda*, Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 87/2007; 103/2008; 161/2008 i 145/2010.

Zakon za maloljetničku pravdu Republike Makedonije, u odredbi člana 53 pored mjera pomoći i zaštite koje se mogu primijeniti kako prema djetetu u riziku, tako i prema njegovoj porodici ili staraocu djeteta - maloljetnika, propisuje da se krivično odgovornom starijem maloljetnom učiniocu krivičnog djela mogu izreći alternativne mjere, koje u smislu odredbe člana 54 imaju opštu svrhu, koja se ogleda u sljedećem:

1. da se ne primijeni kazna kada to nije nužno za sprečavanje vršenja krivičnih djela i
2. kada se može očekivati da će se primjenom mjera pomoći, zaštite i nadzora na slobodi dovoljno uticati za vaspitanje, prevaspitanje i pravilan razvoj maloljetnika.

Dakle, u zakonom predviđenim slučajevima krivično odgovornom starijem maloljetnom učiniocu krivičnog djela mogu se izreći sljedeće alternativne mjere za izvršeno krivično djelo, i to:

1) uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom (član 55) – može se izreći krivično odgovornom starijem maloljetnom učiniocu krivičnog djela za krivično djelo za koje je utvrđena kazna zatvora u trajanju do tri godine ili novčana kazna pri čemu se kao vrijeme provjeravanja (vrijeme kušnje ili probacije) određuje vrijeme u trajanju od jedne do tri godine; zaštitni nadzor se sastoji iz jedne ili više obaveza kojih je maloljetnik dužan da se pridržava za vrijeme provjeravanja,

2) uslovno prekidanje vođenja krivičnog postupka (član 56) – sud može odlučiti da uslovno prekine postupak prema krivično odgovornom starijem maloljetnom učiniocu krivičnog djela u svim onim situacijama kada je izvršeno krivično djelo za koje je u zakonu propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, uz uslov da je maloljetnik:

- izrazio kajanje zbog izvršenog krivičnog djela,
- otklonio posljedicu krivičnog djela,
- nadoknadio štetu ili se pomirio sa oštećenim koji je saglasan sa prekidom krivičnog postupka i
- da maloljetnik u roku od dvije godine ponovo ne izvrši novo krivično djelo i

3) opštekoristan rad (član 57) - može se izreći krivično odgovornom starijem maloljetniku koji je izvršio krivično djelo za koje je u zakonu propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine. Opštekoristan rad može da traje od pet do stotinu časova i izriče se ukoliko je potrebno da se na ovaj način, odnosno ovom mjerom izvrši vaspitni uticaj na ličnost i ponašanje maloljetnika.

5. Francuska

Krivičnopravni položaj maloljetnih učinilaca krivičnih djela u Francuskoj uređen je Uredbom o djeci delinkventima iz 1945. godine koja je kasnije nekoliko puta mijenjana i dopunjavana. Prema odredbi člana 15-1 ove Uredbe¹⁹, sud za maloljetnike (*tribunal pour enfants*) može maloljetnom učiniocu krivičnog djela da izrekne jednu ili više alternativnih mjera, i to²⁰:

¹⁹ O. Perić, *Alternativne mere i sankcije u novom krivičnom zakonodavstvu o maloletnicima*, Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, broj 69/2005. godine, str. 14-15.

²⁰ A. Raison, *Le Statut des mineurs et des majeurs proteges*, Paris, 1978. godine, str. 89-114.

- 1) oduzimanje predmeta,
- 2) različite vrste zabrana, kao što su:
 - zabrana pojavljivanja na mjestu izvršenja krivičnog djela,
 - zabrana približavanja oštećenom licu ili
 - zabrana druženja i kontaktiranja sa saučesnikom u izvršenju krivičnog djela, s tim što alternativne mjere ne mogu da traju duže od jedne godine i
- 3) pohađanje kurseva građanskog vaspitanja koji imaju za cilj da maloljetnog učinioca obuče ili podsjetu na obaveze iz odredbe člana 15-1 stav 1 tačka 1-6 Uredbe o djeci delinkventima.

Kršenje ovako postavljenih obaveza ili uputstava od strane maloljetnog učinioca krivičnog djela ima za posljedicu izricanje krivičnih sankcija institucionalnog karaktera koje sud za maloljetnike može da izrekne u skladu sa odredbom predviđenom članom 15 Uredbe, a to su:

1. upućivanje maloljetnika u ovlašćenu javnu ili privatnu ustanovu za vaspitanje ili profesionalno obrazovanje,
2. upućivanje maloljetnika u medicinsku ili medicinsko-psihološku ustanovu,
3. predaja maloljetnika službi za pomoć djeci i
4. upućivanje maloljetnog učinioca krivičnog djela u internat prilagođen maloljetnicima školskog uzrasta.

6. Njemačka

Zakon o maloljetničkom pravosuđu SR Njemačke (*Jugendgerichtsgesetz*) iz 1974. godine sa izmjenama i dopunama iz 2008. godine koji se primjenjuje na učinioce krivičnih djela uzrasta od četrnaest do 21 godine predviđa tri vrste maloljetničkih krivičnih sankcija, i to su:

1. vaspitne mjere,
2. vaspitna sredstva, odnosno disciplinske mjere i
3. kazne za maloljetnike, odnosno maloljetnički zatvor²¹.

Navedenim zakonom propisane su dvije vrste vaspitnih mjera, i to:

1) davanje uputstava – zapovijesti ili zabrana maloljetniku kojima se reguliše način života maloljetnika. Tako, sud maloljetniku može izreći ispunjenje jednog ili više sljedećih uputstava, i to:

- postupanje po uputstvima koja se odnose na prebivalište maloljetnika, stanovanje kod određene porodice ili u domu, školovanje ili obavljanje određenog posla,
- izvršavanje radne obaveze,
- podvrgavanje nadzoru određenog lica, odnosno socijalnog radnika,
- pohađanje određenih kurseva,
- nagodba sa oštećenim,
- zabrana kontakta sa određenim licima,
- zabrana posjećivanja određenih mjesta i
- učestvovanje na predavanju o saobraćaju (čl. 9-10) i

²¹ A. K. Cohen, *Kriminelle Jugend*, Hamburg, 1961. godine, str. 118-136.

2) obaveza prihvatanja pomoći u smislu Socijalnog zakonika²².

Ovdje svakako još treba istaći da ovaj zakonski tekst Njemačke predviđa i mogućnost skretanja krivičnog postupka prema maloljetnicima. Tako, državni tužilac u prethodnom krivičnom postupku može da odustane od krivičnog gonjenja u tri slučaja, i to:

1) bez saglasnosti sudije za maloljetnike u onim situacijama kada se radi o bagatelnom krivičnom djelu, uz uslov da je krivica maloljetnog učinioca krivičnog djela ocijenjena kao neznatna, a svakako ne postoji javni interes za krivično gonjenje takvog lica,

2) ukoliko je u toku izvršenje izrečene vaspitne mjere za ranije izvršeno krivično djelo maloljetnika i

3) ukoliko državni tužilac predloži sudiji za maloljetnike da maloljetnog učinioca krivičnog djela samo opomene ili da mu izda određeni nalog (kao vrstu disciplinskih mjera) pod uslovom da je maloljetnik priznao izvršenje krivičnog djela i ukoliko državni tužilac smatra da je primjena neke od alternativnih mjera neophodna, a podizanje optužbe nije preporučljivo (čl. 43-46).

Ukoliko je krivični postupak prema maloljetnom učiniocu krivičnog djela već pokrenut, sudija za maloljetnike u saglasnosti sa državnim tužiocem može privremeno da ga obustavi, te da maloljetniku odredi rok do najviše šest mjeseci u kojem maloljetnik mora da postupi po određenim uputstvima i nalogima, odnosno obavezama u skladu sa vaspitnim mjerama. Ukoliko maloljetnik ispuni sve postavljene obaveze u ostavljenom roku, krivični postupak se obustavlja.

7. Kanada

Zakon o krivičnom gonjenju maloljetnika Kanade koji je stupio na pravnu snagu 1. aprila 2003. godine predviđa i tzv. vanskudske mjere koje bi trebalo primijeniti u svim slučajevima u kojima su one dovoljne za to da maloljetno lice snosi odgovornost za učinjeno djelo (one bi bile dovoljne u svim onim slučajevima kada se radi o prvom učinjenom krivičnom djelu, odnosno krivičnom djelu bez elemenata nasilja). Vanskudskim mjerama, u svakom slučaju može se obezbijediti efikasna reakcija na lakša maloljetnička krivična djela, a one, s druge strane omogućavaju brzu intervenciju prema maloljetnicima.

Prema Zakonu o krivičnom gonjenju maloljetnika, policija i tužioci imaju posebna ovlašćenja i mogu primijeniti različite vrste vanskudskih mjera, i to:

1. opomene – neformalne opomene od strane službenog lica,
2. policijska upozorenja – predstavljaju formalnije opomene koje prema zakonu izriče policija, a u obliku: a) pisma koje policija dostavlja maloljetnom licu i njegovim roditeljima ili b) upozorenja nakon obavljenog usmenog razgovora sa maloljetnikom i njegovim roditeljima prilikom njihovog boravka u policijskoj stanici,

²² F. Schaffstein, *Jugendstrafrecht*, Stuttgart, 1998. godine, str. 121-147.

3. tužilačka upozorenja – izdaje ih tužilac, a nakon što zaprimi konkretni predmet od policije,
4. upućivanje maloljetnog lica koje vrši policija na programe ili u službe u okviru lokalne zajednice koje mu mogu pomoći da ponovi činjenje krivičnih djela,
5. vanskudske sankcije – predstavljaju najformalniju vrstu vanskudskih mjera, odnosno alternativnih mjera. Prema zakonu, maloljetni učinilac krivičnog djela pristaje i podvrgava se ovim mjerama, a samo u onim slučajevima kada maloljetnik ne ispuni uslove koji se odnose na ovu mjeru, predmet ide u sudsku proceduru. Dakle, prioritet u primjeni svakako imaju opomene ili upozorenja, odnosno upućivanje na programe ili službe u okviru lokalne zajednice, a vanskudske sankcije dolaze u obzir isključivo u onim situacijama kada se navedenim vanskudskim mjerama konkretni predmet nije mogao adekvatno riješiti.

8. Australija

Australiju kao državu anglosaksonskog pravnog područja, odnosno državu sa federalnim uređenjem takođe karakteriše niz specifičnosti koje su vezane za sankcionisanje maloljetničke delinkvencije, a jedna od najvažnijih jeste i ona koja se tiče skretanja krivičnog postupka koje opet prati izricanje i primjena specifičnih krivičnopravnih mjera prema maloljetnicima, u formi alternativnih mjera i tzv. diverzionih programa za postupanje sa maloljetnim učiniocima prema kojima je izrečena neka od alternativnih mjera. Inače, trajanje i sadržaj diverzionih programa određuje organ koji ih izriče, s tim da je njihova primjena u nadležnosti pojedinaca, ustanova, organizacija, hraniteljskih porodica, a sadržaj i vrsta obaveze maloljetnika zavisi od federalne države u kojoj se mjere primjenjuju, socijalnog i imovinskog stanja maloljetnika i njihovih porodica, broja volontera i organizacija koje su spremne da bez naknade sprovedu alternativne mjere, finansijskog stanja federalne jedinice, odnosno lokalne zajednice, spremnosti i tradicije u lokalnoj zajednici itd.

U svakom slučaju, maloljetnom učiniocu krivičnog djela mogu se izreći sljedeće alternativne mjere, i to:

1. usmeno i pismeno upozorenje maloljetnika,
2. nalaganje izvinjenja od strane maloljetnika zbog učinjenog krivičnog djela,
3. rad maloljetnika za žrtvu, odnosno organizovanje konferencije između maloljetnog učinioca krivičnog djela i žrtve,
4. vršenje usluga u korist društvene zajednice ili za drugu osobu od strane maloljetnog učinioca krivičnog djela,
5. povraćaj ukradene imovine,
6. popravljavanje, odnosno otklanjanje štete nastale na imovini države od strane maloljetnog učinioca krivičnog djela,
7. porodični tretmani, odnosno konferencije,
8. formalni i neformalni diverzion programi u okviru lokalne zajednice (oni ponekad uključuju i razne programe odvikavanja maloljetnog učinioca krivičnog djela od narkotika, alkohola itd.).

Razmatranje mogućnosti primjene ovih programa, u pravilu je u nadležnosti policije (dakle, dešava se u fazi predkrivičnog postupka), a primjenom ovih programa maloljetni učinilac izbjegava vođenje formalnog krivičnog postupka.

ZAKLJUČAK

Danas sve savremene zemlje u svijetu u svojim maloljetničkim krivičnim zakonodavstvima predviđaju pored posebnih krivičnih sankcija i posebne krivičnopravne mjere, odnosno neformalne, parapenalne ili *sui generis* mjere koje se primjenjuju prema maloljetnim učinicima krivičnih djela. To su mjere koje se primjenjuju prema maloljetnicima prema kojima se vodi sudski postupak, ali ih je potrebno odvratiti od institucionalizacije ili primjene institucionalnog tretmana²³. U ove mjere uobičajeno se ubrajaju: novčana kazna; naknada, odnosno popravljivanje štete; povraćaj stvari, odnosno poravnanje maloljetnika sa oštećenim; različiti modaliteti ličnog izvinjenja maloljetnika oštećenom licu; uslovni otpust; nalozi, odnosno raznovrsna uputstva za liječenje, odnosno podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti maloljetnika; nalozi za različite oblike staranja, savjetovanja ili nadzora nad maloljetnikom; nalozi koji se odnose na redovno obrazovanje, odnosno redovno zapošljavanje maloljetnika, te nalozi kojima se maloljetni učinilac krivičnog djela obavezuje na obavljanje raznovrsnih modaliteta društvenokorisnog, odnosno opštekorisnog rada za dobro lokalne ili društvene zajednice uopšte. Primjena alternativnih mjera, odnosno njihov sadržaj, te vrsta konkretne obaveze maloljetnog učinioca krivičnog djela zavisi od niza faktora: pravnog sistema zemlje u kojoj se alternativne mjere primjenjuju, zatim socijalnog i imovinskog stanja maloljetnika i njihovih porodica, broja volontera i organizacija koje su spremne da bez naknade sprovedu alternativne mjere, finansijskog stanja konkretne državne, odnosno lokalne zajednice, spremnosti i tradicije u konkretnoj zemlji, odnosno lokalnoj zajednici, edukovanosti i osposobljenosti službenih učesnika u postupku njihovog izricanja i dr.

LITERATURA:

- Cohen, A. K., *Kriminelle Jugend*, Hamburg, 1961. godine.
- Jovašević, D., Stevanović, Z., *Primena alternativnih mera za maloletnike u krivičnom pravu*, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, broj 1-2/2009. godine.
- Jovašević, D., *Položaj maloletnika u krivičnom pravu*, Niš, 2010. godine.
- Jovašević, D., *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2010. godine.
- Konstantinović-Vilić, S., Kostić, M., *Penologija*, Niš, 2006. godine.
- Konstantinović-Vilić, S., Kostić, M., *Diverzioni modeli i alternativne krivične sankcije prema maloljetnicima u sukobu sa zakonom*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, broj 50/2007.
- Mitrović, Lj., *Sistem kaznenih sankcija u Republici Srpskoj*, Međunarodno udruženje naučnih radnika – AIS – Banja Luka, 2012. godine.
- Nikolić, Z., *Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela – stvarne ili prividne promene – šest meseci posle*, Zbornik radova, Novo krivično zakonodavstvo: dileme i problemi u teoriji i praksi, Beograd, 2006. godine.
- Schaffstein, F., *Jugendstrafrecht*, Stuttgart, 1998. godine.
- Simović, M. i drugi, *Maloljetničko krivično pravo*, Pravni fakultet u Istočnom Sarajevu, 2013. godine.
- Soković, S., *Osnovne karakteristike izvršenja krivičnih sankcija izrečenih maloletnim učiniocima krivičnih dela*, Međunarodni naučni skup: Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije, Beograd, 2008. godine.
- Perić, O., *Alternativne mere i sankcije u novom krivičnom zakonodavstvu o maloletnicima*, Bilten Okružnog suda u Beogradu, Beograd, broj 69/2005. godine.
- Pru, Ž., *Kanadski zakon o krivičnom gonjenju maloletnika*, Međunarodni naučni skup: Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije, Beograd, 2008. godine.

²³ S. Konstantinović-Vilić, M. Kostić, *Penologija*, Niš, 2006. godine, str. 303.

Radulović, Lj., *Vaspitni nalozi kao posebne mere reagovanja prema maloletnim učiniocima krivičnih dela (svrha, vrste i izbor)*, Međunarodni naučni skup: Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije, Beograd, 2008. godine.

Raison, A., *Le Statut des mineurs et des majeurs proteges*, Paris, 1978. godine.

Propisi:

Zakon o zaštiti i postupanju sa djecom i maloljetnicima u krivičnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 13/2010.

Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Službeni glasnik Republike Srbije, broj 85/2005.

Krivični zakonik Republike Crne Gore, Službeni list Republike Crne Gore, br. 70/2003; 13/2004; 47/2006; 40/2008 i 25/2010.

Zakon o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku, Službeni list Crne Gore, broj 64/2011.

Zakon za maloljetnička pravda, Služben vesnik na Republika Makedonija, br. 87/2007; 103/2008; 161/2008 i 145/2010.

Pravilnik o primjeni mjere policijskog upozorenja, Službeni glasnik Republike Srpske, broj 117/2010.

Ljubinko Mitrović

Faculty of Law

Pan-European APEIRON in Banja Luka

Educational Recommendations and Their Applications in Comparative Law

Abstract: A system of juvenile criminal sanctions, especially system-specific, so-called. alternative, informal, sui generis criminal measures now apply to juvenile offenders is one of the most if not the most important issue of juvenile criminal substantive law in general. This system is characterized by its structure, objectives, conditions of application, but certainly by his constant changes to the establishment of new measures and sanctions, and the disappearance of some, often many years applied krivičnih sanctions, criminal or special measures. It is indisputable that today in all modern countries in the world a special place in the system of criminal sanctions or measures parapenalnog character takes up exactly the system of educational recommendations or corrective orders, and educational guidance. So, this is an entirely new form of reaction or intervention of the modern state of deviant or socially unacceptable behavior of young people in conflict with the law set forth in the specific criminal legislation aimed at more efficient, beneficial and purposeful reaction out of court society, in general, the less serious (the small claim crime). It is the educational recommendations or guidance orders, and their application in today comparative criminal justice system will be discussed in this paper.

Keywords: crime, minors, alternative measures, corrective recommendations.

DOI: 10.7251/GFP1303035B

UDC: 347.447.5

Originalni naučni rad

*Датум пријема рада:
30. мај 2013.**Датум прихватања
рада:
27. јун 2013.*

Уговарање одговорности за штету - проширење, ограничење и искључење

*Проф. др
Илија Бабић
редовни професор,
Факултет за
европске правно-
политичке студије
у Новом Саду,
Универзитет
„Сингидунум“*

Sažetak: Уговорне стране се могу споразумети да дужник, у случају повреде уговора или друге облигације, одговара и за ону штету која није предвиђена диспозитивним одредбама ЗОО – уговорно проширење одговорности за штету. Уговором о ограничењу или искључењу одговорности за уговорну штету, спречава се настанак обавезе накнаде будуће штете. У раду аутор ове институте подробније излаже, критички и синтетички анализира те предлаже могућа решења нејасних правних ситуација.

Кључне речи: уговорна одговорност; проширење одговорности; ограничење одговорности; искључење одговорности; грађанска одговорност за штету.

УВОД

Дужник одговара повериоцу за штету која му је проузрокована ако не испуни облигацију савесно и у свему како она гласи. Најчешће дужник повређује уговор због чега је целокупна одговорност за штету због повреде било које облигације названа уговорна одговорност за штету.¹ Уговорна одговорност дужника за штету настаје ако су се кумулативно стекле следеће чињенице: 1. ако између пове-

¹ Медић Д., *Реправе из грађанског и пословног права*, Факултет правних наука, Паневропски универзитет АПЕИРОН, Бања Лука и Удружење правника Републике Српске, Бања Лука 2007, стр. 195.

риоца и дужника већ постоји облигациони однос, 2. да дужник није испунио обавезу или је задоцнио са њеним испуњењем, 3. да је због неиспуњења или задоцњења у испуњењу обавезе дужника поверилац претрпео штету, 4. да не постоје околности које ослобађају дужника од одговорности за штету (члан 263. ЗОО).²

На накнаду уговорне штете примењују се одредбе ЗОО које регулишу накнада вануговорне штете (члан 269. ЗОО). У складу са овом одредбом, суд ће, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете, досудити потпуну накнаду уговорне штете повериоцу. Потпуна накнада штете је износ који је потребан да се материјална ситуација повериоца доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње (члан 190. ЗОО).

Облигационо право засновано је на начелу аутономије воље – могућности страна у облигационом односу да своје односе уреде по својој вољи. Ова слобода уговорних страна ограничена је принудним прописима, јавним поретком и добримо обичајима (члан 10. ЗОО). Вануговорна одговорност за штету регулисана је претежно императивним одредбама ЗОО. Унапред се не зна између којих лица штета може настати тако да је по природи ове штете искључена могућност закључења уговора о њеном проширењу, ограничењу или искључењу. Сматра се, осим тога, да би било неморално једнострано искључити будућу вануговорну обавезу накнаде штете од стране оног који би могао да учини грађански деликт.³ Када је вануговорна штета већ настала диспозитивне норме допуштају да поверилац и дужник уговором регулишу промену или престанак овог облигационог односа.⁴

Питање је да ли уговорне стране, у складу са начелом аутономије воље, могу својом вољом уговорну одговорност за штету регулисати другачије од правила из члана 190. ЗОО - потуне накнаде штете? Одговор је потврдан – стране из облигационог односа могу својим споразумом уредити уговорну одговорност за штету супротно допунско диспозитивним одредбама ЗОО. Насупрот томе, будућа вануговорна обавеза накнаде штете не може се уговором искључити или ограничити. Такав уговор или одредбе у уговору биле би ништаве.⁵

ПОЈАМ ПРОШИРЕЊА, ОГРАНИЧЕЊА ИЛИ ИСКЉУЧЕЊА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ

Споразум којим се на другачији начин, од допунско диспозитивних одредаба ЗОО, регулише уговорна одговорност за штету закључују потенцијални дужник и потенцијални поверилац накнаде штете.⁶ Уговорне стране се могу споразумети да

² Поједини правни писци наводе следеће претпоставке одговорности за уговорну штету: 1. постојање уговора или друге правно-пословне везе, 2. неиспуњење или делимично неиспуњење дужникове обавезе, 3. штета нанесена повериоцу, 4. постојање узрочне везе и 5. постојање противправности, односно непостојање неке од околности која допушта ослобађање дужника од одговорности - Црнић И., *Одштетно право I део*, Згомбић и Пертнери, Загреб 2008, стр. 421.

³ Цигој С., Грађанска одговорност, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада, том први*, НИУ „Службени лист СФРЈ“, Београд 2012, стр. 452.

⁴ Кларић П, Ведриш М., *Грађанско право*, Народне новине, Загреб 2009, стр. 606.

⁵ Цигој С., *исто*.

⁶ Радишић Ј., *Имовинска одговорност и њен досег*, Институт друштвених наука, Центар за правна и политиколошка истраживања, Београд 1979, стр. 131

дужник, у случају повреде уговора или друге облигације, одговара и за ону штету која није предвиђена диспозитивним одредбама ЗОО – уговорно проширење одговорности за штету. Оне могу постићи споразум којим се одређује највиши износ накнаде штете (тј. да се одговорност дужника накнаде штете ограничи на тај износ, иако је поверилац претрпео штету у већем износу) или да се обавеза накнаде штете дужника своди на поједине видове шете или да се не примењује законска претпоставка о одговорности дужника за штету итд. Осим тога, уговорне стране могу уговорити да искључе одговорност дужника до извесне мере односно за поједине видове штете.

РАЗГРАНИЧЕЊЕ

Споразум о проширењу, ограничењу или искључењу одговорности за уговорну штету сличан је пристанку оштећеника и отпуштању дуга.

Отпуштање дуга је један од начина престанка облигације на основу споразума повериоца и дужника да обавеза престане иако није испуњена. Отпуштање дуга не настаје ако поверилац изјави дужнику да неће тражити њено испуњење ако се дужник са тиме не сагласи (нпр. дужник може имати интереса да дуг испуни због тога што је дуг већ застарео или је уговор из кога поверилац отпусти дуг ништав, или би за дужника опроштај дуга представљао повреду његовог угледа). Може се, према томе, отпустити потраживање које је према одређеном дужнику настало.⁷ Супротно томе, споразум о проширењу, ограничењу или искључењу уговорне одговорности за штету има за предмет облигацију (обавезу накнаде штете) која евентуално може настати (у будућности). Ако су уговорне стране, после настанка уговорне штете закључиле уговор на основу кога дужник није дужан да накнади проузроковану штету у целини или делимично, настао је уговор о отпуштању дуга.⁸

Пристанак оштећеника је споразум две стране којом једна страна дозвољава другој предузимање неке радње (нерадње), која није законом забрањена, на своју штету (вид. члан 163. ЗОО). У складу са начелом *valenti non fit iniuria* пристанак оштећеног на штету искључује и противправност радње (нерадње) и штете.⁹ Пристанак оштећеног је споразум којим се оштећени – поверилац обавезује дужнику штете да неће захтевати накнаду штете која је настала предузимањем одређене радње (нерадње). У споразуму којим се проширује, ограничава или искључује одговорност за штету таква сагласност се не постиже. Дужник који не испуни облигацију или задоцни са њеним испуњењем, иако је закључио уговор о проширењу, ограничењу или искључењу одговорности за уговорну штету, извршава противправну радњу.¹⁰

⁷ Споразум о отпуштању дуга је неформалан. Стога се усменим споразумом може отпустити дуг из правног посла за кога је прописана обавезна писана форма (нпр. уговора о грађењу - члан 630. став 2. ЗОО). Враћање залог и одрицање од других средстава којим је било обезбеђено испуњење обавезе, не значи одрицање повериоца од права да тражи испуњење (вид: чл. 344 и 345. ЗОО) – вид: Бабић И. *Облигационо право – општи део*, Факултет за европске правно-политичке студије и Службени гласник, Београд 2009, стр. 317.

⁸ Перовић С., Стојановић Д., *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, Културни центар Горњи Милановац, Правни факултет Крагујевац, 1980, стр. 765.

⁹ Вид: Благојевић Т. Б, Круљ В., *Коментар Закона о облигационим односима, том I*, Савремена администрација, Београд 1980, стр. 463.

¹⁰ Радишић Ј., н. д., стр. 132.

ПОЈАМ И ПРИРОДА УГОВОРА

Уговор (споразум) о проширењу, ограничењу или искључењу одговорности за штету често чини саставни део другог самосталног уговора између истих уговорних страна. У том случају стране у уговор уносе једну или више одредаба (клаузула) о проширењу, ограничењу или искључењу одговорности за уговорну штету. Ове одредбе су, стога уговорног карактера и не могу бити унесене у уговор без претходне сагласности уговорних страна.¹¹

Поверилац и дужник из неког постојећег основног облигационог односа могу накнадно закључити уговор о проширењу, ограничењу или искључењу одговорности за штету. Уобичајено је да се постојећи основни уговор допуњава одредбама који регулишу проширење, ограничење или искључење одговорности за штету (која може настати у будућности) у виду анекса (додатка) основном уговору.¹²

Уговорне стране могу закључити и посебан уговор којим регулишу питања проширења, искључења или ограничења одговорности за штету – „чисти споразум о искључењу одговорности“¹³. Овај уговор је самосталан уговор и одвојен од основног уговора. Повредом основног уговора настала би уговорна штета која је одвојеним уговором проширује, ограничава или искључује.

Уговором се може ограничити или искључити сопствена али и туђа одговорност за уговорну штету. Једна страна може са другом постићи споразум којим се ограничава или искључује одговорност трећег лица за штету која може бити проузрокована другој страни.¹⁴ У овом случају настаје уговор у корист трећег. Трећи, међутим, не мора прихватити овај уговор. Све док трећи не изјави да прихвата уговор о ограничењу или искључењу његове одговорности, уговарач користи за трећег може га опозвати или изменити (члан 150. став 1. ЗОО).

Споразум две стране не може обавезати треће лице којим би се његова одговорност проширила и на правну ситуацију за коју он не одговара. Уговор ствара права и обавезе за уговорне стране. Допуштено је уговорити право у корист трећег, ако треће лице изјави да то прихвата, али се трећем лицу не могу наматнути и обавезе (чл. 148. и 153. став 1. ЗОО). Проширење одговорности се, према томе, настаје само уговором повериоца и дужника и може теретити само дужника а не и треће лице.

Спорна је правна природа уговора о ограничењу или искључењу одговорности за штету. Истичу се два мишљења. По једном мишљењу споразум о ограничењу или искључењу одговорности представља располагање потраживањем које ће настати у будућности, док по другом мишљењу овим споразумом се спречава настанак потраживања.¹⁵ Ако се прихвати прво мишљење, уговор о ограничењу или искључењу одговорности закључује се, уствари, под условом (да настане). Уколико уговорна штета

¹¹ Перовић С., Стојановић Д., н. д., стр. 763.

¹² О анексу уговора вид: Бабић И., *Лексикон облигационог права*, Службени гласник, Београд 2008, стр. 24.

¹³ Радишић Ј., *исто*.

¹⁴ Вид. чл. 148 – 153. ЗОО.

¹⁵ Радишић Ј., н. д., стр. 132. и 133.

настане уговор о ограничењу или искључењу одговорности производи дејства располагања тим потраживањем. Супротно овој правној конструкцији, уверљивије је јесте друго мишљење - уговором о ограничењу или искључењу одговорности за уговорну штету, спречава се настанак обавезе накнаде будуће штете.

ФОРМА УГОВОРА

Уговор о проширењу, искључењу или ограничењу одговорности подлеже начелу консенсуализма и неформалности. Правило је да законом прописана форма или уговорена форма која је услов пуноважности уговора обавезује уговорне стране под претњом ништавости (чл. 67. став 1, чл. 69. став 1. и чл. 70. ЗОО). Све доцније измене и допуне уговора (или друге облигације), за који је закон прописао форму, а она је битан услов његове пуноважности, морају бити учињене у тој форми. Споразум о проширењу, ограничењу или искључењу обавезе накнаде уговорне штете не може се уврстити у споредне тачке уговора. Стога се на доцније усмене погодбе не могу применити одредбе члана 67. став 3. ЗОО - о пуноважности доцнијих усмених допуна о споредним тачкама о којима у уговору који је формалан по закону ништа није речено. Пуноважне су, међутим, доцније усмене погодбе којима се смањују или олакшавају обавезе једне или друге стране, ако је законска форма прописана само у интересу уговорних страна (члан 67. став 4. ЗОО). Тако је пуноважан доцнији усмени споразум уговорних страна о искључењу или ограничењу одговорности за уговорну штету која може наступити. Супротно томе, доцнији уговор о проширењу одговорности дужника за уговорну штету мора бити закључен у законској форми која је прописана за основни уговор или другу облигацију, јер се њиме не смањују нити олакшавају обавезе једне или друге стране.

Када је уговорена форма битан услов пуноважности уговора, он може бити раскинут, допуњен или на други начин измењен и неформалним споразумом (члан 69. ЗОО). Пуноважан је, сходно томе, доцнији усмени споразум уговорних страна о проширењу, ограничењу или искључењу уговорне одговорности за штету.

Уговор о проширењу, искључењу или ограничењу одговорности дужника за уговорну штету је изузетно резултат преговарања уговорних страна. Дужник евентуалне (будуће) штете је, по правилу, економски јача страна која унапред припрема адхезионе уговоре односно опште услове уговора.¹⁶ Уговори или клаузуле о проширењу, искључењу или ограничењу одговорности које намеће једна уговорна страна другој производи дејство ако је саопштена јасно и недвосмислена. Нејасна и двосмислена изјава тумачи се на штету дужника (*In dubio contra proferentem*) - оног који је ту изјаву дао.¹⁷ Ову изјаву, осим тога, мора сазнати и прихватити поверилац. Стога се адхезиони уговори или општи услови морају се објавити на уобичајени начин и обавезују уговорну страну ако су јој били познати или морали бити познати у часу закључења уговора (члан 142. ст. ст. 2. и 3. ЗОО).

¹⁶ О адхезионим и општим условима вид: Бабић И.; н. д., стр. 78; Благојевић Б. Т., *Уговори по пристанку*, Привредник, Београд 1934, стр. 27 – 47; Вилус Ј., *Општи услови формуларних уговора*, Савремена администрација, Београд 1976, стр. 13 – 33.

¹⁷ Радишић Ј., н. д., стр. 133.

УГОВОР О ПРОШИРЕЊУ ОДГОВОРНОСТИ

Уговором се може одговорност дужника проширити и на правне ситуације за које он иначе не би одговарао (члан 264. став 1. ЗОО).¹⁸ Одредбама члана 263. ЗОО прописано је да се дужник ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи. Није потребно да наступи виша сила да би била основ за ослобађање дужника од одговорности за штету. Довољно је да одређени дужник није могао да испуни своју обавезу због околности које није могао спречити, отклонити или избећи.¹⁹ Ове околности су објективног карактера – настале су против воље дужника и његовог понашања.²⁰ Понашање и пажња дужника се, због тога, пореди са пажњом доброг домаћина или доброг привредника (члан 18. став 1. ЗОО). Уколико се дужник, после закључења уговора, није понашао као добар домаћин или добар привредник неће се ослободити одговорности за штету. Дужник ће се ослободити обавезе накнаде уговорне штете ако постоји било која од наведених објективних околности које није могао спречити, отклонити или избећи. Постојање околности због којих није испунио своју обавезу или је задоцнио у њиховом испуњењу доказује дужник.²¹

Уговором о проширењу одговорности дужник се може обавезати да одговара за вишу силу или случај или да одговара и за оне околности које није могао спречити, отклонити или избећи (члан 263. ЗОО). Тако, комисионар одговара за избор заменика у обављању свог посла. Он своју одговорност, међутим, може проширити и обавезати се комитенту да ће одговарати и за испуњење обавезе свог сауговорача (комисион делкредере) – чл. 781 и чл. 772, а у вези са чланом 753. став 3. ЗОО. У случају да дужник ипак није испунио своју обавезу из проширене одговорности или је задоцнио са њим испуњењем, одговара повериоцу за штету коју му је проузроковао.

Уговорне одредабе о проширеној одговорности дужника пуноважне су ако нису супротне начелу савесности и поштења (члан 164. став 2. ЗОО). Стране су, наиме, у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа дужне да се придржавају начела савесности и поштења (члан 12. ЗОО). Начело савесности и поштења је правни стандард који обавезује стране да га поштују у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа. Ово начело, изражено у члану 12. ЗОО, је императивне природе те се мора поштовати у сваком облигационом односу.

¹⁸ Тако је Врховни суд Федерације БиХ, у одлуци Пж 275/97 од 23. 12. 1997, полазећи од члана 264. ЗОО, заузео следећи став: „Закупац не одговара за пропаст закупљене ствари, ако ствар није употребљавао противно уговору и намјени ствари, те ако је поступао са пажњом доброг привредника, уколико уговором није проширена његова одговорност“ - Станишић С., *Објективна одговорност за штету*, Паневропски универзитет „Апеирон“ у Бања Луци, Бања Лука 2012, стр. 603. и 604.

¹⁹ Такав став је усвојен и у судској пракси: „Одредбом чл. 263. ЗОО прихваћен је субјективни критериј ослобађајућих околности које дужник није могао спречијечити, отклонити или избећи, те да су настале након склапања уговора“ (одлука Врховног суда Хрватске II Рев 96/86 од 6. 11. 1988, Станишић С., н. д., стр. 601.

²⁰ Овај став је изражен и у старијој судској пракси: „Немогћност испуњења обавезе, односно немогућност испуњења обавезе у року, мора бити посљедица околности насталих послје склапања уговора, које су наступиле мимо воље дужника и његовог понашања. Оне могу бити вањског подријетла као нпр. поплава - члан 263. ЗОО“ (одлука Врховног суда Хрватске Рев 1654/80 од 27. 11. 1980, Станишић С., н. д., страна 501)

²¹ Перовић С., Стојановић Д., н. д. стр. 762.

О кршењу начела, које има за последицу ништавост правног посла, суд води рачуна по службеној дужности. Поштујући ово начело и односе поверења, страна у облигационом односу мора узети у обзир интересе друге стране, и настојати да све спорове решава усаглашавањем, посредовањем или на други миран начин (члан 19. ЗОО).

ОГРАНИЧЕЊЕ И ИСКЉУЧЕЊЕ ОДГОВОРНОСТИ

Појам. Границе искључења и ограничења

Стране су у облигационом односу су слободне да своје односе уреде по својој вољи. Ова аутономија воље уговорних страна ограничена је принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима (члан 10. ЗОО). У оквиру дозвољених граница поверилац и дужник из било ког облигационог односа (а то је у правном животу најчешће уговор) могу одговорност за будућу штету која из њега доцније може проizaћи ограничити или искључити. Поред општег ограничења којим су подвргнути поверилац и дужник приликом уговарања ограничења и искључења одговорности, важе и посебна ограничења прописана у члану 265. ЗОО.

Уговор којим се одговорност дужника за уговорну штету искључује или ограничава производи дејства ако је закључен пре него што је настала штета коју уговор има у виду. Споразум о ограничењу или искључењу одговорности за штету уговорне стране најчешће уносе у основни уговор. Ове одредбе називају се егзонерационе клаузуле.²² Закон о облигационим односима забрањује споразум којим би се потпуно искључила одговорност дужника за уговорну штету. Допуштено је искључење и ограничење одговорности дужника за уговорну штету до извесне мере.²³ Супротно томе, члан 163. ЗОО дозвољава да стране постигну споразум о потпуном искључењу деликтне одговорности за штету – једна страна може дозволити другој да јој проузрокује штету и да за то уопште не одговара (изузев ако је дала пристанак да јој се учини штета радњом која је законом забрањена – нпр. инкриминисана Кривичним закоником).

У правној науци се истиче да човечије тело и живот не могу бити уопште предмет уговора о искључењу и ограничењу уговорне одговорности.²⁴ Телесни интегритет физичког лица (и остала права личности која из телесног интегритета проистичу) заштићен је, углавном, императивним нормама уставног права, казненог права и грађанског права. Ипак, ако поједине видове права личности регулишу диспозитивне норме, начелно је дозвољено уговором искључити или ограничити одговорност за штету која би настала на појединим личним правима.²⁵

Поједина решења упоредног права

Слична решења усвојена су у појединим великим европским законикима. Тако, Немачки грађански закони (НГЗ)²⁶ одређује да се дужник не може унапред ослобо-

²² Исто, стр. 765.

²³ Цигој С., н. д., стр. 452.

²⁴ Радишић Ј., н. д., стр. 136 и 137; Цигој С., н. д., стр. 453.

²⁵ Вид: чл. 4 - 54. Закона о трансплантацији ћелија и ткива („Службени гласник РС“ бр. 72/09) и чл. 4 - 47. Закона о трансплантацији органа („Службени гласник РС“ бр. 72/09).

²⁶ Немачки грађански законик донесен је 1896. године.

дити одговорности због намере (члан 276. став 2. НГЗ). Према одредбама члана 277. НГЗ онај ко одговара само за пажњу, која се примењује у властитим пословима, „није ослобођен одговорности за губу непажњу“. У том смислу гласи и одредба члана 100. став 1. Швајцарског законика о облигацијама (ШвЗО)²⁷ : „Ништав је сваки споразум који има за циљ да унапред ослободи дужника од одговорности која би га погађала у случају преваре или крајње непажње“. Члан 1229. Италијанског грађанског законика (ИГЗ)²⁸ прописује: „Ништава је свака погодба, која би унапред искључивала или ограничавала одговорност дужника за злу намеру или грубу непажњу“.

Поједини правни писци смарају да се у параграф 879. Општег аустријског грађанског законика (ОАГЗ)²⁹ може уврстити и споразум којим се искључује уговорна одговорност дужника за штету. Такав споразум је ништав ако се „огрешује о неку законску забрану или о благонравље“.³⁰

Искључење одговорности за штету

Ако дужник није могао да испуни своју обавезу услед више силе, он не одговара за штету, с обзиром да је виша сила општи разлог искључења одговорности дужника за штету. Уговорне стране могу уговорити да дужник не одговара за одређене радње и догађаје који представљају случај. Тако, уговорне стране могу постићи споразум да дужник не одговара због задоцњења у испуњењу обавезе услед штрајка запослених, пожара или кvara машина. Одговорност дужника се може искључити и договором да ће дужник одговарати само ако је крив за неиспуњење или задоцњење у испуњењу обавезе за одређене повреде уговора или све повреде уговора.³¹

Члан 265. став 1. ЗОО прописује да се одговорност дужника за намеру или крајњу непажњу не може унапред уговором искључити. Ова правна празнина се попуњава на начин супротан аналогiji – на правне ситуације које ова одредба не обухвата (а сличне су су ситуацијама које она обухвата) примењују се одредба која јој је супротна (*argumentum a contrario*). Тако тумачећи члан 265. став 1. ЗОО произлази да се споразумом страна може искључити уговорна одговорност дужника за обичну непажњу (*culpa levis*), али и за оне случајеве за које дужник одговара по закону иако за то није крив.

Споразум страна који искључује одговорност дужника за намеру или крајњу непажњу је ништав (члан 103. став 1. ЗОО). У том случају поверилац има право на потпуну накнаду штете.³² Заинтересована страна може тужбом захтевати поништење уговорне одредбе о искључењу одговорности за обичну непажњу, ако је такав спора-

²⁷ Швајцарски законик о облигацијама донесен је 1911, а ступио је на снагу 1. јануара 1912. године.

²⁸ Италијански грађански законик донесен је 1942. године.

²⁹ Општи аустријски грађански законик донесен је 1811. године.

³⁰ Вид: Цигој С., н. д., стр. 452; Рушнов А., Тумач Обћем аустријском грађанском законуку, књига друга, Загреб 1893, стр. 328 и 329.

³¹ Перовић С., *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, Савремена администрација 1995. стр. 604.

³² Исти став је усвојен и у судској пракси: „И онда када је уговором предвиђено ограничење обавезе дужника за накнаду штете, вјеровник има право на потпуну накнаду ако је немогућност испуњења обавезе узрокована намјерно или крајњом непажњом дужника“ (одлука Врховног суда Хрватске Рев 1097/88 од 22. 6. 1988, Преглед судске праксе бр. 46 и Станишић С., н. д. стр. 607).

зум произашао из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног односа уговорних страна (члан 265. став 2. ЗОО).

Према решењу члана 100. ст. 2 и 3. ШвЗО судија може, по својој слободној оцени, да прогласи ништавим одредбу уговора која би унапред ослободила дужника сваке одговорности у случају нехата, ако се поверилац, у тренутку кад се одрекао да гони дужника, налазио код њега у служби, или ако одговорност произлази из вршења привредне делатности коју су власти одобриле. Ове одредбе, међутим, не важе на уговор о осигурању.

Члан 1229. став 2. ИГЗ прописује да је ништава и свака претходна одредба о ослобађању или ограничењу одговорности за случајеве у којима радњу дужника или његових помоћника представља повреду обавеза утврђених јавним поретком.

За поједине облигационе односе ЗОО је императивним нормама прописао да нису пуноважне одредбе о искључењу или ограничењу одговорности дужника. Тако лице на које пређе на основу уговора нека имовинска целина физичког или правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно њен део, поред дотадашњег имаоца и солидарно с њим, али само до вредности њене активе. Ништава је и нема правног дејства према повериоцима одредба уговора којим би се ова одговорност искључивала или ограничавала (члан 452. ЗОО).

Извођач и пројектант одговарају за недостатак у изградњи грађевине и за земљиште и та њихова одговорност се не може уговором искључити ни ограничити (члан 644. ЗОО). Такође, члан 727. ЗОО прописује да су ништаве објаве угоститеља истакнуте у просторијама којима се искључује, ограничава или условљава његова одговорност за ствари које су гости донели. Ове одредбе се сходно примењују и на болнице, гараже, кола за спавање, организоване кампове и сл.³³

Закон о облигационим односима за одређене правне односе допушта споразумно ограничење или искључење одговорности за уговорну штету у одређеним границама. Продавац и купац могу споразумом ограничити или сасвим искључити продавчеву одговорност за материјалне недостатке ствари. Овај споразум је ништав ако је недостатак био познат продавцу, а он о њему није обавестио купца, као и кад је продавац наметнуо ту одредбу користећи свој посебан монополски положај (члан 486. ст. 1. и 2. ЗОО). Одговорност продавца за правне недостатке може се уговором ограничити или сасвим искључити. Ове одредбе уговора су ништаве ако је у време закључења уговора продавцу био познат или му није могао остати непознат неки недостатак у његовом праву (члан 513. ЗОО). Такође, одговорност за материјалне недостатке закупуљене ствари може бити уговором искључена или ограничена само у границама одређеним чланом 576. став 2. ЗОО. У супротном такав уговор је ништав.

Ограничење одговорности за штету

Одговорност дужника за штету може се уговором ограничити тако да се се одреди највиши износ накнаде до кога одговара дужник. Одредбе о ограничењу одговорности

³³ Вид: Бабић И., *Уговор о угоститељској остави*, Службени лист СР БиХ, Сарајево 1988, стр. 117 – 121 и стр. 152 – 180.

дужника су пуноважне ако испуњавају следеће претпоставке: 1. да износ на који је ограничена одговорност дужника није у очигледној несразмери са штетом која је доцније наступила, 2. да дужник није штету проузроковао намерно или грубим непажњом и 3. да за одређени случај није што друго законом одређено (члан 265. ст. 3. и 4. ЗОО).³⁴ Дужник се, према одредбама члана 263. ЗОО, ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи. Ако се уговор испуњава са више престација у различито време, стране могу за сваку престацију посебно одредити највиши износ штете.³⁵ Уговором се ова одговорност дужника, ако уговор није уредно испуњен, може ограничити и пребацивањем терета доказивања са дужника на повериоца. Поверилац, као оштећена страна лакше може доказати наступање штете него друга страна.³⁶ Уговорне стране могу постићи споразум да дужник неће одговарати за обичну непажњу (него за намеру или грубу непажњу) услед које је проузрокована штета.

Стране могу предвидети да ће у случају повреде уговора дужник одговарати само за обичну штету а не и измаклу корист. У функцији ограничења одговорности дужника може се појавити и уговорна казна. Поверилац и дужник могу уговорити да ће дужник платити повериоцу одређени износ новца (или му прибавити неку другу корист) ако не испуни своју обавезу или ако задоцни са њеним испуњењем (члан 270. ЗОО). Осим тога, стране могу ограничити одговорност дужника на висину уговорне казне. Ако је наступила штета повериоцу у износу већем од износа уговорне казне, поверилац нема право на разлику до потпуне накнаде штете.

Висина уговорне казне може бити одређена општим условима, пословним обичајима и узансама. Тако узанса број 52. Посебних узанси о грађењу³⁷ прописује да уговорна казна износи 1 (1 промил) од укупне уговорене цене радова за сваки дан закашњења ако се радови не заврше у предвиђеном року, с тим што износ тако одређене уговорне казне не може да пређе 5% од укупне цене радова.³⁸

Поверилац и дужник одређују уговором највиши износ накнаде штете вођени аутономијом воље. Стране морају поштовати општа ограничења ове воље (члан 10. ЗОО) али и посебна одређена чланом 265. став 3. ЗОО. Наиме, пуноважна је одредба уговора којом се одређује највиши износ накнаде штете, „ако тако одређени износ није у очигледној несразмери са штетом“. Очигледна несразмера постоји ако је уговором

³⁴ Тако је у пресуди Врховног суда БиХ Пж 273/86 од 10. 12. 1986 (Билтен ВС БиХ и Станишић С. н. д., стр. 605. и 606) заузет став: „Када су странке уговором о продаји стана утврдиле да ће продавац, уколико у уговореном року не преда купцу стан, бити дужан да накнади штету у висини тржишне вриједности новог стана исте површине у вријеме када је стан требао предати, купац не може захтијевати накнаду по цијенама новог стана у вријеме пресуђења“.

³⁵ „Оштећени може за једну радњу кршења уговорне обавезе остварити само онај износ накнаде који представља уговором прописану штету по том основу, али не може кумулирати све износе накнада штете прописане за случај кршења других уговорних обавеза неком другом радњом штетника“ (Решење Врховног суда Србије, Прев. 727/2001 и Пзз. 3/2002 од 13. 2. 2002. године - Судска пракса трговинских судова, бр. 2/2002 - стр. 112).

³⁶ Вид: Цигој С., *исто*.

³⁷ „Службени гласник СФРЈ“, број 18/77.

³⁸ На облигационе односе примењују се узансе ако су стране у облигационим односима уговориле њихову примену или ако из околности произлази да су њихову примену хтеле (члан 21. став 2. ЗОО).

предвиђени износ накнаде штете очигледно виши или нижи од штете коју је једна страна претрпела. У том случају се тужбом може захтевати поништење наведених одредаба уговора. Није пуноважна ни одредба уговора о ограничењу висине накнаде штете ако је закон одредио другачији вид накнаде штете за одређени случај (нпр. прописао је пенале – члан 276. ЗОО или затезну камату – члан 277. ЗОО).³⁹ Уговорне стране могу пуноважно ограничити висину накнаде штете само ако је дужник штету због неиспуњења обавезе причинио обичном непажњом (*culpa levis*). Уговарање највишег износа накнаде штете до које може одговорати дужник може утицати на његову пажњу тако да она постане мања или изостане. Због тога је ЗОО предвидео последице немогућности неиспуњења уговора проузроковане намером или крајњом непажњом дужника.⁴⁰ Сходно томе, ништава је одредба уговора према којој дужник неће одговарати за штету због неиспуњења обавезе намерно или крајњом (грубом) непажњом дужника (*culpa lata*) – члан 265. став 4. ЗОО. Дужник одговара за кривицу свог законског заступника и за лица којима се служи у испњавању својих обавеза у истом обиму као и за сопствену кривицу (вид. члан 278. НГЗ)⁴¹. У случају да су уговорене ништаве одредбе поверилац има право на потпуну накнаду штете због неизвршења основне обавезе.

ЛИТЕРАТУРА

- Бабић И., *Облигационо право – општи део*, Факултет за европске правно-политичке студије и Службени гласник, Београд 2009.
- Бабић И., *Лексикон облигационог права*, треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2008.
- Бабић И., *Уговор о угоститељској остави*, Службени лист СР БиХ, Сарајево 1988.
- Благојевић Т. Б, Круљ В (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима, том I*, Савремена администрација, Београд 1980.
- Благојевић Б. Т., *Уговори по пристанку*, Привредник, Београд 1934.
- Вилус Ј., *Општи услови формуларних уговора*, Савремена администрација, Београд 1976.
- Кларић П, Ведриш М., *Грађанско право*, Народне новине, Загреб 2009
- Медић Д., *Расправе из грађанског и пословног права*, Факултет правних наука, Паневропски универзитет АПЕИРОН, Бања Лука и Удружење правника Републике Српске, Бања Лука 2007.
- Перовић С., Стојановић Д., *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, Културни центар Горњи Милановац, Правни факултет Крагујевац 1980.
- Перовић С (главни редактор), *Коментар Закона о облигационим односима, књига прва*, Савремена администрација 1995.
- Радишић Ј., *Имовинска одговорност и њен досег*, Институт друштвених наука, Центар за правна и политиколошка истраживања, Београд 1979.
- Рушнов А., Тумач Обћем аустријском грађанском законнику, књига друга, Загреб 1893.
- Слакопер З, Горенц В. уз сарадњу Бувача Б. М, *Обвезно право – опћи дио*, Нови информатор, Загреб 2009.

³⁹ Затезну камату дугује дужник ако задоцни са исплатом новачане обавезе (главнице).

⁴⁰ Слакопер З, Горенц В. уз сарадњу Бувача Б. М, *Обвезно право – опћи дио*, Нови информатор, Загреб 2009, стр. 396.,

⁴¹ Члан 1229. став 2. ИГЗ прописује да је ништава и свака претходна погодба о ослобађању или ограничењу одговорности за случајеве у којима радња дужника или његових помоћника сачињава повреду обавеза које потичу из правила јавног поретка.

Станишић С., *Објективна одговорност за штету*, Паневропски универзитет „Апеирон“ у Бања Луци, Бања Лука 2012.

Цигој С., Грађанска одговорност, одредница у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том први, НИУ „Службени лист СФРЈ“, Београд 1978.

Црњић И., *Одштетно право I дио*, Згомбић и Пертнери, Загреб 2008.

Ilija Babić

Professor at the Faculty of European Legal and Political Studies, Novi Sad

“Singidunum” University

Agreement on Liability- Expansion, Limitation and Exclusion

Summary: An arrangement on expansion, limitation and exclusion of liability for damages can be entered into the main agreement by both debtor and creditor, or can be entered into subsequently, as a separate agreement. As a rule, this arrangement is informal. If the law prescribes or sets the form of the agreement as a condition of its validity, it is obligatory for both parties, or otherwise it can be considered null and void. By means of agreement, contractual liability of a debtor can be expanded to legal situations for which he would not otherwise be liable under identifying provisions of the Law of Obligations. The debtor is free of liability if he proves he could not fulfill his obligation due to circumstances that arose after the agreement had been entered into, and that could not be prevented, eliminated or avoided. By means of arrangement, debtor and creditor can exclude contractual liability of the debtor for mere negligence (*culpa levis*) and those cases where the debtor is liable by law, regardless of his guilt. The arrangement of parties that excludes the debtor's liability for intention or gross negligence is null and void. In that case the creditor has right to damages or full compensation. An interested party can by means of claim demand the abrogation of a contractual provision on exclusion of liability even for mere negligence, if such an arrangement came as a result of a monopoly position of the debtor or in general, from the unequal relationship between the two contractual parties. The provisions on limitation of the debtor's liability are valid: 1. If the amount to which the debtor's liability is limited is not clearly disproportional to the damage that later occurred, 2. If the debtor has not caused the damage intentionally or by gross negligence and 3. If the law prescribes nothing else in this certain case.

Key words: contractual liability; expansion of liability; limitation of liability; exclusion of liability; civil liability for damage

DOI: 10.7251/GFP1303047J

UDC: 343.232(497.11)

Originalni naučni rad

Датум пријема рада:
14. мај 2013.

Датум прихватања
рада:
10. јун 2013.

Проф. др

Драган

Јовашевић

редовни професор,
Правни факултет
Универзитета у
Нишу

Прекршајна одговорност у праву Републике Србије

Апстракт: Као посебна грана казненог права, прекршајно право Републике Србије садржи низ специфичних и оригиналних решења у погледу појмовног одређења прекршаја и прекршајне одговорности. То је и логично јер се на страни учиниоца прекршаја могу наћи различите казте-горије лица : малолетно лице, пунолетно лице, одговорно лице у правном лицу и предузетник – који одговарају сходно начелима субјективне казнене одговорности и правно лице које одговара за учињени прекршај на бази објективне одговорности. Управо у овом раду ће бити размотрени и анализирани бројни појмови везани за појам, елементе, врсте, улогу и карактеристике прекршајне одговорности, односно за основе искључење одговорности у законом предвиђеним случајевима.

Кључне речи: закон, прекршај, учинилац, суд, одговорност, санкција

ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ ПРЕКРШАЈНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Будући да је учинилац прекршаја својом радњом проузроковао последицу у спољном свету која је законом или другим прописом одређена као прекршај, то државно друштво преко органа за вођење прекршајног поступка према таквом лицу треба да изрекне прекршајне санкције. Но, да би се ове санкције као мере друштвеног реаговања

према учиниоцима кажњивих, противправних радњи могле предузети, потребно је утврдити прекршајну одговорност учинилаца таквих деликата. Према томе, за примену прекршајних санкција, у првом реду, казни неопходно је да, поред постојања прекршаја постоји и прекршајна одговорност учиниоца дела¹.

Из овога произлази да је постојање прекршајне одговорности нужан услов за кажњавање учиниоца прекршаја (члан 17. ЗОП). Овако схваћена прекршајна одговорност представља основ за примену санкција само према физичком лицу (укључујући одговорно лице у правном лицу и предузетника) као учиниоцу прекршаја будући да правно лице као учинилац прекршаја одговара на основу објективне одговорности (на бази проузроковања последице до које је дошло радњом или пропуштањем дужног надзора од стране органа управљања или одговорног лица или радњом другом лица које је било овлашћено да поступа у име правног лица)². Прекршајна одговорност³ представља скуп субјективних услова којима се означава психичко стање учиниоца и његов однос према учињеном прекршају. Она се означава као скуп “субјективних услова који карактеришу учиниоца прекршаја као урачунљивог и кривог (виног) учиниоца” (члан 17. ЗОП). Дакле, то је генусни појам који означава урачунљивост и кривицу у свом јединству. Из овако одређеног појма произлази да је прекршајна одговорност субјективна, психичка категорија која је везана за личност учиниоца прекршаја. Она се састоји из два елемента. То су: 1) урачунљивост и 2) кривица (виност) која се изражава у умишљају и нехату.

Урачунљивост⁴ означава постојање таквих психичких својстава код учиниоца прекршаја који га чине способним да схвати значај свога дела и да управља својим поступцима. Кривица (виност) означава постојање одређеног односа учиниоца према свом делу као свом остварењу (члан 18. ЗОП)⁵. И урачунљивост и кривица се могу степеновати, тј. може постојати већи или мањи степен урачунљивости, као и већи или мањи степен кривице зависно од степена и интензитета испољавања субјективних, психичких својстава (свести и воље) учиниоца у конкретном случају. То значи, да је и прекршајна одговорност подложна степеновању. Та чињеница је веома значајна, јер степен одговорности учиниоца, утиче на одмеравање казне учиниоцу конкретног прекршаја. И коначно, прекршајна одговорност учиниоца се утврђује према времену извршења прекршаја. То значи, да и урачунљивост и кривица морају постојати у моменту извршења прекршаја и у односу на конкретно учињено дело.

КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРЕКРШАЈНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Основни елемент прекршајне одговорности за физичко лице јесте урачунљивост (члан 18. ЗОП). Она представља скуп интелектуалних и вољних елемената који чине човека способним да мисли, расуђује и одлучује о својим поступцима и да њима

¹ Д. Јовашевић, Прекршаји којима се повређују савезни прописи, Београд, 2000. године, стр. 5-9.

² Т. Костић, Одговорност за прекршаје у области радних односа, Радни односи и самоуправљање, Београд, број 9/1996. године, стр. 30-46.

³ Д. Јовашевић, Прекршајно право, Ниш, 2012. године, стр. 56-68.

⁴ Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2010. године, стр. 135-139.

⁵ Неки аутори сматрају да кривица означава двоструки однос у кривичном праву и то :прво, психички однос учиниоца према делу и друго, однос друштва према том лицу због учињеног дела. (З. Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд, 2000. године, стр. 164).

управља. Она се састоји из две групе способности. То су⁶: 1) интелектуалне и 2) вољне способности (моћ). Интелектуална способност се састоји у могућности примања утисака о себи и свету око себе, њиховом сређивању, обликовању и задржавању, те у могућности правилног одвијања процеса мишљења, тј. расуђивања и закључивања. Другим речима, интелектуална способност представља способност човека да има свест о ономе што се дешава у њему и око њега, као и о својим поступцима у том збивању. Интелектуалне способности са аспекта урачунљивости значе способност учиниоца прекршаја да схвати значај свога дела, да има представу о њему као друштвено штетном и недозвољеном акту који он остварује својом радњом. То значи да он може да има свест о радњи, последици и узрочној вези између радње и последице, односно о другим обележјима прекршаја. Вољне (волунтаристичке) способности се састоје у могућности да се савладају спољне и унутрашње препреке и да се одлука изврши предузимањем или пропуштањем одређене радње у смислу схватања њеног значаја. Таква могућност да човек натера себе да предузме или пропусти извршење одређене радње, односно дела, представља способност управљања својим поступцима⁷.

У члану 18. ЗОП не одређује се појам урачунљивости, већ појам неурачунљивости која се дефинише као немогућност схватања значаја свога дела или немогућност управљања својим поступцима услед постојања трајног или привременог душевног обољења, друге теже душевне поремећености или заосталог душевног развоја. Неурачунљивост се састоји из три елемента. То су⁸: 1) недостатак интелектуалне моћи (немогућност схватања значаја свога дела), 2) недостатак волунтаристичке моћи (немогућност управљања својим поступцима) и 3) ушевна поремећеност која се може испољити као : а) трајна или привремена душевна болест, б) друга тежа душевна поремећеност или в) заостао душевни развој.

Под душевном поремећеношћу која доводи до неурачунљивости се подразумева стање услед кога је дошло до нарушавања нормалног одвијања психичких процеса код учиниоца прекршаја тако да он услед тога није у могућности да правилно расуђује и одлучује. Душевне поремећености могу бити наслеђене, урођене или стечене. Наслеђене душевне поремећености су оне које су имали родитељи или преци учиниоца дела. Урођене душевне поремећености су пак оне које су настале код плода за време интраутериног живота услед повреда, токсикације и обољења мозга или ендокриних жлезди. Стечене душевне поремећености су оне које су настале за време порођаја и после рођења у току живота. Узроци душевних поремећаја могу да буду органске и психолошко-социјалне природе. Наше прекршајно право познаје три облика душевне поремећености који доводе до неурачунљивости. То су: 1) душевне болести (трајне или привремене), 2) друге теже душевне поремећености и 3) заостали душевни развој. Но, у психијатрији постоје различите класификације патолошких стања која улазе у појам душевне поремећености, тако да нема јединствене категоризације и класификације

⁶ К. Роговић, Закон о прекршајима СР Србије са коментаром, пратећим прописима и обрасцима за практиву примену, Београд, 1979. године, стр. 67-81.

⁷ М. Петровић, Урачунљивост као услов за кривичну одговорност у судској пракси, Бранич, Београд, број 3/1995. године, стр. 16-19.

⁸ Д. Јовашевић, Збирка закона о прекршајима са коментаром и праксом, Београд, 2004. године, стр. 21-23.

која би била опште прихваћена. То је и разлог зашто је законодавац дао шире појмове који означавају само опште видове испољавања душевне поремећености, пружајући тиме могућност да се утврђивање конкретних и специфичних облика врши према са-временим резултатима научног достигнућа психијатрије⁹.

Душевне болести или психозе су обољења централног нервног система (првенствено мозга) која се испољавају у патолошким облицима (поремећајима и процеси-ма) већине психичких функција. Душевне болести представљају органско нарушавање структуре централног нервног система, пре свега нарушавање структуре мозга (посебно коре великог мозга) који представља материјалну основу целокупног психолошког живота човека. С обзиром на временско трајање, душевне болести се деле на: а) трајне и б) привремене. Под трајним душевним болестима подразумева се дуговремена психичка болест, која се спонтано не може исцелити и која упркос лечења савременим медицинским терапеутским методама, остаје неизлечива (схизофренија, епилепсија, прогресивна парализа, параноја). Под привременим душевним болестима подразумева се психичко обољење краћег (привременог или периодичног) трајања, које може спонтано престати или се пак може савременим медицинским лечењем прекинути или залечити. То су обољења која доводе до краћег боловања после чега долази до залечења. С обзиром на узрок, душевне болести се деле на: а) егзогене и б) ендogene. Егзогене су душевне болести које изазивају спољни фактори, који дакле споља делују на организам и чије се дејство може утврдити па се за њих каже да су органски условљена (нпр. трауматске психозе после повреде мозга, прогресивна парализа, епилепсија). Ендogene душевне болести су оне које изазивају унутрашњи узроци као што су : параноја, схизофренија, манично-депресивна психоза или циклотиимија

Друга тежа душевна поремећеност означава поремећење већине психичких функција разума у већем обиму - степену или дужем трајању, које траје док постоји дејство ендogenous проузроковача тог поремећаја или пак траје дотле док се не прекине медицинском помоћи. Такође привремену душевну поремећеност могу изазвати још и афективна стања јаког интензитета која нису патолошког карактера, али која су у стању да потпуно прекину психичке процесе, тј. да доведу до шока. И на крају, заосталост душевног развоја или олигофренија представља психичку неразвијеност која је проузрокована закржљалошћу централног нервног система (првенствено мозга и чула), ненормалношћу ендокриних жлезда или неживљењем у социјалној средини. У заосталост душевног развоја спадају: идиотизам, имбецилитет и дебилност (церебралне олигофреније), затим кретенизам и инфантилност (ендокрине олигофреније) и др. Заосталост душевног развоја је углавном патолошког карактера. Узроци овог стања могу бити бројни и различити. Неки од њих се јављају за време зачећа, други за време трудноће, а трећи за време порођаја и после порођаја у току првих година развоја детета.

⁹ Види: В. Худолин, Психијатријско психолошки лексикон, Загреб, 1968. године; С. Стојиљковић, Психијатрија са медицинском психологијом, Београд, 1968. године; Б. Капамаџија, Судска психијатрија, Нови Сад, 1974. године; Б. Крстић, Судска психијатрија, Горњи Милановац, 1980. године; Д. Јефтић, Судска психопатологија, Београд, 1960. године; З. Ђирић, Основи судске психијатрије, Ниш, 2004. године.

Када се утврди да је неко лице душевно поремећено, то не значи да је оно истовремено и неурачуњливо. Душевна поремећеност не доводи аутоматски до неурачуњливости. Да би такво лице било и неурачуњливо, потребно је да се установи да је оно услед душевне поремећености било у немогућности да расуђује или одлучује. Према томе ако је душевно поремећено лице (тј. лице које је трајно или привремено душевно болесно, привремено душевно поремећено или заосталог душевног развоја) било услед те поремећености у немогућности да расуђује или одлучује, онда је оно неурачуњливо (члан 18. став 1. ЗОП). Немогућност расуђивања учиниоца прекршаја значи немогућност схватања значаја свога дела, а немогућност одлучивања, његову немогућност управљања својим поступцима према садржају свести. Немогућност схватања значаја свога дела означава интелектуалну немоћ једног лица да схвати: а) стварни (реални) и б) друштвени значај дела. То значи да учинилац прекршаја у време предузимања радње није био у могућности да схвати радњу и последицу дела, као и и све околности које чине обележје бића тог дела. Немогућност схватања друштвеног значаја дела значи да не постоји могућност таквог лица да схвати да је његово дело асоцијално, тј. штетно и опасно за друштво. Могућност одлучивања представља моћ управљања својим поступцима сагласно садржају свести. То значи да је могућност одлучивања везана за могућност расуђивања. Заправо, могућност одлучивања се изражава у предузимању вољне радње. То је сложен процес који се састоји у способности да се савладају унутрашње и спољне тешкоће и препреке. Према томе, вољна радња се састоји из два стадијума: а) припремног стадијума који се састоји из претходне свести о циљу и мисаоне акције (просуђивања различитих могућности, одабирања мотива, правца, пута и начина деловања итд.) и б) завршног стадијума који представља извршење донете одлуке.

Неурачуњливост¹⁰ се утврђује у прекршајном поступку уз помоћ вештака лекара-психијатара који дају налаз о постојању стања душевне поремећености и мишљење о могућности, односно немогућности расуђивања и одлучивања. На основу налаза и мишљења од стране вештака - лекара психијатра, прекршајни суд или други орган за вођење прекршајног поступка доноси коначну одлуку о неурачуњливости, смањеној урачуњливости или урачуњливости учиниоца прекршаја.

Но, могуће је да услед неког од стања душевне поремећености могућност за расуђивање и одлучивање не буду искључени у потпуности, већ само делимично, у већој или мањој мери. Тада постоји смањена урачуњливост¹¹. Дакле, смањена урачуњливост је битно смањена способност учиниоца прекршаја да расуђује или одлучује о својим поступцима услед постојања неког од стања душевне поремећености: а) трајне или привремене душевне болести, б) привремене душевне поремећености или в) заосталог душевног развоја. Наиме, између душевног здравља, на коме се базира урачуњливост и душевне поремећености која доводи до неурачуњливости, постоје бројна прелазна стања која доводе до тога да учинилац није ни урачуњлив, ни неурачуњлив.

То ограничење урачуњливости, које се истовремено појављује и као ограничење неурачуњливости, и које се по свом облику и интензитету може јавити у различитим

¹⁰ П. Димитријевић, Д. Јовашевић, Прекршајно право, Београд, 2005. године, стр. 89-94.

¹¹ М. Јелачић, Прекршајно право – теорија и пракса, Београд, 2004. године, стр. 104-105.

степенима назива се смањена урачунљивост¹². Смањену урачунљивост проузрокују иста стања душевне поремећености која иначе проузрокују и неурачунљивост. Наиме, не постоје посебна душевна стања која би била специфична за смањену урачунљивост. Према томе, да ли ће постојати неурачунљивост или битно смањена урачунљивост при постојању стања душевне поремећености (трајне или привремене душевне болести, привремене душевне поремећености или заосталог душевног развоја) зависи од снаге дејства ових стања на моћ расуђивања и одлучивања. Као узроци смањене урачунљивости најчешће се сматрају: психопатије, алкохолизам, наркоманија, неурозе, поремећаји у области воље, осећања, нагона (посебно сексуалних) и афеката, те нека физиолошка стања као што су: старачка сенилност, затворска психоза, трудноћа, порођај, климактеријум и сл.¹³

Правилно је да учинилац није прекршајно одговоран ако је у време предузимања радње извршења прекршаја био неурачунљив. Од овог правила постоји изузетак када се учинилац сам стави у стање неурачунљивости, па изврши прекршај. У таквом случају учинилац је одговоран иако је дело извршио у неурачунљивом стању под условом да се сам ставио у такво стање употребом алкохола или омамљујућих средстава (опојних дрога) ако је у време довођења у такво стање његово дело било обухваћено умишљајем или нехатом (члан 18. став 2. ЗОП). Тај изузетак се назива скривљена неурачунљивост или *actiones liberae in causa*. Израз *actiones liberae in causa* означава радњу која је слободна у одлуци, али не и у извршењу¹⁴. За постојање скривљене неурачунљивости потребно је испуњење следећих услова: 1) да се лице употребом алкохола или омамљујућих средстава само ставља у стање привремене неурачунљивости, 2) да је у време стављања у стање привремене неурачунљивости урачунљиво, тј. способно да схвати значај свога дела или да управља својим поступцима, 3) да је у стању привремене неурачунљивости лице извршило прекршај чињењем или нечињењем са умишљајем или из нехата и 4) да између радње, којом се лице ставља у привремено неурачунљиво стање и последице оствареног прекршаја постоји узрочни однос. Али овај институт не постоји ако је лице било неурачунљиво у време употребе опојних средстава, тј. опијања или када је у опијено стање дошло под дејством принуде, обмане или неотклоњиве заблуде. Такође нема скривљене неурачунљивости када лице употреби веома малу количину алкохола од које се не би могао нико опити ако услед тога дође до патолошког пијанства због постојања неког органског поремећаја (нпр. поремећаја метаболизма) чега оно није свесно¹⁵.

Урачунљивост код учиниоца мора да постоји у време када се он употребом алкохола или омамљујућих средстава (хипнозом, аутосугестијом и сл.) ставља у привремено неурачунљиво стање. Он мора да буде способан да схвати да се употребом ових средстава може опити и да у таквом стању може извршити прекршај, па да

¹² Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр. 49-55; П. Кобељ, Бавцон, Казенски законик з појаснили ин судно праксо, Љубљана, 1970. године, стр. 8.

¹³ М. Јовић, Криминална личност (да ли се рађа или постаје), Лесковац, 1998. године, стр. 235-267.

¹⁴ Ђ. Ђорђевић, Прекршајно право, Београд, 2004. године, стр. 58.

¹⁵ Љ. Јовановић, Кривичноправни третман деликвената алкохоличара у савременом законодавству, 13. мај, Београд, број 12/1965. године, стр. 1033-1044; Д. Јовашевић, Наркоманија као социјално патолошка појава и њен криминогени значај, Београд, 1985. године (магистарски рад, необјављен).

одлучи хоће ли да употреби таква средства или не. Тако кривица за учињено дело постоји ако код њега постоји умишљај или нехат у односу на последицу која је проузрокована у опијеном стању. То значи да одговорност учиниоца прекршаја постоји како за умишљајно, тако и за нехатно скривљену неурачунљивост с тим што се за умишљајну одговара увек, а за нехатну само када закон или други пропис одређују одговорност и за нехат. Но, употребом алкохола, дрога или на други начин учинилац може себе да доведе не у стање неурачунљивости, већ у стање битно смањене урачунљивости. То је случај скривљене битно смањене неурачунљивости.

КРИВИЦА

Кривица или виност је психички однос учиниоца према прекршају као свом делу. Тај психички однос се изражава у постојању свести о радњи, последици, узрочном односу између радње и наступеле последице, те свести о свим околностима учињеног прекршаја, као и у постојању хтења или пристајања на произведену последицу. Овако схваћен појам кривице представља субјективни елеменат прекршаја. Она је дакле, спона која повезује учиниоцеву психолошку личност са прекршајним делом као објективном појавом која је изражена у спољном свету¹⁶. Кривица (виност) је нужна претпоставка за постојање прекршајне одговорности физичког лица, одговорног лица у правном лицу и предузетника као учиниоца прекршаја и њихове кажњивости. Наиме, да би учинилац прекршаја могао бити кажњен за то дело, он мора да има одређени психички однос према делу као свом остварењу. Ако таквог односа нема, онда нема ни његове одговорности, па стога ни кажњивости. Кривица је, дакле, садржина субјективне прекршајне одговорности. Да ли постоји кривица (испољена у облику умишљаја или нехата) као одређени психички однос према одређеном прекршају или не, мора се утврдити у прекршајном поступку на бази свих изведених доказа¹⁷.

Кривица учиниоца прекршаја може постојати тек ако је он урачунљив. Без урачунљивости нема кривице, али то не значи да сваки урачунљив учинилац прекршаја мора бити истовремено и кривац тј. да има одређени однос, одређен психолошки став према свом делу као објективном чину реализованом у спољном свету. Урачунљивост као основ кривице значи само да је учинилац способан да има одређени однос према свом делу, али да ли га је он стварно и имао, мора бити у сваком конкретном случају утврђено од стране органа за вођење прекршајног поступка. Тек када овај орган утврди постојање кривице код учиниоца за извршено дело, може му изрећи казну предвиђену за то дело у закону или другом пропису¹⁸. За прекршајну одговорност довољно је постојање само нехата учиниоца, ако прописом о прелршају није одређено да ће се казнити само ако је дело учињено са умишљајем (члан 19. став 2. ЗОП). То значи да је кривица претпоставка прекршајне одговорности. Кривица се може јавити у два облика и то као: а) умишљај и б) нехат. Она је услов за примену казне према физичком лицу као учиниоцу прекршаја. Кривица се утврђује у прекршајном поступку на бази свих изведених доказа. Начело утврђивања кривице, као

¹⁶ Но, у теорији постоје и таква схватања према којима кривица или виност представља двоструки однос. То је прво, психички однос учиниоца према свом делу и друго, то је однос друштва према учиниоцу због учињеног дела. (З. Стојановић, Кривично право, Општи део, оп. цит. стр. 164).

¹⁷ Б. Зуцон, Привредни преступи и прекршаји – збирка прописа, Загреб, 1981. године, стр. 23-31.

¹⁸ С. Франк, Казнено право, Загреб, 1950. године, стр. 30.

услова за примену казне, је од великог значаја за ефикасну заштиту људских права и слобода, као и за остваривање принципа правичности кажњавања.

Кривица представља психички однос учиниоца према свом делу. То је, заправо, став психичке личности човека према делу као свом остварењу у оквиру кога се налазе: свест, воља, осећања, афекти, нагони, побуде итд. Сви ти психички процеси чине садржину кривице, а међу њима највећи значај имају свест и воља. Свест и воља су основни елементи човековог понашања и кроз њих се најјасније одражава однос личности према свом понашању и резултату тога понашања. Стога су они основни елементи кривице. Зависно од обима и степена испољавања свести и воље у конкретном случају зависи и облик кривице.

1. Умишљај

Умишљај (*dolus*) је свесно и вољно остварење прекршаја. То је најизразитији и највиши облик кривице кроз који се најпотпуније изражава психички однос учиниоца према делу као свом остварењу, његов став према последици као промени на објекту напада коју је он проузроковао или допринео њеном проузроковању¹⁹. Прекршај је учињен са умишљајем кад је учинилац био свестан свог дела и хтео његово извршење или кад је био свестан да услед његовог чињења или нечињења може наступити забрањена последица, па је пристао на њено наступање (члан 19. став 4. ЗОП). Из законског појма умишљаја произилази разликовање две врсте умишљаја. То су: а) директни и б) евентуални умишљај.

Директни умишљај (*dolus directus*) постоји кад је учинилац био свестан свога дела и хтео његово извршење. Да би постојао директни умишљај неопходно је да код учиниоца постоје: а) свест о делу и б) хтење дела, тј. да постоје и интелектуални и волунтаристички елементи у односу на извршено дело. Свест о делу значи да учинилац има знање, односно представу о радњи и последици у природном смислу, о узрочној вези између њих, о објекту и другим околностима које чине обележја бића прекршаја као што су: место, време, начин и средства извршења. Дакле, свест о делу треба да садржи свест о свим стварним околностима које чине обележја прекршаја. Уколико учинилац дела није био свестан неке стварне околности која представља обележје прекршаја, онда код њега не постоји умишљај у односу на то дело. У стварне околности спадају, не само физичке, већ и правне чињенице уколико представљају обележја бића одређеног прекршаја. Хтење дела постоји кад је учинилац хтео наступање предвиђене последице дела, односно када је учинилац предузео радњу извршења (у смислу чињења или нечињења) са циљем да оствари последицу на објекту напада која представља обележје бића прекршаја. Учинилац такође при овом облику умишљаја хоће наступање и оне последицу која треба да послужи као средство за остварење главне последице тзв. претходну последицу. Такође хтење учиниоца обухвата и ону последицу која нужно настаје уз главну последицу на коју је усмерена радња. Вољни елемент претпоставља доношење претходне одлуке учиниоца да предузме радњу којом ће остварити последицу прекршаја.

¹⁹ R. Lange, Strafrecht, Berlin, 1956. godine, str. 180.

Евентуални умишљај (*dolus eventualis*) постоји када је учинилац био свестан да услед свог чињења, односно нечињења може наступити забрањена последица, па је пристао на њено наступање. За разлику од директног умишљаја, овде су елементи свести и воље слабије изражени. И ова се врста умишљаја састоји из два елемента. То су: а) свест о могућности наступања последице и б) пристајање на последицу. Свест о могућности наступања последице постоји када учинилац предвиђа да из његове радње може да наступи забрањена последица. Дакле, овде не постоји у погледу последице сигурност и извесност, већ само могућност њеног наступања. Свест о могућности наступања последице треба да обухвати све стварне околности које чине обележја бића прекршаја тако да у погледу садржине свести нема разлике између директног и евентуалног умишљаја, већ се она огледа у интензитету и степену воље. Постојање свести о могућности наступања последице значи да учинилац прекршаја не предвиђа последицу свога дела као нешто сигурно и неминовно, па ни као извесно, већ само као нешто што је у изгледу, што је присутно као опасност. Најчешће до евентуалног умишљаја долази због недостатака у узрочном односу између предузете радње и последице чије се наступање предвиђа тако да се не види сигурно наступање последице, већ се само претпоставља њено наступање.

За разлику од директног умишљаја где је вољни елемент изражен у хтењу предвиђене последице, код евентуалног умишљаја он је изражен у пристајању на њено наступање. Пристајање значи саглашавање учиниоца са могућим наступањем последице која се непосредно не жели. Другим речима, последица која се предвиђа као могућа, признаје се као своја саглашавањем са њеним наступањем. Код евентуалног умишљаја радња се предузима са циљем да се оствари нека друга последица, а не ова на коју се пристаје. Циљ радње је, неки други резултат, нека друга последица уз коју ова иде као могући нузпроизвод, као ризик високог степена са којим се учинилац мири како би остварио циљану и жељену последицу. Према томе, пристанак овде значи прихватање ризика, мирење са настанком нежељене последице.

2. Нехат

Нехат (*culpa*) је други блажи облик кривице где је психички однос учиниоца према делу изражен у проузроковању последице која се није хтела. То је невољно остварење прекршаја. Психолошки однос учиниоца испољава се само кроз једну компоненту, кроз свест о могућности настанка нежељене последице или у могућности постојања свести. Када је психолошка компонента изражена само у могућности постојања свести, које стварно у моменту предузимања радње није било у односу на последицу, потребна је и социјално-етичка компонента изражена у постојању дужности да се последица предвиди. Непредвиђање забрањене последице која се могла предвидети значи да није било дужне пажње коју правни поредак тражи од сваког грађанина као просечног човека. Код одређивања нехата полази се од чињенице да код учиниоца мора постојати одређени психички однос према делу изражен или у свести о могућности наступања последице или у дужности и могућности да се последица предвиди. Тако је прекршај учињен из нехата кад је учинилац био свестан да услед његовог чињења или нечињења може наступити забрањена последица, али је олако држао да ће је моћи спречити или да она неће наступити или кад није био

свестан могућности наступања забрањене последице, иако је према околностима и својим личним својствима био дужан и могао бити свестан те могућности (члан 19. став 3. ЗОП). Из законске дефиниције произилази да постоје две врсте нехата. То су: 1) свесни и 2) несвесни нехат.

Свесни нехат (*luxuria*) постоји када је учинилац био свестан да забрањена последица може наступити, али је олако држао да она неће наступити или да ће је моћи отклонити²⁰. Овај нехат чине два елемента. То су: а) свест о могућности наступања последице и б) веровање (олако држање) да она ипак неће наступити или да ће њено наступање сам учинилац моћи да спречи. Први елемент је позитивно одређен - постојање свести о могућности наступања последице, а други негативно - невољност њеног наступања. Свест код свесног нехата обухвата све елементе дела које обухвата и свест код евентуалног умишљаја. Непостојање вољног елемента код свесног нехата указује на разлику између нехата и евентуалног умишљаја²¹. Код евентуалног умишљаја учинилац дела не жели последицу, али пристаје на њено наступање, док код свесног нехата, он не пристаје на њено наступање, већ само олако држи (верује) да она неће наступити или да ће је он сам моћи отклонити, тј. спречити њено наступање. А утврђивање чињенице да ли постоји пристајање на последицу или не, односно разграничење између евентуалног умишљаја и свесног нехата, врши се по Франковој формули, према којој, евентуални умишљај постоји онда када се учинилац не би уздржао од извршења дела и онда да је био сигуран у моменту извршења радње да ће до последице сигурно доћи. Супротно овоме, свесни нехат постоји онда када суд на бази свих околности конкретног случаја утврди да би се учинилац уздржао од извршења радње да је био сигуран да ће последица наступити и да он неће бити у стању да спречи њено наступање²².

Свесни нехат се може јавити у два облика. То су: 1) самопоуздање и 2) поуздање. Код самопоуздања учинилац прекршаја предвиђа могућност наступања последице из радње коју предузима, али верује да ће је он сам, својим напором и својом способношћу, умешношћу отклонити, односно спречити њено наступање. Он је спреман на залагање и верује у своју способност да ће избећи предвиђену последицу, па предузима радњу, али не успева да спречи последицу, тако да она настаје и поред његовог напора. Учинилац дела овде прецењује своје способности, немајући потпуну представу о јачини каузалног дејства предузете радње у склопу других објективних околности. Дакле, код самопоуздања долази до остварења дела због прецењивања способности учиниоца и његовог напора и њиховог дејства у односу на дејство радње у склопу изненадно насталих околности које се придружују радњи. Поуздање постоји онда када учинилац предвиђајући могућност последице олако држи да она неће наступити услед дејства неке стварне околности. Олако држање да последица неће наступити, учинилац заснива, дакле, на стварним околностима, али чије је дејство погрешно проценио. Код овог свесног нехата учинилац нема намеру да он

²⁰ М. Бабовић, Нехат у кривичном праву, Београд, 1985. године, стр. 82.

²¹ Љ. Јовановић, Границе између евентуалног умишљаја и свесног нехата, Зборник радова Полицијске академије, Београд, број 1/ 1995. године, стр. 7-19.

²² М. Сингер, Прилог проблему разграничења евентуалног умишљаја од свијесног нехата, Наша законист, Загреб, број 1-2/1960. године, стр. 11-19.

сам нешто предузме у циљу спречавања последице коју предвиђа, већ се нада да ће неки спољни, постојећи, али несигуран чинилац спречити њено наступање.

Несвесни нехат (*negligentia*)²³ или немар, непажња постоји када учинилац није био свестан могућности наступања забрањене последице, иако је према околностима и својим личним својствима био дужан и могао бити свестан те могућности. И овде постоје два елемента, од којих је један негативно, а други позитивно одређен. Први елемент је непостојање свести код учиниоца у односу на последицу. Он дакле, није имао представу о могућности наступања последице, тј. представу да из радње коју предузима може да произађе забрањена последица. Логично је да, пошто не постоји свесни елемент, код таквог лица не може постојати ни вољни елемент. Други елемент несвесног нехата, који је позитивно одређен, састоји се у чињеници да је учинилац дела према постојећим околностима и својим личним својствима био дужан и могао бити свестан могућности наступања забрањене последице. Та чињеница о дужности и могућности да се буде свестан, тј. да се има представа о могућности проузроковања забрањене последице произлази из стварних околности живота и личних способности учиниоца. То значи да дужност да се буде свестан могућности наступања последице мора бити цењена на основу стварних околности дела, које су постојале у моменту предузимања радње извршења, тј. на основу објективног критеријума, док се могућност предвиђања цени на основу личних способности учиниоца, тј. на основу субјективног критеријума.

ПОСЕБНИ ОБЛИЦИ ПРЕКРШАЈНЕ ОДГОВОРНОСТИ

У прекршајном праву као активни субјект (учинилац) прекршаја јавља се не само физичко лице, већ и правно лице. Физичко лице као и одговорно лице у правном лицу, односно предузетник одговарају на начелима субјективне прекршајне одговорности у чијој се основи налазе урачунљивост и кривица (виност). Наравно при томе на страни физичког лица треба правити разлику између малолетних и пунолетних учинилаца прекршаја. Малолетни учиниоци прекршаја су лица узраста од 14 до 18 година у време извршења прекршаја. Према њима се изричу специфичне врсте малолетничких прекршајних санкција – васпитне мере за чију примену се уопште не тражи постојање прекршајне одговорности. То значи да су урачунљивост и кривица (виност) основи за утврђивање прекршајне одговорности само за пунолетна физичка лица као учиниоце прекршаја.

Прекршајна одговорност одговорног лица у правном лицу постоји само када је то изричито прописано законом или другим прописом којим је одређен прекршај. У том случају оно одговара само ако је до извршења прекршаја дошло његовом радњом (чињења или њечињења) односно његовим пропуштањем (члан 17.) У таквом случају за учинени прекршај закон предвиђа прекршајну одговорност одговорног лица. То је лице коме су у правном лицу поверени одређени послови који се односе на управљање, пословање или процес рада, као и лице које у државном органу или органу територијалне аутономије или јединице локалне самоуправе врши одређене дужности (члан 26. ЗОП). Одговорног овог лица не престаје зато што му

²³ J. Kloter, T. Edvard, Criminal law, Cincinnati, 1998. godine, str. 35-41.

је престао радни однос у правном лицу, државном органу или органу локалне самоуправе, нити зато што је настала немогућност кажњавања правног лица услед његовог престанка²⁴. И предузетник је прекршајно одговоран само у случајевима када је прописом којим је одређен прекршај то изричито предвиђено. У основи његове прекршајне одговорности такође се налазе урачунљивост и кривица.

Коначно, велики број прекршаја и савременом казненом праву могу бити извршени од стране правног лица. Правно лице је одговорно за прекршај само у случају да је до извршења прекршаја дошло радњом или пропуштањем дужног надзора од стране органа управљања или одговорног лица у том правном лицу, односно радњом другог лица које је било овлашћено да поступа у име тог правног лица (члан 17. став 4. ЗОП). Штавише закон је изричито предвидео и прекршајну одговорност правног лица које се налази под стечајем без обзира да ли је прекршај извршен пре отварања или у току прекршајног поступка. Но, у том случају се правном лицу као учиниоцу прекршаја не може изрећи казна, већ само заштитна мера одузимања предмета, односно мера одузимања имовинске користи која је прибављена прекршајем²⁵.

За прекршај према нашем прекршајном праву одговара не само домаће, већ и страно правно лице (односно његово одговорно лице) ако другачије прописом о прекршају није одређено. Наиме, страно правно лице одговара за учињени прекршај ако су испуњена два услова (члан 27. ЗОП): 1) да је прекршај учињен на територији Републике Србије и 2) да страно правно лице има представништво у Републици Србији. Прекршајно право, дакле, не прави разлику у погледу правних лица која могу бити одговорна за учињени прекршај. Но, од овог правила постоји један изузетак. Наиме, Република Србија, државни органи, органи територијалне аутономије, град и јединице локалне самоуправе не могу бити одговорни за прекршај (члан 17. став 5. ЗОП). То значи да ова правна лица ниуком случају не могу да прекршајно одговарају, али од те одговорности нису изузета њихова одговорна лица.

ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА ПРЕКРШАЈНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Кривица чини садржину прекршајне одговорности, тако да околности које искључују постојање кривице, истовремено искључују и постојање одговорности. У нашем кривичном праву постоји више основа који искључују прекршајну одговорност не дирајући при томе у извршено прекршајно дело. То су: 1) стварна заблуда, 2) правна заблуда и 3) наређење претпостављеног. При томе и неурачунљивост искључује прекршајну одговорност јер непоседовање способности за расуђивање или способности за одлучивање услед неког од законом предвиђених стања душевне поремећености, искључује основ (базу) за постојање кривице.

1. Стварна заблуда

Заблуда (*error*) је постојање погрешне или непотпуне представе о некој окол-

²⁴ И. Букљаш, Кривична дела, привредни преступи и прекршаји у привреди, Загреб, 1962. године, стр. 12-14.

²⁵ М. Јелачић, Ж. Вулетић, Царински привредни преступи и прекршаји као облик угрожавања привредног система, Наука, безбедност, полиција, Београд, број 1/1999. године, стр. 115-145.

ности²⁶. Заблуда може постојати у односу на стварне или правне околности, па се разликују: 1) стварна и 2) правна заблуда.

Стварна заблуда (*error facti*) је заблуда у погледу неке стварне околности прекршаја. Стварне околности прекршаја могу се односити на елементе дела или на неке друге стварне чињенице, које не представљају његове елементе, али које имају одређени правни значај за извршење дела (члан 20. ЗОП). С обзиром на то, стварна заблуда се може појавити у два вида. То су: 1) стварна заблуда у ужем смислу и 2) стварна заблуда у ширем смислу. Стварна заблуда у ужем смислу је заблуда о околностима које представљају елемент бића (законско обележје) прекршаја, док је стварна заблуда у ширем смислу (заблуда о основима оправдања дела) заблуда о стварним околностима које не представљају елемент бића прекршаја. Она постоји онда када је учинилац био свестан свих обележја прекршаја, али имао је погрешну представу о постојању неке стварне околности која би, када би заиста постојала чинила дело дозвољеним²⁷. Према закону није крив учинилац који је у време извршења прекршаја био у стварној заблуди, односно када је погрешно сматрао да постоје околности према којима би да су оне стварно постојале његова радња била дозвољена.

Стварна заблуда се даље може поделити на: 1) отклоњиву и 2) неотклоњиву заблуду. Отклоњива заблуда постоји када је учинилац имао погрешну представу о обележјима прекршаја или о околностима које искључују противправност дела, иако је био дужан и могао имати правилну представу о тим околностима. Ако је учинилац био дужан да има правилну представу о стварним околностима дела и ако је према својим личним својствима могао да има такву представу, а он је међутим није имао, онда је он био у заблуди из нехата. Неотклоњива заблуда постоји када учинилац није био дужан, нити могао да има правилну представу о стварним околностима дела. Овде постоји заблуда која је настала стицајем околности (случајем), а не услед нехата самог учиниоца.

Посебни случајеви стварне заблуде су познати у правној теорији. То су: 1) заблуда о предмету, 2) заблуда о личности и 3) заблуда о узрочној вези или промашени ударац. Заблуда о предмету (*error in objecto*) постоји када учинилац погрешно мисли да врши прекршај према једном предмету, а врши га у ствари према другом предмету. Ова заблуда је без значаја за постојање прекршајне одговорности само кад је својство предмета елемент бића конкретног прекршаја. Заблуда о личности (*error in persona*) постоји када учинилац погрешно сматра да врши прекршај према једном лицу, а у ствари врши га према другом лицу. И ова заблуда је без значаја за постојање прекршајне одговорности, сем кад је својство пасивног субјекта елемент бића прекршаја. Промашени ударац (*aberratio ictus* или заблуда о узрочној вези) постоји када учинилац, предузме извршење прекршаја према једном предмету, односно лицу, али због дејства извесних околности, последица се оствари на другом предмету, односно лицу.

²⁶ Д. Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, 2011. године, стр. 619-620.

²⁷ В. Станојев, Проблеми обезбеђења владавине права у мандатном прекршајном поступку, Пословна економија, Нови Сад, број 2/2010. године, стр. 355-364.

2. Правна заблуда

Правна заблуда је заблуда о забрањености дела. Забрањеност дела значи да је оно забрањено нормама позитивног права. Забрањеност дела има шири карактер од одређености дела у пропису. Тако схваћена правна заблуда представља погрешну представу о правном значају дела (члан 21. ЗОП). Тако непознавање прописа којим је прекршај предвиђен не искључује прекршајну одговорност учиниоца. Но, учинилац прекршаја који из опавданих разлога није знао да је његова радња забрањена, може се блаже казнити. То је, дакле, случај са оправданом (неотклоњивом) правном заблудом. За разлику од стварне заблуде где учинилац дела није свестан неке стварне околности која чини обележје бића прекршаја, код правне заблуде учинилац је свестан свих околности дела које предузима, али није свестан да је то дело прописано као прекршај²⁸. У случају стварне заблуде учинилац не зна шта ради, а у случају правне заблуде он зна шта ради, али не зна да је то што ради забрањено.

Правна заблуда постоји у неколико случајева: 1) када учинилац није свестан да је дело које је учинио одређено у пропису као прекршај, 2) када учинилац није свестан да је дело које је учинио противправно, 3) када учинилац погрешно сматра да нека околност која није елеменат бића прекршаја, искључује противправност дела, 4) када учинилац не зна норму која употпуњује бланкетно биће прекршаја и 5) када учинилац дела погрешно сматра да нека постојећа околност која је обележје бића прекршаја чини дело дозвољеним услед малог значаја дела. Савремено законодавство²⁹ усваја схватање према коме правна заблуда не искључује кривицу, али може да буде основ за блаже кажњавање учиниоца прекршаја који из оправданих разлога није знао да је његово дело забрањено. То значи да је правна заблуда факултативни основ за ублажавање казне. Али, да би она то била, потребно је да се учинилац прекршаја налазио у правној заблуди из оправданих разлога. То значи да постоје две врсте правне заблуде. То су: а) отклоњива и б) неотклоњива заблуда.

Отклоњива правна заблуда постоји када је учинилац био дужан и морао знати да је дело које намерава да изврши забрањено. У ствари, оно што се овде мора практично утврђивати није дужност, јер она увек постоји, већ могућност учиниоца да зна за забрањеност, тј. у којој је мери он могао у конкретним условима да зна да је предузимање такве делатности забрањено правним прописима. Ако се установи да је учинилац могао да зна за правну забрањеност да је био заинтересованији, да је хтео да се распита, онда је он у заблуди из неоправданих разлога. Неотклоњива правна заблуда постоји када учинилац дела није могао да зна да је дело које је учинио забрањено одређеним правним прописима. Разуме се, да не може бити речи о неотклоњивој правној заблуди ако се ради о поступцима који су противни општим интересима или општем схватању људи, односно средине у којој учинилац живи. Међутим, ако се ради о поступцима о којима не постоји општепознат негативан став, а они су ипак забрањени неким тек донетим или скоро донетим прописима,

²⁸ Љ. Митровић, Прекршајно право, Међународно удружење научних радника – АИС – Бања Лука, Бања Лука, 2011. године, стр. 69-70.

²⁹ M. Cremona, Criminal Law, London, Macmillan Education, 1989. године, стр. 219-223.

тада постоји неотклоњива правна заблуда или оправдана правна заблуда³⁰. Процену да ли је учинилац био у правној заблуди из оправданих или неоправданих разлога врши орган за вођење прекршајног поступка у сваком конкретном случају узимајући у обзир све околности под којима је учинилац живео, околности под којима је извршио дело, као и његова лична својства. То значи да се оцена о оправданости или неоправданости постојања правне заблуде даје на основу објективно-субјективног критеријума. Применом овог критеријума може се доћи до закључка да исто лице може бити у правној заблуди из оправданих разлога у погледу једног дела, а да то не буде у погледу другог дела или да у односу на извршиоца постоји, али не и у односу на саучесника.

3. Наређење претпостављеног

Закон је као посебан основ искључења прекршајне одговорности изричито предвидео и наређење претпостављеног (члан 26. став 3. ЗОП). Наиме, ако се као учинилац прекршаја јави одговорно лице у правном лицу (домаћем или страном) које је радњу извршења прекршаја предузело поступајући на основу наређења другог одговорног лица или органа управљања (дакле претпостављеног лица по правилима службе), искључена је његова одговорност за учињено прекршајно дело којим се проузрокована последица у спољном свету³¹.

За искључење прекршајне одговорности у овом случају потребно је испуњење више услова. То су: 1) да је прекршај остварен радњом одговорног лица у правном лицу, 2) да је одговорно лице поступало на основу наређења (налога садржаном у наређењу) које је издало друго одговорно лице или орган управљања и 3) да је одговорно лице предузело све радње које је на основу закона, другог прописа или општег акта било дужно да предузме да би спречило извршење прекршаја, па и поред тога дође до наступања последице.

ЗАКЉУЧАК

Као посебна, па и најбројнија врста јавноправних деликата јавља се прекршајно право. Нови Закон о прекршајима Републике Србије је успоставио прецизна правила о постојању прекршаја, о карактеристикама одговорности њихових учинилаца и на крају систем прекршајних санкција. Два су облика прекршајне одговорности зависно од својства његовог учиниоца. При томе се разликују две врсте одговорности: а) одговорност правног лица која је објективног карактера и б) субјективна одговорност за физичко (малолетно и пунолетно) лице, одговорно лице у правном лицу и предузетници. При томе се као посебан облик прекршајне одговорности јавља у случају саучесништва – учешћа два или више лица у циљу проузроковања забрањене последице.

Будући да је учинилац прекршаја својом радњом проузроковао последицу у спољном свету која је законом или другим прописом одређена као прекршај, то државно-друштво преко органа за вођење прекршајног поступка према таквом лицу треба

³⁰ Д. Јовашевић, О правној заблуди у кривичном праву, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 9/1997. године, стр. 311-327.

³¹ Т. Делибашић, Царински прекршаји са посебним освртом на одговорност правних лица, Правни живот, Београд, број 10/2008. године, стр. 777-788.

да изрекне прекршајне санкције. Но, да би се ове санкције као мере друштвеног реаговања према учиниоцима кажњивих, противправних радњи могле предузети, потребно је утврдити прекршајну одговорност учинилаца таквих деликата. Према томе, за примену прекршајних санкција, у првом реду, казни неопходно је да, поред постојања прекршаја постоји и прекршајна одговорност учиниоца дела.

Из овога произлази да је постојање прекршајне одговорности нужен услов за кажњавање учиниоца прекршаја (члан 17. ЗОП). Овако схваћена прекршајна одговорност представља основ за примену санкција само према физичком лицу (укључујући одговорно лице у правном лицу и предузетника) као учиниоцу прекршаја будући да правно лице као учинилац прекршаја одговара на основу објективне одговорности (на бази проузроковања последице до које је дошло радњом или пропуштањем дужног надзора од стране органа управљања или одговорног лица или радњом другом лица које је било овлашћено да поступа у име правног лица).

ЛИТЕРАТУРА

- Бабовић, М., Нехат у кривичном праву, Београд, 1985.
- Букљаш, И., Кривична дела, привредни преступи и прекршаји у привреди, Загреб, 1962.
- Димитријевић, П., Јовашевић, Д., Прекршајно право, Београд, 2004.
- Ђорђевић, Ђ., Прекршајно право, Београд, 2004.
- Зуцон, Б., Привредни преступи и прекршаји – збирка прописа, Загреб, 1981.
- Јелачић, М., Прекршајно право – теорија и пракса, Београд, 2004.
- Јефтић, Д., Судска психопатологија, Београд, 1960.
- Јовашевић, Д., Закон о прекршајима којима се повређују савезни прописи, Београд, 2000.
- Јовашевић, Д., Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002.
- Јовашевић, Д., Збирка закона о прекршајима са коментаром и праксом, Београд, 2004.
- Јовашевић, Д., Кривично право, Општи део, Београд, 2012.
- Јовашевић, Д., Лексикон кривичног права, Београд, 2011.
- Јовашевић, Д., Прекршајно право, Ниш, 2012.
- Јовић, М., Криминална личност (да ли се рађа или постаје), Лесковац, 1998.
- Капамаџија, Б., Судска психијатрија, Нови Сад, 1974.
- Kloter, J., Edvard, T., Criminal law, Cincinnati, 1998.
- Кобе, П., Бавцон, Љ., Казенски законик з појаснили ин судно праксо, Љубљана, 1970.
- Крстић, Б., Судска психијатрија, Горњи Милановац, 1980.
- Lange, R., Strafgesetzbuch, Berlin, 1956.
- Митровић, Љ., Прекршајно право, Бања Лука, 2011.
- Рогвић, К., Закон о прекршајима СР Србије са коментаром, пратећим прописима и обрасцима за практину примену, Београд, 1979.
- Стојановић, З., Кривично право, Општи део, Београд, 2000.
- Стојиљковић, С., Психијатрија са медицинском психологијом, Београд, 1968.
- Ђирић, З., Основи судске психијатрије, Ниш, 2004.
- Франк, С., Казнено право, Загреб, 1950.
- Худолин, В., Психијатријско психолошки лексикон, Загреб, 1968.
- Cremona, M., Criminal Law, London, Macmillan Education, 1989.

Dragan Jovašević

Law Faculty University of Nis

Tort Liability Law of Serbian

Apstract: As a particular branch of penal law, administrative law of the Republic of Serbia comprises a series of specific and original solutions regarding the definitions of administrative offences and responsibility for administrative offences. This seems logical because administrative offences may be committed by various categories of offenders: juveniles, adults, responsible persons in legal persons and entrepreneurs, who are responsible in accordance with the principles of personal responsibility, but also by a legal person, liability of which is based upon objective responsibility. Numerous terms related to the definition, elements, types, roles and characteristics of responsibility for administrative offences, as well as for the grounds that exclude this type of responsibility in cases prescribed by the law, will be discussed and analyzed in this paper.

Key words: code, administrative offence, perpetrator, court, responsibility, sanction

Originalni naučni rad

Датум пријема рада:
14. јун 2013.Датум прихватања
рада:
17. јун 2013.

Проф. др

**Владимир
Ђурић**ванредни професор,
Факултет правних
наука, Паневропски
универзитет
„Апеирон“, Бања Лука

Дејство одлука уставних судова

**- Компаративна анализа и одлуке Уставног суда
БиХ -**

Сажетак: Уставни суд је посебна инситуција која штити уставност и законитост. Ефекат контроле уставности коју уставни судови врше зависи од одлука које у поступку оцене уставности закона доносе. Одлукама уставних судова касирају се неуставни закони, а одлуке су са становишта дејства општеобавезне, коначне и извршне. Касирање закона отвара питања чија решења понекад не могу да буду до краја теоријски доследна, или прецизно правно нормирана. Разлике које постоје у погледу домашаја обавезности, обима касирања и временског важења одлуке о касирању последица су разлика у начину постизања и обиму компромиса између различитих начела, или групе начела - начела правне сигурности, са једне, и начела правичности, стриктне уставности и демократске државе, као и заштите права странака, са друге стране.

Према Уставу, одлуке Уставног суда БиХ су коначне и обавезујуће. Будући да је правно дејство одлука Уставног суда БиХ уређено и Правилима Суда, поставља се питање да ли Уставни суд БиХ од „негативног“ постаје позитивни законодавац, нарочито уколико се има у виду да Суд одређује временско дејство својих одлука, као и да може да одреди рок у којем се општи акт може ускладити са уставом. Поједина решења садржана у Правилима Суда и појединим законима, као што су она која се односе на питање дејства неуставних одредби у року који је њиховом доносиоцу остављен за усаглашавање са Уставом, или на кривичноправну инкриминацију неизвршења одлука Уставног суда, немају системски квалитет.

Кључне речи: одлуке уставних судова, дејство одлука, Уставни суд БиХ.

УСТАВНИ СУДОВИ И ПРИРОДА ЊИХОВЕ ФУНКЦИЈЕ

Савремена правна држава заснована је на писаном уставу и хијерархијски устројеном правном поретку. Устав схваћен као правни акт је основни и највиши закон, темељ читавог правног поретка и правни основ постојања и функционисања уставног и политичког система.¹ Највиша правна снага устава следи из значаја материје коју регулише. Будући да је устав акт позитивизације принципа процедуралног легитимитета путем којег се, између осталог, правно утврђују политичке границе за властодршце и идеолошки постулати и вредности доводе до нивоа позитивноправне релеванције,² јасно је да устав регулише најважнија питања у друштву и нужно ужива најјачу правну снагу и да закони могу да буду само инструмент његовог остваривања и примењивања. Основне принципе владавине права кроз које се осликава хијерархијски правни поредак чине принципи уставности и законитости, према којима сви нижи правни акти од устава, односно закона, треба да буду са њима у складу, како у погледу своје форме, односно поступка доношења и правне снаге коју имају, тако и у погледу своје садржине. Остваривање принципа уставности и законитости изискује њихову контролу и заштиту. Другим речима, заштита уставности и законитости је *condition sine qua non* њихове примене, а тиме и правне државе, и почива на контроли усаглашености аката и радњи са уставом и законом.

Да би заштита уставности била делотворна, контрола треба да буде широко постављена, односно њен предмет треба да буде провера усаглашености са уставом што већег броја аката и радњи, од контроле усаглашености закона са уставом, до питања уставности појединачних радњи. Међутим, будући да се многи општи акти доносе за извршавање закона и да појединачни акти и радње, у матрици хијерархијски устројеног правног поретка, представљају заправо само примену закона у појединачним спорним и неспорним животним ситуацијама, јасно је да се контрола уставности првенствено односи на контролу уставности закона што чини њен најзначајнији вид. Контрола уставности закона постоји у свим системима контроле уставности о којима ће бити више речи и сматра се самом суштином уставног спора који, у различитим системима контроле уставности, решавају различити државни органи.

Уставна историја настанка модерне правне државе познаје неколико модела система заштите уставности који се могу разграничити према врсти органа који су је обављали.³ Историјски најстарији модел је „самоконтрола“ законодавца који је увелико превазиђен у савременом свету. Систем контроле од стране посебних политичких органа није доживео ширу примену, али је и данас примењен у појединим земљама (нпр. У Француској). Најзначајнији и најраспрострањенији модел заштите уставности је судска контрола уставности. Судска контрола уставности почива на контроли усаглашености аката и радњи са уставом коју врше независни и стручни органи различити од законодавне власти. Независно и непристрасно судовање сматра се нужним за правно ограничавање самовоље власти. Судска контрола и заштита уставности није једнообразна. Могуће је да судску контролу уставности врше било редовни судови у

¹ П. Николић, Уставно право, Београд, 1994. стр. 294

² L. Basta, A Constitution as an Act of Positivation of the Legitimacy Principle, *Rechtstheorie* 17, 1986, p. 111-121

³ Видети преглед у G. Vedel, *Mauelementaire de droit constitutionnel*, Réédition présentée par G. Carcassonne et O. Duhamel, 2002. p. 124-126 и П. Николић, н.д. стр. 296-299

оквиру конкретног судског спора који решавају, било уставни судови пред којима се питање уставности поставља независно од конкретног судског спора. Заправо, системи судске контроле уставности међусобно се разликују према врсти уставних спорова које судови решавају, врсти судова који решавају уставносудске спорове и врсти и дејству одлука које се у таквим споровима доносе. Имајући у виду изложене критеријуме, поједини аутори разликују децентрализовану и централизовану контролу уставности.⁴

Стварање уставних судова као независних органа којима је заштита уставности основна функција представља радикалан заокрет у развоју система заштите уставности и законитости.⁵ Будући да уставни судови представљају органе различите и независне не само од законодавне и извршне, већ и од судске власти и имајући у виду да је њихова основна функција заштита уставности, многи аутори закључују да је таква институција „најмање опасна“ и да је нужна и легитимна у демократским системима.⁶ Решавајући уставне спорове чију суштину чине спорови о уставности закона, уставни судови штите устав примењујући га и у потпуности су њему подређени.

Може се слободно истаћи да је у савременом свету и модерној правној науци неспорно да је уставно судство, схваћено као судско решавање спорова о уставности закона, неопходно. Ипак, чувари устава, каквима се уставни судови сликовито описују, и њихова делатност изазивају сталне дилеме у вези са односом према демократији и у вези са могућношћу да као органи без уставне одговорности, остваре правом неограничену судократију и зађу у сферу политичког одлучивања. Неспорно је да је демократски легитимитет уставних судова далеко мањи од представничког тела изабраног на непосредним и слободним изборима које оличава *demos* као носиоца суверености, али то не значи и да су уставни судови органи чија је делатност супротна народној суверености. Иако је у америчкој правној науци и пракси било сликовитих опаски да је „устав оно што судије кажу да јесте“ чиме се истицала велика слобода судског одлучивања, ипак је јасно да је на крају крајева у демократијама устав израз воље сувереног народа. У теорији јасно истакнуто да уставна контрола, не упркос, већ због постављања ограничења демократском процесу одлучивања, представља један важан, ако не и виталан допринос функционисању и одржавању демократије.⁷ Са друге стране, како се то у старијим радовима исправно примећује, немогуће је из уставног судовања уклонити свако политичко резоновање и уставно судство свести искључиво на правно резоновање, али „ради се о томе да се политичко резоновање сведе у правне границе“ и да се уставни судија путем таквог резоновања не претвори у посебну политичку власт и не изврши злоупотребу своје основне судске функције.⁸ Ако је устав акт који политику претвара у право, а јесте тако, онда је уставни суд институција која политику треба да држи даље од права. Управо се у свођењу у границе права, како у границе устава као

⁴ М. Cappelletti, W. Cohen, *Comparative Constitutional Law*, 1979. p. 73-84, код нас Р. Марковић, *Уставно право и политичке институције*, 1994. стр. 646-653

⁵ П. Николић, н. д. стр. 301

⁶ П. Николић, *Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима*, *Правни живот* 12/95; М. Cappelletti, *Necessite et legitime de la justice constitutionnelle, La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe*, *Revue Internationale de Droit Compare*, 2/1981.

⁷ T. Ohlinger, *Ustavno-sudska kontrola*, *Pravni život*, br. 11/97, str. 920

⁸ И. Крбек, *Уставно судовање*, 1960. стр. 11

исходишта и мерила контроле, тако и у оквиру других аката, најчешће закона, којима се регулише поступак пред уставним судом, као и у поштовању основних правних начела, логике и духа читавог уставног права огледа могућност ограничавања уставносудске власти, односно састоји начелан одговор на питање *Quis custodiet custodes*. Разуме се, правно ограничавање политизирања у решавању уставних спорова који увек имају политички призив и значење, и свођење стваралачке улоге уставних судова у правне оквиру, изазива и дилеме у погледу саме правне природе уставног судства. Уставноправна теорија је настојала да проникне у суштину уставносудске функције и одгонетне њену правну природу.

У теоријским радовима изложена су различита схватања о правној природи функције уставних судова. Од Ханса Келзена, творца идеје о посебном уставном суду, постепено се развијало мишљење према коме уставни судови учествују у стварању права. Од почетног Келзеновог става да уставни судови делују као „негативни законодавци“⁹ дошло се до схватања да уставни судови, вршећи контролу уставности закона, неизбежно учествују у стварању самог права.¹⁰ Са друге стране, од другог Келзеновог става према коме се уставносудска функција у већој мери изражава у примени, него у стварању права, развила су се схватања која истичу да је уставни суд у основном смислу суд,¹¹ да јесте и остаје суд и да политика није његов задатак,¹² односно да је реч о специјализованом суду. Постоје и мишљења према којима уставно судство чини посебну делатност, односно грану државне власти, независну и другачију од судске и законодавне власти. У савременим радовима у оквиру домаће правне науке нема сагласности о правној природи уставносудске делатности. Док поједини аутори сматрају да уставносудски органи представљају институције сложене природе саздане од извесних елемената законодавног и доминантно судског, али које се не би могли сматрати посебном, четвртном делатношћу државне власти,¹³ дотле се истиче и јасно опредељење да је уставно судство довољно другачије и од судске и од законодавне власти и да заслужује атрибут различите, и од њих обе раздвојене државноправне функције.¹⁴

У низу држава чији устави своју заштиту поверавају уставном суду, та институција је уз државног поглавару, парламент и владу, највиши уставни орган. Природа уставносудске функције, границе њеног вршења и њен политички домаћај, или карактер, могу да буду правно сагледани кроз анализу надлежности које уставни судови имају и одлука које доносе. Будући да сви уставни судови врше нормативну контролу, односно контролу усаглашености закона са уставом, тежишно питање сагледавања уставносудске функције постаје питање карактера, снаге и значаја одлука које доносе решавајући уставне спорове о уставности закона. Не без разлога, у теоријским радовима истицан је

⁹ H.Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen und Vereinigen der Deutsche Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. Und 24. April 1928*, Berlin und Leipzig, 1929.S.56

¹⁰ M.Cappelletti, и.д.р.639

¹¹ R.Marcic, *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963.S.202;

¹² C.Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 1991.S.2

¹³ О.Вучић, *Аустријско уставно судство, Чувар федерације и устава*, докторска дисертација, рукопис, 1995, стр.90

¹⁴ З.Томић, *Уставно судство – између жреца и ствараоца*, Зборник радова „Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу Србије“, 2004.стр.68

став да је уставни суд функционално највиши орган одлучивања.¹⁵ Такво резонување не мора да се односи само на формалну страну одлучивања, већ и на његов значај. Ако је уставни суд највиши орган одлучивања, онда је јасно да његове одлуке захтевају посебну пажњу и да ефекат контроле уставности коју уставни судови врше зависи од одлука које у поступку оцене уставности закона доносе.

ОДЛУКЕ УСТАВНИХ СУДОВА О УСТАВНОСТИ ЗАКОНА И ЊИХОВО ДЕЈСТВО

Уставни судови су највиши органи одлучивања најпре због тога што решавају најважније правне спорове, спорове о уставности закона. Одлука уставног суда мора да одговори на основно питање спора – да ли је закон у складу са уставом. Начелно посматрано, уколико утврди да закон није у складу са уставом, уставни суд може својом одлуком да ту неуставност констатује, а може и да поништи, односно касира закон. Констатовање неуставности закона прикладније је акцесорном спору о уставности, спору који је настао поводом конкретног спора пред редовним судом, чиме се постиже да суд, пред којим се води конкретни спор поводом кога је и настало питање о уставности закона, у том спору не примени закон за који је уставни суд нашао да није у складу са уставом. Са друге стране, касирање закона примереније је апстрактном спору о уставности у којем се питање уставности закона поставља независно од конкретног спора пред судом, или поступка пред другим државним органом.

Постоје и „средња“ решења у којима се последице неуставности закона и одлуке уставног суда којом се та неуставност утврђује различито испољавају. У појединим државама, као што је то случај нпр. у СР Немачкој, осим поништавања закона које се Законом о Савезном уставном суду предвиђа у случају када тај Суд дође до закључка да савезни закон, или закон федералне јединице није у складу са Основним законом, могуће је да Уставни суд донесе одлуку о неуставности без поништавања закона, или да одреди рок законодавцу у коме треба да исправи закон, или пак да донесе интерпретативну одлуку којом истиче да је закон у складу са уставом само у смислу и тумачењу које је у тој одлуци заузео. Смисао првог решења према коме се под одређеним околностима доноси одлука о несагласности са Основним законом без поништавања, састоји се у поштовању једнаке заштите јер би у случају када закон искључује специфичне групе особа проглашавање закона ништавим такође напало све друге групе праведно укључене у законско регулисање.¹⁶ У случају када се Уставни суд уздржи да изричито истакне неуставност закона истовремено позивајући законодавца да предузме корективне мере, понекад у року који му је одредио, по среди је заправо имплицитно одложно поништавање неуставног закона. У случају интерпретативних одлука којима се истиче да је закон у складу са уставом само у смислу које је својим тумачењем суд одредио, уставни суд губи својство негативног законодавца и претвара се у правог (позитивног) законодавца.¹⁷

¹⁵ R.Marcic, H.M.

¹⁶ H.Steinberger, Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level – Report on the Federal Republic of Germany, Judicial Protection of Human Rights at National and International Level, књ.1.1991.р.195,196

¹⁷ Т.Маринковић, Интерпретативне одлуке уставних судова, Уставни суд Србије – У сусрет новом уставу, 2004.стр.246

Суштина уставног спора о уставности закона изискује да се у случају утврђене неуставности закон касира. Уколико се међутим закон касира, утолико се намећу важна питања у вези са дејством одлуке о касирању. Прво од тих питања је обим деловања касације. Ефекат уставносудске контроле и њен значај суштински зависе од обавезујућег дејства одлука уставног суда. Одлуке уставног суда морају да буду строго обавезне јер је иначе читав институт без смисла.¹⁸ Ако су одлуке уставног суда обавезне, може да се постави питање за кога су оне строго обавезне? Полазећи од става да је уклањање неуставности основни циљ судске контроле уставности, поједини аутори долазе до начелног закључка да би одлуке уставних судова морале, по свом дејству, да буду једнаке актима поводом којих је спроведена контрола уставности.¹⁹ Келзен је стајао на становишту да одлука о поништавању има општи карактер, односно да је, по степену општости, поништавање закона исто што и његово стварање. Уколико се одлуком суда укида закон, односно поништава општа норма, утолико је јасно да таква одлука, негативним путем, добија општи карактер.²⁰ Другим речима, одлука о неуставности има дејство као да је закон укинут каснијим законом.²¹ Дакле, одлуке о неуставности закона којима се закон поништава делују *erga omnes*, према свима и за свакога.²² У теорији је међутим било и супротних ставова који су делимично изражавали бојазан да се општеобавезно дејство одлука уставних судова не претвори у судско стварање права. У том смислу, поједини аутори, полазећи од става да је судски акт појединачни акт којим се утврђује противправност и изриче санкција која из тога следи, стајали су на становишту да одлука уставног суда којом се утврђује да је закон неуставан и изриче његов поништај има чист карактер судског акта.²³ Разуме се да су становишта да одлука уставног суда има карактер појединачног акта у науци и позитивноправним решењима напуштена, али још увек има утицаја изложено Келзеново схватање према коме одлучивање уставног суда има пре карактер примене, а у мањој мери стварања права, што институцији уставног суда ипак даје судски карактер. Због тога се многи аутори држе схватања према коме одлуке које уставни суд доноси немају карактер чисто судских одлука, нити то могу бити акти са својствима законодавних аката.²⁴

У упоредном праву јасно је предвиђено да одлуке уставних судова имају дејство *erga omnes*. У Аустрији одлуке Уставног суда имају „опште дејство“ (*Allgemeinwirkung*). Уставом и Законом о Уставном суду такво се дејство не спомиње изричито. Међутим, у теорији је неспорно да одлуке Уставног суда Аустрије имају *allgemeinwirkung* на основу одредбе члана 140. ст.7. Устава према којој су сви судови и административне власти везани одлуком уставног суда о неуставности закона, као и на основу одредбе

¹⁸ И.Крбек, н.д.стр.87

¹⁹ В.Чок, Врсте и дејство одлука уставних судова, 1972.стр.45

²⁰ Н.Келсен, н.д.С.55-56

²¹ М.Сappelletti, W. Cohen, н.д.р.96 О дејству одлука Уставног суда Аустрије видети и О.Вучић, н.д.стр.244-257. Ситуацију предвиђену чланом 140. ст.6. поједини аутори су оценили као да је Суд, материјално посматрано, добио неку законодавну власт – И.Крбек, н.д.стр.52

²² У одређеном смислу и одлука којом се утврђује да је закон уставан може да има исто дејство. Крбек примећује да се одређено деловање *erga omnes* јавља и ако суд неку правну норму оцени као уставну јер се она више не може побијати из истих разлога – И.Крбек, н.д.стр.88

²³ Р.Лукић, Појам уставности и законитости и средства за њихово остваривање, Уставност и законитост у Југославији св.1.1966.стр.95-96

²⁴ В.Чок, н.д.стр.39

члана 140.ст.6. Устава према којој, ако закон по оцени Уставног суда буде поништен као неуставан, законске одредбе укинуте законом који је суд поништио поново ступају на снагу, осим ако одлуком није утврђено другачије.²⁵ У упоредном праву питање обавезности одлука уставног суда најшире је регулисао у немачком правном поретку. Према члану 31. ст.1. Закона о Савезном уставном суду, одлуке Уставног суда су обавезне за све уставне органе савеза и федералних јединица, као и за све судове и власти. Немачки законодавац отишао је и корак даље прописујући у ставу 2. истог члана Закона о Савезном уставном суду да одлука Суда донесена у поступку оцене усаглашености савезног закона, или закона федералне јединице, са Основним законом има снагу закона. Таква, законом изричито предвиђена, законска снага одлука Савезног уставног суда СР Немачке изазвала је различите коментаре у уставноправној науци и пракси Савезног уставног суда. Сумирајући сва изложена мишљења²⁶ може да се истакне да су се схватања кретала у широком луку – од формалних оспоравања могућности да се законска снага одлука уставног суда предвиди обичним законом какав је Закон о Савезном уставном суду, преко становишта да законска снага одлуке има шире значење од обавезности за органе власти наведене у ставу 1. тог члана, што заправо значи општу обавезност одлука (*allgemeinverbindlichkeit*), до гледишта да законска снага одлука уставног суда значи да такву снагу има целокупна одлука, како њена изрека, тако и образложење.²⁷

Обавезност одлуке уставног суда о неуставности закона и њено дејство *erga omnes* могу се повезати са специфичним питањем да ли се о истом предмету поново може водити спор? Другим речима, да ли се дејство одлуке протеже и на уставни суд који је одлучио у уставном спору, као и на учеснике у поступку пред судом? Није ли тачно да ако је одлука уставног суда општеобавезна, она а *fortiori* веже суд који је ту одлуку донео и учеснике у поступку. У теорији се заступа став да се и на пресуде (одлуке) уставног суда примењује начело правоснажности што у основи значи да се у редовном поступку не може ставити у питање предмет који је коначно решен,²⁸ односно да се поводом исте ствари не може поново водити спор пред уставним судом, нити да одлуке подлежу дејству правних лекова.²⁹ Другим речима, уставни судови меритор-

²⁵ M.Cappelletti, W.Cohen, н.м.

²⁶ E.Kadenbach, Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, Archiv des öffentlichen Rechts, 80(1955); E.Friesenhahn, Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, 1962; R.Zuck, Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, Neue Juristische Wochenschrift, Heft 20, 1975; W.Seuffert, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkung, Archiv des öffentlichen Rechts, 104(1979); E.Klein, Verfassungsprozessrecht, Archiv des öffentlichen Rechts, 108(1983); C.Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 1991.

²⁷ Савезни уставни суд СР Немачке, полазећи од става да је једини тумач и чувар устава, стао је на дискутабилно становиште које у научним радовима није једнодушно прихваћено, да обавезујуће дејство има изрека одлуке, али да се оно протеже и на суштинско резонување које је основа за доношење одлуке - BVerfGE 1, 14 (37); BVerfGE 79, 256 (264). Према схватању Суда, резонување је суштинско уколико не може да буде изостављено из одлуке а да се не изгуби конкретан закључак - BVerfGE 20, 56 (87)

²⁸ И.Крбек, н.д.стр.88

²⁹ В.Чок, н.д.стр.41

но одлучују о ствари за коју су надлежни у првом и последњем степену.³⁰ Међутим, правоснажност одлука уставних судова, односно начело да се о истој ствари³¹ међу учесницима не може поново водити исти уставни спор (*ne bis in idem*) суштински је другачије од дејства одлуке *erga omnes*. Наиме, ефекат *res iudicata*, односно начело пресуђене ствари, примењује се само између странака (*inter partes*). У формалном смислу, начело *res iudicata* значи да су одлуке уставног суда неопозиве и да се не могу ожалбити.

Начелно посматрано, решења која постоје у упоредном праву усвајају изложено схватање. Ипак, у неким случајевима могући су изузеци који не нарушавају основно правило да су одлуке уставног суда коначне. Тако, примера ради, аустријско право допушта у уставном спору повраћај у пређашње стање и обнову поступка. Посебно питање у вези са начелом *res iudicata* је да ли је ефекат тог начела, будући да у споровима о уставности закона једну „страну“ у спору увек чини законодавац, такав да се у случају касирања закона због његове неуставности онемогућава да законодавац усвоји закон исте, или сличне садржине? Начелно посматрано, такав ефекат је нужан у стварима уставног судства. Међутим, имајући у виду да правни пореци то питање не регулишу изричито, пракса уставног судства је давала различите одговоре. Савезни уставни суд СР Немачке дуго времена је стајао на становишту да је одлука, заједно са суштинским резонавањем, обавезујућа за све уставне органе на начин да савезни закон исте садржине не може поново бити усвојен.³² Међутим, 1987. Савезни уставни суд променио је своје схватање зауевши становиште према коме дејство одлуке уређено изложеним чланом 31. Закона о Савезном уставном суду и чињеница да је одлука којом се касира неуставан закон *res iudicata*, не спречава легислативу да, уколико сматра да је то неопходно, усвоји нови закон чија је садржина иста, или слична, садржини закона који је касиран. Занимљиво је образложење такве промене у ставу Савезног уставног суда СР Немачке. Чувар устава је резонаовао да је начело владавине права обавезујуће за легислативу само у погледу уставног поретка, али не и у погледу обичног закона. Будући да је обавезујуће дејство његових одлука предвиђено обичним законом, резонаовао је Суд, не може се спречити законодавац да усвоји нови закон исте садржине. Штавише, Уставни суд је сматрао да би кодификација одлучивања водила паралисању еволуције права што је супротно демократској држави заснованој на владавини права и држави благостања. Изложено резонавање заправо може да води закључку да *res iudicata*, у материјалном, садржинском, смислу значи да се начелна непромењивост одлука уставних судова односи на чињенице које су од значаја за одлуку докле год се суштински не промене у односу на време када је одлука донесена.

Уколико суштина уставног спора о уставности закона изискује да се неуставни закон касира, поништи са општеобавезним дејством одлуке уставног суда, утолико се може поставити питање да ли је уставни суд који касира закон властан да закон поништи у целини, или је могуће да закон буде поништен само у једном свом делу?

³⁰ Р.Марковић, н.д.стр.677

³¹ Шта се може сматрати истом ствари у уставном процесном праву видети у мом раду „*Res iudicata* у уставном процесном праву“, Правни живот бр.12/2000

³² BVerfGE 1, 14(36-37); BVerfGE 69, 112 (115)

Дакле, може да се постави питање дејства одлуке уставног суда са становишта обима касирања. Одговор на изложено питање најпре зависи од предмета спора. Спор у коме се врши судско испитивање уставности закона може наиме, да за свој предмет има оцењивање усклађености закона са уставом у формалном смислу, односно да обухвати одлучивање да ли је закон донесен од стране надлежног органа, у уставом прописаном поступку и форми, и са снагом коју му устав одређује, или може да буде усмерено на усклађеност закона са уставом у материјалном, садржинском смислу. Разуме се да касирање закона из формалних разлога повлачи за собом касирање читавог закона.³³ Дакле, начелно посматрано, до делимичног касирања закона могло би да дође у случају садржинске неуставности закона, неусклађености закона са уставом у погледу његове садржине. Међутим, имајући у виду управо садржину закона, парцијално поништавање рађа нова питања. Најпре, поставља се логичко питање до које је мере закон дељив и да ли је могуће да закон постоји са правним празнинама насталим услед поништавања појединих одредби? У научним радовима давно је уочено да такво парцијално касирање уставни суд може да спроведе само ако се закон, у том скраћеном облику, може даље примењивати да не мења свој смисао.³⁴ Уколико је могуће парцијално поништавање закона, утолико је посебно питање до које мере уставни суд може, пре него што се одлучи за делимично касирање, да испитује какава веза, према замисли законодавца, постоји између једне и осталих норми, или делова закона.³⁵ У старијим радовима било је мишљења да се одлука уставног суда не односи на норме, већ на законодавне акте у целини, и да је стога недопустиво испитивање мотива законодавца јер се такав поступак противи начелу да су поједине норме само део једног законодавног акта у целини.³⁶

Упоредно право углавном препознаје могућност парцијалног касирања закона. Таква могућност изричито је призната позитивноправним одредбама, или су уставни судови у пракси стали на становиште да могу да пониште закон и делимично. Уставни судови Аустрије и СР Немачке могу да прибегну парцијалном касирању закона. Члан 140 Устава Аустрије наговештава такву могућност ставом 3. којим се предвиђа да Уставни суд може да поништи закон само у мери у којој се његово поништавање захтевало. Полазећи од изложене уставне одредбе, Законом о Уставном суду предвиђено је да се у предлогу за испитивање уставности наведи да ли се захтева да се законодавни акт касира у целини, или делимично, док је параграфом 64.ст.1. Закона о Уставном суду изричито предвиђено да се у одлуци Уставног суда прецизира да ли се као неуставна касира читава садржина законодавног акта, или поједини његови делови. У СР Немачкој, законе за које утврди да нису у складу са уставом, Савезни уставни суд начелно касира у целини, али је могуће и парцијално поништавање. Према члану 78. Закона о Савезном уставном суду, Уставни суд поништава закон уколико закључи да није у складу са Уставом, а може да поништи и друге одредбе истог закона, у случају да из истих разлога нису у складу са Уставом.

³³ И.Крбек, н.д.стр.59

³⁴ исто, стр.59

³⁵ В.Чок, н.д.стр.80

³⁶ Branca, Giuseppe, *L'illegittimità parziale nella sentenza della Corte costituzionale – La Giustizia Costituzionale*, 1966, p.61, наведено према В.Чок, н.д.стр.80

Уколико се установи да закон није у складу са уставом, утолико се рађа дилема да ли треба сматрати да неуставност постоји од тренутка доношења закона, или треба стати на становиште да је закон, све до утврђивања његове неуставности од стране уставног суда, био исправан и производио правна дејства. Од решења изложене дилеме зависи временско дејство одлука уставног суда. У изложеној дилеми крије се заправо шире питање конфликта два различита начела, или групе начела – начела правне сигурности, са једне, и начела правичности, стриктне уставности и заштите права странака, са друге стране. Са гледишта правне сигурности, стављање закона ван снаге, односно његово поништавање, треба да делује за убудуће, док би са становишта правичности, законитости и заштите интереса странака требало да делује од тренутка доношења закона. Доследно изведено, поништавање закона за убудуће (*ex tunc*), односно *pro futuro* дејство одлуке уставног суда о неуставности закона, значило би да уставни суд такав закон укида и да је закон, који је проглашен неуставним, био важећи пре него што је уставни суд донео своју одлуку. Из тога би следило да се правне ситуације на које је примењен тако „важећи“ закон и правни односи који су на основу њега регулисани не могу мењати. Са друге стране, доследно изведено ретроактивно поништавање закона, односно *ex tunc* дејство одлуке уставног суда, значило би да уставни суд неуставан закон оглашава ништавим и да закон, који није у складу са уставом, није био важећи ни пре одлуке уставног суда. Из тога би следило да неважећи закон уопште не може да има правне ефекте и да треба поништити и у пређашње стање вратити сваку правну ситуацију и сваки правни однос који су настали његовим извршавањем, односно регулисани његовом применом. У научним радовима давно је истакнуто виђење према коме је круто и доследно спровођење било ког од два изложена приступа практично неодрживо и да је потребан неки компромис који води бољим решењима уколико је потпунији.³⁷ Примера ради, истиче се да у оба система, како у ономе у коме одлуке уставних судова делују ретроактивно, тако и у случају да одлуке имају дејство за убудуће, једна ситуација налаже ретроактивно дејство – то је случај када неко лице служи казну лишења слободе на коју је осуђено због повреде закона који је касније проглашен неуставним.³⁸

У упоредном праву постоје различита решења у погледу временског дејства одлука уставних судова. У Аустрији се доследно примењује решење према коме Уставни суд укида („*aufhebt*“) закон што води дејству одлуке од момента њеног објављивања. Члан 140.ст.5. Устава изричито предвиђа да укидање ступа на снагу даном објављивања одлуке. Од тога ипак постоје извесни изузеци. Први изузетак којим се допушта ретроактивно важење одлуке уставног суда прихваћено је у погледу конкретног случаја поводом кога су Врховни или Управни суд покренули поступак уставносудске контроле уставности. Наиме, од 1929. у уставноправном систему Аустрије могућност да покрену поступак пред Уставним судом имају и највиши судови у тој држави, али само у погледу уставности закона који треба да примене у конкретном случају. Уколико би временско дејство одлуке Уставног којом се укида неуставни закон било искључиво за убудуће, утолико би последица била апсурдна, јер би Врховни, или Управни суд били у обавези да у конкретном случају, поводом кога су покренули поступак, примене закон за који је Уставни суд утврдио да није у складу са Уставом!

³⁷ И.Крбек, н.д.стр.57

³⁸ M.Cappelletti, W.Cohen, н.д.р.101

Због тога је у таквим случајевима неходно ретроактивно дејство одлуке уставног суда које је сам Келзен означио као „техничку нужност“. Међутим, уколико се ретроактивна примена одлуке уставног суда о неуставности закона сведе само на странке у конкретном судском поступку поводом кога је покренут поступак оцене уставности тог закона, а не прошири на све остале који су у случајној ситуацији, утолико очигледан резултат може да буде озбиљно нарушавање једнакости³⁹ Чланом 140.ст.7. Устава Аустрије прописано је да се закон за који је утврђено да није у складу са Уставом примењује на околности настале пре поништавања, изузев ако је поступак оцене уставности покренуо редовни суд и осим ако Уставни суд у својој одлуци о поништавању не одлучи другачије. Могућност да Уставни суд у својој одлуци о поништавању реши другачије не односи се на ретроактивно важење одлуке, већ на одређивање крајњег рока за поништавање, односно датума поништавања у будућности, чиме се заправо продужава важење неуставног закона, али најдуже до једне године. Уставни суд СР Немачке, према члану 78. Закона о Савезном уставном суду, поништава закон („erklärt das Gesetz für nichtig“) уколико закључи да није у складу са Основним законом. Поништавање има дејство *ex tunc*. Ипак, ништавост неуставног закона није у немачком праву доследно спроведена и не подразумева ништавост свих појединачних аката донесених на основу неуставног закона. Закон о Савезном уставном суду заправо регулише неколико могућих ситуација. Најпре, треба истаћи да је ретроактивно дејство изричито признато у погледу могућности измене правоснажних пресуда. Чланом 79. ст.1. Закона о Савезном уставном суду предвиђено је да се у складу са одредбама Законика о кривичном поступку може покренути нови поступак у случају правоснажних пресуда донесених на основу закона који су поништени. Закон о Савезном уставном суду прописује и одређена одступања од дејства *ex tunc* у корист дејства *ex nunc* да би се обезбедило поштовање начела правне сигурности. Реч је о одредби члана 79.ст.2. Закона о Савезном уставном суду према којој остају на снази сви акти који се више не могу побијати („nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen“) а који су донесени на основу закона који је поништен. У случају да појединачни акти који су донесени на основу неуставног закона нису извршени, њихово извршење неће бити дозвољено, а уколико је извршење спроведено у његове правне последице се не може дирати, нити се може тражити надокнада штете.

ДЕЈСТВО ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Уставом БиХ предвиђена је институција Уставног суда за чију се физиономију и функције у теорији, с правом, истиче да су конципирани као компромис и мешавина елемената система судске контроле уставности у САД и европских система уставно-судске заштите путем посебних уставних судова.⁴⁰ Због тога, једно од кључних питања у вези са радом такве институције постаје питање дејства њених одлука.

Чланом VI ст.4 Устава БиХ прописано је да ће одлуке Уставног суда бити коначне и обавезујуће. Устав је међутим пропустио да регулише једно битно питање – шта

³⁹ исто, р.100

⁴⁰ Г.Мијановић, Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Бања Лука, Српско Сарајево, 2000. стр. 20

се дешава са правним актима или деловима аката које Уставни суд својом одлуком прогласи неуставним или незаконитим?⁴¹ У теорији је било схватања да је „непримерно да уставни суд (било који) о томе одлучује с времена на време, од случаја до случаја“.⁴² Питање правног дејства одлука Уставног суда ближе је регулисано Правилима Уставног суда које је Суд донео на основу члана VI ст.2. Устава према коме се поступак пред тим судом регулише правилима. Такво уставно решење значи да Уставни суд ужива уставну аутономију да сâм, својим правилима, регулише како ће се поступак одвијати.⁴³ Отворено је питање међутим, да ли правилима којима се регулише поступак Уставни суд може да регулише и правно дејство својих одлука и, ако може, у којој је мери такво прописивање у складу са принципом владавине права који начелно не подразумева да су уставни судови „позитивни“ законодавци? Наиме, иако у одређеној мери има основа да Уставни суд у процесном смислу ужива извесну аутономију и поред тога што су Правила по својој природи општи акт, што спречава да Суд дејство одлука опредељује *ad hoc*, ипак је њихов доносилац сâм Суд, тако да Суд, прописујући својим правилима и дејство одлука, од господара поступка несумњиво прераста у господара дејства одлука.

Чланом 63. ст.2. Правила Уставног суда прописано је да одлуком којом утврђује несагласност из члана VI/3.а) и VI/3.ц) (несагласност општег акта са уставом БиХ), Суд у целини или делимично укида општи акт, или поједине његове одредбе. Остављајући за сада по страни термилошко разликовање између „укидања“ и „поништавања“ које је изузетно важно за сагледавање временског дејства одлука, треба истаћи да је, по свему судећи, намера творца Правила била да истакну да Суд, у случају усвајања захтева и утврђивања неуставности, касира закон, или други општи акт. Међутим, сама Правила у ст.4. истог члана прописују да Суд, изузетно, може, одлуком којом утврђује несагласност општег акта са Уставом, да одреди рок за усаглашавање који не може да буде дужи од шест месеци. У случају да се у остављеном року не отклони утврђена несагласност, ставом 5. истог члана Правила, предвиђено је да ће Уставни суд својом одлуком утврдити да несагласне одредбе престају да важе. Изложене одредбе Правила заправо значе да је Уставни суд, слично као и у неким другим уставноправним системима, усвојио решења према којима се последице неуставности закона и одлуке уставног суда којом се та неуставност утврђује различито испољавају. Такво одређење, као што то показује пример СР Немачке, може да буде корисно, нарочито у случају да треба да омогући поштовање једнаке заштите, јер би, у случају када закон искључује специфичне групе особа, његово касирање такође напало све друге групе праведно укључене у законско регулисање.

Проблем изложеног решења које се састоји у утврђивању неуставности без касирања, односно у имплицитном поништавању закона, онако како је оно нормирано Правилима Уставног суда БиХ, састоји се међутим у помањкању системског квалитета решења о дејству неуставних одредби у року који је њиховом доносиоцу остављен за усаглашавање са Уставом. Наиме, чланом 67. Правила, прописано је да свако коме је повређено право коначним или правоснажним појединачним актом

⁴¹ На то у домаћој литератури први упозорава Р.Кузмановић, Уставно право, Бања Лука, 1999. стр. 537

⁴² исто, н.м.

⁴³ Н.Адемовић, Ј.Марко, Г.Марковић, Уставно право Босне и Херцеговине, Сарајево 2012. стр.206

има право да затражи од надлежног органа измену тог појединачног акта, али само ако је такав акт донесен на основу одредби које су престале да важе. У случају одлуке којом се утврђује неуставност и доносиоцу општег акта одређује рок за усаглашавање, нема престанка важења одредби, из чега следи да нико коме су повређена права коначним или правоснажним појединачним актом донесеним на основу неуставних одредби у року који је доносиоцу остављен за усаглашавање са Уставом, не би имао право да захтева измену таквог акта у случају да доносилац свој акт усклади са Уставом!!! Чини се да би вредности правичности и правне сигурности налагали измену Правила у смислу да право на подношење захтева за измену појединачног акта има свако коме су повређена права коначним или правоснажним појединачним актом донесеним на основу одредби **за које је утврђено да нису у складу са Уставом.**

Устав БиХ прописује да су одлуке Уставног суда **обавезујуће**, али не наводи у погледу кога оне имају такво дејство. Будући да је реч о касирању општег акта, или појединих одредби, јасно је да одлуке Уставног суда имају дејство *erga omnes*. Обавезност одлуке Уставног суда о неуставности и њено дејство *erga omnes* могу се повезати са специфичним питањем да ли се о истом предмету поново може водити спор?

Устав БиХ предвиђа да су одлуке Уставног суда **коначне**. Одатле начелно следи да се одлуке Уставног суда не могу побијати и оспоравати, односно да је поступак пред Уставним судом једносепен.⁴⁴ Међутим, правила Уставног суда предвиђају изузетак. Наиме, чланом 17. т. 5. Правила прописано је да захтев није допустив ако се ради о питању о којем је Уставни суд већ одлучивао, а из навода или доказа изнесених у захтеву не произилази да има основа за поновно одлучивање. Судећи на основу изложене одредбе члана 17. Правила, допуштено је **поновно одлучивање у поступку**. Чланом 70. Правила предвиђен је посебан процесни институт – **захтев за преиспитивање**. Према ставу 1. тог члана Правила, у случају да се открије нека чињеница која је по својој природи могла одлучно утицати на исход спора и која, кад је одлука била донесена, није била позната Уставном суду и није разумно могла бити позната странци, странка или судија, у року од шест месеци од сазнања за ту чињеницу може да поднесе захтев за преиспитивање одлуке, а у објективном року од једне године од доношења одлуке суда. У коментарима је таква процесна могућност окарактерисана као изузетак који не представља могућност класичне жалбе на коначну и обавезујућу одлуку Уставног суда, већ као одређена врста поновног отварања поступка због промењених околности.⁴⁵ Јасно је да таква процесна могућност, због свог ванредног карактера, не нарушава концепт коначности одлука Уставног суда БиХ, али се, имајући у виду такву могућност, не може истаћи, као што се то у појединим радовима чини, да одлуке Суда формално добијају правоснажност, јер не постоји правни лек против њих пред вишом домаћом инстанцом.⁴⁶ За разлику од упоредних решења која су веома ретка, ова

⁴⁴ исто, стр. 210

⁴⁵ исто, н.м.

⁴⁶ М.Симовић, М.Симовић, Улога Уставног суда Босне и Херцеговине у одбрани и даљој изградњи европског идентитета у Босни и Херцеговини, Анали Правног факултета у Зеници, бр. 7/2011 стр.24

процесна могућност предвиђена је Правилима Суда што значи да је и сама подложна променама. Такође, отворено је питање о каквим се то чињеницама које су по својој природи такве да би могле одлучно утицати на исход спора, уопште може говорити у поступку нормативне контроле?

Посебно питање у вези са начелом коначности и обавезности одлука Уставног суда БиХ је да ли је ефекат тог начела такав да се у случају касирања закона због његове неуставности онемогућава да законодавац усвоји закон исте, или сличне садржине? Као што је истакнуто, Уставни суд СР Немачке је од 1987. стао на становиште да чињеница да је одлука којом се касира неуставан закон *res iudicata*, не спречава легислативу да, уколико сматра да је то неопходно, усвоји нови закон чија је садржина иста, или слична, садржини закона који је касиран. Начелно посматрано, питање дејства одлука уставног суда у овом контексту повезано је и са питањем извршавања одлука. У БиХ је ово питање донекле усложњено чињеницом да је у правни поредак Кривичним законом уведено кривично дело *Неизвршење одлуке Уставног суда БиХ, Суда БиХ, Дома за људска права или Европског суда за људска права* које чини службено лице у институцијама БиХ, институцијама ентитета или институцијама Брчко Дистрикта БиХ које одбије да изврши коначну и извршну одлуку Уставног суда БиХ, Суда БиХ, Дома за људска права или Европског суда за људска права, или спречава да се таква одлука изврши, или на други начин онемогућава њено извршење. Питање домаћаја и примене кривичног законодавства у контексту дејства одлука Уставног суда БиХ и њиховог извршења може да буде сагледано и из обрнуте визуре. Наиме, оно је посебно усложњено због решења из Правила према коме Суд, изузетно, може, одлуком којом утврђује несагласност општег акта са Уставом, да одреди рок за усаглашавање. Такво решење, будући да заправо омогућава да се одлуком Суда, имплицитно, па чак и експлицитно, наложи измена постојећег, или чак и доношење новог прописа, намеће дилему ко би уопште могао да буде одговорон за неизвршење такве одлуке Суда? Уколико је реч о доношењу закона, утолико је дискутабилно да ли би се сва службена лица која учествују у различитим фазама законодавног поступка уопште могла сматрати одговорним за неизвршавање одлуке Суда. Такође, узимајући у обзир слободан мандат народних представника, поставља се питање да ли су изложена решења из Кривичног закона компатибилна са основним начелима демократског конституционализма и процесима политичког одлучивања.⁴⁷ Чини се ипак, да ово питање не треба тако стриктно сагледавати и да се системским тумачењем може избећи апсурдност појединих законских решења. Наиме, према Правилима, Суд ће, у случају да се у остављеном року не отклони утврђена несагласност, својом одлуком утврдити да несагласне одредбе престају да важе. Имајући у виду изложено решење, јасно је да је првенствено сâм Суд, а не учесници у појединим фазама законодавног поступка, надлежан да спроведе своју првобитну одлуку којом је утврђена неуставност.

⁴⁷ Упркос неким сензационалистичким натписима који су се појављивали у дневној штампи, заиста невероватно и потпуно неспојиво са демократским обликовањем опште воље делује могућност да се сви чланови представничког тела означе одговорним за неизвршавање одлуке Уставног суда.

Дејство одлука Уставног суда БиХ са становишта обима касирања опредељено је самим Уставом БиХ. Наиме, чланом VI/3.а Устава јасно је прописано да ће Уставни суд бити, између осталог, надлежан да решава спорове о томе да ли је **нека одредба** устава или закона неког од ентитета у складу са уставом. Правила Суда у члану 63. предвиђају да Суд, одлуком којом утврђује несагласност са Уставом, може **у целини или делимично укинути општи акт или поједине његове одредбе**. Судаћи према језичком тумачењу изложене одредбе Правила Суда, касирање општег акта може да буде делимично, а могуће је и својеврсно делимично касирање појединих одредби што, само по себи, закону може да да другачији смисао од оног који је желео законодавац.

У упоредном праву, као што је изложено, постоје различита решења у погледу временског дејства одлука уставних судова. Уставни суд БиХ својим правила прихвата оба могућа решења. Наиме, чланом 63.ст.1. Правила предвиђено је да Суд одлуком којом усваја захтев одлучује о њеном правном деловању (*ex nunc, ex tunc*). Међутим, сходно ставу 3. истог члана Правила, укинути општи акт, односно његове укинуте одредбе, престају важити наредног дана од дана објављивања одлуке Суда у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“. Изложена одредба става 3. члана 63. Правила имала би смисла уколико би се под „укидањем“ подразумевало временско дејство другачије од „поништавања“. Међутим, будући да се изразом „укидање“ у Правилима Уставног суда заправо означава касирање, није сасвим јасан смисао одредбе да акт престаје да важи наредног дана од дана објављивања одлуке, ако Суд већ у својим одлукама одређује и њихово дејство. У својој досадашњој пракси Суд није јасно означавао да ли одлука има дејство *ex nunc* или *ex tunc*, али је из диспозитива било јасно да је реч о дејству *ex nunc*. У вези са могућношћу одређивања временског дејства одлуке од стране Суда, намеће се још једно питање системског квалитета решења садржаних у Правилима Суда. Наиме, уколико Суд утврди неуставност без касирања и остави рок у којем се неуставност може оклонити, а таквој одлуци одреди дејство *ex tunc*, или уопште не одреди временско дејство, утолико се поставља питање да ли каснијој одлуци, којом касира неуставне одредбе, Суд, по природи ствари, мора признати дејство *ex tunc*? Такво решење би донекле било разумљиво, нарочито имајући у виду питање могућности захтевања измена појединачног аката донесеног на основу неуставних одредби којим су повређена права о чему је већ било речи, али је Правилима предвиђено да несагласне одредбе престају да важе наредног дана од дана објављивања одлуке којом се утврђују да несагласне одредбе престају важити. Чини се да изложено решење изискује системско унапређење а *fortiori*, јер се, шире посматрано, може поставити и питање да ли би измене које би законодавац усвојио на основу схватања Уставног суда могле да имају ретроактивно дејство и да ли би такво дејство имале, или морале да имају у сваком случају када законодавац извршава одлуку Уставног суда.

ЗАКЉУЧАК

Уставни суд је посебна институција која штити уставност и законитост. Надлежности које уставни судови имају и одлуке које доносе одређују правну природу уставносудске функције, границе њеног вршења и њен политички домаћај. Будући да сви уставни судови врше нормативну контролу, односно контролу усаглашености закона

са уставом, тежишно питање сагледавања уставносудске функције постаје питање карактера, снаге и значаја одлука које доносе решавајући уставне спорове о уставности закона. Не без разлога, у теоријским радовима истицан је став да је уставни суд функционално највиши орган одлучивања. Ефекат контроле уставности коју уставни судови врше зависи од одлука које у поступку оцене уставности закона доносе уставни судови.

Одлукама уставних суда касирају се неуставни закони, а одлуке су са старијим дејствима општеобавезне, коначне и извршне. Осим одлука којима се касирају закони, у упоредном праву постоје и друге врсте одлука које имају и другачија дејства – интерпретативне одлуке, остављање рока законодавцу да исправи закон, констатовање неуставности без касирања, итд. Касирање закона отвара питања чија решења понекад не могу да буду до краја теоријски доследна, или прецизно правно нормирана. Реч је најпре о домаћају опште обавезности, нарочито у смислу обавезности образложења одлуке, судбине закона који су били стављени ван снаге законом за који је утврђено да није уставан и обавезности начела *res iudicata* за законодавца и сам уставни суд. Различита решења постоје и за обима касирања и временско важење одлуке о касирању. У свим тим случајевима, разлике које постоје последица су разлика у начину постизања и обиму компромиса између различитих начела, или групе начела - начела правне сигурности, са једне, и начела правичности, стриктне уставности и демократске државе, као и заштите права странака, са друге стране.

Према Уставу, одлуке Уставног суда БиХ су коначне и обавезујуће. Правно дејство одлука Уставног суда ближе је уређено Правилима Суда, што у упоредном праву и теорији није баш једнодушно прихваћена концепција. Такво решење неминовно намеће дилеме да ли се Уставни суд БиХ од „негативног“ претвара у позитивног законодавца и на који начин решити евентуалне нејасноће или недостатке системског квалитета решења у вези са дејством одлука Суда? Ово је посебно изражено обзиром на решење према коме Суд може, одлуком којом утврђује несагласност општег акта са Уставом, да одреди рок за усаглашавање. Ако се томе дода да, према Правилима, Уставни суд опредељује и временско дејство својих одлука и уколико се има у виду да постоји могућност измене коначних или правноснажних појединачних аката донесених на основу неуставног закона, али само ако је такав акт донесен на основу одредби које су престале да важе, утолико се може говорити о помањању системског квалитета решења о дејству неуставних одредби у року који је њиховом доносиоцу остављен за усаглашавање са Уставом. О помањању системског квалитета решења која се у правном поретку БиХ односе на дејство одлука Уставног суда може се говорити и у контексту односа између кривичноправне инкриминације неизвршавања одлука Уставног суда БиХ, са једне стране, и могућности да се одлуком Суда, имплицитно, па чак и експлицитно, наложи измена постојећег, или чак и доношење новог прописа, са друге стране, јер таква одлука намеће дилему ко би уопште могао да буде одговоран за њено неизвршење? Због тога је потребно приступити адекватним измјенама Правила Суда.

ЛИТЕРАТУРА

- Адемовић Н, Марко Ј, Марковић Г, Уставно право Босне и Херцеговине, Сарајево 2012.
- Basta L, A Constitution as an Act of Positivation of the Legitimacy Principle, *Rechtstheorie* 17, 1986
- Cappelletti M, Cohen W, *Comparative Constitutional Law*, 1979.
- Cappelletti M, Necessite et legitime de la justice constitutionnelle, La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe, *Revue Internationale de Droit Compare*, 2/1981.
- Чок В, Врсте и дејство одлука уставних судова, 1972.
- Ђурић В, Res iudicata у уставном процесном праву, *Правни живот* бр.12/2000
- Friesenhahn E, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, 1962
- Giuseppe B, L'illegittimita parziale nella sentenze della Corte costituzionale – La Giustizia Costituzionale, 1966
- Kadenbach E, Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 80/1955
- Kelsen H, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen und Vereinigen der Deutsche Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Wien am 23. Und 24. April 1928, Berlin und Leipzig, 1929
- Klein E, Verfassungsprozessrecht, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 108/1983
- Крбек И, Уставно судовање, 1960
- Кузмановић Р, Уставно право, Бања Лука, 1999
- Лукић Р, Појам уставности и законитости и средства за њихово остваривање, Уставност и законитост у Југославији св.1/1966
- Marcic R, *Verfassung und Verfassungsgericht*, 1963
- Маринковић Т, Интерпретативне одлуке уставних судова, Уставни суд Србије – У сусрет новом уставу, 2004.
- Марковић Р, Уставно право и политичке институције, 1994.
- Мијановић Г, Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Подјела надлежности између институција Босне и Херцеговине и ентитета, Бања Лука, Српско Сарајево, 2000.
- Николић П., Уставно право, Београд, 1994.
- Николић П, Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима, *Правни живот* 12/95
- Öhlinger T, Ustavno-sudska kontrola, *Pravni život*, br.11/97
- Pestalozza C, *Verfassungsprozessrecht*, 1991.
- Seuffert W, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkung, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 104/1979
- Симовић М, Симовић М, Улога Уставног суда Босне и Херцеговине у одбрани и даљој изградњи европског идентитета у Босни и Херцеговини, *Анали Правног факултета у Зеници*, бр. 7/2011
- Steinberger H, Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level – Report on the Federal Republic of Germany, *Judicial Protection of Human Rights at National and International Level*, књ.1.1991
- Томић З, Уставно судство – између жреца и ствараоца, *Зборник радова „Уставни суд Србије – у сусрет новом уставу Србије“*, 2004.
- Vedel G, *Mauelementaire de droit constitutionnel*, Réédition présentée par G. Carcassonne et O.Duhamel, 2002.
- Вучић О, Аустријско уставно судство, Чувар федерације и устава, докторска дисертација, рукопис, 1995
- Zuck R, Die Selbstbindung des Bundesverfassungsgerichts, *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 20, 1975

Vladimir Džurić

Faculty of Law, Pan-European University Apeiron, Banja Luka

The Effect of the Constitutional Court Decisions

Apstract: The Constitutional Court is a separate institution designed to protect constitutionality and legality. The effect of judicial review of the constitutionality of laws depends on the effects of decisions which are brought in that process. Unconstitutional laws are null and void, and from the standpoint of binding effect, decisions of constitutional courts are final and enforceable. Judicial review of laws before constitutional court raises questions whose solutions sometimes can not be theoretically consistent or precise legal standardized. The differences that exist regarding the scope of efficacy of unconstitutionality of laws, scope of the cassation and time effect of the constitutional court decisions are result of the differences in the way of achieving and the extent of the compromise between different principles, or group of principles - the principle of legal certainty on the one hand, and the principles of equality, strict constitutionality and democratic state, and protection the rights of the parties, on the other side.

According to the Constitution, the decisions of Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina shall be final and binding. Since the legal effect of the Bosnia and Herzegovina Constitutional Court decisions are regulated by the Rules of the Court, the question is raised whether the Constitutional Court from “negative” becomes positive legislator, especially if we take into account that the Court determines the temporal effect of its decisions, and can also determines period in which the general act should be harmonized with the Constitution. Some of the solutions contained in the Rules of The Constitutional Court and in certain laws, such as those which are related to the question of the effect of the unconstitutional law provisions within the period which is given to the legislator to harmonize the law with the Constitution, or those which are related to incrimination of non-enforcement of the Constitutional Court decisions, do not have systematic quality.

Key words: constitutional court decisions, the effect of the decisions, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

DOI: 10.7251/GFP1303082S

UDC: 347.426:620.26

Originalni naučni rad

Datum prijema rada:
8. maj 2013.

Datum prihvatanja rada:
27. jun 2013.

Doc. dr

**Slobodan
Stanišić**

*docent, Fakultet pravnih
nauka, Panevropski
univerzitet "Apeiron", Banja
Luka*

Prilog raspravi o opasnim stvarima i opasnim djelatnostima

Sažetak: U tekstu se objašnjavaju i razgraničavaju pojmovi „opasna stvar“ i „opasna djelatnost“, te ukazuje na zakonodavna rješenja, stavove pravne nauke i sudske prakse, te stavove autora u pogledu odgovornosti za štetu od opasne stvari i opasne djelatnosti

Ključne riječi: opasna stvar, opasna djelatnost, odgovornost, šteta

UVOD

Naglim razvojem industrijske proizvodnje u devetnaestom vijeku, koja je podrazumjevala korištenje mašina u procesu proizvodnje i angažovanje velikog broja radnika u fabrikama koji u procesu proizvodnje koriste opasna i tehnološki nesavršena oruđa, stvoren je ambijent za gotovo svakodnevno nastajanje šteta na ličnim i imovinskim dobrima ljudi.

Štete su prije svega pogadale radnike u fabrikama koji su u procesu proizvodnje koristili mašine, koje su zbog tehnološke neusavršenosti i komplikovanosti mehanizma koji ih pokreće, te mehaničke, toplotne i kinetičke energije koju razvijaju, sadržavale izuzetno opasna svojstva i štetan potencijal koji u svakom trenutku mogao izmaći čovjekovoj kontroli i biti aktiviran.

Rad i svaka druga ljudska djelatnost sa takvim opasnim mehanizmima stvarali su povećanu opasnost po imovinske i neimovinske vrijednosti.

Vjerovatnost nastanka šteta od raznovrsnih opasnih stvari i djelatnosti se svakim danom povećala, a štete koje su bile sve češće i brojnije, nametale su potrebu definitivnog preispitivanja tada važećeg sistema građanske odgovornosti za štetu zasnovanog na krivici.

U takvom ambijentu, postojeća pravila o odgovornosti, sadržana u poznatim evropskim kodifikacijama toga vremena, zasnovana na načelu „nema odgovornosti bez pogreške“, nisu bila dovoljna garancija za mnoga unesrećena i oštećena lica, jer ista, u najvećem broju slučajeva, nisu mogla dokazati krivicu poslodavca kao vlasnika opasne stvari, odnosno vršioca djelatnosti od koje potiče šteta.

Morali su se pronaći mehanizmi drugačije zaštite oštećenih za štete koje potiču od opasnih stvari i djelatnosti, uvođenjem pravila o odgovornosti bez krivice, odnosno pravila o objektivnoj odgovornosti.

Objektivna odgovornost za štetu od opasne stvari odnosno opasne djelatnosti kao posebna vrsta vanugovorne odgovornosti za štetu teško se može razumjeti bez razjašnjenja pojma opasne stvari odnosno opasne djelatnosti. U vezi sa određivanjem ovog izuzetno kompleksnog pojma, u stranoj i domaćoj pravnoj nauci su vođene mnogobrojne rasprave, koje nisu prestale ni do današnjih dana.

S druge strane, a uporedo sa pravnom naukom, sudska praksa je smjelom i svrsishodnom interpretacijom zakonskih odredaba ili pak pojedinačnih slučajeva u kojima je nastupila šteta, odigrala naročito kreativnu ulogu u bližem razjašnjavanju pojma opasne stvari odnosno opasne djelatnosti, a time i u izgradnji, razumjevanju i evoluciji objektivne odgovornosti.

POJAM OPASNE STVARI

U **svakodnevnom govoru** termin „stvar“ se često koristi i služi da bi se označili predmeti mrtve prirode kao što su kamen, nož, voda, struja, gas, čaša, vješalica, stolica, automobil, i slično. Međutim, u smislu odštetnog prava, navedeni pojam je širi, jer u sebi obuhvata i sve „žive organizme“ kao što su na primjer životinje, izuzev ljudi. Stvar je sve ono što materijalno egzistira, odnosno, postoji u vremenu i prostoru, a nije ljudsko biće.

Stvar je sve ono što je izgrađeno od materije, a može se registrovati preceptivnim mogućnostima ljudskog bića.

U **građanskom pravu**, **pojam stvari** takođe podrazumjeva njen materijalizovani oblik, ali pored toga i njenu egzistenciju u vremenu i prostoru, mogućnost dispozicije u pravnom prometu, kao i podobnost štetnog djelovanja.

U **odštetnom pravu** i to sa aspekta pravila o odgovornosti za štetu, naročito je značajan tzv. štetni potencijal stvari, odnosno mogućnost da od djelovanja neke stvari nastupi šteta.

Takve stvari, u kojima je sadržan određeni štetan potencijal koji može doći do izražaja kako zbog prirode same stvari, načina upotrebe ili samog postojanja, nazivamo **opasnim stvarima**.

Opasne stvari kroz historiju

Istorijski posmatrano, od prvih pravnih kodifikacija, pa do današnjih dana, pojam opasne stvari se, uporedo s razvojem društvenih odnosa, kontinuirano proširivao i izgrađivao.

U robovlasničkom i feudalnom periodu ljudske historije, opasnim stvarima su se smatrale samo one stvari od kojih su nastajale najčešće nastajale štete.

Takvim stvarima su se smatrale najčešće životinje, zgrade i eventualno neki drugi objekti ili stvari.

Tako, na primjer, Hamurabijev zakon, koji datira iz vremena od oko dvije hiljade godina prije nove ere, predviđa zgrade i brodove kao opasne stvari i propisuje objektivnu odgovornost graditelja¹ za štetu koja nastane od rušenja zgrade, odnosno brodar², za štetu koju brod prilikom plovidbe nanese drugim licima.

Istim zakonom se pominju i neke druge stvari³ kao opasne.

Ako se ima u vidu stepen razvoja sredstava za proizvodnju u robovlasničkom periodu, a posebno činjenica da su osnovna proizvodna snaga toga vremena bile životinje, onda je sasvim razumljivo da su se životinje smatrale opasnim stvarima. Štete koje su bile u tom vremenu relativno rijetke, nastajale su pretežno od životinja.

Naravno, osim životinja, opasnim stvarima su se smatrale i zgrade i drugi objekti i to kako u rimsko doba, tako i kasnije u feudalnom periodu.

U vrijeme Lex aquilia, tačnije pred kraj trećeg vijeka prije nove ere, neki kvazi-delikti koji su predviđeni pomenutim zakonom proširili su pojam opasne stvari skoro do onoga smisla i sadržaja koji on danas ima. Naime, na osnovu tužbe pod nazivom „*actio de positis et suspensis*“ se odgovaralo po objektivnom principu za štetu koja nastane od pada stvari koje su postavljene na prozore, balkone ili zidove zgrada.

Po istom principu se odgovaralo i za štetu koja nastane izbacivanjem stvari ili prolivanjem tekućina iz stana i to na osnovu tužbe pod nazivom „*actio de eiectis vel effusis*“

Dakle, slobodno možemo reći da je pojam opasne stvari začet još u dalekoj prošlosti, u vrijeme prvih kodifikacija. Još u to vrijeme su pravници imali u vidu da stvari mogu biti opasne u zavisnosti od njihovog položaja, načina korištenja, nepredvidive prirode ili samog postojanja.

¹ Vidi paragraf 232 Hamurabijevog zakonika

² Vidi paragraf 240 Hamurabijevog zakonika

³ Tako je paragrafom 218 Hamurabijevog zakonika bila predviđena kazna za hirurga koji prilikom operacije upotrijebi bronzani bodež pa usljed toga nastupi smrt pacijenta. (Citirano prema, D.Napijalo, Pojam i značaj „opasne stvari“ u zakonskim tekstovima starih naroda, Advokatura, časopis Advokatske komore Srbije, br.2, str.44, Beograd, 1978 g.)

Gotovo sve kodifikacije građanskog prava, među kojima i one koje i danas postoje, smatraju životinje, zgrade i druge predmete opasnim, propisujući za štete koje nastaju od njih objektivnu odgovornost.

U XIX i XX vijeku koji je karakterističan po snažnom razvoju novih društvenih i proizvodnih odnosa, dolazi do proširenja i uopštavanja pojma opasne stvari, tako da se pod taj pojam gotovo svaku stvar koja je obzirom na postojanje, karakteristike, način upotrebe i položaj podobna da pričini štetu.

Pojam opasne stvari u jugoslovenskom pravu

Kada govorimo o jugoslovenskom pravu, to znači da mislimo na pravnu nauku, sudsku praksu i legislativu bivše SFRJ, kao i na pravo zemalja nastalih na njenoj državno-pravnoj teritoriji nakon disolucije SFRJ.

Jugoslovensko odštetno pravo je bilo izloženo snažnom uticaju dva različita pravna režima regulisanja odgovornosti za štete od opasnih stvari - njemačkog i francuskog. Njemačko pravo je, posebnim zakonskim propisima regulisalo odgovornost za štete od određenih opasnih stvari, kao na primjer odgovornost za štete od željeznica, za štete od automobila, za štete od brodova, za štete od vazduhoplova, štete od atomske energije i sl.

Nasuprot njemačkom pravnom sistemu, francusko pravo je težilo da stvori jedno generalno pravilo o odgovornosti za štetno djelovanje stvari.

Uticaj njemačke pravne nauke i sudske prakse, a posebno austrijske legislative u materiji odgovornosti za štete od određenih masovnih opasnih stvari, kao što su, na primjer, automobili i željeznica, je bio veoma snažan, kako za vrijeme Kraljevine Jugoslavije, tako i u novoj jugoslovenskoj socijalističkoj državi nastaloj nakon drugog svjetskog rata gotovo sve do donošenja ZOO.

Istovremeno, zanačajan prodor su učinili francuska i sovjetska pravna doktrina i to uticajem na domaću pravnu nauku, sudsku praksu i legislativu, a što se posebno prepoznaje kroz stvaralačku ulogu jugoslovenske sudske prakse⁴ u periodu do donošenja ZOO.

U jednom slučaju štete od motornog vozila, naša sudska praksa još jasnije određuje pojam opasne stvari i razloge uvođenja odgovornosti bez krivice, zauzimajući stav da preduzeće ne odgovara za štetu koju je pričinilo njegovo vozilo trećem zbog toga što je za vozača postavilo nesposobnu osobu (culpa in eligendo), već zbog toga što je šteta pričinjena motornim vozilom kao opasnom stvari „koja radi svoje brzine i radi svoje konstrukcije predstavljaju, sama po sebi, povećanu opasnost za osobe koje se sa tim vozilima služe ili

⁴ Tako je Vrhovni sud FNRJ u svojoj odluci br. B.Z.11/47 od 27 juna 1947 godine prvi put proglasio vlasnika opasnog oruđa odgovornim za štetu po objektivnom principu. „Princip odgovornosti za štetu samo pod uslovom krivice ne može se primeniti u slučajevima kada je šteta prouzrokovana oruđem koje sobom, pod uslovima redovne pravno-dopuštene i socijalno korisne upotrebe, stvara povišenu opasnost po okolinu. Radi zaštite ličnih i imovinskih prava građana nužno je da postoji odgovornost za štetu na osnovu samog fakta da je šteta nastala samo upotrebom oruđa koje sobom stvara povišenu opasnost za okolinu.“ (Citirano prema D.Kostić, Pojam opasne stvari, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1975.g..107, fusnota br.40)

koje sa njima dolaze u doticaj. Nemoguće je predvidjeti i izbjeći sve opasnosti u koje dolaze razne osobe kada su u prometu motorna vozila, jer te opasnosti nastaju često iz sasvim mehaničkih razloga koji su unaprijed nepoznati.

Za ovakve slučajeve nije dovoljna odgovornost po ličnoj krivnji vozača, jer se ona često ne može utvrditi.“⁵

Upravo zahvaljujući sudskoj praksi i pravnoj nauci u novoj Jugoslaviji do donošenja ZOO, a i nakon toga, postepeno je nastajao jedan nov i originalan pristup određivanju pojma opasne stvari koji, po mnogima, odražava svojevrsnu ravnotežu između njemačkog i francuskog režima regulisanja pojma opasne stvari.

Jugoslovenska pravna nauka i sudska praksa su saglasni da sve stvari nemaju karakter opasnih stvari, već da postoje određeni uslovi opšteg karaktera koji ih čine takvim u najvećem broju slučajeva.

Ti uslovi se odnose bilo na samo postojanje, prirodu i svojstva stvari, te položaj i djelovanje stvari i predstavljaju činjenični aspekt sudskog silogizma o pojmu opasne stvari.

To znači da sud prilikom utvrđivanja postojanja gore navedenih uslova, u stvari utvrđuje pravno relevantne činjenice, kao što su, na primjer, odgovori na pitanja: da li je stvar u konkretnom slučaju imala takav položaj koji je u konkretnom kauzalnom neksusu mogao dovesti do nastupanja štete, da li je stvar imala takve osobine i sadržavala u sebi takav štetan potencijal čije oslobađanje je u konkretnom slučaju dovelo do nastupanja štete i slično.

Međutim, pojam opasne stvari nema karakter statičnog i trajnog pravnog pravila koje u sebi sadrži skup uslova apsolutnog karaktera čije ispunjenje u određenom slučaju automatski dovodi do zaključka da se radi o opasnoj stvari i povlači odgovornost po objektivnom principu.

Naprotiv, pojam opasne stvari je promjenljiv i fleksibilan, tako da se u svakom konkretnom slučaju, procjenom pravnorelevantnih činjenica, pojedinačno prosuđuje da li se neka stvar, zbog postojanja tih činjenica, smatra opasnom ili ne.

Pojam opasne stvari se određuje i u zavisnosti od trenutka prosuđivanja postojanja uslova koji ga bitno određuju, te „društvenih prilika, kao i shvatanja sredine o tome da li svojstva određene stvari istu čine opasnom.“⁶

Smatramo da je karakter pojma opasne stvari najbolje objasnio prof. Konstantinović navodeći da se „ne radi o preciznom kriterijumu, već o jednoj gipkoj direktivi, pomoću koje sudija treba da vrši potrebna poređenja i u svakom slučaju utvrdi da li se radi o opasnoj stvari ili ne. Kao i pojam krivice i pojam opasne stvari ili „povećane opasnosti“

⁵ Vidi odluku Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine br.GŽ.10/49, Zbirka odluka Vrhovnih sudova 1945-1952, str.150, reg.br.133 (D.Kostić, op.cit.str.108)

⁶ D.Kostić, op.cit, str.109

*je jasan, ali ne i krut. To je jedan od onih opštih pojmova koji sa promjenjenim prilikama mogu dobiti i drugu sadržinu.*⁷

Neki naši autori smatraju da je „određivanje pojma opasne stvari **faktičko pitanje** o kome se, zavisno od svakog konkretnog slučaja, izjašnjava sud koji u tom slučaju sudi.“⁸

Međutim, sa iznesenim stavom se ne bismo mogli u potpunosti složiti.

Naime, zaključivanje suda o tome da li se neka stvar smatra opasnom ili ne, po našem mišljenju nije faktičko (činjenično), već pravno pitanje.

Faktičko pitanje u procesu stvaranja zaključka suda da li se neka stvar u konkretnom slučaju smatra opasnom stvari, predstavlja samo utvrđivanje onih činjeničnih okolnosti vezanih za konkretnu stvar na nivou uslova, kao što su na primjer postojanje, priroda i svojstva stvari, te njen položaj i dejstvo.

Pravnorelevantne činjenice za određivanje pojma opasne stvari

Pravnorelevantne činjenice koje su sudska praksa i pravna nauka označili kao **uslo-ve** na osnovu kojih će se smatrati da li je neka stvar opasna ili ne, te da li će se građanska odgovornost za nastalu štetu u datom slučaju prosuđivati po objektivnom ili pak subjektivnom kriteriju su: **postojanje, priroda i svojstva stvari, te položaj i djelovanje stvari.**

Pri tome uvijek treba imati u vidu i činjenicu da će postojati i takvi slučajevi kada će u okviru jednog štetnog događaja istovremeno postojati samo neke ili pak sve gore navedene pravnorelevantne činjenice koje bitno određuju pojam opasne stvari, pa se tako može desiti da je neka stvar opasna i s obzirom na svoje osobine, položaj i djelovanje.

Postojanje, priroda i svojstva stvari

Neke stvari su same po sebi opasne jer samim faktom postojanja, svojom prirodom i karakteristikama stvaraju povećanu opasnost za okolinu.

Tu prije svega spadaju stvari koje po svojoj prirodi ugrožavaju ljude i imovinu jer u sebi sadrže visok štetan potencijal.

Kao primjer za ovakve stvari koje su kao opasne verifikovane u sudskoj praksi, možemo naveseti određena hemijska jedinjenja⁹ koja su osobena po burnim hemijskim reakcijama, kao što je slučaj sa eksplozivom, kalcijum karbidom, gašenim krečom i raznim

⁷ M.Konstantinović, Obligaciono pravo, str.153-154

⁸ D.Kostić, ibidem, str.109

⁹ Tako je eksploziv smatran kao opasna stvar u presudi Vrhovnog suda Srbije br.GŽ.1296/96 od 21.02.1957 godine, Zbirka sudskih odluka 1957 g. str.100; kalcijum karbid (karbid) je smatran za opasnu stvar u presudi Vrhovnog suda Vojvodine br.GŽ.568/81, objavljenoj u Glaniku Advokatske komore Vojvodine br.4/62, str.29, dok je gašeni kreč proglašen opasnom stvari u presudi Vrhovnog suda Vojvodine br.GŽ.65/72 od 28.09.1972 g. objavljenoj u Zbici sudskih odluka br.9-10/1973, str.613 (citirano prema Nikola Mihailović, Objektivna odgovornost za štetu, Zbornik radova sa Savjetovanja "Prouzrokovanje štete i njena naknada", str.16, izdanje Perimex- Budva, 1998 godine.)

stvarima koje u sebi sadrže takva jedinjenja, kao što su na primjer bombe¹⁰, granate¹¹ i drugi rasprskavajući materijal, te lako zapaljive materije kao što su na primjer benzinske pare,¹² zemni gas, gas za domaćinstvo i slično, te konačno životinje i to posebno one divlje.

Isti tretman imaju i stvari koje su tako konstruisane da u sebi sadrže komprimiran vazduh, gas pod pritiskom, stvari koje služe za akumulaciju enormnih količina vode ili drugih tekućina i stvari.

Kao primjer možemo navesti plinske boce za domaćinstvo, boce sa soda vodom,¹³ rezervoare tečnog gasa, rezervoare benzina i kerozina, bazene, vodozahvate pitke vode, silose za skladištenje žita, silose za separaciju šljunka, akumulaciona jezera¹⁴ i slično.

Opasnim stvarima na osnovu samog postojanja i prirode stvari treba smatrati i određene stvari koje su rezultat djelovanja izvjesnih prirodnih i vještačkih izvora energije, pod uslovom da su u vlasti čovjeka i da se čovjek njima služi.

Ovdje je riječ prije svega o električnoj energiji, te toplotnoj, atomskoj i drugim vrstama energije koje čovjek potpuno ili djelimično kontroliše i koristi.

Tretman opasne stvari po postojanju, prirodi i svojstvima, u sudskoj praksi je dat i svim onim stvarima ili pak mehanizmima koje se koriste za stvaranje, držanje, prenos i transformisanje električne i druge energije, kao i predmetima i mehanizmima koji za svoje funkcionisanje koriste navedenu energiju.¹⁵

¹⁰ Vrhovni sud Jugoslavije, u svojoj presudi br.Rev.145/69 od 10.06.1969 godine, objavljenoj u Zbirci sudskih odluka – knjiga XV, sveska I, sent.br.26, presudio je da za štetu koju pretrpi vojnik na vojnoj vježbi pri rukovanju ručnom bombom odgovara država prema objektivnom principu - (citirano prema D.Kostić, op.cit. str.122)

¹¹ Vidi presudu Vrhovnog suda Jugoslavije br.26/70 od 10.03.1970 objavljenu u Zbirci sudskih odluka knjiga XV, sveska II, str.133, odluku istoig suda br.Rve.370/63 od 20.05.1963 objavljenu u Zbirci sudskih odluka knjiga IX, sveska I, str. 34, kada je utvrđena objektivna odgovornost države za štetu od eksplozije topovske granate (citirano prema D.Kostić, op.cit.str.122), kao i sličnu odluku Vrhovnog suda Hrvatske br.GŽ.1109/69 od 08.07.1969 objavljenu u Zbirci sudskih odluka, god 1970, str.133 (citirano prema N.Mihailović, navedeno djelo, strana 16.)

¹² Vidi odluku Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, br.GŽ.647/56 od 20.05.1957 godine-citirano prema D.Kostić, op.cit, strana 122.

¹³ Vidi presude Vrhovnog suda AP Vojvodine br.GŽ.170/59 od 09.03.1960 godine i presudu Saveznog vrhovnog suda br.Rev.3881/62 od 25.12.1962 godine, prema kojima navedeni sudovi smatraju flašu pod pritiskom koja je napunjena soda vodom, opasnom stvari. Prema stanovištu izraženom u navedenoj presudi do eksplozije takve flaše je moglo doći i kod normalnog punjenja i normalno proizvedenog stakla, kao usled nekog spoljnog mehaničkog dejstva, tako i usled tehnoloških nedostataka u proizvodnji stakla. ...”u napunjenoj soda-flaši se krije latentno povećana opasnost, čak i onda kada se flaša normalno koristi.” (citirano prema D.Kostić, op.cit, strana 122-123).

¹⁴ Vidi presudu Višeg privrednog suda u Beogradu, GŽ.2040/94 od 10.10.1994, Izbor sudske prakse, “Glosarijum” Beograd, 1995, str. 106-127 (citirano prema N.Mihailović, navedeno djelo, strana 17.)

¹⁵ Vidi odluke Vrhovnog suda NR Srbije GŽ.622/49 od 09.05.1949, Vrhovnog suda FNRJ bz. 7/50 od 10.02.1950 godine, Vrhovnog suda Hrvatske br.GŽ.34/53 od 29.06.1953 godine, Vrhovnog suda Srbije br. GŽ.357/55 od 19.04.1955 godine, prema kojima elektroprovodnici, transformatori i određene mašine koje koriste električnu energiju za rad, predstavljaju opasne stvari (citirano prema, D.Kostić, op.cit, strana 122-123).

Zbog toga, ako šteta nastane, na primjer, od žičane ograde priključene na električnu struju,¹⁶ električne mreže¹⁷, dalekovoda,¹⁸ trafo stanice¹⁹ i transformatora, električne sijalice, akumulacione brane²⁰, od vode ispuštene iz akumulacionog jezera ili bazena, od toplotnih uređaja i instalacija²¹, od eksplozije boce sa soda-vodom, flaše sa kiselom vodom ili pivom, od pada lifta u zgradi, od eksplozije ekrana televizora, od električnog ili mehaničkog sjekača drveta ili željeza, smatraće se da je nastala od opasne stvari.

Atomska energija i uređaji koji služe za proizvodnju, pretvaranje i prenos navedene energije, takođe se smatraju opasnim stvarima po svojoj prirodi.

Naročito opasna svojstva ima tzv.radioaktivno zračenje koje nastaje kao posljedica cijepanja atomskog jezgra, a jednako tako i uređaji, oruđa i oružja koja za svoj rad i dejstvo koriste atomsku energiju.

Za ove opasne stvari i djelatnosti u vezi sa navednim stvarima, zakonodavstva većine zemalja u svijetu predviđa pooštrenu objektivnu odgovornost kod koje su egzoneracioni razlozi svedeni na minimum.²²

Za štete od dejstva ove vrste opasnih stvari postoji pretpostavka apsolutne uzročnosti koja se stoga ne može i obarati.

U pravnoj teoriji²³ postoje gledišta da i putevi predstavljaju opasne stvari.

Prema njima, put može imati karakter opasne stvari, ali samo dok se na njemu odvija javni saobraćaj, jer se samo u uslovima korištenja odnosno upotrebe puteva od strane njegovih imalaca može stvoriti takav ambijent u kojem može nastupiti šteta koja potiče od puta kao opasne stvari.

Kada su u pitanju putevi, povećana opasnost nastanka štete za okolinu, kao bitan kvalifikativ za pojam svake opasne stvari, manifestuje se u naročito i neuobičajeno opasnim svojstvima konkretnog puta (nagibi, duge i nepregledne krivine, dionice puta ili pojedini

¹⁶ Vidi odluku Vrhovnog suda BiH, Rev.57/82 od 31.05.1982, objavljenu u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda BiH, br.3, za 1982 godinu, strana br.6

¹⁷ Vidi odluku Vrhovnog suda Makedonije, GŽ.877/77 od 20.03.1977 godine, objavljenu u časopisu Informator, br.2562/78 od 28.09.1978 godine

¹⁸ Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev.4326/92 od 04.03.1993 godine objavljenu u Biltenu Okružnog suda u Beogradu br.41-42 za 1994 godinu,

¹⁹ Vidi odluku Vrhovnog suda BiH, Rev.61/79 od 02.02.1979, objavljenu u Biltenu sudske prakse Vrhovnog suda BiH, br.1, za 1979 godinu, strana br.42

²⁰ Vidi odluku Višeg privrednog suda u Beogradu, GŽ.2040/94 od 10.10.1994 godine (citirano prema N.Mihailović, op.cit strana 17).

²¹ Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev.215/87 od 13.02.1987, Biltenu Vrhovnog suda Srbije br.3/87 strana 21,

²² Opširnije kod : D.Stojanović, Odgovornost za naknadu genetičkih, anonimnih i zakasnelih atomskih šteta, str.53, 57-58, Beograd, 1967

²³ B.Vizner, "Komentar Zakona o obveznim(obligacionim) odnosima" knjiga 2 str.800-802, Zagreb 1978 S.Mihajlović, "Pojam opasne stvari", Glasnik 1971, II 1,2; B.Kale: "Cesta kao opasna stvar i odgovornost organizacije koja njome upravlja", Split, 1970 S.Stanišić, "Ogledi iz građanskog prava", I izdanje, str.157, Banja Luka, 2005

na mjesta na kojima se često događaju saobraćajne nesreće - tzv. crne tačke, oštećenja na kolovozu, odsustvo saobraćajne signalizacije, iznenadne i neočekivane prepreke na cesti, odron, iznenadna i neočekivana poledica itd.

Posebnu kategoriju opasnih stvari pod određenim uslovima, čine i proizvodi sa nedostatkom koji je nastao u procesu proizvodnje, obzirom da i ovakve stvari mogu dovesti do štete na imovinskim i neimovinskim dobrima ljudi, kao korisnicima takvih proizvoda.

Ipak, svojstvo opasnosti imanentno je svim opasnim stvarima, ali ne i svim stvarima sa nedostatkom.

Naime, kod stvari sa nedostatkom svojstvo opasnosti nije imanentno za sve predmete koji pripadaju toj vrsti proizvoda, već se opasnost vezuje samo za jednu stvar odnosno jedan proizvod iz te grupe, a uzrok te opasnosti se nalazi u nekom nedostatku koji baš ta konkretna stvar odnosno proizvod ima.

Dakle, pojam stvari sa nedostatkom se ne bi mogao poistovjetiti sa pojmom opasne stvari, uz napomenu da ima proizvoda koji se mogu okarakterisati i kao opasne stvari i kao stvari sa nedostatkom, što može stvarati probleme u praksi prilikom prosuđivanja odgovornosti za štete od takvih stvari.

Zbog toga se pridružujemo onim shvatanjima i zakonodavnim rješenjima koja smatraju da se odgovornost za štete od stvari sa nedostatkom treba rješavati po pravilima o vanugovornoj objektivnoj odgovornosti, jer su tada potrošači kao oštećena lica bolje zaštićeni, a isključene su uobičajene teškoće u vezi sa eventualnim dokazivanjem krivice proizvođača stvari sa nedostatkom.

Položaj stvari

Stvar može imati opasna svojstva i s obzirom na položaj koji zauzima u prostoru.

Dakle, položaj određene stvari, koja inače, po svojoj prirodi i svojstvima nije opasna, može je učiniti opasnom.

Poziciona opasnost stvari je davno uočena i pravno regulisana već u pravnim sistemima starih naroda. Tako je, na primjer, još rimsko pravo poznavalo i regulisalo slučajeve odgovornosti vlasnika stana za štete pričinjene padom ili izbacivanjem predmeta, materija ili tekućina iz stana, odgovornost vlasnika za štete od građevina i zgrada.

Zamislamo samo koliko mogu biti opasni saksija sa cvijećem na ivica prozora, flaša ili neki drugi predmeti nepromišljeno postavljeni na balkonu višespratnice u slučaju da padnu na prolaznike ili pak koliko su opasni stolica koja se nalazi na neosvjetljenoj i neograđenoj terasi, te koliko može biti opasno neosvjetljeno stepenište.

Zamislamo koliko može biti opasan snijeg na krovu kuće koji zbog iznenadnog povećanja temperature počne da se topi, te usljed toga neočekivano padne na tlo ispred kuće.

Jednako tako, po položaju je opasna stvar i automobil koji je parkiran na dijelu puta sa velikim nagibom obzirom da postoji realna opasnost i mogućnost da u jednom trenutku otkáže mehanizam parkirne kočnice na automobilu i time prouzrokuje nekontrolisano kretanje navedene stvari.

Opasnih stvari po položaju ima svuda oko nas i mogli bismo ih nabrajati u nedogled.

Ovdje ćemo pomenuti samo neke slučajeve iz sudske prakse radi boljeg razumjevanja ove pravno relevantne činjenice u određivanju pojma opasne stvari.

Domaća sudska praksa je verifikovala znatan broj slučajeva stvari opasnih po položaju²⁴ i to pretežno povodom šteta u korištenju građevina i zgrada.

Tako je prema presudi Vrhovnog suda Jugoslavije br.Rev.3729/62 od 14.06.1963, vlasnik zgrade odgovarao za štetu od stvari opasne po položaju u slučaju pada prolaznika u podrumski otvor na ulici, a prema presudi Vrhovnog suda BiH Gž.12/56 od 29.02.1956 godine, u slučaju pada nekog lica u otvor od lifta.

Prema presudi Vrhovnog suda Jugoslavije br.Rev.143/67 od 18.07.1967 godine, Gradska javna tržnica je odgovarala zbog povrede prolaznika koji je stajalo kraj tezge čija je betonska ploča pala.²⁵

Za štetu zbog opasnog položaja stvari se odgovaralo i slučajevima pada stabla koje je bilo staro preko 100 godina, pada neispravnog lifta u stambenih zgradi, pada u nezaštićenu rupu u trotoaru, štetu od nezaštićenih stepenica i sl.

U našoj pravnoj teoriji²⁶ i sudskoj praksi²⁷ je posebna pažnja posvećena stepeništima u zgradama kao poziciono opasnim stvarima.

Izražena su različita mišljenja u pogledu ocjene opasnog karaktera ovih djelova građevina i to počev od gledišta da se stepeništa uvijek smatraju opasnim stvarima po položaju, pa do gledišta da se samo pokretne stepenice smatraju stvarima opasnim po položaju.

Po našem mišljenju, nije prihvatljiva niti jedna od iznesenih krajnosti.

Smatramo da je ocjena opasnosti ovih stvari ipak rezervisana za svaki poseban slučaj, što znači da sud u svakom konkretnom slučaju štete ima obavezu istraživanja svih okolnosti relevantnih za ocjenu njihove pozicione opasnosti.

²⁴ Vidi rješenje Saveznog Vrhovnog suda br.Rev.49/58 od 25.02.1958 godine prema kojem je vlasnik odgovarao za štetu od opasne stvari zbog opasnog položaja bačve, Zbirka sudskih odluka, knjiga III, sveska 1, str.59.

²⁵ Citirano prema, D.Kostić, op.cit, str.112

²⁶ Opširnije, D.Kostić, op.cit, str.114-115

²⁷ Vidi presudu Vrhovnog suda Jugoslavije br.Rev.1667/65 od 17.12.1965 i presudu Saveznog vrhovnog suda br.Rev.1517/59 od 12.03.1960 godine, prema kojima se stepenice smatraju opasnim stvarima, (citirano prema D.Kostić, op.cit, str.114) . Ipak, investitori poslovne zgrade su u navedenim slučajevima proglašeni odgovornim po subjektivnom principu, tj.principu pretpostavljene krivice (primjedba autora)

Djelovanje stvari

Većina stvari, inače bezopasnih, postaju opasnim tek kada se stave u pogon, kada se počnu koristiti odnosno upotrebljavati.

U današnje vrijeme smo okruženi bezbrojnim mehanizmima i uređajima kojima se svakodnevno služimo.

Opasnost navedenih mehanizama sadržana je upravo u njihovom štetnom potencijalu koji dolazi do izražaja samo za vrijeme dok ti mehanizmi rade.

Opasnost stvari po djelovanju se može najjednostavnije objasniti na primjeru motornih vozila kao najmasovnijih opasnih stvari današnjice.

Pod pojmom motornog vozila treba podrazumjevati sva vozila koja se kreću snagom vlastitog motora uključujući tu i priključna vozila, pa i skup vozila.

Tu bi spadali putnički automobili, teretna vozila, autobusi, motocikli, bicikli sa motorom, tramvaji, trolejbusi, motokultivatori, radne mašine-kombajni, kosačice, valjci, finišeri, viljuškari i slično.

Sva navedena vozila su opasne stvari sa aspekta odgovornosti imaoca tih stvari.

Motorno vozilo je opasno zbog pogona koji ga pokreće, mase koju posjeduje, brzine koju razvija, stvari koje prevozi i slično, što sve rezultira visokim štetnim potencijalom, odnosno velikom opasnošću za imovinska i neimovinska dobra ljudi.

Naime, motorno vozilo je opasna stvar, prije svega, ako je stavljeno u pogon, odnosno pokret, kada svojom snagom (masom i kinetičkom energijom) stvara rizik nastupanja štete po lica i stvari, bez obzira na pažnju i pravilno korištenje od strane njegovog imaoca.

Naravno, ono može biti opasna stvar i kada nije u pogonu, već u stanju mirovanja, ali šteta koja je u tom slučaju nastala od motornog vozila nije posljedica njegovih opasnih svojstava o kojima je gore bilo riječi (masa, kinetička energija), već položaja u kojem se nalazi.

Kao primjer možemo navesti nepravilno zaustavljanje odnosno parkiranje.

Jugoslovenska sudska praksa²⁸ je bila veoma kreativna u određivanju šta sve spada u pojam opasne stvari i opasne djelatnosti, a pogotovu ako štete potiču od motornih vozila.

Pogriješili bi kada bi tvrdili da je automobil opasna stvar sama po sebi, dakle kada ne bi pomenuli njegovu upotrebu, odnosno korištenje.

²⁸ Tako se u presudi Vrhovnog suda Hrvatske, Gž.3078/65 od 10.02.66 navodi: «...motorno vozilo predstavlja opasnu stvar s povećanom opasnosti uvijek dok se nalazi u pokretu, bez obzira da li se kreće javnim putem.» «Opasnu djelatnost predstavlja rad mašina na parni, benzinski ili plinski pogon: željeznice, benzinski motori, automobili, vršalice», navodi se u odlukama Vrh.suda Jugoslavije br.Gž.107/66 od 10.03.67, Vrh.suda BiH, Gž.1190/70 od 29.06.71, Vrh.suda Slovenije Pž.172/73 od 08.03.73

Tek u tom slučaju se za štetu od motornog vozila odgovara po objektivnom principu.

U slučaju da je vozilo van pogona, a od njega nastane šteta, odgovara se po subjektivnom principu.²⁹

Opasnom stvari na osnovu djelovanja odnosno upotrebe stvari, pored motornih vozila, sudska praksa smatra gotovo sve vrste mašina poput parne mašine³⁰, hidraulične prese³¹, motorne testere,³² vršalice³³ i sve vrste vozila kao što su željeznica³⁴, motorni voz³⁵, konjska zaprega,³⁶ žičara³⁷ i slično.

Iz izloženog je vidljivo da je pravnorelevantna činjenica djelovanja stvari od odlučnog značaja za ocjenu da li se konkretna stvar smatra opasnom ili ne.

Međutim, istovremeno se postavlja pitanje koliki je njen domašaj, odnosno ima li ona relativan ili pak apsolutni karakter, tj. da li se stvar koja ne djeluje odnosno koja nije u upotrebi smatra opasnom stvari?

Prihvatajući tzv.apsolutni domašaj ove pravnorelevantne činjenice, mogli bismo izvesti zaključak da su stvari poput automobila, broda, vršalice, električne pile, mehaničkog čekića, automatske prese i slično, opasne samo dok rade, djeluju odnosno dok su u upotrebi, obzirom da samo tada dolaze do izražaja njihova opasna svojstva i štetni potencijal.

Nasuprot prednjem, kada gore navedene stvari nisu u upotrebi, one nisu opasne, izuzev onih slučajeva kada se opasnost ovih stvari prosuđuje po pravnorelevantnoj činjenici položaja koje zauzimaju u prostoru ili pak po pravnorelevantnoj činjenici opasne prirode i opasnih svojstava koji su imanentni samoj stvari.

²⁹ «Parkiran kamion čiji motor nije u pogonu, ne smatra se opasnom stvari i za štetu koja je nastala zbog nepropisno parkiranja vlasnik vozila odgovara po principu krivice.» Vrh.sud Jugoslavije, Rev.147/69 od 01.07.69, Zbirka sudskih odluka, knjiga14 sv.4 br.458 i knjiga 15 , sv.1, br.27

³⁰ Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije br.GŽ.443/72 od 11.02.1972 godine objavljenu u Zborniku sudske prakse br.7.8 iz 1972 g, str.491,

³¹ Vidi odluku Vrhovnog suda Hrvatske br.GŽ.1824/68 , objavljenu u Pregledu Vrhovnog suda Hrvatske iz 1968 godine, tačka 114,

³² Vidi odluku Vrhovnog suda Hrvatske br.GŽ.1602/68 , objavljenu u Pregledu Vrhovnog suda Hrvatske iz 1968 godine, tačka 114,

³³ Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije br.GŽ.468/57 objavljenu u Zbirci sudskih odluka III/1, tačka 56,

³⁴ Vidi odluku Vrhovnog suda Jugoslavije br.GŽ.107/66 od 10.03.1967, objavljenu u Zbirci sudskih odluka za 1967, strana 40,

³⁵ Vidi odluku Vrhovnog suda BiH GŽ.118/85 od 21.06.1985 , objavljenu u časopisu Privreda i pravo, br.9-10 za 1986, strana 515

³⁶ Vidi odluku Višeg suda u Subotici GŽ.811/85 od 02.12.1985 godine, objavljenu u Biltenu Vrhovnog suda Vojvodine, br.2-3 za 1986 godinu, str.47,

³⁷ Vidi odluku Vrhovnog suda Hrvatske , GŽ.1625-75 od 02.03.1976 godine, citirano prema knjizi Borisa Strohsacka, Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti, II, str.1 in 2.

OPASNE STVARI I OPASNE DJELATNOSTI PO ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

Za razliku od Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima³⁸, važeći Zakon o obligacionim odnosima ne daje definiciju pojma opasne stvari, već se posredno i to samo iz nekih odredaba³⁹ može zaključiti da zakonodavac pravi razliku između opasnih i bezopasnih stvari, odnosno između stvari od kojih potiče povećana opasnost štete za okolinu i onih stvari od kojih ne potiče takva opasnost.

Zakonodavac, naime, propisuje objektivnu odgovornost samo za štete nastale od stvari ili djelatnosti od kojih potiče „povećana opasnost štete za okolinu.“

Dakle, šteta može nastupiti od stvari ili djelatnosti koje nisu uopšte opasne, ili pak od stvari i djelatnosti koje nisu toliko opasne da od njih prijeti ili potiče povećana opasnost štete za okolinu, u kom slučaju se neće primjeniti o odgovornost bez obzira na krivicu, već pravila o subjektivnoj odgovornosti.

Izbjegavajući svako konkretnije i bliže određivanje pojma opasne stvari i opasne djelatnosti, zakonodavac, u stvari, uzročno povezuje pojam stvari i pojam djelatnosti za opšti pojam „povećana opasnost“, smatrajući opasnim stvarima i djelatnostima samo one od kojih već potiče povećana opasnost štete, dakle one stvari i djelatnosti koje stvaruju povećan rizik nastupanja štete.

Pri tome, kada govori o povećanoj opasnosti štete za okolinu, zakonodavac, ne misli na apstraktnu opasnost štete koja može hipotetički nastupiti, već na konkretnu opasnost koja već postoji i koja je nastupila zbog već stvorenog rizika nastalog od samog postojanja ili svojstva, položaja ili upotrebe određenih stvari odnosno vršenja pojedinih djelatnosti.

U tom smislu treba shvatiti pojam „povećana opasnost“ koji upotrebljava zakonodavac, a u vezi s tim i pojam „opasne stvari“ i „opasne djelatnosti“ koji se koristi u ZOO.

Smatramo da je ovako regulisanje pojma opasne stvari i opasne djelatnosti vezivanjem za sintagmu „povećane opasnosti od štete po okolinu“ nepotpuno, suviše uopšteno i neodređeno, te da stoga dovodi do neopravdano ekstenzivnog tumačenja zakonskih odredaba kojima se reguliše objektivna odgovornost za štete od opasnih stvari i djelatnosti.

U sudskoj praksi i pravnoj teoriji je primjetna nekontrolisana tendencija proglašavanja gotovo svake stvari i djelatnosti za opasnu.

Ovako regulisanje pojma opasne stvari i djelatnosti, bez navođenja barem okvirnih činjeničnih pretpostavki koje bitno određuju pojam takvih stvari i djelatnosti odnosno pretpostavki koje bitno određuju pojam tzv. povećane opasnosti, je svojevrsan „circulus vitiosus“ u koji je zakonodavac upao, odbacivanjem rješenja koje je svojevremeno bilo

³⁸ „Ima onih stvari, pokretnih ili nepokretnih, čiji položaj ili upotreba, ili osobine, ili samo postojanje predstavljaju povećanu opasnost štete štete za okolinu (opasne stvari), odgovara za štetu koja potiče od njih.“ (čl.136 st.1)

³⁹ „Za štetu od stvari ili djelatnosti od kojih potiče povećana opasnost štete za okolinu odgovara se bez obzira na krivicu.“ (čl.154 st.2)

predloženo u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima čiji je autor naš poznati naučnik Prof.Mihajlo Konstantinović.

Valja napomenuti da je bilo pokušaja da se ova greška ispravi u okviru prijedloga izmjena ZOO iz 1993 godine.

Tada je prema Prijedlogu Zakona o izmjenama i dopunama ZOO, u tekst čl.173 ZOO trebala biti unesena definicija opasne stvari i to upravo na onaj način kako je pojam opasne stvari odredio Prof. Konstantinović u čl.136 st.1 Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima, ali se od ovoga odustalo, čime je zadržano postojeće zakonsko rješenje koje najvećim djelom ostavlja sudskoj praksi da od slučaja do slučaja zaključuje da li se radi o opasnoj stvari ili opasnoj djelatnosti.

Međutim, rješenjima koje u pogledu određivanja pojma opasne stvari daju Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima i važeći ZOO, mogu se staviti ozbiljni prigovori, obzirom da su oba rješenja nepotpuna, tako da djeluju kao započeto, a nedovršeno djelo.

Naime, slažemo se prof. Konstantinovićem i sa gotovo vladajućim stavom naše sudske prakse, da su valjano utvrđene pravnorelevantne činjenice koje se odnose na položaj, upotrebu, osobine ili samo postojanje stvari, sasvim dovoljne za određivanje pojma opasne stvari u smislu odgovora na pitanje da li takva stvar predstavlja povećanu opasnost štete za okolinu.

Međutim, ne slažemo se sa tezom da je pojam opasne stvari širi od pojma opasne djelatnosti i da je slijedom toga u pojmu opasne stvari sadržana i opasna djelatnost.⁴⁰

Ne slažemo se ni sa sličnom, ali pravilnijom tezom u našoj pravnoj nauci⁴¹, da su pojmovi opasne stvari i opasne djelatnosti u odnosu subordinacije, prema kojoj je pojam opasne djelatnosti podređen pojmu opasne stvari.

Rezultat ovakvih teza, u konačnom, teži izjednačavanju pojmova opasne stvari i opasne djelatnosti, što ipak nije tačno, jer se niti jezički niti sadržinski, očigledno ne radi o istim pojmovima.

Naime, iako ima mnogo djelatnosti u okviru kojih se služimo opasnim stvarima (na primjer vojna vježba, distribucija električne energije, prevoz putnika i robe motornim vozilima, željeznicom ili avionima, rad sa mašinama i slično), postoje i djelatnosti od kojih potiče povećana opasnost po okolinu, a da se pri vršenju djelatnosti uopšte ne služimo opasnim stvarima.

⁴⁰ «U stvari radi se uvek o odgovornosti za opasne stvari. Pojam opasne stvari je širi od pojma delatnosti koja predstavlja povećanu opasnost po okolinu i on ga potpuno obuhvata. Jer, praktično govoreći, pri svakoj delatnosti koja stvara povećanu opasnost za okolinu, mi se služimo stvarima, koje, ako već nisu opasne po svojoj prirodi, postaju opasne upotrebom.» (citirano prema :Prof.Dr.Mihajlo Konstantinović: Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu, Arhiv za pravne i društvene nauke, br.3, str.300, Beograd, 1958

⁴¹ S.Mihajlović, Odgovornost za štetu pričinjenu izvorom povećane opasnosti, Glasnik Adv.komore Vojvodine, br.4/75, Novi Sad, 1975, str.24.

Sudska praksa je još prije donošenja ZOO, u nekoliko slučajeva, smatrala opasnom djelatnošću i organizovanje masovnog okupljanja većeg broja ljudi na jednom mjestu, kao što su bili slučajevi odgovornosti sportske organizacije za štetu nastale zbog nekontrolisanog kretanja ljudi na stadionu,⁴² odgovornosti prevozničkog preduzeća za štetu nastalu na autobuskom stajalištu usljed guranja prilikom ulaska u autobus,⁴³ odgovornosti filmskog preduzeća za štetu nastalu na snimanju masovnih filmskih scena.⁴⁴

Tako se u presudi koja rješava slučaj nastupanja štete zbog nekontrolisanog kretanja ljudi na stadionu iznosi stav da se ne može tvrditi da je šteta nastala od opasne stvari, jer se iznenada pokrenuta masa ljudi ne smatra opasnom stvari, kao što se ni ljudi, kao živa bića, ne smatraju stvarima.

Nakon stupanja na snagu Zakona o obligacionim odnosima postaje sasvim jasno da je intencija zakonodavca bila da se pojam opasne stvari razdvoji od pojma opasne djelatnosti, što je uostalom i vidljivo iz odredaba čl.174-177 ZOO. Međutim, naša pravna nauka je uglavnom odbijala da prihvati razliku između pojma opasne stvari i opasne djelatnosti, pozivajući se na razloge koje je u tom pogledu dao prof.Konstantinović.

Tako teoretičar Stojan Cigoj⁴⁵, proširuje domašaj odredbi čl.175-177 ZOO koje se direktno odnose na imaoa opasne stvari i na vršioca opasne djelatnosti, što ukazuje na tezu subordinacije pojma opasne djelatnosti pod pojam opasne stvari, a što u svojoj konačnosti vodi izjednačavanju navedenih pojmova.

Ipak, pravna nauka sa područja bivše SFRJ⁴⁶, sve više odstupa od izjednačavanja pojmova opasne stvari i opasne djelatnosti, zalažući se za odvojeno tretiranje i regulisanje odgovornosti od opasnih stvari i opasnih djelatnosti, obzirom da zaista postoje situacije kada se ovi vidovi odgovornosti ne poklapaju.

ODREĐIVANJE POJMA OPASNE DJELATNOSTI U PRAVNOJ NAUCI I SUDSKOJ PRAKSI

Naša pravna teorija i sudska praksa su u više navrata pokušali da definišu opasnu djelatnost.

Tako, po Jakovu Radišiću opasna djelatnost je „svaka delatnost čovekova od koje pre- ti veća, neuobičajena opasnost štete, koja se ne može uvek izbeći ni uz najveću moguću

⁴² Vidi presudu Vrhovnog suda Srbije br.GŽ.1735/57 od 13.06.1957 godine, Zbirka sudskih odluka, knjiga II, sveska 2, str.374,

⁴³ Vidi presudu Vrhovnog suda Hrvatske br.GŽ.2657/63 od 19.11.1964 godine, Zbirka sudskih odluka za, 1964 godinu, str.364,

⁴⁴ Vidi presudu Vrhovnog suda Jugoslavije br.Rev.1619/63 od 12.11.1963 godine, Zbirka sudskih odluka za 1963 godinu, str.327

⁴⁵ Vidi S.Cigoj, kod : Borislav Blagojević-Vrleta Krulj, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Beograd, 1983, knjiga I, strana 646,648 i 656

⁴⁶ Vidi opširnije kod D.Popović, Odgovornost za opasnu delatnost u jugoslovenskom pravu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br.5/86, str.505-511, te kod Lj.Milošević, Obligaciono pravna odgovornost za štetu od opasne stvari i u vršenju opasne djelatnosti bez obzira na krivicu predviđenu zakonom, Pravni život br.11, str.1166, Beograd 1983.

pažnju poslenikovu.“⁴⁷

Naš teoretičar Stevan Jakšić određuje pojam opasne djelatnosti na slijedeći način: „Jedna delatnost predstavlja povećanu opasnost kada u njezinom redovnom toku, već po samoj njezinoj tehničkoj prirodi i načinu obavljanja, mogu biti ugroženi život i zdravlje ljudi ili imovina, tako da to ugrožavanje zahteva povećanu pažnju lica koja vrše takvu delatnost, kao i lica koja s njom dolaze u dodir.“⁴⁸

Po Stojanu Cigoju „da bi se neka djelatnost mogla smatrati opasnom, njena opasnost mora biti takva da pod okolnostima koje neko tvori znači posebnu opasnost, naročito zbog toga što tu opasnost i pored sve brižljivosti nije uvek moguće održati pod kontrolom i tako blagovremeno sprečiti nesreću.“⁴⁹

Teoretičar Boris Strohsack daje slijedeću definiciju opasne djelatnosti: „Opasnu delatnost predstavlja ona delatnost koja pod konkretnim okolnostima znači veću opasnost od prosečne s obzirom na okolnosti slučaja i lica (objektivno-subjektivni kriterijum) koje je vrši.

Pri tome nije nužno da je stvar koja se koristi kod vršenja takve delatnosti opasna, jer može biti opasno rukovanje stvari. Bitna može biti i činjenica što se stvar nalazi pod takvim okolnostima da je rukovanje tom stvari opasno.“⁵⁰

Prema Borisu Vizneru „pod opasnom djelatnošću se razumjevaju - sve one čovjekove aktivnosti kojima se stvara povećana opasnost štete za okolinu, bez obzira na to da li konkretna opasnost potječe od neke opasne stvari ili je djelatnost opasna sama po sebi, bez neke povezanosti sa opasnom stvari.“⁵¹

Bivši Savezni sud SFRJ u jednoj svojoj odluci iz 1975 godine navodi: „Delatnost sa povećanom opasnošću jeste takva delatnost koja po svojoj prirodi i načinu vršenja znači povećanu opasnost štete za život i zdravlje ljudi i za druga dobra.“⁵²

Vrhovni sud Hrvatske, u jednoj odluci iz 1977 godine ovako definiše opasnu djelatnost: „Određena djelatnost predstavlja djelatnost sa povećanom opasnošću kada zbog njenog redovnog vršenja može biti ugrožen život i zdravlje ljudi ili njihova imovina.“⁵³

Smatramo, da odvojeno tretiranje odgovornosti za opasne stvari i odgovornosti za opasne djelatnosti, ima svoju podlogu u ZOO i to posebno u okviru odredaba čl.175 – 177

⁴⁷ Vidi J.Radišić, kod : Slobodan Perović i drugi, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Beograd, 1995, knjiga I, strana 402

⁴⁸ S.Jakšić, Obligaciono pravo, Sarajevo, 1962, strana 254

⁴⁹ S.Cigoj, Obligacijska razmerja, Zakon s komentarjem, Ljubljana, 1978, str.186

⁵⁰ B.Strohsack, Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti, II, strana 118

⁵¹ B.Vizner, Komantar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, II knjiga, Zagreb, str.739

⁵² Vidi presudu Saveznog suda br.Gzs.27/76 od 14.05.1975 godine, objavljenu u Biltenu Saveznog suda br.3/76, str.40,

⁵³ Vidi odluku Vrhovnog suda Hrvatske br.Gž.2879/76 od 10.08.1977 godine, objavljenu u Pregledu sudske prakse Vrhovnog suda Hrvatske br.12/77, tačka 118, strana 28.

ZOO, stim što moramo primjetiti, da razlikovanje odgovornosti za opasne stvari od odgovornosti za opasne djelatnosti, ima svog opravdanja samo u onim slučajevima kada se radi o štetama od djelatnosti koje se obavljaju bez upotrebe opasnih stvari, a ne i u onim slučajevima djelatnosti pri kojima upotrebljavamo takve stvari.

U tim slučajevima, kada opasnu djelatnost vršimo uz upotrebu opasnih stvari (a takvih slučajeva ima najviše), sa velikom dozom sigurnosti možemo reći da je pojam opasne djelatnosti sadržan u pojmu opasne stvari, kao i da se u takvim slučajevima odgovorno lice sasvim sigurno može pozivati na egzoneracione razloge kao što su vanjski uzrok čije se dejstvo nije moglo predvidjeti, izbjeći ni otkloniti ili pak isključiva radnja oštećenog ili trećeg lica koju on nije mogao predvidjeti i čije posljedice nije mogao izbjeći ni otkloniti.

SLUČAJEVI ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU OD OPASNE DJELATNOSTI U ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA, DRUGIM PROPISIMA I SUDSKOJ PRAKSI

Pored opštih pojmova o opasnim stvarima i djelatnostima, Zakon o obligacionim odnosima i neki drugi zakonski propisi kao što su propisi o odgovornosti u pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi⁵⁴, propisi o vazdušnoj plovidbi⁵⁵, propisi o odgovornosti za nuklearne štete⁵⁶, propisi o lovstvu i slično, takođe sadrže pojedine slučajeve objektivne odgovornosti za opasnu djelatnost. Tako, treba pomenuti zakonsku odredbu o solidarnoj objektivnoj odgovornosti naručioca i izvođača radova na nepokretnosti za štetu prouzrokovanu trećem licu koja je nastala u vezi sa izvođenjem radova.⁵⁷

Kod ugovora o građenju, pored opšteg pravila o odgovornosti za nedostatke postoji i posebno pravilo o odgovornosti za solidnost građevine⁵⁸ kojoj su podvrgnuti izvođač i projektant, a koja obuhvata odgovornost za nedostatke u planu, nedostatke zemljišta i nedostatke u izradi građevine. I ovdje je riječ o objektivnoj odgovornosti za opasnu djelatnost, jer se djelatnosti projektanta i izvođača smatraju opasnim.

Prevoz takođe spada u opasnu djelatnost, pa zbog toga, kod ugovora o prevozu lica⁵⁹ prevoznik odgovara za sigurnost putnika po objektivnom principu i to za štetu nastalu putniku oštećenjem zdravlja, povredom ili smrću. Slična je situacija i kod ugovora o prevozu stvari kada prevoznik odgovara za gubitak ili oštećenje pošiljke koji se dogode od trenutka preuzimanja do trenutka predaje.⁶⁰

⁵⁴ Vidi čl.890 Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi ("Sl. list SRJ", br. 12/98, 44/99, 74/99, 73/2000 i "Sl. glasnik RS" br. 85/05)

⁵⁵ Vidi čl.132 Zakona o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju (Sl. list SRJ", br. 12 od 6. marta 1998; i br.15/98)

⁵⁶ Vidi čl.33 Zakona o zaštiti od jonizujućeg zračenja (Sl. list SRJ", br. 46 od 4.10 1996; i "Sl. glasnik Republike Srbije" br. 85/05)

⁵⁷ Vidi čl.207 ZOO

⁵⁸ Vidi čl.644 ZOO

⁵⁹ Vidi čl.685 ZOO, čl.17 i 18 Zakona o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju (Sl.list SRJ br.26/95) i čl.16 i 17 Zakona o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju (Sl.list SRJ br.26/95)

⁶⁰ Vidi čl.671 i 672 ZOO, čl.28 st.2 Zakona o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju (Sl.list SRJ br.26/95) i čl.16 i 17, 23 st.1 i 27 st.2 i 3 Zakona o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju (Sl.list SRJ br.26/95)

I lov se smatra opasnom djelatnošću, pa tako za štetu koju prilikom lova divljači pro-
uzrokuju lovci i njihovi pomoćnici vlasnicima odnosno korisnicima zemljišta, vode i šume,
odgovara korisnik lovišta.⁶¹ Kao što smo to učinili za opasne stvari, i ovdje ćemo na gene-
ralan način ukazati na neke slučajeve koje je sudska praksa verificovala kao štete nastale
od opasne djelatnosti, kao i slučajeve kada nije učinila.

Sudska praksa je naime uglavnom jedinstvena da rukovanje raznim mašinama, dje-
latnosti vojske, radovi pod zemljom, u kamenolomima, prenošenje teških tereta, radovi
na istovaru teških predmeta, minerska i slična djelatnost kao što je rad sa eksplozivom i
hemikalijama, radovi na sječi drveta, radovi na željeznici, rad policajca, noćnog čuvara,
konduktera, konobara, radovi u padobranstvu, vježbe na gimnastičkim spravama, kao i
štetne imisije koje prelaze uobičajenu mjeru predstavlja opasnu djelatnost za koju se od-
govara po objektivnom principu.

Isto tako, u sudskoj praksi se nisu smatrali opasnim djelatnostima razne sportske
igre kao što su fudbal, košarka, klizanje na ledu, takmičenje u skoku u vis, boravak u ka-
znenopopravnom domu, vojna obuka sama po sebi, te samostalno kretanje vojnog lica za
vrijeme vojne vježbe.⁶²

ZAKLJUČAK

Na kraju možemo zaključiti da su pojmovi „opasna stvar“ i „opasna djelatnost“ fleksi-
bilni i direktivni, što znači da je sudskoj praksi ostavljeno da u svakom konkretnom slučaju
izvodi zaključak o tome radi li se o opasnoj stvari odnosno opasnoj djelatnosti.

Relativnost, a i izvesna nedorečenost navedenih pojmova je posebno naglašena u
ZOO, što za našu sudsku praksu otvara veliki prostor za kreativno i svrsishodno prosuđi-
vanje svakog konkretnog slučaja odgovornosti za štetu, ali istovremeno daje i mogućnost
za neprihvatljiva ekstenzivna tumačenja navedenih pojmova, koja mogu dovesti do pravne
nesigurnosti. Ipak, jasni i razumljivi pojmovi opasne stvari i opasne djelatnosti i njihova
međusobna distinkcija, su od ključne važnosti za pravilno prosuđivanje građansko-pravne
odgovornosti za štetu od opasnih stvari i djelatnosti. Zbog toga smatramo da u zakonski
tekst postojećeg ZOO konačno treba unijeti preciznije i sadržajnije definicije opasne stvari
i opasne djelatnosti, te izvršiti njihovu međusobnu distinkciju.

LITERATURA:

- Cigoj S, Obligacijska razmerja, Zakon s komentarjem, Ljubljana, 1978, str.186
Cigoj S, u Komentaru Zakona o obligacionim odnosima, Beograd, 1983, knjiga I, strana 646,648 i 656
Jakšić S, Obligaciono pravo, Sarajevo, 1962, strana 254
Kale B, Cesta kao opasna stvar i odgovornost organizacije koja njome upravlja: , Split,1970
Karamarković L, Odgovornost za štete od automobila kao opasne stvari, «Glosarijum», Beograd, 2000.
Konstantinović M, Obligaciono pravo, Opšti deo, u redakciji V. Kapora. Beograd, 1952.g.
Kostić D, Pojam opasne stvari, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1975.g.

⁶¹ Vidi čl.55 st.1 Zakon o lovstvu ("Sl glasnik Republike Srbije" broj 39/93, 44/93, 60/93)

⁶² Detaljnije o pojedinim djelatnostima i odlukama u kojima je sudska praksa izrazila pozitivan ili pak negativan stav o tome da li se radi ili ne o opasnoj djelatnosti vidi kod . N.Mihailović, op.cit.str.18-22

- Mihailović, N, Objektivna odgovornost za štetu, Zbornik radova sa Savjetovanja "Prouzrokovanje štete i njena naknada", str.16, izdanje Perimex- Budva , 1998 godine,
- Mihajlović S, Pojam opasne stvari, Glasnik advokatske komore Vojvodine, 1971 , II 1,2 ;
- Mihajlović S, Odgovornost za štetu pričinjenu izvorom povećane opasnosti, Glasnik Adv.komore Vojvodine, br.4/75, Novi Sad, 1975, str.24.
- Milošević Lj, Obligaciono pravna odgovornost za štetu od opasne stvari i u vršenju opasne delatnosti bez obzira na krivicu predviđenu zakonom, Pravni život br.11, Beograd 1983, str.1166,
- Napijalo D, O odgovornosti za štete prouzročene opasnim stvarima i djelatnostima (s osloncem na praksu sudova – kauzalna odgovornost) , samostalno izdanje, Karlovac 1995.g.
- Napijalo D, Pojam i značaj "opasne stvari" u zakonskim tekstovima starih naroda, Advokatura, časopis Advokatske komore Srbije, br.2, Beograd, 1978, str.44,
- Popović D, Odgovornost za opasnu delatnost u jugoslovenskom pravu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br.5/86, str.505-511
- Radišić J, u Komentaru Zakona o obligacionim odnosima, Beograd, 1995, knjiga I, strana 402
- Rihtman Z, Opasnost i odštetna odgovornost, Osiguranje i privreda, Zagreb, X-XI, 1970.g.
- Stanišić S, Ogleđi iz građanskog prava, I izdanje, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2005, str.157
- Stojanović D, Odgovornost za naknadu genetičkih, anonimnih i zakasnelih atomskih šteta, Beograd, 1967, str.53, 57-58,
- Strohsack B, Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti, (Obligacijska razmerja II), Časopisni zavod Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 1990, str.1 in 2.
- Tasić Đ, Odgovornost za rizik, Arhiv za pravne i društvene nauke, sveska X, Beograd, 1925.g.
- Vizner B, Komentar Zakona o obveznim(obligacionim) odnosima" knjiga 2, Zagreb 1978 g, str.800-802

Slobodan Stanišić, Ph.D.

A lawyer from Banja Luka and assistant professor at the Faculty of Law APEIRON University of Banja Luka

Debating the dangerous things and dangerous activities

Summary: The text explains the concepts and arranged "dangerous thing" and "dangerous activity" and points to legislative solutions, the views of legal doctrine and judicial practice, and views of the author in respect of liability for dangerous goods and hazardous activities

Key words: dangerous thing, dangerous activities, liability, damages

DOI: 10.7251/GFP1303101C

UDC: 347.736+347.91(497.11)

Pregledni rad

Datum prijema rada:
11. jun 2013.

Datum prihvatanja rada:
20. jun 2013.

Prof. dr

Vladimir Čolović
*redovni profesor, Fakultet
pravnih nauka, Panevropski
univerzitet „Apeiron“, Banja
Luka*

Osnovne karakteristike i pravna priroda pre pack reorganizacije (unapred pripremljenog plana reorganizacije) u zakonodavstvu Srbije

sa osvrtom na odnos stečajnog postupka i postupka reorganizacije

Apstrakt: Postupak reorganizacije predstavlja mogućnost nastavka rada stečajnog dužnika, ako se uspešno izvrši plan reorganizacije koji je najvažniji akt tog postupka. No, osim „običnog“ plana reorganizacije, u zakonodavstvu Srbije se reguliše i unapred pripremljen plan reorganizacije. Ovaj plan se podnosi istovremeno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka. Određivanje pravne prirode, odnosno, davanje odgovora na pitanje, šta je unapred pripremljen plan reorganizacije, nemoguće je bez određivanja pravne prirode „običnog“ plana reorganizacije. Da li plan ima imperativnu prirodu ili se radi o ugovoru dužnika sa poveriocima? Da bi se, na pravi način, odredila pravna priroda ovih instituta, neophodno je odrediti odnos postupka reorganizacije i stečajnog postupka, kao i plana reorganizacije i stečajnog postupka. U radu se analiziraju četiri pitanja koja su od važnosti za određivanje pravne prirode unapred pripremljenog plana reorganizacije: 1) Status stečajnog postupka nakon pokretanja postupka reorganizacije; 2) Status plana reorganizacije prema stečajnom postupku; 3) Da li se, nakon izvršenja plana reorganizacije, stečajni postupak obustavlja ili zaključuje; i 4) Da li se, u slučaju obustave primene ili neizvršenja plana reorganizacije, kada se stečajni postupak ponovo po-

kreće, sprovode sve radnje stečajnog postupka. Autor definiše zaključak, da ovaj akt ima ugovorni karakter.

Ključne reči: stečajni postupak, reorganizacija, plan reorganizacije, dužnik, poverioci, sud, stečajni upravnik.

UVODNI DEO

Postupak reorganizacije stečajnog dužnika predstavlja mogućnost za nastavak njegovog poslovanja, iako je protiv njega pokrenut stečajni postupak. U postupku reorganizacije se podnosi plan reorganizacije ili stečajni plan, koji je glavni akt tog postupka i od čije sadržine zavisi, da li će stečajni dužnik nastaviti sa radom ili će biti nastavljen stečajni postupak protiv njega¹. O tome, pre svega, odlučuju poverioci. Plan reorganizacije pruža široke mogućnosti za definisanje statusa stečajnog dužnika, nakon otvaranja stečajnog postupka, ukoliko se pojavi mogućnost opstanka tog dužnika i ukoliko se postupak reorganizacije uspešno sprovede. Mogućnost opstanka stečajnog dužnika, zavisi, na prvom mestu, od predloga plana reorganizacije, odnosno, od mera reorganizacije (termin upotrebljen u domaćem stečajnom zakonodavstvu), koje su raznovrsne, ali one moraju biti opravdane, tj. mora postojati šansa da se one sprovedu u postupku reorganizacije².

U zakonodavstvu Srbije je donesen Zakon o stečaju (dalje: ZS)³ koji, osim „običnog“ plana reorganizacije⁴, predviđa i mogućnost podnošenja unapred pripremljenog plana reorganizacije (koji se još naziva pre-pack). Određivanje pravne prirode, odnosno, davanje odgovora na pitanje šta je pre-pack reorganizacija, nemoguće je bez određivanja pravne prirode „običnog“ plana reorganizacije. Osim toga, da bi se, na pravi način, odredila pravna priroda ovih instituta, neophodno je odrediti odnos postupka reorganizacije i stečajnog postupka, kao i plana reorganizacije i stečajnog postupka. U vezi sa tim, mora se odrediti i status stečajnog postupka do usvojenja plana reorganizacije, kao i nakon prihvatanja i potvrde tog plana. Plan reorganizacije se sastoji od oblika ili mera reorganizacije, od čijeg uspešnog sprovođenja, zavisi i uspeh reorganizacije. Klasifikovati ove mere je od velike važnosti, obzirom da je vrlo retko sprovođenje reorganizacije bez sprovođenja više mera ili oblika reorganizacije (ne jedne)⁵.

Kod određivanja pravne prirode plana reorganizacije, i unapred pripremljenog i „običnog“, izdvajaju se četiri sporna pitanja, a to su: 1) Status stečajnog postupka nakon pokretanja postupka reorganizacije. Postupak reorganizacije se može pokrenuti u toku stečajnog postupka, ali i u toku prethodnog stečajnog postupka. Ovde se, pre svega, misli na samo pokretanje postupka reorganizacije, kao i na njegovo sprovođenje do usvajanja plana, odnosno, do izvršenja plana reorganizacije; 2) Status plana reorganizacije, odnosno, stečajnog plana, kako se naziva u drugim zakonodavstvima, prema stečajnom postupku.

¹ Dika M., *Insolventijskopраво*, Zagreb 1998., str. 75

² Jovanović-Zattila M., Čolović V., *Stečajno pravo*, Beograd 2007., str.153

³ Zakon o stečaju Republike Srbije (Sl.glasnik R.Srbije br. 104/2009, 99/2011 – dr.zakoni 71/2012, odluka US)

⁴ Ovaj termin ćemo koristiti kako bi ga razlikovali od unapred pripremljenog plana reorganizacije

⁵ Jovanović-Zattila M., Čolović V., *nav.delo*, str.153-154

ZS uopšte ne određuje njegov status, kao ni pravnu prirodu, već reguliše, jedino, njegovu sadržinu i način usvajanja. Da li plan reorganizacije ima dobrovoljni ili prinudni karakter, odnosno, da li se radi o ugovoru ili o aktu, koji ima prinudni karakter, a koji možemo nazvati i sudskim aktom, ako imamo u vidu njegovu potvrdu. ZS se ne zadržava na ovom pitanju, iako je veoma bitno odrediti položaj tog plana u odnosu na stečajni postupak, jer sudbina stečaja zavisi od sadržine plana, kao i njegovog usvajanja i izvršenja; 3) Zatim, da li se, nakon izvršenja plana reorganizacije, stečajni postupak obustavlja ili zaključuje? Ovdemoramo da razlikujemo obustavu od zaključenja stečajnog postupka. Naime, ako dođe do obustave stečajnog postupka, to znači da ne postoji jedan od stečajnih razloga. Do toga će doći, ako su naknadno prestali da postoje razlozi, zbog kojih je pokrenut stečajni postupak i ako predlagač povuče predlog. Sud, takođe, može da obustavi stečajni postupak, ako se utvrdi da je stečajni dužnik postao solventan ili je došlo do poravnjenja sa poveriocima. Znači, tada stečajni dužnik nastavlja sa radom, tj. nastavlja da i dalje egzistira. Sa druge strane, kod zaključenja stečajnog postupka, razlikujemo redovne i izuzetne situacije. Pod izuzetnom situacijom podrazumevamo i postupak reorganizacije, kada se izvrši, u potpunosti, plan reorganizacije i stečajni dužnik može nastaviti sa radom. Međutim, ako uzmemo u obzir redovne situacije, odnosno, osnovne slučajeve stečajeve, stečajni dužnik se briše iz registra privrednih subjekata; i 4) Na kraju, da li se, u slučaju obustave primene ili neizvršenja plana reorganizacije, kada se stečajni postupak ponovo sprovodi, sprovede sve radnje stečajnog postupka, pa i one, koje su sprovedene u stečajnom postupku, koji je tekao pre usvajanja plana. Pitanje je od izuzetne važnosti za stečajni postupak, uopšte, jer se, u ovom slučaju, mora voditi računa o zaštiti svih subjekata postupka, ne samo poverilaca, zatim o troškovima postupka, kao i o mogućnosti, odnosno, nemogućnosti izvršenja pojedinih radnji.

UNAPRED PRIPREMLJENI PLAN REORGANIZACIJE (PRE PACK REORGANIZACIJA)

Da bi mogli da odredimo pravnu prirodu unapred pripremljenog plana reorganizacije, potrebno je da se osvrnemo na njegove osnovne karakteristike i njegov status u postupku reorganizacije. Isto tako, kasnije ćemo posvetiti pažnju najvažnijim elementima „običnog“ plana reorganizacije, kako bi se napravila distinkcija između ova dva akta. Institut unapred pripremljenog plana reorganizacije u zakonodavstvo Srbije, preuzet je iz američkog Zakona o bankrotstvu⁶. Unapred pripremljeni plan reorganizacije zahteva minimalno trošenje vremenskih resursa, teži očuvanju u velikoj meri personalnog supstrata dužnika, putem zadržavanja zaposlenih na njihovim radnim mestima i kraćim ostankom u stečaju. Isto tako, sprečavaju se nezadovoljni poverioci da otmu kontrolu nad stečajnim dužnikom od njega samog⁷. Prethodni Zakon o stečajnom postupku Srbije (dalje: ZSP)⁸ je propisao da se plan reorganizacije može podneti istovremeno sa podnošenjem predloga za pokretanje postupka stečaja, kao i da plan reorganizacije može biti podnet i od strane stečajnog dužnika⁹.

⁶ The Bankruptcy Code USA, Chapter XI

⁷ Spasić S., Reorganizacija, Beograd 2009., str. 2; Odredbe Glave XI u američkom stečajnom zakonu koje regulišu klasičnu reorganizaciju često nazivaju i „slobodan pad“, jer nema sigurnosti i sigurnog ishoda.

⁸ Zakon o stečajnom postupku Republike Srbije (Sl. glasnik R. Srbije br. 84/2004)

⁹ Spasić S., nav. delo, str. 3

Ako se plan reorganizacije podnosi istovremeno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka, njegov naziv se, prema ZS, menja u unapred pripremljen plan reorganizacije¹⁰. Ako stečajni dužnik, istovremeno sa podnošenjem predloga za pokretanje stečajnog postupka, podnese unapred pripremljen plan reorganizacije, u predlogu se mora jasno naznačiti da se predlaže pokretanje stečajnog postupka reorganizacijom, u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije. Stečajni sudija u roku od tri dana od dana podnošenja urednog predloga, donosi rešenje o pokretanju prethodnog postupka za ispitivanje ispunjenosti uslova za otvaranje postupka stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije kojim zakazuje ročište za odlučivanje o predlogu i glasanje o planu na koje poziva sve poznate poverioce. Ročište se održava u roku predviđenom za okončanje prethodnog postupka. Oglas o pokretanju prethodnog postupka za ispitivanje ispunjenosti uslova za otvaranje postupka stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije izrađuje stečajni sudija i objavljuje se na oglasnoj tabli suda i u Službenom glasniku Republike Srbije, kao i u najmanje tri visokotiražna dnevna lista koji se distribuiraju na celoj teritoriji Republike Srbije. Troškove objavljivanja oglasa, kao i druge troškove prethodnog postupka dužan je da predujmi predlagač u iznosu koji odredi sud, a u roku od tri dana od dana dobijanja sudskog naloga. U slučaju da predlagač ne uplati predujam, stečajni sudija će obustaviti prethodni postupak i predlog odbaciti. Prethodni postupak traje najmanje 30, a najviše 45 dana. Stečajni sudija može zaključkom produžiti ovaj rok za najviše 15 dana, ukoliko to zahtevaju razlozi složenosti poslovanja i dužničko poverilačkih odnosa u vezi sa stečajnim dužnikom¹¹. Na predlog podnosioca plana stečajni sudija, u roku od pet dana od dana podnošenja predloga, može odrediti zabranu izvršenja na obezbeđenoj i neobezbeđenoj imovini stečajnog dužnika. U slučaju da nisu ispunjeni uslovi za otvaranje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije propisani u ZS, stečajni sudija odbacuje predlog za pokretanje postupka, a najkasnije pet dana pre održavanja ročišta za glasanje o unapred pripremljenom planu reorganizacije. Za potrebe glasanja o unapred pripremljenom planu reorganizacije smatra se da su sve obaveze stečajnog dužnika nastale pre podnošenja unapred pripremljenog plana reorganizacije dospele na dan održavanja ročišta o glasanju za plan. Stečajni sudija, postupajući po zahtevu zainteresovanog lica, može izvršiti procenu visine potraživanja za potrebe glasanja o unapred pripremljenom planu reorganizacije.

Ako se unapred pripremljeni plan reorganizacije na ročištu usvoji, stečajni sudija će, rešenjem, istovremeno otvoriti stečajni postupak, potvrditi usvajanje unapred pripremljenog plana reorganizacije i obustaviti stečajni postupak. Ako se na ročištu ne usvoji unapred pripremljen plan reorganizacije, stečajni sudija rešenjem odbija predlog za pokretanje stečajnog postupka u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije. Ako je podnosilac plana izdejstvovao meru zabrane izvršenja dovođenjem stečajnog sudije u zabludu, tako što je prikazao netačne podatke o svojim dugovanjima, odnosno, propustio da navede podatke od značaja za odluku suda, podnosilac predloga je u obavezi da naknadi štetu koja je poveriocima prouzrokovana takvom zabranom. Odredbe ovog zakona kojima se uređuju reorganizacija i plan reorganizacije, primenjuju se i na postupak stečaja pokrenut u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije, osim ako je ovim zakonom drugačije propisano. Obaveze nastale od dana podnošenja unapred pripremljenog plana

¹⁰ Član 155, st.4 ZS

¹¹ Član 159 ZS

reorganizacije do dana održavanja ročišta za odlučivanje o predlogu, u slučaju usvajanja plana, smatraju se troškom stečajnog postupka, ako planom reorganizacije nije drugačije predviđeno¹².

Unapred pripremljeni plan reorganizacije znači, u suštini, poziv da se pregovara o planu reorganizacije sa poveriocima i traži prihvatanje tog plana pre podnošenja prijave za stečaj, a imajući u vidu da sa poveriocima vrlo brzo dogovor može biti postignut, a iz stečaja se izlazi vrlo brzo. Tri razloga predstavljaju motiv za izbor unapred pripremljenog plana reorganizacije, a to su: a) dogovor poverilaca, b) izbegavanje potpunog prestanka delatnosti i c) očuvanje poslovanja¹³. Unapred pripremljeni plan reorganizacije je odlično rešenje kada dužnik ima ograničen broj poverilaca, tako da je na sudu da proceni da li je u postupku, koji je prethodio podnošenju ovog plana, došlo do poštovanja svih kogentnih normi stečajnog zakona. Sud se ne upušta u ekonomsku opravdanost i izvodljivost plana. Međutim, okolnost da je unapred pripremljeni plan reorganizacije usvojen od poverilaca, ne znači da sud mora da ga potvrdi. Ovakav plan eliminiše potrebu za naknadnim pregovaranjem, a dužnik će poslovati ponovo i troškovi će biti niži nego kod klasične reorganizacije ili eventualno bankrota.

„Obični“ plan reorganizacije

„Obični“ plan reorganizacije se podnosi nakon pokretanja stečajnog postupka. Koristimo termin „obični“, iako on možda nije adekvatan, obzirom da je razlika između ovog plana i unapred pripremljenog plana u momentu podnošenja, kao i u posledicama koje izaziva podnošenje plana zajedno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka. Mi ne možemo da govorimo o svim karakteristikama „običnog“ plana reorganizacije, ali ćemo, ovde, reći da je rok za podnošenje plana reorganizacije prekluzivan. Poverilačko ročište određuje stečajni sudija rešenjem o pokretanju stečajnog postupka. Ako se na prvom ročištu ne izglasa bankrotstvo od strane skupštine poverilaca, tada se pristupa izradi plana reorganizacije. Plan reorganizacije se može podneti stečajnom sudiji, najkasnije 90 dana od dana otvaranja stečajnog postupka. To dalje znači da, ukoliko je prvo poverilačko ročište zakazano 40 dana od dana otvaranja stečajnog postupka, za izradu plana reorganizacije preostalo je još 50 dana. Ovaj rok stečajni sudija može da produži najviše za 60 dana¹⁴, što znači da se plan reorganizacije može raditi još najviše 110 dana od dana održavanja tog poverilačkog ročišta. Svako dalje produženje roka za podnošenje plana reorganizacije, stečajni sudija može da odobri samo uz jednoglasnu saglasnost članova odbora poverilaca. Ako nijedan plan reorganizacije nije podnet u propisanom roku, sud donosi odluku o bankrotstvu, a na osnovu tog rešenja stečajni sudija donosi zaključak o unovčenju stečajne mase.

Osim toga, važno je navesti, da seglasanje o planu reorganizacije se vrši u okviru klasa poverilaca, mada postojanje klasa komplikuje proces glasanja. Pravo glasa imaju svi poverioci srazmerno visini njihovih potraživanja. U slučaju kada je potraživanje osporeno ili neispitano, stečajni sudija će izvršiti procenu visine potraživanja u svrhu glasanja. Kada se glasanje obavlja pismenim putem, sudu se moraju podneti glasački listići sa overenim potpisom ovlašćenog lica. Glasanje se vrši u okviru klasa poverilaca. Potraživanja poverilaca

¹² Spasić S., nav.delo, str. 4; član 160 ZS

¹³ Spasić S., nav.delo, str. 5;

¹⁴ Članovi 161-162 ZS

dele se najmanje na klase po osnovu njihovih razlučnih prava i prava prioriteta njihovih potraživanja prema isplatnim redovima¹⁵.

ODNOS STEČAJNOG POSTUPKA I POSTUPKA REORGANIZACIJE, KAO I PLANA REORGANIZACIJE

Kao što smo rekli, da bi mogli da govorimo o pravnoj prirodi unapred pripremljenog plana reorganizacije, potrebno je, ne samo, da odredimo karakteristike „običnog“ plana reorganizacije, kao i odnos oba plana prema poveriocima, već i odnos stečajnog postupka prema postupku reorganizacije, kao i planu reorganizacije.

Status stečajnog postupka nakon pokretanja postupka reorganizacije

Nas će interesovati ne samo status stečajnog postupka u momentu prihvatanja plana reorganizacije, već i status stečajnog postupka, nakon izvršenja plana reorganizacije, kada više ne postoji mogućnost vođenja stečajnog postupka. Naravno, ovde se mora govoriti o pokretanju novog stečajnog postupka, ako se ne izvrši plan reorganizacije. Što se tiče stečajnog postupka, zakonodavac nije izričito odredio njegov status u slučaju pokretanja postupka reorganizacije. Plan reorganizacije, nakon prihvatanja i nakon pravosnažnosti odluke o potvrđivanju istog, dovodi do obustave stečajnog postupka¹⁶. Ako pravilno shvatimo ovu odredbu, onda znači da se stečajni postupak obustavlja, a ne zaključuje. To rešenje nije najcelishodnije, mada se i u drugim, spomenutim, stečajnim zakonodavstvima na isti način definiše ovo pitanje¹⁷. No, obustava nastupa, jer ne postoje više stečajni razlozi. Znači, ne postoje pretpostavke za pokretanje stečajnog postupka, kojemu postojale u vreme podnošenja predloga za otvaranje stečaja. Samo prihvatanje plana, znači da su definisana određena rešenja, kroz oblike reorganizacije, koje zadovoljavaju i stečajnog dužnika i poverioce. Samim tim, nema više razloga za vođenje stečajnog postupka¹⁸.

Kada je u pitanju sprovođenje plana reorganizacije, odnosno, kada stečajni dužnik postupa suprotno sadržini plana, stečajni sudija donosi rešenje o početku novog stečajnog postupka protiv tog subjekta, tako da je jasno, kada će se pokrenuti novi stečajni postupak, kod neizvršavanja plana reorganizacije. Mi ćemo, kasnije, posvetiti pažnju tim situacijama.

Znači, možemo da zaključimo, da se, u slučaju prihvatanja plana reorganizacije, stečajni postupak obustavlja, odnosno, da se, u slučaju, neizvršenja plana reorganizacije, pokreće nov stečajni postupak. Ukoliko se plan reorganizacije izvrši u skladu sa ZS i u skladu sa sadržinom samog plana, dužnik, naravno, nastavlja sa radom.

Način regulisanja stečajnog postupka u odnosu na postupak reorganizacije je logičan, ali ne i celishodan u svim elementima. Sa druge strane, ako govorimo o pravnoj prirodi plana reorganizacije, ovde možemo reći da je navedeno regulisanje statusa stečajnog postupka potvrda da je plan reorganizacije – ugovor, naročito, što on briše stečajne razloge,

¹⁵ Član 165 ZS

¹⁶ Član 166 ZS

¹⁷ Čolović V., Odnos stečajnog postupka i postupka reorganizacije, Pravni život 12/2007, Beograd 2007, str. 287

¹⁸ Čolović V., Pravna priroda plana reorganizacije stečajnog dužnika, Vox iuris, časopis za primenu i kulturu prava, br. 1, Beograd 2009., str. 48

što ukazuje na to da se radi o sporazumu subjekta koji treba da izvrši plan (stečajni dužnik) i subjekata koji će imati određenu korist od tog izvršenja (poverioci).

Status stečajnog postupka nakon izvršenja plana reorganizacije

Da li će se plan reorganizacije izvršiti, zavisi, pre svega, od njegove sadržine i predloženih mera (oblika), koji omogućuju dalji nastavak rada stečajnog dužnika. Znači, mogućnost opstanka stečajnog dužnika i namirenje poverilaca, zavisi, na prvom mestu, od predloga reorganizacije, odnosno, od mera reorganizacije koje su raznovrsne, ali one moraju biti opravdane, tj. mora postojati šansa da se one sprovedu u postupku reorganizacije. Ono što nas, na ovom mestu, interesuje, odnosi se na status stečajnog postupka nakon izvršenja plana reorganizacije. Podsetimo se, još jednom, stečajni postupak se otvara na osnovu postojanja stečajnih razloga, a, isto tako, postupak reorganizacije ne može biti pokrenut, ako ne postoji bar jedna od pretpostavki za pokretanje stečajnog postupka.

Da bi mogli da odgovorimo na pitanje o statusu stečajnog postupka nakon izvršenja plana reorganizacije, moramo analizirati samu primenu plana, odnosno, posledice primene, kao i neizvršenje plana reorganizacije, odnosno obustavu primene plana.

Sa usvajanjem plana reorganizacije ne prestaje funkcija stečajnog upravnika i odbora poverilaca. Rekli smo da se stečajni postupak obustavlja, nakon prihvatanja i potvrde plana reorganizacije. Znači, ne postoje više stečajni razlozi. Usvajanjem plana reorganizacije suspenduju se prava vlasnika kapitala stečajnog dužnika, sve do vremena njegove potpune realizacije. Time je jasno određeno da se postupak reorganizacije okončava, tek, sa datumom potpunog izvršenja plana reorganizacije, a ne sa danom njegovog usvajanja. Međutim, usvojeni plan reorganizacije podnet zajedno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka u praksi neće dovesti do nastupanja pravnih posledica stečaja. On će se, najčešće, usvojiti pre formiranja odbora poverilaca, odnosno, imenovanja stečajnog upravnika. Ako je reorganizacija nemoguća bez stečaja, kao i ako je za odbacivanje mogućnosti pokretanja novog stečajnog postupka, potrebno izvršenje plana, onda se, sa pravom, može postaviti pitanje, kako mogu i dalje da traju funkcije stečajnog upravnika i odbora poverilaca koji su imenovani u stečajnom postupku. Ako bi, na navedeni način, posmatrali odredbe ZS, onda bi morali da kažemo da stečajni postupak traje sve do potpunog izvršenja plana reorganizacije¹⁹, iako je za njegovo obustavljanje dovoljno prihvatanje i potvrđivanje plana. Upravo je, u tom delu, sva konfuzija oko statusa stečajnog postupka u odnosu na reorganizaciju.

Ako se plan usvoji, on se izvršava u skladu sa predloženim oblicima reorganizacije. Plan ima dejstvo prema svim subjektima postupka reorganizacije. Prema ZS, on ima snagu izvršne isprave i smatra se ugovorom koji će doprineti namirenju navedenih potraživanja²⁰. Sve radnje koje se preduzimaju u postupku reorganizacije, moraju biti u skladu sa sadržinom plana.

Izvršenjem plana reorganizacije nastupaju uslovi koji dovode do nemogućnosti ponovnog pokretanja stečajnog postupka. Znači, ako stečajni dužnik ispuni sve obaveze

¹⁹ Slijepčević D., Spornapravnipitanja u postupkureorganizacijestečajnogdužnika, Pravniinformer, On-lajnizdanječasopisa, <http://www.informer.rs/sadr%C5%BEaj-februar-2007.html>

²⁰ Član 167 ZS

predviđene planom reorganizacije, tada će prestati i sva potraživanja poverilaca iz stečajne mase. Sa ispunjenjem tog materijalnopravnog uslova, stiču se i procesne pretpostavke za navedeno.

Na ovom mestu ćemo izneti mišljenje koje je u suprotnosti sa odredbama ZS i koje se zalaže za obustavu stečajnog postupka, nakon izvršenja plana reorganizacije. Razlog tome je ekonomičnost, odnosno, ušteda u sprovođenju stečajnog postupka. No, i ranije su postojala takva ili malo drugačija mišljenja. Naime, po tom mišljenju, između obustave i zaključenja stečajnog postupka, zaključeno je da zaključenje stečajnog postupka, u ovakvoj situaciji, nema za posledicu brisanje stečajnog dužnika iz registra, pa se, zbog toga, stečajni postupak obustavlja²¹. Sa druge strane, kod izvršenja plana reorganizacije, stečajni postupak se okončava, stečajni dužnik više ne postoji, postoji samo privredni subjekt, koji je bio stečajni dužnik i koji je nastavio sa radom. Odluka o zaključenju stečajnog postupka se dostavlja sudskom ili drugom registru, koji konstatuje činjenicu okončavanja tog postupka. Ovo stanovište jeste suprotno u odnosu na odredbe ZS, ali bi se moralo razmisliti o situaciji koja se odnosi na neizvršenje plana. Da li je uputno rešenje koje se definišu ZS, a koje se odnosi na regulisanje nepostupanja po usvojenom planu i na prevaran i nezakonit plan kao stečajni razlog²².

Sprovođenje radnji u novom stečajnom postupku

Pitanje sprovođenja radnji u novom stečajnom postupku, u slučaju obustave primene, odnosno neizvršenja plana reorganizacije, odnosno, ispunjenja uslova iz člana 173 ZS, mora se rešiti primenom pravila parničnog postupka, obzirom da ZS ne sadrži odredbu o tome, obzirom da, konkretno, ne reguliše ni status stečajnog postupka u tom slučaju.

Znači, razlog za zastoj stečajnog postupka nalazimo u prihvatanju plana reorganizacije, što ne predviđa ZS. Primenjujući odredbu Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP)²³, stečajni sud bi, po tome, trebalo da donese odluku o zastoju, navodeći razlog za zastajanje postupka, kao i vreme trajanja zastoja. Obzirom da stečajni sud to ne bi mogao, precizno učiniti, onda bi se navelo samo trajanje postupka reorganizacije, odnosno, uslovi za izvršenje plana. Ako bi prestali razlozi za zastoj stečajnog postupka, onda bi se on nastavio. O tome bi se donela posebna odluka. Kad bi bila regulisana mogućnost zastoja stečajnog postupka, u ovakvoj situaciji, i dalje bi se mogle preduzimati radnje u postupku, ali samo one, za koje postoji opasnost od odlaganja. Preduzimanje neophodnih i neodložnih radnji u stečajnom postupku, kad dođe do njegovog zastajanja je zaštita od neizvršenja plana. Naime, može doći do odugovlačenja primene plana, do određenih zloupotreba, neizvršenja određenih radnji od strane stečajnog dužnika, a u vezi sa planom, što može dovesti u opasnost potraživanja poverilaca. Zbog toga bi bilocelishodno primeniti odredbu ZPP o zastoju stečajnog postupka, jer se mogu preduzimati takve vrste radnji. Sa druge strane, kada bi se prekinuo stečajni postupak, tada se ne bi mogle sprovesti nikakve radnje. Iz navedenog sledi, da se u nastavku stečajnog postupka, ukoliko se plan reorganizacije ne izvrši, ne bi sprovođile one radnje, koje su sprovedene pre donošenja odluke o zastoju.

²¹ Mišljenje izražen na savetovanju "Zakon o stečajnom postupku – teoriji i praksi", u organizaciji Biroa za tehničku usarađnju (GTZ) – Otvoreni regionalni fond – Pravna reforma, vršac, jun 2007.

²² Član 173 ZS

²³ Zakon o parničnom postupku (Sl. glasnik R. Srbije 72/2011); član 227 ZPP

Ovakvim rešenjem bi bila postavljena osnova za uspešnu primenu plana reorganizacije, dok bi, sa druge strane, bila obezbeđena i zaštita poverilaca, ako se plan ne izvrši²⁴.

Navedeno predstavlja samo jedno razmišljanje o statusu stečajnog postupka, u slučaju prihvatanja i potvrde plana reorganizacije sve do njegovog potpunog izvršenja, odnosno, neizvršenja. Zastoj postupka bi bio celishodan, bez obzira na to što se mora prihvatiti stanovište da, prihvatanjem plana, nestaju stečajni razlozi. No, da li je tako? Ako stečajni dužnik mora da ispuni svoje obaveze prema poveriocima, dug i dalje postoji, potraživanja i dalje postoje. Da li se, u potpunosti, može reći da su nestali stečajni razlozi? Inače, po odredbama ZS, kod pokretanja novog stečajnog postupka, može se zaključiti da se sprovede sve radnje u stečajnom postupku koji je pokrenut zbog neizvršenja plana reorganizacije.

Status stečajnog postupka u slučaju neizvršenja plana reorganizacije i kad je prevaran i nezakonit plan stečajni razlog

ZS reguliše i slučajeve, kada stečajni dužnik ne postupi po planu reorganizacije. Izvršenje plana reorganizacije se, pre svega, tiče poverilaca. Znači, ako stečajni dužnik ne izvršava plan reorganizacije, tada poverioci, mogu podneti sudu predlog za pokretanje stečajnog postupka. U ranijem stečajnom zakonodavstvu Srbije je bilo predviđeno da sud, u takvoj situaciji, može naložiti određene mere stečajnom dužniku koje je on dužan da sprovede²⁵. Te mere su sledeće: 1) da stečajni dužnik postupi po planu reorganizacije odmah nakon određivanja mere (iako to zakonodavac ne navodi, ipak, pretpostavljamo); 2) da stečajni upravnik preuzme kontrolu nad stečajnim dužnikom, kada praktično postupak reorganizacije i sama reorganizacija gubi smisao. Ukoliko stečajni upravnik preuzme upravljanje stečajnim dužnikom, dolazi do ispunjenja jednog elementa stečajnog postupka, obzirom da je smisao reorganizacije samostalno raspolaganje od strane dužnika. Tada bi mogli da postavimo pitanje statusa plana reorganizacije, jer se tada ističe njegov prinudni karakter; 3) da se nastavi postupak bankrotstva, odnosno stečajni postupak (kako je to odredio zakonodavac). Sada, ZS ne određuje navedeno²⁶. Neki autori navode da se može raditi o manjim greškama²⁷. Ono što je zajedničko i ranijem ZSP i sadašnjem ZS, jeste da oni ne regulišu koje su greške stečajnog dužnika koje bi dovele do pokretanja stečajnog postupka.

ZS ne predviđa mere koje bi trebalo dužnik da sprovede u slučaju nepostupanja po planu. Time se povećava diskreciono ovlašćenje suda. Možda je trebalo posebno predvideti mere koje bi dužnik sproveo kako bi mogao da se izvrši plan. No, moramo reći da određivanjem i preduzimanjem ovih mera, plan reorganizacije gubi dobrovoljni, sporazumni karakter i pretvara se u prinudni akt, ali je to nemoguće izbeći, obzirom da, u ovim situacijama, stečajni dužnik ne izvršava ono što je preuzeo kao svoju obavezu, tako da će se, tada, plan izvršavati uz pomoć prinudnih mera, ako one dovode do izvršenja.

ZS određuje šta će se smatrati pod nepostupanjem po usvojenom planu, odnosno, pod postupanjem koje je suprotno tom planu. Naime, to su slučajevi, kada navedeno nega-

²⁴ Čolović V., Odnos stečajnog postupka i postupka reorganizacije, Pravni život 12/2007, Beograd 2007, str. 298-299

²⁵ Čolović V., nav.delo, str. 296

²⁶ Član 173 ZS

²⁷ Stevanović M., Priručnikzastečajneupravnike, USAID, Beograd 2005., str.211

tivno utiče na novčane tokove subjekta reorganizacije, zatuim, kada subjekt reorganizacije ne može normalno da obavlja poslovnu delatnost i kada su značajno ugroženi interesi jedne ili više klasa poverilaca. Tada stečajni sudija može angažovati stručno lice, radi utvrđivanja navedenog, a ako to ne učini, može da imenuje privremenog stečajnog upravnika koji će utvrditi činjenice koje se odnose na postojanje stečajnog razloga, pa, samim tim, i na pokretanje stečajnog postupka. Ako se utvrdi postojanje stečajnog razloga, stečajni sudija će doneti rešenje o pokretanju stečajnog postupka²⁸.

Ono što je nesporno, odnosi se na to da stečajni dužnik mora postupati u skladu sa planom reorganizacije i sa odredbama ZS, sa kojima mora biti u skladu i sam plan. Nepostupanje po planu je stečajni razlog²⁹.

Uticaj sadržine plana na stečajni postupak i status stečajnog dužnika

Plan reorganizacije sadrži određene mere (koje se još mogu nazivati i oblici), čijim prihvatanjem se obustavlja stečajni postupak. Ne samo to, planom reorganizacije se „oživljava“ stečajni dužnik koji menja svoj status i nastavlja sa radom, ako se plan ispuni, odnosno, izvrši. Posvetićemo pažnju merama reorganizacije koje dovode do promene statusa stečajnog dužnika, odnosno, koje dovode do mogućnosti da stečajni dužnik upravlja svojom imovinom, što je prvi uslov za njegov nastavak rada. Osim toga, rekli smo da od sadržine plana zavisi da li će, po ZS, stečajni postupak biti obustavljen, pa je i zbog toga, potrebno posvetiti pažnju ovoj oblasti. Mora se reći da ZS predviđa mere (oblike) reorganizacije, s tim što ne ograničava podnosioca plana da mora da, u planu, predloži ono što je zakonodavac odredio, već ostavlja slobodu da predloži i neku drugu meru, koju ZS nije predvideo³⁰. Mi ćemo, na ovom mestu, izvršiti grupisanje mera, kako bi pokazali kako one utiču na status stečajnog dužnika, od čega zavisi i sudbina stečajnog postupka, kao i moguće ponovno pokretanje istog. Isto tako, grupisanje mera je neophodno kako bi se one lakše primenile i kako bi se odredio njihov značaj, odnosno, njihovo mesto u odnosu na druge³¹. Svaka mera nema isti značaj. Neke imaju veći uticaj na status stečajnog dužnika, dok druge služe za izvršenje ovih prvih. Mi nećemo posvećivati pažnju sadržini svake od mera. Te grupe mera su sledeće:

- a. Prva grupa – mere reorganizacije koje dovode do promene statusa stečajnog dužnika:
 - 1) zatvaranje pogona ili promena delatnosti;
 - 2) statusne promene;
 - 3) promene pravne forme;
 - 4) prenos dela ili celokupne imovine na jednog ili više postojećih ili novoosnovanih subjekata;
 - 5) izmene i dopune opštih akata stečajnog dužnika i drugih dokumenata o osnivanju ili upravljanju;
 - 6) pretvaranje potraživanja u kapital.
- b. Druga grupa – mere reorganizacije koje omogućavaju dalje upravljanje imovi-

²⁸ Član 173, st.2 i 3 ZS

²⁹ Đukić-Mijatović M., Stečajno pravo, Novi Sad 2010., str. 118

³⁰ Član 157 ZS

³¹ Jovanović-Zattila M., Čolović V., nav.delo, str. 167-168

nom od strane stečajnog dužnika. One obuhvataju sve radnje koje predstavljaju raspolaganje imovinom. Te mere su:

- 1) namirenje potraživanja;
- 2) unovčenje imovine sa teretom ili bez njega ili prenos takve imovine na ime namirenja potraživanja;
- 3) otpust duga;
- 4) ustupanje neopterećene imovine na ime namirenja potraživanja;
- 5) izvršenje, izmena ili odricanje od založnog prava;
- 6) davanje u zalog opterećene ili neopterećene imovine;
- 7) poništavanje izdatih ili izdavanje novih hartija od vrednosti od strane stečajnog dužnika ili bilo kog novoformiranog subjekta;

- c. Treća grupa – mere reorganizacije koje se odnose na radnje koje se obavljaju samostalno u postupku reorganizacije, odnosno, kao sastavni deo neke od mera iz prve ili druge grupe. Neke od njih su karakteristične za stečajni postupak i nastupaju kao pravne posledice tog postupka:

- 1) raskid ili izmena ugovora;
- 2) otpuštanje zaposlenih ili angažovanje drugih lica;
- 3) zaključivanje ugovora o kreditu, odnosno zajmu;
- 4) osporavanje i pobijanje potraživanja koja nisu pravno valjana;
- 5) predviđanje otplate u ratama, izmena rokova dospelosti, kamatnih stopa ili drugih uslova zajma, kredita ili drugog potraživanja ili instrumenta obezbeđenja;

Grupisanje mera reorganizacije pokazuje da je neophodno njihovo kombinovanje i da je nemoguće predložiti samo jednu meru. Ove mere možemo posmatrati kao i predmet plana, koji je, kako smo rekli, ugovornog karaktera. Te mere će se primenjivati, ako ih prihvate poverioci, glasanjem u skladu sa ZS.

PLAN REORGANIZACIJE – UGOVOR STEČAJNOG DUŽNIKA I POVERILACA ZAKLJUČEN PRED STEČAJNIM SUDOM

Osnovna specifičnost postupka reorganizacije ogleda se u tome što se on sprovodi još u toku stečajnog postupka³². Plan reorganizacije, kao osnov postupka reorganizacije predstavlja izvršni naslov za sve nepriviligovane poverioce³³. No, iako plan reorganizacije potvrđuje sud, on ima karakter ugovora. To potvrđuju i osnovna načela postupka reorganizacije: 1) načelo dobrovoljnosti, koje se ogleda u tome, što je plan reorganizacije sporazum, koji se usvaja slobodno izraženom voljom kvalifikovane većine poverilaca; 2) načelo ravnopravnosti učesnika u postupku, koje nalazimo u obezbeđenju istih prava u okviru pojedinih grupa (klasa) poverilaca; 3) načelo ograničenja prava dužnika, što znači da dužnik neće moći da izvršava sve poslovne aktivnosti u punom obimu. Ta ograničenja zavisice od oblika reorganizacije, kao i od nadzora nad ispunjenjem plana; i 4) načelo javnosti, što znači da se o planu raspravlja i glasa na sudu, kao i da plan mora da bude objavljen i dostupan

³² Dika M., nav.delo, str. 75

³³ Velimirović M., Stečajnopravo, Novi Sad 2004., str. 187

svim zainteresovanim licima³⁴.

Ako se plan reorganizacije prihvati u postupku i ako njegovo sprovođenje uspe, od toga imaju koristi i poverioci i dužnik. Sa druge strane, može se desiti da poverioci budu oštećeni u naplati potraživanja, kao i da dužnik ne nastavi sa daljim poslovanjem. Ako ne nastavi sa daljim radom, protiv dužnika će se ponovo pokrenuti stečajni postupak, kao sankcija neizvršenja, odnosno, nemogućnosti izvršenja plana reorganizacije.

Iz svega navedenog, možemo zaključiti da je plan reorganizacije ugovor koji zaključuju stečajni dužnik i poverioci pred stečajnim sudom. Iako stečajni sud potvrđuje plan reorganizacije, odnosno, iako jedan od podnosilaca plana može biti stečajni upravnik, ovaj akt ima ugovorni karakter, obzirom da njegovo usvajanje i izvršenje zavise od volja ugovornih strana, odnosno, on se tiče stečajnog dužnika i poverilaca. Sa druge strane, činjenica je da plan reorganizacije ima prinudne elemente, koji se sastoje, upravo, u ulozi stečajnog suda u donošenju plana, kao i u merama, koje se preduzimaju, usled neizvršenja plana³⁵.

PRAVNA PRIRODA PLANA REORGANIZACIJE I UNAPRED PRIPREMLJENOG PLANA REORGANIZACIJE

Postupak reorganizacije stečajnog dužnika treba da obezbedi, kako nastavak rada dužnika, tako i namirenje poverilaca. Pitanje pravne prirode plana reorganizacije smo, napred, već, spomenuli, kao jedno od bitnijih pitanja, imajući u vidu položaj subjekata i u postupku reorganizacije i u stečajnom postupku. Ovde, pre svega, mislimo na poverioce, odnosno, na različite vrste ili klase poverilaca. Plan reorganizacije je poseban akt, koji mora da bude prihvaćen od strane svih subjekata u stečajnom postupku, pre svega, od stečajnog dužnika i poverilaca³⁶. Nakon usvajanja plana reorganizacije od strane poverilaca, stečajni sudija potvrđuje plan, ako za njega glasa većina poverilaca. Sa druge strane, mora postojati mogućnost da stečajni dužnik izvršava predložene oblike reorganizacije.

Kao što je rečeno, između plana reorganizacije, kao ugovora i plana reorganizacije, kao sudskog akta, odlučićemo se za prvi, obzirom da se o njemu pozitivno moraju izjasniti svi navedeni subjekti. Plan reorganizacije nije sudski akt, iako stečajni sudija, takođe, vodi postupak reorganizacije. Međutim, iako nije sudski akt, moramo primetiti da plan reorganizacije sadrži određene elemente prinudnosti, odnosno, ukoliko se plan reorganizacije ne izvrši u određenom roku, tada će se primeniti mere predviđene u ZS. Naravno, navedeno ne oduzima planu reorganizacije karakter ugovora³⁷, obzirom da se o njemu moraju saglasiti stečajni dužnik, sa jedne, i većina poverilaca, sa druge strane.

Da bi jasno razumeli i odredili pravnu prirodu plana reorganizacije, uvek je neop-

³⁴ Velimirović M., nav.delo, str. 192-193

³⁵ Čolović V., Pravna priroda plana reorganizacije stečajnog dužnika, Vox iuris, časopis za primenu i kulturu prava, br. 1, Beograd 2009., str. 58

³⁶ Dika M., nav.delo, str. 76. Poverioci se, pre svih, izjašnjavaju o planu reorganizacije, a linjegovo izvršenje zavisi od stečajnog dužnika

³⁷ Spasić S., Sporna pravna pitanja i praktični problemi u postupku reorganizacije, Zlatiborski pravnički dani 2007, Privredna akademija, Novi Sad, str.128.

hodna analiza svih faza postupaka reorganizacije. Činjenica je da u planu reorganizacije, kao i u svakom ugovoru, imamo dve strane. Ukoliko jedna strana ne izvršava svoje obaveze, ona trpi određene sankcije. Sam stečajni postupak, bez koga ne bi moglo da bude ni postupka reorganizacije, podrazumeva određenu nejednakost strana koje se pojavljuju. No, kod plana reorganizacije i predlog i prihvatanje, kao i izvršenje plana zavisi od stečajnog dužnika. Zakonodavac je morao da predvidi određena pravila, koja štite poverioce. U svakom slučaju, možemo zaključiti da plan reorganizacije predstavlja ugovor sa određenim primesama sudskog akta, obzirom da u njegovom potvrđivanju i nadzoru nad njegovom primenom učestvuju i stečajni sud, odnosno stečajni upravnik.

Pravna priroda unapred pripremljenog plana reorganizacije

Napred smo naveli da je nemoguće odrediti pravnu prirodu unapred pripremljenog plana reorganizacije, bez određivanja karaktera „običnog“ plana. Osnovna razlika između ova dva plana je u momentu podnošenja. Upravo se pre-pack plan i naziva tako, jer se podnosi zajedno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka. Nećemo ulaziti u prirodu svrhe ovog plana, obzirom da se ovde mogu postaviti različita pitanja, koja bi se vezala, pre svega, za razloge koji su doveli do insolventnosti jednog subjekta, za koga postoji rešenje, odnosno, za koga postoji šansa da nastavi sa radom. Koje su okolnosti postojale u vreme postavljanja pitanja pokretanja stečaja protiv jednog subjekta je pitanje na koje mora da odgovori sud, kao i poverioci koji prihvataju ovako podnesen plan. No, ne možemo ulaziti u sve detalje podnošenja pe-pack plana, već ćemo samo reći da i ovaj plan ima ugovorni karakter, imajući u vidu da ga moraju prihvatiti poverioci da bi se on potvrdio, kao i da njegova sadržina, tj. predložene mere, moraju odgovarati stečajnom dužniku. Sa druge strane, njegova imperativnost je u tome što se mora potvrditi odlukom suda, što je slučaj i kod „običnog“ plana. Jedino što se može istaći, kad je u pitanju pre-pack plan, odnosi se na činjenicu što njegovo usvajanje može dovesti i do otvaranja i do obustavljanja stečajnog postupka na istom ročištu.

PRAVNA PRIRODA PLANA REORGANIZACIJE OSIGURAVAJUĆIH DRUŠTAVA U PRAVU EU

U pravu Evropske unije usvojen je akt koji reguliše reorganizaciju osiguravajućih društava. U našem pravu nije predviđen postupak reorganizacije za osiguravajuće organizacije. Direktiva Evropske Unije o reorganizaciji i likvidaciji osiguravajućih društava (dalje: Direktiva)³⁸ propisuje neka posebna pravila za reorganizaciju osiguravajućih društava. Postupak reorganizacije predstavlja postupak za nastavak rada osiguravajućeg društva, kada se preduzima niz mera, koje treba da dovedu do toga da dužnik nastavi sa poslovanjem. Samo ovlašćeni (sudski ili administrativni) organ može doneti odluku o preduzimanju mera reorganizacije jednog osiguravajućeg društva, uključujući i filijale u drugim zemljama članicama. Mere reorganizacije će se regulisati po pravu one zemlje u kojoj se sprovode.³⁹ Te mere će imati dejstva u svim zemljama članicama, bez ispunjenja bilo kakvih posebnih formalnosti.⁴⁰ Postupak reorganizacije, koji se

³⁸ Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the reorganisation and winding-up of insurance undertakings (Official Journal L 110, 20/04/2001 P.0028-0039)

³⁹ Član 4., st.2 Direktive

⁴⁰ Član 4., st.3 Direktive

sprovodi radi nastavka rada jednog osiguravajućeg društva, podrazumeva procenu niza mera, koje bi dovele do daljeg poslovanja tog društva, vodeći računa o svim specifičnostima same delatnosti osiguranja. Vidimo da i Direktiva uređuje plan reorganizacije kao ugovor, odnosno, neophodno je da o planu izjasne poverioci. Osim toga, možemo zaključiti da Direktiva poklanja veću pažnju regulisanju nastavka rada osiguravajućeg društva – stečajnog dužnika, nego namirenju poverilaca. Ipak, bez saglasnosti poverilaca, ne bi mogao da bude ispunjen ni jedan od navedena dva cilja reorganizacije. To znači da i plan reorganizacije u postupku reorganizacije osiguravajućih društava im ugovorni karakter⁴¹.

ZAKLJUČAK

U stečajnom zakonodavstvu Srbije, kao i u mnogim drugim stečajnim zakonodavstvima, reorganizacija ima dvojak smisao, koji se odnosi, kako na nastavak rada dužnika, tako i na namirenje poverilaca. Na primer, u nemačkom stečajnom zakonodavstvu je reorganizacija na drugačiji način regulisana, kada su u pitanju ta dva cilja. Na prvom mestu, predviđen je stečajni plan, koji pruža više mogućnosti da se namire potraživanja poverilaca, odnosno, da se odnosi između dužnika i poverilaca reše na prinudan ili dobrovoljan, odnosno, saglasan način, a koja će opcija biti izabrana zavisi od samih dužnika i poverilaca. Praktično, to znači da stečajni plan u nemačkom stečajnom zakonodavstvu može imati, kako ugovorni, tako i prinudni karakter. Međutim, osim stečajnog plana, u nemačkom pravu je predviđen i rehabilitacioni plan, koji pruža, na prvom mestu, mogućnost da dužnik i dalje nastavi sa poslovanjem, a, isto tako, i mogućnost transfera poslova stečajnog dužnika trećem licu (privrednom subjektu), koji može na uspešan način završiti te poslove i namiriti poverioce.⁴² Subjekti u postupku odlučuju, koji će se plan prihvatiti.⁴³ Inače, nemačko stečajno zakonodavstvo, odnosno Zakon o insolventnosti Nemačke⁴⁴ reguliše stečajni plan ili plan insolventnosti u tri dela, slično kao i naše, odnosno zakonodavstva, spomenutih, susednih zemalja. Prvi deo se odnosi na sadržinu plana i prava poverilaca u postupku reorganizacije.⁴⁵ Drugi deo se odnosi na prihvatanje i sadržinu plana⁴⁶, a treći na nadzor i primenu istog.⁴⁷ Mere, odnosno oblici, koje se predlažu u delu plana, koji predstavlja njegovu osnovu, a čije prihvatanje i potvrda zavise od poverilaca, zavise od predlagača.⁴⁸ Moramo reći da je nemačko stečajno zakonodavstvo izvršilo jak uticaj na stečajna zakonodavstva Hrvatske i Bosne i Hercegovine (i Republike Srpske i Federacije BiH), čemu nećemo posvećivati pažnju.

Ako treba da izvedemo zaključke o pravnoj prirodi plana reorganizacije i unapred pripremljenog plana reorganizacije, kao i o odnosu stečajnog postupka i postupka reorgani-

⁴¹ Čolović V., nav.delo, str. 57

⁴² Fialski H., Insolvency Law in the Federal Republic of Germany, 1994., str. 27

⁴³ Ibidem

⁴⁴ Insolvenzordnung, 5.10.1994. (BGBl. I P. 2866), 22.3.2005 (BGBl. I P. 837) (1.4.2004.)

⁴⁵ Insolvenzordnung, p.217-234

⁴⁶ Insolvenzordnung, p.235-253

⁴⁷ Insolvenzordnung, p. 254-269

⁴⁸ Luer H.J., The Insolvency Laws of Germany, Juris Publishing 2002., str. 80

zacije, kao ključnog u razumevanju i same reorganizacije i plana reorganizacije, oni će biti u formi kratkih analiza u odnosu na sva postavljena pitanja u radu. Te analize (zaključci) su sledeće:

1) U slučaju donošenja odluke o pokretanju postupka reorganizacije, treba drugačije regulisati ovaj postupak. Naime, tada treba doneti odluku o zastoju stečajnog postupka, kao što je rečeno. Radi se o postupku, koji ne mora dovesti do rezultata, a to je izvršenje plana reorganizacije. Sa stanovišta stečajnog postupka, bolje je doneti odluku o zastoju stečajnog postupka, čime bi njegov status u odnosu na reorganizaciju bio definisan. Znači, dok se plan reorganizacije ne izvrši, stečajni postupak je, na neki način, „zamrznut“. Tada se ne bi postavljalo pitanje, a koje se tiče ponovnog sprovođenja radnji u stečajnom postupku. To bi bilo bolje rešenje i za poverioce. Međutim, moramo spomenuti i drugo rešenje koje se odnosi na zaključenje stečajnog postupka, nakon prihvatanja plana. To mišljenje je, najverovatnije, zasnovano na razlozima celishodnosti, obzirom da do izvršenja plana može proći dosta vremena;

2) Odnos plana reorganizacije prema stečajnom postupku određen je prirodom plana, kao i njegovim prihvatanjem ili neprihvatanjem od strane poverilaca. Do usvajanja plana, stečajni postupak traje. Ako plan bude usvojen, tada dolazi do obustave stečajnog postupka. Zatim, ako plan ne bude izvršen, tada dolazi do ponovnog pokretanja stečajnog postupka. Najzad, ako plan reorganizacije bude izvršen u potpunosti, tada su poverioci namireni i ne postoje razlozi za pokretanje stečajnog postupka;

3) Iako smo, već, odredili status stečajnog postupka u slučaju izvršenja plana reorganizacije, zbog toga što se ZS nije jasno odredio po ovom pitanju, moramo još jednom spomenuti nedoumicu oko obustave ili zaključenja stečajnog postupka, u ovom slučaju. Moramo reći da se u zakonodavstvima susednih zemalja drugačije reguliše status stečajnog postupka u navedenoj situaciji, u odnosu na Srbiju. To se odnosi i na Bosnu i Hercegovinu, kao i na Hrvatsku;

4) U slučaju pokretanja novog stečajnog postupka, nakon neizvršenja plana reorganizacije, ZS nije regulisao pitanje sprovođenja ili nesprovođenja radnji koje su izvršene u stečajnom postupku, pre usvajanja i potvrde plana reorganizacije. Ovim rešenjem su zaštićeni, pre svega, poverioci, od samog postupka reorganizacije. Ali, sa druge strane, postavlja se pitanje da li je zaštićen stečajni dužnik i da li je ovim povređeno načelo ekonomičnosti stečajnog postupka. Protivnici ovakvog mišljenja mogu istaći da se u novom stečajnom postupku mogu pojaviti nove okolnosti koje treba da dovedu do sprovođenja svih radnji u novom stečajnom postupku, koji su predviđeni, bez obzira da li je do njihovog sprovođenja došlo u stečajnom postupku koji se vodio pre prihvatanja plana reorganizacije; i

5) Već smo rekli da je, kad govorimo o pravnoj prirodi i unapred pripremljenog plana reorganizacije i „običnog“ plana reorganizacije, ta pravna priroda ugovorna, odnosno, da prihvatanje plana zavisi od poverilaca. Isto je i sa jednim i sa drugim planom. Razlika između ta dva plana postoji i ona se ogleda u momentu podnošenja. Podnošenje plana, zajedno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka, govori da je sprovođenje postupka reorganizacije nemoguće bez pokretanja i sprovođenja stečajnog postupka. No, sa druge

strane, samo izvršenje plana se sprovodi van stečajnog postupka, što, upravo, govori da se radi o sporazumu dužnika i poverilaca.

Smatramo da je ZS morao jasnije da da odgovore na navedena pitanja. Naravno, navedena sporna pitanja nisu jedine zamerke koje se mogu uputiti zakonodavcu u vezi regulisanja reorganizacije stečajnog dužnika. Status stečajnog postupka mora biti jasno određen, u slučaju pokretanja i trajanja postupka reorganizacije, kao i izvršenja istog. Ako bi govorili o primeni određenih odredaba ZPP, moramo reći da je moguća, ali samo do određene granice. To se odnosi na zastoje stečajnog postupka kod prihvatanja i potvrde plana reorganizacije. Za primenu te odredbe, neophodna je i izmena ZS.

Na kraju, moramo reći da je stečajni postupak je specifičan u odnosu na ostale postupke, a, isto tako, postupak reorganizacije, sa svim oblicima, merama i predlozima, koji treba da dovedu do nastavka rada stečajnog dužnika, predstavlja institut sui generis, iako je regulisan kao deo stečajnog postupka.

LITERATURA:

Monografije, članci,

Čolović V., Odnos stečajnog postupka i postupka reorganizacije, *Pravni život* 12/2007, Beograd 2007.

Čolović V., Pravna priroda plana reorganizacije stečajnog dužnika, *Vox iuris*, časopis za primenu i kulturu prava, br. 1, Beograd 2009.

Dika M., *Insolventijsko pravo*, Zagreb 1998.

Dukić-Mijatović M., *Stečajno pravo*, Novi Sad 2010.

Fialski H., *Insolvency Law in the Federal Republic of Germany*, 1994.

Jovanović-Zattila M., Čolović V., *Stečajno pravo*, Beograd 2007.

Luer H.J., *The Insolvency Laws of Germany*, Juris Publishing 2002.

Slijepčević D., Sporna pravna pitanja u postupku reorganizacije stečajnog dužnika, *Pravni informator*, On-lajn izdanje časopisa

Spasić S., Sporna pravna pitanja i praktični problemi u postupku reorganizacije, *Zlatiborski pravnički dani*, Privredna akademija, Novi Sad 2007.

Spasić S., *Reorganizacija*, Beograd 2009.

Stevanović M., *Priručnik za stečajne upravnike*, USAID, Beograd 2005.

Velimirović M., *Stečajno pravo*, Novi Sad 2004.

Zakonodavstvo

Directive 2001/17/EC of the European Parliament and of the Council of 19 March 2001 on the reorganisation and winding-up of insurance undertakings (Official Journal L 110, 20/04/2001 P.0028-0039)

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

Zakon o stečajnom postupku Republike Srbije (Sl.glasnik R.Srbije br. 84/2004)

Zakon o stečaju Republike Srbije (Sl.glasnik R.Srbije br. 104/2009, 99/2011 – dr.zakoni 71/2012, odluka US)

Zakon o parničnom postupku Republike Srbije (Sl.glasnik R.Srbije 72/2011)

Vladimir Čolović, Ph.D

Pan-European University „Apeiron“ Banja Luka

Faculty of Law Sciences

Basic Features and Legal Nature of Pre Pack Reorganization (Pre-Prepared Reorganization Plan) in Serbian Legislation - with reference to the relationship between bankruptcy and reorganization proceedings

Summary: The proceeding of the reorganization represent the possible continuation of work of the debtor, if debtor successfully carries out a reorganization plan, that is the most important document of this procedure. But, apart from the “ordinary” reorganization plan, the Serbian legislation regulates, also, pre-prepared reorganization plan. This plan shall be submitted together with the proposal for the initiation of bankruptcy proceedings. The determination of a legal nature, i.e., answering the question, what is a pre-prepared reorganization plan, is impossible without a definition of the legal nature of „ordinary” reorganization plan. Does the plan has an imperative nature, or it is a contract between the debtor and creditors? For correct determination of the legal nature of these institutions, it is necessary to determine the relationship of the reorganization proceedings and the bankruptcy proceedings, and the relationship plan of reorganization and bankruptcy proceedings. In this paper, author analyzes four issues that are relevant to the determination of the legal nature of a pre-prepared reorganization plan: 1) Status of the bankruptcy proceeding after the initiation of the reorganization proceeding; 2) Status of the reorganization plan to the bankruptcy proceeding; 3) Whether, after the completion of the reorganization plan, the bankruptcy procedure is suspended or concluded; and 4) Whether, in the event of default or suspension of a reorganization plan, when the bankruptcy process is restarting, implement all the actions of the bankruptcy proceedings. Author defines the conclusion that this document has a contractual character

Key words: bankruptcy proceeding, reorganization, reorganization plan, debtor, creditors, court, trustee.

DOI: 10.7251/GFP1303118S

UDC: 347(436:497.11)

Pregledni rad

Datum prijema rada:
17. jun 2013.

Datum prihvatanja rada:
27. jun 2013.

Prof. dr

**Emilija
Stanković**

*vanredni profesor, Pravni
fakultet Univerziteta u
Kragujevcu*

Austrijski građanski zakonik kao izvornik srpskog građanskog zakonika

Apstrakt: Srpski građanski zakonik donet je 1844. godine, pre 167 godina. Bio je četvrti građanski zakonik u Evropi. Rađen je po ugledu na Austrijski građanski zakonik, a Srbiju je uveo u germanski pravni krug. Neke odredbe Srpskog građanskog zakonika, kao na primer one o poklonu, koriste se i danas kao pozitivnopravne. Neka to bude samo jedan primer aktuelnosti ovog Zakonika i nakon toliko vremena.

Uobičajen stav naše pravne nauke je da Srpski građanski zakonik predstavlja skraćenu verziju izvornika. Ima 950 paragrafa, dok Austrijski građanski zakonik sadrži 1502. Sličnosti postoje, velike su, osim u delu porodičnih i naslednih odnosa gde su do izražaja došle specifičnosti društvenih odnosa u Srbiji. Dosađnja istraživanja nisu obuhvatila posebnosti, odstupanja od izvornika, kao ni trajnije vrednosti Srpskog građanskog zakonika.

S toga ću pokušati da ukažem na te specifičnosti i razlike između izvornika i Srpskog građanskog zakonika, ne umanjujući pri tom značaj izvornika, kao ni činjenicu da je najvećim delom izvornik „presađen“, „transplantiran“ u Srpski građanski zakonik.

Ključne reči: Austrijski građanski zakonik, Srpski građanski zakonik, izvornik, transplant, sličnosti, razlike.

Danas kada je kod nas pitanje kodifikacije građanskog prava više no ikada aktuelno, kada se neprestano govori o pravnoj državi i „dobrim“ zakonima svakako je pravi trenutak da se konstatuje sledeće: Srbija još uvek nema kodifikaciju građanskog prava; u XIX veku bila je četvrta po redu zemlja u Evropi koja je imala kodifikaciju građanskog prava (Srpski građanski zakonik 1844. godina)¹; pravna pravila ovog zakonika u nedostatku pravnih propisa primenjuju se i danas, pod uslovima koji su propisani u Zakonu o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije; uzor, tj izvornik za Srpski građanski zakonik bio je Austrijski građanski zakonik.

Pisac SGZ je Jovan Hadžić, visoko obrazovan čovek, vaspitan u duhu liberalne filozofije i škole prirodnog prava. Voleo je Srbiju, kao i ulogu njenog zakonopisca, koja mu je dodeljena i koju je prihvatio. Sebe je zamišljao kao Solona ili Likurga nove Srbije.² Iako je zakonik rađen po ugledu na AGZ i po oceni kritičara ima malo originalnog, ne može se osporiti vrednost i značaj ovakvog poduhvata. Činjenica koju kritičari najčešće ističu – da je donet osnovni zakon, koji pri tom nije odgovarao društvenom i istorijskom razvoju, kao i tradiciji zemlje, ne umanjuju vrednost zakonika. Prožet romanističkim idejama, koje se uistinu nisu slagale sa dotadašnjim srpskim običajima, ipak je bio pravni akt kojim se Srbija mogla ponositi. Zakonik je bio zasnovan na jednom od najvećih kulturnih dostignuća, na rimskom pravu. Kako je rimsko pravo bilo temelj svih evropskih kodifikacija, to se i Srbija putem ovog Zakonika povezala i postala sastavni deo evropskog kulturnog miljea. Ne manje od ove je značajna i činjenica da je Zakonik rešio pitanje svojine u Srbiji. Takođe je postavio okvire razvoja kapitalističkih robno-novčanih odnosa. Kako je za osnovu imao AGZ, to su privredne i kulturne veze sa Austrijom postale lakše i čvršće, a u pogledu prava Srbija je postala sastavni deo germanskog pravnog kruga. Tako je i veza sa čitavom Zapadnom Evropom postala neminivna.

Ovako donet Srpski građanski zakonik je upravo dobar primer i potvrda osnovne ideje profesora Alana Votsona (Alan Watson) da se pravo pretežno razvija putem pravnih pozajmica. Po njemu, najčešće su pozajmice iz rimskog prava, kao i engleskog pravnog sistema. Ovaj zakon bi po njegovoj sistematizaciji transplantata pripadao trećoj grupi, to jest situaciji u kojoj narod dobrovoljno prihvati veliki deo sistema drugog naroda ili više naroda.³ Ovakvo presađivanje je, čini se, mnogo više doprinelo razvitku pojedinih pravnih sistema nego unutrašnji razvoj tog istog sistema u okvirima sopstvenog društva. Stoga sa rezervom treba prihvatiti stav jednog broja naučnika da pravo predstavlja prostu posledicu “nacionalnog duha”, odnosno društvenih, ekonomskih, nacionalnih i kulturnih uslova u kojima se razvija.

Srpski građanski zakonik iz 1844. godine je u značajnoj meri preuzeo (transplantirao) Austrijski građanski zakonik iz 1811. godine. Teško se može reći da su Austrijanci i Srbi tog doba bili pre svega na istom stepenu ekonomskog razvitka, a potom i kulturnog. A kako tek

¹ Тврдњу да је Српски грађански законик четврти по реду грађански законик донет у Европи треба условно прихватити. Наиме, пре Српског грађанског законика неки од Швајцарских кантона су имали кодификације свог обичајног права, као што је кодификацију имала и Молдавија. Ипак, чини се, да се због своје свеобухватности, одлика и значаја с правом може рећи да је Српски грађански законик четврта по реду европска кодификација грађанског права.

² Јовановић, Слободан, *Политичке и правне расправе*, Српска књижевна задруга, Београд, 1990, 302

³ Вотсон, Алан, *Правни транспланти: приступ упоредном праву*, Правни факултет, Београд, 2000, 58

onda reći da im je “narodni duh” blizak. Uprkos svemu Srpski građanski zakonik je prihvaćen, primenjivan i kroz neke svoje odredbe opstao i u današnjem pozitivnom pravu. Kako? Pravne pozajmice su moguće čak i u ovakvim slučajevima kada se čine iz razvijenijih sistema i “presađuju” u znatno nerazvijenije, ukoliko se dovoljno vodi računa o modifikaciji pozajmljenih pravnih normi. One moraju biti usklađene i prilagođene nivou razvoja i potrebama društva za koje su pozajmljene. Samo u tom slučaju pozajmice daju prave efekte. Jovan Hadžić je radeći na izradi Srpskog građanskog zakonika preuzeo velikim delom norme Austrijskog građanskog zakonika, ali je bio primoran da odstupi od odredbi koje su regulisale porodično i nasledno pravo. Morao je da se prikloni srpskom običajnom pravu, iako je ono bilo znatno konzervativnije. Društveni odnosi tadašnje Srbije davali su prednost muškarcu u odnosu na ženu, kao i muškoj deci u odnosu na žensku pri nasleđivanju. Tako je Jovan Hadžić, visokoobrazovani pravnik naprednih ideja, ipak shvatio da zakon mora da bude vezan za određenu zajednicu, za privredni, kulturni život i socijalnu strukturu te zajednice, čak i po cenu prezira određenih slojeva. To je zapravo i najveće odstupanje od izvornika, AGZ.

Pravo se najčešće i menja tako što dolazi do presađivanja određenih pravnih pravila ili čak velikih delova jednog pravnog sistema u drugi. Do presađivanja često dolazi, jer je relativno lako izvesti ga. To se naročito događa u periodima izvođenja velikih pravnih reformi, kada pravници pribegavaju ovom načinu rešavanja postavljenog zadatka. Ne treba zaboraviti da se prilikom pravnih pozajmica pravne norme mogu prilagođavati, a to i jeste najčešće slučaj. Takođe, neke se pozajmljene norme mogu odbaciti ukoliko se uoči da su neefikasne. Pozajmljivanje je efikasnije ukoliko je autoritet pravnog sistema davoća veći. Ovakva razmišljanja navode na zaključak da će budući razvoj prava dovesti do unifikacije prava. Ova ideja ima pttvrdu kroz pravo zemalja koje pripadaju Evropskoj uniji.

Iako u potpunosti neprilagođen novim društvenim i istorijskim prilikama, može se reći da se pravila iz *Srpskog građanskog zakonika* i danas primenjuju u nedostatku pozitivnih propisa. Na pravnim istoričarima je da objasne kako je moguća tako duga primena pravnih pravila *Zakonika* koji je najčešće kvalifikovan kao „skraćena verzija *Austrijskog građanskog zakonika*“. Činjenica je da je od samog donošenja *Srpskog građanskog zakonika*, pa sve do danas, kritika bila uglavnom negativna. Mislim da su takve ocene neadekvatne i pre svega jednostrane, jer ne sagledavaju celovitost i kompleksnost vremena i uslova u kojima je zakonik donet. Uslovi koji su postojali u drugim zemljama u vreme kodifikacije prava, u Srbiji nisu. Reč je o zemlji koja se tek oslobodila Turaka, sa jakom tradicijom običajnog prava, bez pisanog zakonodavstva, bez školovanih pravnika i nepismenim vladarom koji je naredio donošenje zakonika. U vreme kada se otpočelo sa radom na izradi građanskog zakonika nije postojao ni minimum lične i imovinske sigurnosti stanovništva.⁴ Pri tom ne treba zaboraviti činjenicu da se građanski zakonic donose tek „pošto su se ekonomsko-društveni odnosi kapitalističkog društva već razvili i postali dominirajući“.⁵

Četvrtim *Zakonikom* donetim u Evropi Srbija se svrstala u red zemalja koje imaju kodifikaciju. Svaka građanska kodifikacija, pa i srpska, ima u svom sastavu norme koje reša-

⁴ Николић, Д., *Рад на грађанском законик у Србији 1829-1835. године*, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), Правни факултет у Нишу, Ниш, 1995, 23

⁵ Гузина, Р., „Историјски осврт на карактер и значај Српског грађанског законика из 1844. године“, *Историјски гласник* 1, Београд, 1949, 28

vaju probleme društva u trenutku donošenja, pa kao takve ne odolevaju vremenu. To su u ovom slučaju norme koje su regulisale porodičnu zadrugu i zakonski nasledni red. One su i tada predstavljale odstupanje od izvornika, ali su bile u skladu sa srpskim običajnim pravom. Iako su ta rešenja bila neprimerena novim idejama i kretanjima društva, okarakterisana su kao nazadna i nisu se mogla izbeći. Sasvim je razumljivo da kao takva nisu mogla da prežive i trajno opstanu u *Zakoniku*, u smislu da se mogu i nadalje primenjivati. U građanskim kodifikacijama postoje norme koje mogu duže opstati, ali uz novo tumačenje, prilagođeno novim odnosima i potrebama. Vrednost jedne kodifikacije se zapravo i ceni po tome kolika je fleksibilnost primene normi, izmenjenom, prilagođenom interpretacijom. Norme Stvarnog i Obligacionog prava, ili bar veći deo njih, mogle bi se i danas uz određeno prilagođavanje primenjivati. *Srpski građanski zakonik* sadrži: pojedina pravna rešenja koja pre mogu da se brane, no neka važeća; pojedina rešenja koja valjano mogu da popune pravne praznine važećeg prava i pojedina koja korisno mogu da posluže pri primeni važećeg prava.⁶

Mnoge norme *Srpskog građanskog zakonika*, tj. sadržana pravna pravila u njima mogla bi i danas da posluže kao pravila za regulisanje određenih instituta. Uostalom, činjenica je da Srbija danas nema građansku kodifikaciju, a u XIX veku ju je imala. Uz sve mane, ne sme se zanemariti niti potceniti njen opšti značaj, kao ni rešenja sadržana u njoj. *Srpski građanski zakonik* je u svoje vreme i za tadašnje prilike poslužio svrsi, a i njegov kasniji uticaj se ne sme zanemariti. Ocenjujući *Zakonik* neophodno je voditi računa o vremenu u kome je donet. Ne sme se ocenjivati sa kasnije tačke gledanja. Ipak, treba istaći da je uprkos nedostacima koji su postojali dugo primenjivan. To opet ukazuje na kvalitet samog *Zakonika*, kao i njegovog autora.

Kritika da *Zakonik* nije originalan i da je „samo skraćena verzija *Austrijskog građanskog zakonika*“, može se posmatrati i sa druge strane. Pitanje je koliko građanskih kodifikacija u Evropi XIX i XX veka je doneto samostalno, a koliko ih je u svetu doneto po ugledu na strane uzore. Sigurno je da je veći broj zemalja sveta svoje građanske kodifikacije doneo recipirajući (presadjujući) već postojeće građanske kodifikacije, poštujući i prilagođavajući pri tom svoja nacionalna zakonodavstva.⁷ Nakon donošenja *Francuskog građanskog zakonika*, ideja kodifikacije širila se brzo. Najpre su to bile zemlje Evrope, a potom i čitavog sveta. Zapravo, nijedan građanski zakonik nije imao takav uticaj na razvoj građanskog prava u drugim zemljama, kao što je to imao *Code Civil*. Građansko pravo Belgije, Holandije i Luksemburga i danas je pod velikim njegovim uticajem. U Španiji, *Codigo civile* iz 1889. godine, koji je i danas na snazi, posebno u oblasti obligacionog prava, pod veoma jakim je uticajem *Code Civile*-a. Na *Zakonike* donete u Rumuniji, 1863. godine, u Italiji 1865. godine,⁸ Portugaliji 1867. snažno je uticao *Code Civile*.

Budući da je u XIX veku Francuska bila kolonijalna sila njen uticaj na Bliskom istoku, Africi, Indokini i Okeaniji je bio znatan. Francuska pravna tradicija u ovim zemljama je znat-

⁶ Водинелић, В., „Сто педесет година касније: шта је још живо у Српском грађанском законнику?“, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика, САНУ, Београд, 1996, 396.

⁷ Станковић, Е., *О Српском грађанском законнику*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009, 100

⁸ Под фашистичком владавином Италија иступа из овог круга, а 1942. године донет је нов грађански законик који је под већим утицајем немачког права.

na i nakon sticanja nezavisnosti ovih zemalja. *Egipatski građanski zakonik* iz 1949. godine, poštuje islamsko pravo, ali se u dobrom delu oslanja na *Code Civil*. Alžir, Tunis i Maroko, takođe su zemlje čije su kodifikacije utemeljene na uticaju francuske kodifikacije. U velikom broju zemalja Afrike: Senegal, Mauritanija, Mali, Niger, Gvineja, Obala slonovače, pravni sistemi su se razvijali pod velikim uticajem francuskog prava, *Code Civil* i *Code Commerce*. Znatno veći uticaj francuska građanska kodifikacija, imala je u Latinskoj Americi, gde su skoro sve zemlje⁹ svoje zakonike donele po modelu *Code Civile*. Čak i u Severnoj Americi postoje države čiji su građanski zakonici doneti po uzoru na *Code Civil*. To su Luizijana u SAD-u i provincija Kvebek u Kanadi. *Louisiana civil Code* iz 1870. godine, izvršila je veliki kulturni uticaj ne samo u Americi, već i šire, naročito u Latinskoj Americi. To je bilo moguće pre svega zbog toga, što je *Građanski zakonik Luizijane* bio donet pod jakim uticajem najviše romanističkog zakonika, ikada usvojenog.¹⁰ *Građanski zakonik Argentine* rađen je po ugledu na građanski zakonik Luizijane, da bi potom i sam postao uzor drugim građanskim kodifikacijama zemalja Latinske Amerike. Tako je, recimo, više od sto članova *Građanskog zakonika Luizijane* iz 1870. godine, postalo sastavni deo *Građanskog zakonika Puerto Rika (Puerto Rico)*.¹¹ *Građanski zakonik Luizijane* značajno je uticao i na građanske kodifikacije Karibskih ostrva, posebno građanske kodifikacije St. Lucia. Uticaj građanske kodifikacije Luizijane na zemlje Latinske Amerike je evidentan, što nije slučaj sa federalnim jedinicama SAD-a. Uticaj na federalno pravo i pravo drugih zemalja nije bio sistematski, niti dovoljno velik.

Recepcija *Code Civil*-a bila je produkt kulturne snage, kao i kvaliteta zakonika. Uostalom, kao što je već rečeno, dobrim delom *Zakonik* je i danas na snazi u Francuskoj. *Austrijski građanski zakonik*, donet 1811. godine, imao je uticaja i izvan zemalja za koje je bio donet. Taj uticaj bio je značajno manji, pre svega zbog toga što je to kodifikacija obnovljene monarhije, mnogonacionalne države, u stalnoj opasnosti od raspada. Uticaj *Austrijskog građanskog zakonika* bio je veliki u zemljama koje su ulazile u sastav Habzburške monarhije. *Zakonik* je od 1852. godine važio u Hrvatskoj. Primenjivan je u Bosni i Hercegovini i Vojnoj Krajini. U severnoj Italiji, Lombardiji i Veneciji, važio je do ujedinjenja 1861. godine. Lihtenštajn je recipirao *Austrijski građanski zakonik* pre Prvog svetskog rata, a nakon tog rata isto je učinila i Čehoslovačka, koja ga je dugo zadržala u primeni.

Kodifikacija prava izvršena je i u Nemačkoj donošenjem *Nemačkog građanskog zakonika* 1900. godine. Ova kodifikacija nije svoj uticaj širila putem kolonijalnih osvajanja, poput *Francuskog građanskog zakonika*. *Nemački građanski zakonik* je na druge uticao svojom intelektualnom snagom. Interesantno je da je pod uticajem ovog *Zakonika* izrađen *Japanski građanski zakonik* iz 1898. godine. Tajland je 1925. godine doneo građanski zakonik po modelu nemačkog. Čak je i u Kini 1930. godine izrađen nacrt građanskog zakonika po ugledu na nemački, samo što on nikada nije stupio na snagu. U Latinskoj Americi gde je bio dominantan uticaj *Francuskog građanskog zakonika*, dve države su svoje zakonike donele po modelu *Nemačkog građanskog zakonika*: Brazil 1916. godine i Peru 1936. godine. *Nemački građanski zakonik* uticao je i na donošenje zakonika u zemljama Evrope: Austriji, Poljskoj, Mađarskoj, Grčkoj. Treba naglasiti da su radovi na pripremanju

⁹ Осим Бразила и Перуа, право је кодификовано по угледу на немачке кодификације.

¹⁰ Yiannopoulos, A. N., *Requiem for a Civil Code: A Commemorative Essay*, Tulane, Law Review, 2003, 406.

¹¹ Ramos, M. R., *Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method of Puerto Rico*, Tulane, Law Review, 1948.

Nemačkog građanskog zakonika bili inspiracija Valtazaru Bogišiću za stvaranje *Opšteg imovinskog zakonika* za Crnu Goru. No, potpuna recepcija nemačkog građanskog prava izvršena je jedino u Grčkoj, 1940. godine.

Švajcarski građanski zakonik donet je 1912. godine i po nekim mišljenjima ostavio je mnogo više traga nego nemački *Zakonik*. U XIX veku češće je bilo preuzimanje stranog zakona. U XX veku izraženije je bilo prepravljjanje zakonika i više samostalnog rada onih koji su ugledajući se na strane zakonike donosili sopstvene. Tako se uticaj *Švajcarskog građanskog zakonika* osetio u: Švedskoj, Austriji, Poljskoj, Čehoslovačkoj, Mađarskoj, nekadašnjem Sovjetskom Savezu, Jugoslaviji, Albaniji, Grčkoj, Bugarskoj. I neke zemlje Istoka, Tajland i pretkomunistička Kina osetile su uticaj *Švajcarskog građanskog zakonika*. Od ovakvog, reklo bi se posrednog uticaja *Švajcarskog građanskog zakonika* na kodifikacije građanskog prava u drugim zemljama, izuzetak je Turska. U njoj je 1927. godine, za vreme vladavine Kemala Atatürka, došlo do potpunog preuzimanja *Švajcarskog građanskog zakonika*. Ono što čudi je činjenica da je ova recepcija bila uspešna, uprkos činjenici da je *Zakonik* jedne privredno i kulturno razvijene zemlje „presađen“ u zemlju koja se tek prilagođavala modernom načinu života.¹² Pesađeno pravo se dobro primilo u novoj sredini i Turska je dobrim delom zahvaljujući tome krenula brže put modernizacije. To joj je pomoglo i da se uključi u život porodice evropskih država.

Posebnu vrednost kodifikacijama nastalim po ugledu na druge, ranije nastale kodifikacije, svakako daje podatak o njihovim sastavljačima. To su uvek bili vrhunski pravници i intelektualci koji su umeli da, sledeći principe i ideje velikih građanskih kodifikacija, iz svojih pravnih sistema izvuku ono što je dobro i sačine celishodne pravne celine. Tako je i pisac našeg *Srpskog građanskog zakonika*, Jovan Hadžić, učinio sve da zakonik bude što kvalitetniji. Visokog obrazovanja, bio je romanista po shvatanju. Doktorat je stekao na Univerzitetu u Pešti. Latinskim jezikom vladao je još od rane mladosti, tako da je svoju ljubav prema rimskoj istoriji i književnosti mogao zadovoljiti čitajući originalna dela. To nam daje za pravo da donesemo zaključak da se pored izvornika, Hadžić ugledao i na originalne tekstove rimskog prava iz kojih je preuzimao neka pravila. Shodno svom obrazovanju izvesno je da je pravila na koja se ugledao prilagođavao, u meri u kojoj je to mogao, potrebama srpskog društva. Pri tom ne treba zanemariti činjenicu da je rok za izradu *Zakonika* bio kratak, samo dve godine. Opstala je želja autora za originalnošću da u *Zakonik* unese pravila koja izvornik nije sadržao. Uz sve rečeno nije bez značaja činjenica da su građanske kodifikacije u drugim zemljama najčešće radili timovi pod rukovodstvom jednog istaknutog naučnika ili profesora. Jovan Hadžić radio je sâm na *Zakoniku*. Možda najveće dostignuće ovog *Zakonika* jeste stvaranje pravne terminologije koja je vremenom postala opšta u srpskom pravnom rečniku.

Uostalom, čini se da Hadžićev rad najprimerenije ocenjuje Slobodan Jovanović: „Pravni savetnik ustavobraniteljske stranke..., Hadžić je bio jedan od glavnih redaktora osnovnih zakona o zakonodavnoj, upravnoj, i sudskoj vlasti, zakona o Savetu, kneževoj kancelariji, centralnoj upravi, okružnim sudovima, apelacionom sudu.....On je prvi moderni zakonopisac koga smo

¹² Вотсон, Алан, *Правни транспланти: приступ упоредном праву*, Правни факултет, Београд, 2000, 172.

imali; i u javnom i u privatnom pravu on je postavio osnove našem zakonodavstvu.¹³ *Srpski građanski zakonik* je obeležio epohu u kojoj je donet. Srbija kao nerazvijena zemlja u svakom pogledu dobija građansku kodifikaciju. Kako je recipirala *Austrijski građanski zakonik*, postaje član germanske pravne porodice. Putem kodifikacije postaje član evropske zajednice. Pozajmljivanje i stvaranje kodifikacija vodilo je ka ujedinjavanju prava.

Bilo u kojoj meri da *Srpski građanski zakonik* slič *Austrijskom građanskom zakoniku*, njegov pisac Hadžić koristio je i originalne rimske tekstove i pravila u njima sadržana.¹⁴ Na neposredan način ih je uneo u *Zakonik*. Samo što kod nas nikada nije, kao što je to u Austriji učinjeno, obavljeno ispitivanje kojim bi se tačno utvrdio neposredni uticaj pravila rimskog prava pri sastavljanju zakonika. Jedno je izvesno, tokom čitavog srednjeg veka srpsko pravo se zasnivalo na tradiciji vizantijsko-rimskog prava i stoga bilo razvijenije od pravnih sistema zemalja zapadne Evrope tog doba. Tradicija uticaja rimskog prava nastavljena je i kasnije. *Srpski građanski zakonik* nije pravila rimskog prava i uticaj tog prava dobijao samo posredno preko izvornika i donekle *Francuskog građanskog zakonika*, već i neposredno. Hadžić je sasvim sigurno koristio originalna pravila sadržana u Justinijanovoj kodifikaciji i ugrađivao ih ponegde u *Zakonik*. Uostalom, prve velike moderne kodifikacije zasnovane su na ideji prirodnog prava i rimskoj pravnoj tradiciji. Najveći uticaj pravila rimskog prava bio je u oblasti Stvarnog i Obligacionog prava.

Ideja o pravu Evropske unije, koja je sada aktuelna, u neku ruku i nije nova stvar. To je samo obnova kulturnog ujedinjenja, koje je jednom već bilo zahvatilo čitav kontinent, pod nazivom „građanska tradicija“. Svakako da je tačka vezivanja rimsko pravo, tj. njegova pravila i njihovo preuzimanje, kroz razvoj, od Justinijanovog prava do modernih kodifikacija. Zasluga za to pripada učenim pravnicima različitih zemalja. Pravila rimskog prava preživela su u prepoznatljivoj formi, bez obzira na sve promene koje su vršene, prilagođena praktičnim potrebama.

Srpski građanski zakonik nastao je u veoma važno vreme za Srbiju. Nakon oslobođenja od Turaka došlo je novo vreme koje je donelo i nove odnose, za koje nije postojala adekvatna pravna regulativa. Želeći da bude upamćen kao veliki vladar, Miloš je naredio donošenje *Zakonika*. Preko izvornika, posredno u *Zakonik* su ugrađena i pravila rimskog prava. No, Hadžić ih je unosio i neposredno, nezavisno od izvornika. Da je razvoj robnonovčanih odnosa bio na višem stepenu razvoja, taj uticaj rimskog prava bi bio veći. Ipak, ne treba zaboraviti činjenicu da se srpsko srednjovekovno pravo razvijalo pod uticajem vizantijskog prava, te da je moguće govoriti o kontinuiranom uticaju rimskog prava na srpsko.

Uloga i značaj *Srpskog građanskog zakonika* za razvoj prava i države Srbije u XIX veku bili su neprocenjivi. I danas se ne sme zanemariti uloga *Zakonika* u stvaranju i razvoju pra-

¹³ Јовановић, С., нав. дело, Политичке и правне расправе, 275

¹⁴ О овоме су писали: Даниловић, Ј., *Српски грађански законик и римско право*, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), САНУ, Београд, 1996, 49-65; Кнежић-Поповић, Д., *Удео изворног римског права у Српском грађанском законик*, Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994), САНУ, Београд, 1996, 67-77; Карајовић, Е., *Утицај римског права на српски грађански законик*, Србија и европско право, 4, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2001, 343-350

va, kao što se moraju odbaciti jednostrane i neargumentovane kritike ove naše kodifikacije.

LITERATURA:

- Jovanović, Slobodan, *Političke i pravne rasprave*, Srpska književna zadruga, Beograd, 1990
- Votson, Alan, *Pravni transplanti: pristup uporednom pravu*, Pravni fakultet, Beograd, 2000
- Nikolić, D., *Rad na građanskom zakoniku u Srbiji 1829-1835. godine*, Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika (1844-1994), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 1995
- Guzina, R., „Istorijski osvrt na karakter i značaj Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine“, *Istorijski glasnik* 1, Beograd, 1949
- Vodinić, V., „Sto pedeset godina kasnije: šta je još živo u Srpskom građanskom zakoniku?“, *Sto pedeset godina od donošenja Srpskog građanskog zakonika*, SANU, Beograd, 1996
- Yiannopoulos, A. N., *Requiem for a Civil Code: A Commemorative Essay*, Tulane, Law Review, 2003
- Ramos, M. R., *Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method of Puerto Rico*, Tulane, Law Review, 1948
- Stanković, E., *O Srpskom građanskom zakoniku*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2009, 100

Emilija Stanković, PhD

Professor of Roman Law at Faculty of Law University in Kragujevac

Austrian Civil Code as source for the Serbian Civil Code

Abstract: Serbian Civil Code has been adopted 167 years ago, at 1844. It was fourth civil code enacted in Europe, based on a Austrian Civil Code it inducted Serbia into the German legal circle. Some of the rules of the Serbian Civil Code, such as those that are regulating institute of gift, are still used as a part of positive law. Let that be only one of the proofs of this Code's actuality.

Common opinion of our legal theory is that Serbian Civil Code is only the shortened version of it's source. It has 950 paragraphs while, at the some time, Austrian Civil Code has 1502. There are some similarities, they are great, except in the parts that regulates family law and inheritance law, where some of the characteristics of Serbian social relations comes out at the first plan. Researches that has been conducted until now have never give the deeper analyzes of the differences and digressions from the source Code, and also never emphasized some permanent values of Serbian Civil Code.

All of the mentioned are the reasons why I would try to point out some differences that Serbian Civil Code has when it's compared to it's source, but without any underestimating of the importance of Austrian Civil Code, and the fact that source code is in the great part „transplated“ in the Serbia Civil Code.

Key words: Austrian Civil Code, Serbian Civil Code, source, transplant, similarities, differences

Pregledni rad

Datum prijema rada:
10. jun 2013.

Datum prihvatanja rada:
14. jun 2013.

Prof. dr

Milan Blagojević

*sudija Okružnog suda u
Banjaluci*

Pravne teškoće u dokazivanju krivičnih djela korupcije

(Krivičnoprocesni i ustavnopravni aspekti problema)

Abstract: Jedna od karakteristika vremena u kojem živimo jesu česte promjene u društvenim odnosima, opterećenim brojnim napetostima i konfliktima. Stoga pravo ima nezamjenjivu ulogu u usmjeravanju tih odnosa u pravcu koji je poželjan za društvo. Ono sa čim se suočavamo u svakodnevnim društvenim odnosima jeste porast kriminaliteta koji se ne zadržava unutar granica država, već sve više poprima i internacionalne konture. Posebno je zabrinjavajući porast korupcije. U ovom radu njegov autor govori o pravnim teškoćama na koje se nailazi u praksi primjene odgovarajućih pravnih instrumenata osmišljenih, između ostalog, i za borbu protiv korupcije. Predmet rada je razmatran ne samo sa krivičnoprocesnog nego i sa ustavnopravnog aspekta. S tim u vezi u radu su analizirane određene presude sudova u Bosni i Hercegovini, kako bi se pokazalo na kakve pravne teškoće se nailazi u dokazivanju tokom krivičnog postupka pred domaćim sudovima, u situacijama u kojima postoje dokazi za krivična djela ali su oni pribavljeni od organa strane države, a ne od domaćih organa. O mogućnosti upotrebe takvih dokaza u krivičnom postupku ne postoji jedinstven stav u domaćoj sudskoj praksi. Nakon što je ukazao na oprečne stavove o tome, kao i na odgovarajuću praksu Evropskog suda za ljudska prava, u završnom dijelu rada autor iznosi svoj prijedlog kako bi (i zbog čega) trebalo postupati u takvim situacijama.

Ključne riječi: korupcija, dokazivanje korupcije, pribavljanje dokaza, korištenje dokaza, dokazi pribavljeni u drugoj državi, zakonitost dokaza.

UVODNI DIO

U posljednjih petnaest godina svjedoci smo čestih i veoma značajnih promjena u svim sferama društvenog života kod nas. Pošto se radi o sferama u kojima postoji permanen-tna potreba čovjeka i njegovih organizacija za pravnim uređivanjem različitih društvenih odnosa, to je svijet prava pred stalnom zadaćom izlaženja u susret tim potrebama. Jedna od grana prava u kojoj su izvršene korjenite promjene jeste i krivično procesno pravo. U njoj su uvedeni novi instituti poput pregovaranja o krivici, sporazuma o priznanju krivice, posebnih istražnih radnji i drugih instituta, pomoću kojih društvo organizovano u državu nastoji voditi borbu protiv starih, ali i novih oblika kriminaliteta. Jedan od njih je i korupcija, kao oblik kriminaliteta koji ne poznaje samo naše vrijeme. Radi se o veoma starom obliku kriminaliteta, poznatom i u prvim vijekovima Rimske države. Veliki problemi u vezi sa korupcijom pojavljuju se tokom posljednjih godina Rimske republike, koja se protiv te pojave pravno bori između ostalog i posebnim postupkom *questionis*. I u periodu feudalizma nailazi se na pravne propise kojima se nastoji boriti protiv ovog kriminaliteta (Salijski zakon, Burgunski zakonik, Ostrogorski zakonik). Na odredbe čiji je cilj borba protiv korupcije nailazi se u Dušanovom zakoniku. Tako je članom 172. tog zakonika određeno: "Sve sudije da sude po zakoniku, pravo kako piše u zakoniku, a da ne sude po strahu od carstva mi.", ali navedeni cilj još više dolazi do izražaja u odredbama kao što su one sadržane u čl. 110. i 188. Članom 110. ovog zakonika sudijama je bilo zabranjeno da na silu uzimaju koristi, a članom 188. bila je sankcionisana zloupotreba pri naplati globe. U Francuskoj se 1716. godine osniva poseban sud za suđenje u vezi zloupotreba koje se tiču kraljevih finansija. Stupanjem kapitalizma na istorijsku scenu pojavljuju se i prvi krivični zakonici u kojima se propisuju koruptivna krivična djela. Kao primjer može se navesti francuski Krivični zakonik iz 1810. godine (*Code penal*), a Njemački krivični zakon iz 1871. godine propisuje izuzetno stroge kazne i zbog postojanja zloupotreba od strane službenih lica. Savremeni krivični zakoni se ne mogu ni zamisliti bez inkriminacije ovog oblika kriminaliteta, ali se borba protiv njega više ne zaustavlja unutar granica država. Svjedoci smo niza međunarodnopravnih konvencija, od kojih će neke biti pomenute i u ovom radu, kojima se i na međunarodnom planu nastoji boriti protiv korupcije, budući da i ovaj oblik kriminaliteta prelazi granice država. Analiza određenih međunarodnopravnih izvora koju ću izvršiti u radu, u dijelu koji je u vezi sa njegovim predmetom, pokazuje kako se na tom planu nastojalo osmisliti pravne instrumente pomoću kojih će se boriti protiv ove vrste krivičnih djela. Međutim, u njihovoj praktičnoj primjeni nailazi se na pravne teškoće koje samo život može poroditi. Upravo te teškoće jesu predmet ovog rada. One se teško mogu anticipirati u procesu izrade i usvajanja pravnih propisa, pa se i ovdje pokazuje istinitom spoznaja kako je život inventivniji od bilo kog zakonodavca. Tek kada usvojeni pravni propis (unutrašnji i međunarodni) stupi na snagu, u praksi njegove primjene pojave se situacije (pravne teškoće o kojima će biti riječi u radu) oko kojih se podijele mišljenja pravničke javnosti. Ta podijeljenost potom postane svojevrsna konstanta za koju može važiti Kantovo zapažanje

prema kojem "Juristi još traže definiciju za svoj pojam o pravu".¹

Dakle, predmet ovog rada jesu pravne teškoće na koje se nailazi u borbi protiv korupcije. Konkretno, radi se o teškoćama vezanim za dokazivanje ovih krivičnih djela u odgovarajućem krivičnom postupku. U pitanju su krivična djela za čije postojanje (ili nepostojanje) stoje određeni dokazi, ali su oni pribavljeni od organa strane države, a ne od organa države pred čijim sudom se vodi odgovarajući krivični postupak. S tim u vezi postavlja se pitanje njihove dokazne vrijednosti pred domaćim sudom, pri čemu ovaj problem ima ne samo krivičnoprocesni nego i ustavnopravni aspekt, o kojima će biti riječi na odgovarajućim mjestima u radu.

Ove teškoće (i s njima povezana podijeljenost mišljenja pravničke javnosti) se najbolje mogu zapaziti u sudskoj praksi. Stoga ću u ovom radu nakon njegovog uvodnog dijela najprije ukazati na odgovarajuća (različita) stajališta sudova u Bosni i Hercegovini o ovom problemu. Iznošenje tih stajališta predstavlja istovremeno i krivičnoprocesni aspekt ovog problema, nakon kojeg ću ukazati na ustavnopravna pitanja koja se postavljaju s tim u vezi. U završnom dijelu rada izniću moje viđenje kako bi ovaj problem trebalo rješavati u pojedinačnim slučajevima.

KRIVIČNOPROCESNI ASPEKT PROBLEMA

Sudska praksa u Bosni i Hercegovini nije bogata primjerima kada je riječ o problemu koji je predmet ovog rada. Time se može objasniti činjenica da ću u nastavku iznijeti dva primjera iz sudske prakse. No, iako se radi o samo dva primjera oni su, smatram, sasvim dovoljni da bi se uočio problem. Prije nego što ih iznesem, smatram potrebnim ukazati da se u onome što slijedi nije radilo o koruptivnim krivičnim djelima, ali stavovi koje zauzimaju sudovi u pogledu dokazne vrijednosti dokaza pribavljenih od organa strane države u postupku pred domaćim sudovima važe i za krivična djela korupcije. Duži izvodi iz presuda su dati jer će na taj način, vjerujem, pažljivi čitalac steći potpuniju predstavu o ovom problemu.

U prvostepenoj presudi Suda Bosne i Hercegovine, broj X-K-07/329 od 26.02.2008. godine, ovaj sud je, između ostalog, odlučivao i o tome da li se za dokazivanje krivičnog djela koje je bilo predmet tog krivičnog postupka mogu koristiti dokazi prikupljeni preduzimanjem posebnih istražnih radnji (prikriveni istražilac, isporuka predmeta) od strane nadležnih organa druge države. S tim u vezi u presudi se kaže (str. 49, 50. i 51):

"Odbrana je, kako je to već istaknuto, u završnoj riječi istakla i prigovor nezakonitosti pribavljenih dokaza do kojih se došlo putem međunarodne pravne pomoći, temeljeći svoje prigovore na stavu da ti dokazi nisu pribavljeni u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku BiH.

Vijeće ovog Suda je razmotrilo i ovaj stav odbrane, te izvršilo uvid u kompletnu dokumentaciju koja se odnosi na korespondenciju između Tužilaštva BiH sa jedne strane i nadležnih organa Republike Slovenije i Republike Hrvatske sa druge strane, kao i propise

¹ Immanuel Kant: Kritika čistog uma, "Kultura", Beograd, 1970, str. 587.

na osnovu kojih su obavljene određene radnje, u ovom kontekstu posebne istražne radnje, čije ishode i zaključke je Tužilaštvo BiH predložilo i prezentiralo kao dokaz na glavnom pretresu. Na osnovu toga, Vijeće je došlo do zaključka da su dokazi pribavljeni na ovaj način pribavljeni u valjanoj proceduri i da su kao takvi zakoniti, zbog čega je i dozvolilo njihovo izvođenje-prezentiranje na glavnom pretresu..... Stav odbrane da se navedeni dokazi ne mogu koristiti u ovom krivičnom predmetu jer nisu pribavljeni na način koji je za te radnje propisan odredbama Zakona o krivičnom postupku BiH, Sud je cijenio neutemeljenim jer je, kako je to naglašeno ranije, nakon uvida u kompletnu dokumentaciju utvrdio da su svi dokazi pribavljeni u skladu sa zakonima i drugim propisima Republike Slovenije i Republike Hrvatske i dostavljeni diplomatskim putem, a kako to predviđa Zakon o krivičnom postupku BiH.

Naime, odredbama člana 407. Zakona o krivičnom postupku BiH propisano je da se međunarodna krivičnopravna pomoć pruža po odredbama ovog zakona, ukoliko zakonom Bosne i Hercegovine ili međunarodnim ugovorom nije šta drugo određeno. Kao relevantan međunarodni dokument, koji se odnosi na ovu materiju, a koji je ratificirala Bosna i Hercegovina, zbog čega se ima primjenjivati i u BiH, ovo Vijeće je posebno razmotrilo i imalo u vidu odredbe Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima iz 1959. godine. Ovaj propis u svojim odredbama nalaže pružanje najveće moguće uzajamne pomoći među zemljama koje su ratificirale ovu konvenciju, i to u svim fazama krivičnog postupka, uključujući i pomoć u pribavljanju dokaza kojima raspolažu, a koji su potrebni za krivični postupak. S obzirom na prirodu ovog krivičnog djela,² koje je u posljednje vrijeme uzelo maha i koje poprima sve veći internacionalni karakter, Vijeće smatra da je ovakva vrsta pomoći među zemljama zaista nužna, a to je bio slučaj i u ovoj krivičnopravnoj stvari..... Da bi se razmotrilo pitanje zakonitosti ovih dokaza, odnosno pitanje da li su isti pribavljeni povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratifikovala, neophodno je analizirati okolnosti pod kojim su dokazi pribavljeni kao i regulativu koja se odnosi na pribavljanje ovakvog dokaznog materijala. Polazeći od samog izvora, Sud može konstatovati da su dokazi do kojih se došlo provođenjem posebnih istražnih radnji pribavljeni na zakonit način od starne službenih organa R Slovenije i R Hrvatske. Na ove okolnosti detaljno su svjedočili svjedoci, vođa sektora kriminalističke policije u Policijskoj upravi, MUP R Slovenije i, diplomirani kriminalist koji je zaposlen u MUP-u R Hrvatske. Oni su sa svojim timovima sprovodili istrage i primjenjivali sve operativno-taktičke mjere, te provodili posebne istražne radnje za koje su dobijali naloge nadležnih sudova, odnosno tužilaštava..... Imajući u vidu ova svjedočenja, koja Sud nalazi potpuno objektivnim i uvjerljivim, ovaj Sud nalazi da ne postoji nikakva sumnja u pogledu autentičnosti i porijekla pomenutih dokaza. Takođe, ne stoje ni primjedbe vezane za nemogućnost korištenja dokaznog materijala pribavljenog sprovođenjem posebnih istražnih radnji u drugoj zemlji i po drugim zakonima. Takvo nešto ne zabranjuje ZKP BiH, niti je takva praksa u suprotnosti sa stavovima Evropskog suda za ljudska prava.³ Kao što je naprijed

² Krivično djelo organizovanog kriminala iz člana 250. u vezi sa produženim krivičnim djelom falsifikovanja novca iz člana 205. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine - moja opaska.

³ Na ovom mjestu može se uputiti opravdana kritika Sudu, jer ne navodi (a trebao je) relevantnu praksu Evropskog suda za ljudska prava. U dijelu ovog rada posvećenom ustavnopravnom aspektu ovog problema biće izložen relevantan dio iz prakse pomenutog suda vezane za pojam nezakonitih dokaza u krivičnom

objašnjeno, ove posebne istražne radnje su sprovedene na legalan način i od strane nadležnih organa R Slovenije i R Hrvatske. Razmjena i korištenje ovakvih zakonito pribavljenih dokaza između država je ustaljena u međunarodnoj pravnoj praksi, pa i u praksi ovog Suda. Između ostalog, upravo razmjena dokaznog materijala (uključujući ovakve dokaze) je predmet brojnih međunarodnih sporazuma i konvencija. Korištenje ovakvog materijala, kao i zasnivanje odluke na njemu, naravno podliježe svim ostalim procesnim normama koje postavlja ZKP BiH (posebno član 10.):”

U postupku po žalbi protiv navedene presude, Apelaciono odjeljenje Suda Bosne i Hercegovine u presudi broj X-Kž-07/329 od 10.07.2008. godine prihvata citirane stavove prvostepenog vijeća. S tim u vezi u obrazloženju drugostepene presude se kaže (str. 8):

“Naime, suprotno navodima žalitelja, ispravno se u prvostepenoj presudi konstatuje da se nijednom odredbom ZKP BiH ne zabranjuje korištenje dokaznog materijala pribavljenog sprovođenjem posebnih istražnih radnji u drugoj zemlji i po drugim zakonima, niti je takva praksa u suprotnosti sa stavovima Evropskog suda za ljudska prava. Analizirajući iskaze svjedoka, te vršeći uvid u uloženu dokumentaciju⁴....., prvostepeni sud je, po ocjeni ovog vijeća, ispravno utvrdio da su posebne istražne radnje na legalan način sprovedene od strane nadležnih organa R Slovenije i R Hrvatske, budući da su iste u skladu sa zakonskim propisima tih država, te da je sud razmatrajući okolnosti iz ovog predmeta također ispravno cijenio i činjenicu da je pribavljanje i korištenje navedenih dokaza u skladu sa odredbama i duhom domaćih zakonskih propisa, odnosno odredbama ZKP BiH.”

Dakle, Sud Bosne i Hercegovine zauzima stav da je dozvoljeno u krivičnom postupku pred domaćim sudovima koristiti dokaze pribavljene od organa strane države, ukoliko je to u skladu sa propisima o krivičnom postupku strane države i međunarodnopravnim dokumentima na koje se Sud pozvao u prethodno citiranim presudama.

Međutim, Vrhovni sud Republike Srpske o ovom pitanju ima suprotan stav. Da bi se on mogao razumjeti potrebno je prethodno iznijeti odgovarajući dio iz presude Okružnog suda u Banjaluci koja je bila predmet preispitivanja od strane Vrhovnog suda Republike Srpske. U presudi Okružnog suda u Banjaluci, broj 11 o K 006949 11 K od 02.08.2012. godine, se o upotrebi dokaza pribavljenih od organa strane države kaže sljedeće (str. 27. i 28):

“Po ocjeni ovog vijeća navedeni dokazi - zabilježeni razgovori optuženog se mogao koristiti pred ovim sudom, jer je isti dokaz pribavljen putem međunarodne pravne pomoći. Ova posebna istražna radnja je određena naredbom okružnog suda u Republici Srbiji, prema važećem zakonu Republike Srbije, a zabilježeni razgovori su neposredno preslušani tokom trajanja glavnog pretresa. Optuženi nije osporio zakonitost pribavljanja ovog dokaza od strane nadležnog organa Republike Srbije, niti je osporio da je glas zabilježen u snimljenim razgovorima njegov glas. Zbog naprijed navedenog ovo vijeće je odbilo prigovor tada branioca optuženog advokata da je ovaj dokaz pribavljen od strane Specijalnog tužilaštva Banjaluka pribavljen na nezakonit način, te je

postupku.

⁴ Dokumentaciju organa druge države (Republike Slovenije i Republike Hrvatske), koja se zatim nabraja u drugostepenoj presudi - moja opaska.

vijeće odlučilo da se navedeni dokaz neposredno izvede na glavnom pretresu na način da se preslušaju svi snimljeni razgovori optuženog, a ovo imajući u vidu da su naredbe Okružnog suda u Beogradu o određivanju ove posebne istražne radnje donošene za vremenski period u kojem je optuženi preduzimao i radnje opisane u optužnici po kojoj je vođen i ovaj postupak.

Osim navedenog, po ocjeni ovog vijeća ni jednom odredbom Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske nije zabranjeno korišćenje dokaznog materijala pribavljenog provođenjem posebnih istražnih radnji u drugoj zemlji i po drugim zakonima, niti je takva praksa u suprotnosti sa stavovima Evropskog suda za ljudska prava. Posebna istražna radnja je određena u Republici Srbiji na prijedlog nadležnog tužilaštva od strane nadležnog suda nakon ocjene da su ispunjeni uslovi propisani zakonom, odnosno da postoje osnovi sumnje da je osumnjičeni počinio predmetno krivično djelo, a koja procedura i način izdavanja naredbi je identičan i po odredbama Zakona o krivičnom postupku koji se primjenjuje u Republici Srpskoj. Zbog navedenog, posebne istražne radnje su na legalan način sprovedene od nadležnih organa u Republici Srbiji, budući da su iste u skladu sa zakonskim propisima te države, tako da je ovaj sud razmatrajući okolnosti iz ovog predmeta ocijenio da je pribavljanje i korišćenje navedenih dokaza u skladu sa odredbama i duhom domaćih zakonskih propisa, odnosno odredaba Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske. Ovakvo stanovište je zauzelo i vijeće Suda BiH u presudi broj X-Kž-07/329 od 10.07.2008. godine.“.

Iz upravo citiranog dijela navedene presude jasno je da Okružni sud u Banjaluci iznosi stav koji, u bitnom, odgovara stavovima iznesenim u prethodno citiranim presudama Suda Bosne i Hercegovine, br. X-K-07/329 od 26.02.2008, odnosno X-Kž-07/329 od 10.07.2008. godine. Štaviše, Okružni sud u Banjaluci se na kraju citiranog dijela svoje presude i poziva na presudu Suda Bosne i Hercegovine, broj X-Kž-07/329 od 10.07.2008. godine.

Međutim, u postupku po žalbi protiv navedene presude Okružnog suda u Banjaluci, Vrhovni sud Republike Srpske o istom pitanju iznosi suprotno stajalište. U rješenju tog suda, broj 11 O K 006949 12 Kž 8 od 11.12.2012. godine, o ovom pitanje kaže se sljedeće (str. 4. i 5):

„Ovaj sud nalazi da izneseni stav pobijane presude nije pravilan, na šta je žalba branioca optuženog osnovano ukazala argumentacijom koja se svodi na ključni prigovor da se na tim dokazima presuda ne može zasnivati.

Rečeno je već da je specijalno tužilaštvo zatražilo transkripte presretnutih telefonskih razgovora od Tužilaštva za organizovani kriminal Republike Srbije, a da nije zatraženo zamolnicom da tužilaštvo Srbije zatraži od suda pred kojim postupka izdavanje naredbe za praćenje telefonskih razgovora optuženog i drugih protiv kojih se vodi krivični postupak u Republici Srbiji. Da je na takav način postupljeno, onda bi se dokazi pribavljeni tim istražnim radnjama mogli prihvatiti kao pravno valjani dokazi u postupku koji se vodi pred sudom koji je donio pobijanu presudu.

Stoga se i po ocjeni ovog suda radi o dokazu na kome se ne može zasnivati presuda, čime je počinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 311. stav 1. tačka z) ZKP, zbog koje se presuda mora ukinuti po članu 329. stav 1. tačka a) ZKP RS.

Ovaj sud naglašava da se pod tačkom 1. izreke pobijane presude optuženom stavlja na teret udruživanje sa, i drugim licima iz Republike Srbije, a kako iz pobijane presude proizilazi da je činjenica udruživanja utvrđivana na osnovu transkripata presretnutih telefonskih razgovora, a na tako pribavljenom dokazu se - što je već rečeno, ne može zasnivati presuda, a kako je udruživanje u ovom slučaju činjenično, a ne pravno pitanje, to od pravilnog utvrđenja te činjenice zavisi i pravilna primjena Krivičnog zakona, a sve to, za sada, dovodi i u pitanje pravilnost primjene Krivičnog zakona.”

Ono što je zajedničko za primjere kojima sam se poslužio u radu je činjenica da se i u jednom i u drugom radi o pitanju korištenja dokaza⁵ u krivičnom postupku koji su pribavljeni ne od strane organa države pred kojom se vodi krivični postupak već od organa strane države. Svim odlukama je takođe zajedničko⁶ da su se pitanjem koje je predmet ovog rada bavili uglavnom iz krivičnoprocesnog ugla, što je naročito primjetno u navedenom rješenju Vrhovnog suda Republike Srpske. I kada se tim pitanjem bave iz ugla međunarodno-pravnih dokumenata (kao u presudama Suda Bosne i Hercegovine, odnosno Okružnog suda u Banjaluci) sudovi to čine samo pozivanjem na odgovarajuću odredbu jednog od tih dokumenata, ali ne i na odgovarajuće ustavne odredbe niti na odnos (u pogledu pravne snage) tog (ratifikovanog) međunarodnopravnog dokumenta naspram domaćih propisa. O tome će biti riječi u nastavku ovog rada, u dijelu posvećenom ustavnopravnom aspektu ovog problema.

USTAVNOPRAVNI ASPEKT PROBLEMA

Pitanje kojim se bavim u ovom radu ima ne samo krivičnoprocesni nego i ustavnopravni aspekt. Taj aspekt ovo pitanje ima kako zbog činjenice da se njime tangira jedno ljudsko ustavom zagarantovano pravo (pravo na odbranu u krivičnom postupku), tako i zbog toga što ono u sebi sadrži i pitanje odnosa između domaćeg prava i ratifikovanih međunarodnopravnih dokumenata, a to je *par excellence materia constitutionis*.

Od potpisivanja dejtonskog mirovnog sporazuma do danas Bosna i Hercegovina je ratifikovala nekoliko međunarodnih konvencija koje su od važnosti za predmet ovog rada. Između ostalog to je Evropska konvencija o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, od 20.04.1959. godine. Ovu konvenciju ratifikovalo je Predsjedništvo Bosne i Hercegovine, Odlukom broj 01-011-363-12/05 od 22.03.2005. godine.⁷ Zatim treba pomenuti Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv korupcije, koju je ratifikovalo Pred-

⁵ To što se u jednom od tih primjera (onom iz prakse Suda Bosne i Hercegovine) radi o posebnim istražnim radnjama prikriveni istražilac i isporuka predmeta, a u drugom (pred sudovima u Republici Srpskoj) o nadzoru i tehničkom snimanju telekomunikacija, nije od uticaja na pitanje koje je predmet ovog rada, jer se u oba slučaja radi o dokazima.

⁶ Što je i razmljivo, budući da se radi o krivičnim postupcima koji za predmet imaju raspravljanje i odlučivanje o krivičnim stvarima.

⁷ Odluka i tekst Konvencije objavljeni su u “Službenom glasniku BiH-Međunarodni ugovori”, broj 4 od 14.04.2005. godine. Bosna i Hercegovina je ratifikovala i Drugi dodatni protokol uz ovu konvenciju (“Službeni glasnik BiH-Međunarodni ugovori”, broj 10 od 18.10.2007. godine).

sjedništvo Bosne i Hercegovine, Odlukom broj 01-011-398-11/06 od 25.03.2006. godine.⁸ Najzad, za potrebe ovog rada pomenuću i Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, koju je Bosna i Hercegovina ratifikovala 2002. godine.⁹ Njihovom ratifikacijom ove konvencije su postale dio unutrašnjeg pravnog poretka, sa pravnom snagom jačom od domaćih zakona. Stoga u sukobu između domaćih zakona i ovih ratifikovanih konvencija one bi, ustavnopravno posmatrano, u svakom konkretnom slučaju trebale biti primijenjene umjesto zakona koji im protivrječi. Time ne želim reći da su domaći zakoni o krivičnom postupku suprotni navedenim konvencijama, već podsjetiti da se samo na navedeni način omogućuje ostvarivanje hijerarhije pravnih akata, s jedne strane, kao i ispunjavanje preuzetih međunarodnih obaveza s druge strane. Drugačije poimanje bi ne samo narušilo hijerarhiju pravnih akata nego bi i obesmisllilo svaku od navedenih konvencija. Istina, s tim u vezi kod nas se pojavljuje problem u vidu nedostataka kojima je opterećen Ustav Bosne i Hercegovine, a tiču se (ne)moгуčnosti za Ustavni sud Bosne i Hercegovine da *ex offio* vrši kontrolu ne samo ustavnosti nego i usklađenosti zakona donijetih na nivou Bosne i Hercegovine (i entitetskih zakona) sa aktima o ratifikaciji ovih i drugih međunarodnopravnih dokumenata.¹⁰

Maločas je rečeno kako pitanje koje je predmet ovog rada tangira pravo na odbranu u krivičnom postupku kao ljudsko pravo zagantovano ustavom. U situacijama kakve su ne samo one iz prethodno navedenih presuda, već i situacije u vezi sa koruptivnim krivičnim djelima, ovo pravo može biti povrijeđeno na jedan način kojim se ni jedna od tih presuda nije bavila. No, da bi se razumio taj način neophodno je prethodno podsjetiti na sadržinu relevantnih odredbi iz navedenih međunarodnih konvencija, kao i na odgovarajuću praksu Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa pitanjem (ne)zakonitosti dokaza u krivičnom postupku. Nakon toga ću u završnom dijelu ovog rada ukazati na to kako se zabranom korištenja dokaza pribavljenih od nadležnih organa strane države u postupku pred domaćim sudovima povređuje ne samo svaka od navedenih konvencija, već i kako se time može povrijediti ustavom zagantovano pravo na odbranu u krivičnom postupku. Time ću na kraju ovog rada ujedno iznijeti i moje viđenje kako bi ovaj problem trebalo rješavati u pojedinačnim slučajevima.

Da bi se razumio značaj međunarodnopravnih dokumenata o kojima će biti riječi u nastavku, najprije ću ukazati na one relevantne odredbe koje ukazuju na njihovu pravnu obaveznost i cilj. S tim u vezi u članu 1. stav 1. Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima određeno je (kurziv u tekstu je moj):

“Strane ugovornice *se obavezuju* da, prema odredbama ove Konvencije, pružaju jedna drugoj *najširu moguću* pravnu pomoć u *svakom postupku* koji se odnosi na krivična djela čije krivično gonjenje, u trenutku kada je zatražena pomoć, spada u nadležnost sudskih organa strane moliteljice.”.

⁸ Odluka i tekst Konvencije objavljeni su u “Službenom glasniku BiH-Međunarodni ugovori”, broj 5 od 28.04.2006. godine.

⁹ Odluka o ratifikaciji i tekst Konvencije objavljeni su u “Službenom glasniku BiH-Međunarodni ugovori”, broj 3 od 27.03.2002. godine.

¹⁰ O ovome vidjeti više u dr Milan Blagojević: Nedostaci Ustava Bosne i Hercegovine u kontroli ustavnosti i zakonitosti, “ZIPS”, broj 1226, Sarajevo, 2011, str. 28-32.

Članom 3. stav 1. Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije određeno je da se ta konvencija primjenjuje u cilju sprečavanja, *istrage i krivičnog progona* korupcije. Prema članu 1. Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala svrha te konvencije je da na efikasniji način unaprijedi saradnju u pogledu sprečavanja i borbe protiv transnacionalnog organizovanog kriminala. Rukovođene ovakvim ciljevima, države potpisnice tih konvencija u svakoj od njih su, između ostalog, preuzele i obavezu da jedna drugoj *dostavljaju dokazne materijale* za potrebe krivičnog postupka. Ove obaveze stipulisane su u članu 3. stav 1. Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, potom u članu 46. stav 3. tačka e) Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije, kao i u članu 18. stav 3. tačka e) Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala. Evo kako je to, primjera radi, uređeno ovom potonjom odredbom u vezi sa borbom protiv transnacionalnog organizovanog kriminala:

“Uzajamna pravna pomoć koja se pruža u skladu sa ovim članom može biti zatražena iz nekog od sljedećih razloga:

e) dostavljanje informacija, dokaznog materijala i nalaza vještaka.....”.

Dakle, svaki od ovih izvora prava određuje da države ugovornice, između ostalog, mogu jedne od drugih preuzimati i *dokazni materijal* u cilju krivičnog procesuiranja predmetnih krivičnih djela. Pojam dokaznog materijala svojim sadržajem obuhvata i dokaze oko čijeg korištenja postoje različita shvatanja u prethodno citiranim odlukama sudova u Bosni i Hercegovini.

Prije nego što iznesem svoje mišljenje u vezi s tim, podsjetiću još na stav koji u pogledu ocjene zakonitosti dokaza u krivičnom postupku ima Evropski sud za ljudska prava. S tim u vezi odmah treba podsjetiti na to da Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Evropska konvencija) nema odredbe o tome kada se neki dokaz pribavljen i korišten u krivičnom postupku (ili bilo kom drugom sudskom postupku) ima smatrati nezakonitim. To je i razumljivo jer se, u suštini, radi o pravnom standardu, usljed čega bi bilo čiji naponi da se pronađe i utvrdi pravilo koje bi se potom imalo primjenjivati u svakom pojedinačnom slučaju bilo pravi Sizifov posao. Ako se ovo ima u vidu onda je razumljivo što Evropski sud za ljudska prava, kako ukazuje dr Davor Krapac, “...od slučaja do slučaja ocjenjuje je li u nekom nacionalnom kaznenom postupku u stadiju pribavljanja ili stadiju uporabe (zapravo: izvođenja i ocjene) dokaza..... došlo do povreda konvencijskih prava. Pri tome je opseg svoje ocjene odredio vrlo restriktivno, postavivši pravilo da su za procjenu zakonitosti dokaza primarno nadležni domaći sudovi i da ju ESLJP ne može nadomjestiti svojom”.¹¹ Dr Krapac takođe ukazuje da je važeće stajalište ovog suda formulisano u njegovim presudama *Khan c/a UK* (2000), *Allan c/a UK* (2002) i *Jalloh c/a Njemačke* (2006). Suština tog stajališta je u tome da član 6. Evropske konvencije garantuje pravo na pravično suđenje, ali i ne postavlja bilo kakvo pravilo o dopustivosti dokaza u postupku, što je primarno materija koja se uređuje nacionalnim zakonodavstvom. Stoga nije uloga Evropskog suda za ljudska prava da određuje da li je dopustiva određena vrsta dokaza, kao što je na primjer dokaz koji je pribavljen nezakonito u smislu nacionalnog

¹¹ Prof. dr. sc. Davor Krapac: *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zbornik PFZ, 60, (3), Zagreb, 2010, str. 1212.

zakona.¹² No, treba reći kako je ovaj sud u pojedinačnim slučajevima utvrđivao povrede pojedinih konvencijskih prava zbog upotrebe određenih dokaza u krivičnom postupku, ali se pri tome nije upuštao u to da on u svojoj odluci kaže da se radi o nezakonitom dokazu. Umjesto toga, Sud se ograničavao na to da utvrdi povredu nekog od prava iz Evropske konvencije. U nastavku ću iznijeti tri primjera iz prakse ovog suda.

U predmetu *Kruslin vs France* (aplikacija broj 11801/85) radilo se o slučaju u kojem je francuski istražni sudija u istrazi jednog ubistva naredio preduzimanje istražne radnje prisluškivanja telefonskih razgovora osumnjičenog lica. To lice će se, nakon što je iscrpilo domaće pravne lijekove kojima je pred domaćim sudovima isticao povredu njegovog prava iz člana 8. Evropske konvencije (pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života), obratiti navedenom aplikacijom Evropskom sudu za ljudska prava pred kojim je takođe isticao povredu navedenog konvencijskog prava. U presudi od 24.04.1990. godine Sud je utvrdio povredu člana 8. Evropske konvencije, ali nije utvrdio da se radilo o nezakonitom dokazu.

U predmetu *Teixeira de Castro vs Portugal* radilo se o slučaju u kojem je aplikant bio podvrgnut posebnoj istražnoj radnji tokom koje su ga policijski službenici kao prikriveni istražioci *aktivno* podstakali na izvršenje krivičnog djela krijumčarenja droge, nakon čega je bio optužen za to krivično djelo. U presudi od 09.06.1998. godine Sud je utvrdio povredu prava iz člana 6. Evropske konvencije (pravo na pravično suđenje). Prema Sudu, do povrede tog prava je došlo, u suštini, zbog toga što se policijski službenici kao prikriveni istražioci nisu ograničili na to da *pasivno* istražuju aplikantove kriminalne aktivnosti nego su ga *aktivno* podsticali na izvršenje predmetnog krivičnog djela.¹³

Ovi primjeri pokazuju da se Evropski sud za ljudska prava, kako ukazuje dr Krapac, "...zadržava na kazuističkoj ocjeni pitanja jesu li okolnosti pribavljanja i uporabe nekog dokaza u konkretnom kaznenom postupku, koje se prema domaćem pravu mogu kvalificirati kao nezakonite, povrijedile cilj i svrhu načela "pravičnog postupka" iz. čl. 6. Konvencije ili neko "drugo" konvencijsko pravo.", s tim što ovaj sud "...samo iznimno uzima da mučenje pri pribavljanju dokaza koji se sastoji u iskazu okrivljenika "automatski" čini cjelokupni nacionalni postupak i njegovu presudu nesuglasnima s konvencijskom zabranom mučenja, okrutnog i nečovječnog postupanja iz čl. 3. EKLJP. U svim ostalim slučajevima povreda relevantnog konvencijskog prava podliježe "vaganju" ESLJP-a s aspekta njezine iznimne dopuštenosti, pa se može poslužiti samo kao podloga za relativiziranu ocjenu o postojanju nekog "nezakonitog" dokaza u konkretnom slučaju".¹⁴

KAKO POSTUPATI U OVAKVIM SITUACIJAMA

U završnom dijelu rada ukratko ću iznijeti moje viđenje načina na koji bi trebalo postupati u predmetnim situacijama. Prethodnim izlaganjem nastojao sam ukazati na postojanje više međunarodnopravnih dokumenata koje je ratifikovala Bosna i Hercegovina, čime se obavezala na njihovu primjenu. Jedna od posljedica koja proizlazi iz toga je da je time (činom njihove ratifikacije) propisana i mogućnost da se u krivičnim postupcima kod svih krivičnih djela (pa tako i krivičnih djela korupcije) pribavlja dokazni materijal iz dru-

¹² *Ibidem*, str. 1212-1213.

¹³ Vidjeti na <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkkm.asp?sessionId=4643533&skin=hudoc-en>.

¹⁴ Prof. dr. sc. Davor Krapac: *Ibidem*, str. 1237-1238.

gih država, ako su i one članice odgovarajuće međunarodne konvencije. Dakle, to što je dokazni materijal koji se namjerava upotrijebiti u krivičnom postupku pred domaćim sudom pribavljen od strane organa druge države ne čini takav dokaz nezakonitim u smislu domaćeg prava. Na takav zaključak ne upućuju samo relevantne odredbe međunarodnih konvencija koje su analizirane u ovom radu, nego i domaći krivičnoprocesni zakoni. Naime, ni jedan od njih (ni eksplicitno ni implicitno) ne zabranjuje kako *pribavljanje* dokaza na način određen odgovarajućim (ratifikovanim) međunarodnopravnim dokumentima, tako ni njihovo *korištenje* u krivičnom postupku (u smislu njihovog *izvođenja* na glavnom pretresu i *zasnivanja sudske odluke* na tim dokazima). Ono što ti dokazi trebaju ispunjavati je sljedeće. Oni najprije trebaju biti izvedeni u *državi članici* odgovarajuće međunarodne konvencije čija članica je i Bosna i Hercegovina, a na osnovu koje se kasnije pribavljaju za potrebe krivičnog postupka pred domaćim sudovima. Potom, ti *dokazi moraju biti izvedeni od strane nadležnog organa i saglasno zakonima zamoljene države*. Najзад, tokom *izvođenja tih dokaza pred domaćim sudovima svakoј strani u krivičnom postupku mora biti omogućeno da prisustvuje njihovom izvođenju, da iznese svoju ocjenu tih dokaza, kao i da im suprotstavi svoje dokaze*.

Drugačije poimanje, tj. poimanje prema kojem upotreba ovakvih dokaza ne dolazi u obzir niukom slučaju, imalo bi za posljedice apsurdne situacije u kojima se, u krajnjem, i pored očiglednih (pravno valjanih) dokaza da je učinjeno krivično djelo i da je optuženi njegov učinilac, on ipak mora osloboditi zbog “nedostatka” dokaza. Pored toga, takvo poimanje bi vodilo i u kršenje kako ratifikovanih međunarodnih konvencija, tako i domaćih krivičnoprocesnih zakona, s obzirom da ovi potonji propisi ni jednom svojom odredbom ne zabranjuju pribavljanje i korištenje tih dokaza na prethodno navedeni način.

Osim toga, stav da nije dozvoljena upotreba ovih dokaza u krivičnom postupku može dovesti i do povrede prava na odbranu optuženog u tom postupku. Ovom mogućnošću nije se bavila ni jedna od prethodno analiziranih presuda, s obzirom da je pažnja njihovih donosilaca bila usredsređena samo na situaciju u kojoj ovakve dokaze pribavlja i želi koristiti tužilac kako bi u krivičnom postupku dokazao osnovanost svoje optužnice. Međutim, stvari se (ne samo teorijski) mogu posmatrati i u potpuno obrnutom smjeru. Naime, sasvim je moguće da ovakvi dokazi svojom sadržinom ukazuju da optuženo lice nije učinilo krivično djelo koje mu se stavlja na teret, ili da je učinilo neko drugo (blaže) krivično djelo, kao što njihova sadržina može ukazivati i na postojanje olakšavajućih (pa i osobito olakšavajućih) okolnosti na strani optuženog, koje su od kardinalne važnosti za njegovu odbranu u krivičnom postupku. Stoga, *ako se dosljedno primjenjuje* stav da ovakvi dokazi nikada ne mogu biti upotrijebljeni u krivičnom postupku (što znači da se na njima ne može zasnivati ni sudska odluka), to bi u takvim situacijama za posledicu imalo povredu prava na pravično suđenje iz člana II Ustava Bosne i Hercegovine, u vezi sa članom 6. Evropske konvencije.

LITERATURA:

Prof. dr. sc. Davor Krapac: Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava, Zbornik PFZ, 60, (3), Zagreb, 2010.

Immanuel Kant: Kritika čistog uma, "Kultura", Beograd, 1970.

Dr Milan Blagojević: Nedostaci Ustava Bosne i Hercegovine u kontroli ustavnosti i zakonitosti, "ZIPS", broj 1226, Sarajevo, 2011.

<http://www.cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?sessionId=4643533&skin=hudoc-en>.

Milan Blagojević

Associate professor Milan Blagojevic PhD

Judge of District Court in Banja Luka

Legal Obstacles in Proving of Criminal Acts of Corruption

(Criminal procedure and Constitutional legal aspects of the problem)

Summary: One of the characteristic of our time are frequent changes in social relations, burdened with many tensions and conflicts. For that reason the law has irreplaceable role in regulation of this relations in a direction that is desirable for society. Problem we are facing with in everyday social relations is increase of criminality which doesn't stop itself inside of national frontiers but becomes more and more international. Increase of corruption is especially disquieting. In this paper its author is dealing with legal obstacles in practice of implementation of corresponding legal instruments devised for struggle against corruption. These problems are dealt with in the paper not only from the Criminal procedure law aspect but from the Constitutional law aspect as well. Some decisions of the courts in Bosnia and Herzegovina are analysed with regard to this problem, i.e. with regard to situations of existence of the evidences that a criminal act is perpetrated but problem is that such evidences are not provided by domestic institutions but by institutions of foreign state. Judicial practice in Bosnia and Herzegovina doesn't have unanimous opinion on possibility to use such evidences in criminal procedure before the domestic courts. Having designated on different opinions in domestic judicial practice, and in practice of European court on human rights as well, in the final part of the work its author has given his opinion how (and why) this problem should be resolved in criminal procedure.

Key words: corruption, proving of corruption, obtaining of evidence, use of evidence, evidences obtained in foreign country, legality of evidence.

DOI: 10.7251/GFP1303

UDC: 342(497.6)

Pregledni rad*Датум пријема рада:
29. мај 2013.**Датум прихватања
рада:
6. јун 2013.**Доц. др***Невенко
Врањеш***доцент, Факултет
правних наука,
Паневропски
универзитет „Апеирон“
Бања Лука*

Организација државне управе у Босни и Херцеговини

Сажетак: Подјела надлежности у сложеним државама је комплексно питање. Од ове подјеле зависи и организација државне управе на свим нивоима власти. Будући да је Босна и Херцеговина сложена држава и њена администрација је сложена и разуђена. Стога, Босна и Херцеговина има велики број управних органа и организација на разним нивоима власти. Између ових органа и организација успостављен је однос сарадње те однос узајамних права и обавеза. Дакле, не постоји хијерархијски однос, осим у органима државне управе Републике Српске. У раду се анализира статус државне управе на свим нивоима власти у погледу кључних институција управе.

Кључне ријечи: управа, државна управа, управни органи и управне организације.

ПОЈАМ И МЕТОДИ ПОДЈЕЛЕ НАДЛЕЖНОСТИ У СЛОЖЕНИМ ДРЖАВАМА

Подјела надлежности је иманентна федералним државама. Код конфедералног и унитарног облика државног уређења може се говорити о повјеравању или о преносу послова, у првом случају у корист заједничког органа конфедерације, у другом у корист самоуправних јединица.

Федерација је државно уређење у којем постоји, с једне стране, територијална подјела на федералне јединице и подјела надлежности између федерације и тих јединица, а

с друге, систем двоструке (дупле) власти. Тај двоструки систем власти у федерацији огледа се у сљедећем: једна власт је општа, централна, она обавља заједничке послове; друга власт је посебна, регионална, она обавља посебне послове федералних јединица. У федерацији се истовремено обављају ове двије власти. Независно и упоредо са федералном влашћу, федералне јединице обављају своју власт и обрнуто. Двојство или паралелизам основних државних функција и органа за њихово вршење, битна је одлика федералног уређења. Свака од тих власти има своју посебну организацију.¹

Федерација је новонастала држава која се издиже изнад добровољно удружених државних колективитета. Број чланица (оне имају скоро све елементе државе) које творе федерацију може бити најмање двије, а може их бити и много више.²

Федерација је сложена државна структура и држава у правом смислу ријечи.³

За појам федерације се узимају и појам федерализма као облика владавине.⁴ Федерализам представља такав систем владавине у којем је власт подјелена између централног ауторитативног тијела и конститутивних политичких јединица.⁵

Анализирајући наведене дефиниције, можемо уочити да, федерација у сваком случају има два нивоа власти. Један, централни (заједнички) ниво, и други, који је на нивоу федералних јединица, односно држава чланица федерације. Тај централни ниво власти чини федерацију државом у њеном иступању према другим државама и на међународном плану.

Кључно питање које се намеће с аспекта постављене теме је, како подијелити надлежности између ова два нивоа власти у оквиру федерације. Теорија уставног права је у том смислу испрофилисала два метода подјеле надлежности између федерације и федералних јединица.

Први метод подразумева уставно позитивно одређивање надлежности федералној власти, док се све остале у Уставу ненабројане надлежности које нису дате федералној власти остављају у надлежности федералних јединица. Тада је претпоставка надлежности у корист федералних јединица. То другим речима значи да се надлежност савезне државе одређује на позитиван, а надлежност федералних јединица на негативан начин. У случају спора, тј. ако се не може јасно утврдити у чију надлежност спада неки посао, претпоставка иде у корист надлежности федералних јединица.⁶

¹ Ратко Марковић: *Уставно право и политичке институције, дванаесто осавременењено издање*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП „Службени гласник“, Београд, 2008, стр. 384.

² Рајко Кузмановић: *Уставно право, четврто измијењено и допуњено издање*, Факултет пословне економије, Бањалука, 2006, стр. 381.

³ Александар Ђурђев: *Уставно право II, организација државне власти*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2001, стр. 24.

⁴ Alfred C. Stepan: *Federalism and Democracy, Beyond the U.S. Model*, Journal of Democracy—Volume 10, Number 4, October 1999, p. 19–34.

⁵ The American Heritage Dictionary of the English Language, Fourth edition, Houghton Mifflin, Boston, 2006.

⁶ Ратко Марковић: *op. cit.*, стр. 385–386.

Други метод подразумева да надлежности које нису Уставом позитивно одређене као надлежност федералних јединица, припадају федералној власти. Тада је претпоставка надлежности у корист федерације. Ово, другим ријечима значи, да је сада надлежност федералних јединица одређена на позитиван, а надлежност федерације на негативан начин. У случају спора, тј. кад се не може јасно утврдити која је од двије власти надлежна, претпоставка је у корист надлежности федерације.

Први метод подјеле надлежности одговара природи федералног начела подјеле власти и он се у уставима федерација примјењује као правило, док се други примењује као изузетак и сусрећемо га једино на примјеру Канаде.

ПОДЈЕЛА НАДЛЕЖНОСТИ ИЗМЕЂУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И ЕНТИТЕТА

Изнесену методологију подјеле надлежности између федерације и федералних јединица на примјеру Босне и Херцеговине, можемо узети с извјесном резервом, будући да Устав Босне и Херцеговине није утврдио облик владавине.

Истина, у свијету има још таквих примјера да се ни из Устава, а нити из самог назива државе, не може видјети облик владавине. Очит такав примјер су САД. Ипак, подробнијом анализом Устава Босне и Херцеговине, можемо уочити да она, иако држава *sui generis*, ипак суштински има федерална обиљежја.⁷

Уставни приступ одређивању надлежности Босне и Херцеговине је критикован од стране већег броја аутора. Наиме, из самог набрајања надлежности Босне и Херцеговине уочавамо употребу термина „политика“. Такав израз је мањкав и непрецизан, те не даје одговор на питање коме и у ком обиму припада законодавна, а коме извршна и судска власт.

Постоје и мишљења, да међусобни односи централне власти и власти нижих административно-територијалних јединица нису „једносмјерна улица“. Устави и закони сложених држава, у већој или мањој мјери, прописују могућност и држави да се мијеша у власт нижих административно-територијалних јединица. Такви примјери су предвиђени и у Уставу БиХ.⁸ Наведено сматрамо непримјењивим на случају Босне и Херцеговине јер се, код Босне и Херцеговине, понављамо ради о „атипичној државној творевини“, која нема централне и нецентралне органе већ „заједничке институције“ и ентитетске органе власти. Стогога и однос ова два нивоа власти не може се сматрати односом централних и нецентралних органа.

Упркос наведеном, уобзирјујући дивергентност у теоријским тумачењима Устава БиХ, у даљњем покушају разграничења надлежности између Босне и Херцеговине и њених ентитета, придржаваћемо се „слова“ одредби Устава Босне и Херцеговине.

⁷ Проф. Кузмановић ставља одредницу федерално–конфедерална држава. Видјети: Рајко Кузмановић: *op. cit.*, стр. 308.

⁸ Недим Адемовић, Joseph Marko, Горан Марковић: *Уставно право БиХ*, Конрад Аденауер Стифтунг, Сарајево, 2012, стр. 122.

Надлежности Босне и Херцеговине

Босна и Херцеговина је Уставом добила еnumerативно надлежности (таксативно побројане). Конкретно, чланом III, тачка 1, Устава уређују се надлежности Босне и Херцеговине. Те надлежности су: (1) спољна политика, (2) спољнотрговинска политика; (3) царинска политика; (4) монетарна политика; (5) финансирање установа и међународних обавеза Босне и Херцеговине; (6) политика и прописи за усељавање, избјеглице и азил; (7) спровођење кривичних закона на међународном плану и између ентитета, укључујући ту односе и са Интерполом; (8) увођење и рад средстава за међусобне и међународне комуникације; (9) регулисање саобраћаја између ентитета, и (10) контрола ваздушног саобраћаја.

Уставом БиХ, готово сва кључна овлаштења државе пренесене на два ентитета – Федерацију Босне и Херцеговине и Републику Српску. Устав БиХ, такође ефективно онемогућава централну власт да врши оно мало, Уставом БиХ, утврђених надлежности. Он у себи комбинује „минималистички“ приступ у погледу државне власти и „максималистички“ приступ у погледу баланса власти. Централне власти имају само неколико утврђених надлежности које се морају вршити једино уз договор свих страна, укључујући ту и ентитете и конститутивне народе. Неки од међународних инструмената за заштиту људских права, поновно успостављање инфраструктуре и рјешавање спорова између ентитета су предмет посебних споразума који не чине саставни дио самог Устава БиХ.⁹

На основу наведеног, можемо издиференцирати четири групе послова у надлежности Босне и Херцеговине, а које најдиректније извршава Савјет министара БиХ као орган извршне власти. Те групе послова су: (1) спољни послови, спољна и спољнотрговинска политика; (2) новчани токови, новчане трансакције, монетарна политика и царине; (3) транспорт и комуникације, и (4) миграције (усељавање, исељавање лица, азил и избјеглице). Наравно, ови послови су у постдејтонској фази измијењени, те на један, може се рећи неуставан начин, допуњени пословима одбране, безбједности и многобројним другим.

Надлежности ентитета

На основу члана I, тачка 3 Устава Босне и Херцеговине, дефинисано је да: „Босна и Херцеговина ће се састојати од два ентитета – Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске“.

Ентитет је неуобичајен назив и није пракса да се државе чланице федерације називају ентитетима, мада је Устав Бих у овом случају био експлицитан.

У погледу надлежности ентитета, према Уставу БиХ, овлаштења ентитета утврђена су општом надлежношћу, односно генералном клаузулом.¹⁰ На основу

⁹ Frede L. Morrison: *The Constitution of Bosnia-Herzegovina*, Constitutional Commentary, Volume 13, Issue 2, 1996, p. 145-157.

¹⁰ Рајко Кузмановић: *op. cit.*, стр. 313. Другачија размишљања видјети у: Јасна Бакшић-Муфтић: *Разумијевање Дејтонског устава 10 година касније*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 1-2/2005, стр. 67-92.

такве расподјеле надлежности, ентитети имају претежну власт. На том трагу, Устав БиХ, члан III, тачка 3, гласи: „Све функције власти и сва овлашћења која нису изричито овим Уставом додјељена институцијама Босне и Херцеговине, припадају њеним ентитетима“.

Ентитети имају потпуну унутрашњу сувереност. Они имају законодавну, извршну и судску власт, затим предједника, полицију, судове, знамења и обиљежја и све оне друге елементе које их детерминишу као државу, односно федералну јединицу.

Овлашћења ентитета уочавамо и на спољнополитичком и међународном плану. У том смислу ентитети имају надлежност: (1) да успостављају специјалне (паралелне) односе са сусједним државама, с тим што такве уговоре или друге договорене документе о специјалним односима мора потврдити Парламентарна скупштина Босне и Херцеговине¹¹ и (2) могу улазити у споразуме са другим државама и међународним организацијама, опет уз одобрење Парламентарне скупштине Босне и Херцеговине.¹²

У погледу законодавне надлежности, ентитети доносе своје законе и друге акте, обезбјеђују услове да се сви закони, Устав и сви правни и државни послови примјењују и обављају у складу са принципима међународног права и они представљају интегрални дио права ентитета.¹³

Устав је, надаље, оставио могућност да се неке надлежности Босне и Херцеговине (на уштрб ентитета, наравно) прошире. Тако нешто предвиђа члан III, тачка 5б. По њој су ентитети обавезни да у року од шест мјесеци од ступања на снагу Устава приступе преговорима у циљу проширења надлежности Босне и Херцеговине, а посебно су поменути коришћење заједничких енергетских ресурса и заједнички привредни пројекти.

Све ово само потврђује да је тенденције уставотворца била да се надлежности Босне и Херцеговине шире смањењем надлежности Федерације Босне и Херцеговине и Републике Српске.¹⁴

ОРГАНИЗАЦИЈА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Државна управа представља систем државних органа и организација које се Уставом и законом једне земље одређују и оснивају као органи државне управе. Да је неки државни орган орган државне управе, а његова дјелатност управна функција, тај суд је могућ само на основу неког постојећег правног акта.¹⁵

¹¹ Члан III, тачка 2а Устава Босне и Херцеговине.

¹² Члан III, тачка 2д Устава Босне и Херцеговине.

¹³ Члан III, тачка 3б Устава Босне и Херцеговине.

¹⁴ Александар Фира: Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља, IV том, Агенција Мир, Нови Сад, 2004, стр. 76.

¹⁵ Ханс Келзен: *Главни проблеми теорије државног права*, Службени лист СРЈ, Београд, 2001, стр. 376.

Државну управу у Босни и Херцеговини морамо посматрати на више нивоа, имајући у виду сложеност њеног државног уређења. Судбину подјеле власти и рас-подјеле надлежности у Босни и Херцеговини дијели и државна управа.

Тако, разликујемо државну управу на нивоу Босне и Херцеговине (ниво државе Босне и Херцеговине, условно речено или ниво заједничких институција Босне и Херцеговине, прецизније речено), затим ентитетски ниво, који обухвата државну управу Републике Српске и државну управу Федерације Босне и Херцеговине. Будући да је Федерација Босне и Херцеговине сложена „држава– ентитет“, онда разматрамо федерални и кантонални ниво државне управе. Најзад, потребно је уобзирити и послове државне управе који се обављају на нивоу Брчко дистрикта Босне и Херцеговине.

Из уставног права може се уочити сва сложеност структуре државне власти, што долази до изражаја како у односу на законодавну, политичко– извршну власт, тако и у односу на управно–извршну власт.¹⁶

Организација државне управе на нивоу Босне и Херцеговине

Као што је већ напоменуто, Устав Босне и Херцеговине није *explicite* детерминисао врсту послова управе у надлежности државе, нити ентитета. У склопу подјеле надлежности између заједничких институција БиХ и ентитета формиран су органи управе на нивоу заједничких институција и органи управе на ентитетском нивоу, као и на нивоу дистрикта Брчко. Међу тим органима нема никаквог хијерархијског односа, будући да јасно преовладава принцип искључиве надлежности. Конкретније, њихови односи су односи засновани на међусобним правима и обавезама и односи сарадње.

Уставном концепцијом организације власти БиХ, Парламентарна скупштина БиХ, са своја два дома (Представнички дом и Дом народа), носилац је уставотворне и законодавне власти. С друге стране, Предсједништво БиХ и Савјет министара БиХ, носиоци су извршне власти у БиХ.

У управноправном погледу, Парламентарна скупштина БиХ, као орган законодавне власти, првенствено доноси законе, те законом доноси и укида министарства, као и посебне управне организације. Управа на нивоу заједничких институција БиХ не успоставља са скупштином директне односе, али то ради посредно преко Савјета министара давањем накнадне сагласности на именовање Савјета министара од стране Представничког дома Парламентарне скупштине БиХ. Претходно, мандатара Савјета министара именује Предсједништво БиХ. Сама Парламентарна скупштина БиХ нема могућност да непосредно обавља политичку контролу над радом заједничких органа управе, јер нема овлашћења да непосредно разријешу министра као старјешину министарства и члана Савјета министара. Парламентарна скупштина, свакако, има финансијску власт над државном управом, будући да разматра, доноси и усваја буџет и ребаланс буџета, те самим тим одлучује и о финансијским средстви-

¹⁶ Сеад Дедић: *Управно право Босне и Херцеговине*, Правни факултет Универзитета у Бихаћу и Магистрат Сарајево, Бихаћ/Сарајево, 2001, стр. 124.

ма за рад појединих министарстава. На том фону, Савјет министара је дужан да једном годишње поднесе Парламентарној скупштини извјештај о раду, као и извјештај о извршењу буџета.

Поред тога што именује предсједавајућег Савјета министара, Предсједништво БиХ нема никаквих овлашћења према органима државне управе из оквира заједничких институција БиХ. С друге стране, Савјет министара је обавезан информисати Предсједништво о својим одлукама и другим активностима.

На основу Закона о управи БиХ¹⁷ и Закона о министарствима и другим органима управе БиХ¹⁸, послове управе обављају министарства, управне организације у саставу министарства или самосталне управне организације и друге институције БиХ.

Према Закону, министарства су органи државне управе који обављају управне и стручне послове из надлежности БиХ, у једном или више сродних подручја. Министарства непосредно обезбјеђују примјену закона и других прописа, те одговарају за њихово спровођење. На челу министарства се налази министар који руководи министарством. Поред тога, министар сарађује са замјеником и секретаром, а постоји и одређен број помоћника министра у зависности од унутрашњег устројства министарства и броја његових ресора, односно сектора. За свој рад министар одговара Савјету министара.

У дијелу у коме се говори о структури Савјета министара БиХ, Уставом је предвиђено постојање свега два (евентуално по потреби више) министарства. Међутим, данас је тај број девет и обухвата следећа министарства: (1) Министарство спољних послова; (2) Министарство финансија; (3) Министарство комуникација и транспорта; (4) Министарство цивилних послова; (5) Министарство спољне трговине и економских односа; (6) Министарство правде; (7) Министарство за људска права и избјеглице; (8) Министарство безбједности, и (9) Министарство одбране.

Поред министарстава, органе управе на нивоу Босне и Херцеговине чине и управне организације, самосталне управне организације, дирекције, канцеларије, одређене стручне, техничке и друге службе, као заједничке или самосталне службе које могу имати статус правног лица.

Управне организације су организације које се оснивају за обављање управних и других послова, чија природа и начин извршавања захтијевају посебну организованост и самосталност у раду. Управне организације се могу основати унутар неког министарства, када су хијерархијски подређене том министарству, из чијег буџетског разреза се и финансирају или се могу основати као самосталне организације када су одговорне директно Савјету министара. Управне организације имају статус правног лица и њима руководе директори, а финансирају се из буџета.

¹⁷ Закон о управи БиХ, Службени гласник БиХ, број 32/02.

¹⁸ Закон о министарствима и другим органима управе БиХ, Службени гласник БиХ, број 05/03.

У самосталне управне организације на нивоу Босне и Херцеговине убрајају се: (1) Агенција за статистику; (2) Агенција за развој високог образовања; (3) Агенција за државну службу; (4) Агенција за рад и запошљавање; (5) Агенција за означавање животиња; (6) Агенција за сигурност хране; (7) Агенција за промоцију страних инвестиција у БиХ; (8) Агенција за надзор над тржиштем; (9) Регулаторна агенција за комуникације; (10) Управа за индиректно опорезивање; (11) Управа за заштиту биља; (12) Институт за нестале особе БиХ; (13) Институт за мјеритељство; (14) Институт за стандарде; (15) Институт за акредитовање БиХ; (16) Центар за развој високог образовања и осигуравање квалитета, и (17) Центар за информисање и признавање докумената.

У управне организације на нивоу Босне и Херцеговине, које се налазе у саставу министарстава, убрајају се: (1) Дирекција за цивилно ваздухопловство Босне и Херцеговине (у саставу Министарства комуникација и транспорта БиХ); (2) Дирекција за имплементацију ЦИПС пројекта (у саставу Министарства цивилних послова БиХ); (3) Гранична полиција БиХ (у саставу Министарства безбједности БиХ); (4) Агенција за истраге и заштиту (у саставу Министарства безбједности БиХ); (5) Служба за послове са странцима (у саставу Министарства безбједности БиХ); (6) Агенција за полицијску подршку БиХ (у саставу Министарства безбједности БиХ); (7) Дирекција за координацију полицијских ијтела (у саставу Министарства безбједности БиХ); (8) Агенција за форензичка испитивања и вјештачења БиХ (у саставу Министарства безбједности БиХ); (9) Агенција за школовање и стручно усавршавање кадрова (у саставу Министарства безбједности БиХ); (10) Биро за сарадњу са Интерполом (у саставу Министарства безбједности БиХ) и (11) Канцеларија за ветеринарство БиХ (у саставу Министарства спољне трговине и економских односа БиХ).

Поред наведених, постоје и стална тијела Савјета министара у која спадају: Дирекција за европске интеграције, Генерални секретаријат, Канцеларија за законодавство, Одбор за унутрашњу политику и Одбор за економију.¹⁹

Из наведене енумерације уочавамо један веома многобројан, разнолик и разјуђен државни управни апарат на нивоу Босне и Херцеговине.

Организација државне управе Републике Српске

У Републици Српској кључни закон који регулише државну управу је Закон о републичкој управи.²⁰

Наравно, поменути закон је проистекао из Устава Републике Српске, конкретније амандмана LXXXIV на Устав Републике Српске, којим је допуњен члан 92 Устава.

¹⁹ Члан 22 Закона о Савјету министара БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07 и 24/08. Такође, погледати аутентично тумачење Закона о измјенама и допунама Закона о Савјету министара БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 94/07.

²⁰ Закон о републичкој управи, Службени гласник Републике Српске, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10 и 121/12.

Закон о републичкој управи је исход реформе управе, а у контексту европских интеграција, и, као такав, посебну пажњу придаје стратешкој улози републичке управе у обликовању и вођењу политике развоја, која подразумева утврђивање развојних стратегија и подстицање привредног, социјалног, еколошког, културног у сваког другог развоја.

Посебну пажњу Закон о републичкој управи посвећује нормативној дјелатности. У том смислу, нормативни послови органа управе имају примат над извршним и подразумевају доношење подзаконских аката, за чије доношење су изричито овлашћени законом или прописом Владе. Тако, органи управе могу доносити само оне прописе који имају за циљ извршење закона или других аката Народне скупштине или Владе. Они не могу доносити спонтане или генералне прописе, као што то може чинити Влада. Правило да орган управе може доносити само оне прописе за чије доношење је изричито овлашћен законом или другим прописом парламента или владе, веома је значајно.

Значај се огледа у следећем: њиме се штите људска права и слободе од злоупотребе власти; чува се јединство извршне власти, са посебном улогом Владе као носиоца извршне власти, и потврђује начело подјеле власти на законодавну, извршну и судску, с тим да парламент има право на изворно уређивање друштвених односа.²¹

Нормативна дјелатност органа управе обухвата израду текста преднацрта, нацрта и предлога закона и других прописа и доношење подзаконских аката, на начин којим се обезбјеђује поштовање номотехничких правила и усклађеност са уставно-правним поретком Републике Српске.

У домену подзаконских аката управни органи доносе правилнике, наредбе и упутства.

Сходно уставним и законским одредбама за послове републичке управе Републике Српске, успостављено је 16 министарстава, који заједно са републичким управама и републичким управним организацијама обављају послове републичке управе. Број и дјелокруг републичких управа и републичких управних организација је промјенив и зависи од друштвених потреба и сталних реформских захвата. Број министарстава је утврђен Уставом и не може се мијењати законом.

Министарства су основни вршиоци управних послова републичке управе. Министарства врше и друге стручне послове из надлежности републике за које су образовани. Могу вршити и послове из надлежности Босне и Херцеговине, ако је то законом предвиђено. Министарства су највиши самостални органи државне управе, јер нису под контролом ниједног другог органа управе, већ су непосредно потчињени Влади. Немају својство правног лица.²²

²¹ Остоја Кременовић: *Приказ закона о републичкој управи*, Збирка закона о Влади, Републичкој управи, Државним службеницима и Управној инспекцији, Агенција за државну управу Републике Српске и ЈУ Службени гласник Републике Српске, Бањалука, 2007, стр. 59.

²² Петар Кунић: *Управно право—друго измијењено и допуњено издање*, Правни факултет Универзитета у

Влада Републике Српске има следећа министарства: (1) Министарство управе и локалне самоуправе; (2) Министарство правде; (3) Министарство финансија; (4) Министарство просвете и културе; (5) Министарство унутрашњих послова; (6) Министарство здравља и социјалне заштите; (7) Министарство породице, омладине и спорта; (8) Министарство индустрије, енергетике и рударства; (9) Министарство трговине и туризма; (10) Министарство рада и борачко–инвалидске заштите; (11) Министарство саобраћаја и веза; (12) Министарство науке и технологије; (13) Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде; (14) Министарство за просторно уређење, грађевинарство и екологију; (15) Министарство за избјеглице и расељена лица, и (16) Министарство за економске односе и регионалну сарадњу.

Републичке управе су органи државне управе који дјелују самостално или у саставу министарстава као самосталних органа управе. Статус републичке управе имају шест органа управе, и то: (1) Републичка управа за геодетске и имовинско–правне послове (у саставу Министарства правде Републике Српске); (2) Пореска управа (у саставу Министарства финансија Републике Српске); (3) Републички девизни инспекторат (у саставу Министарства финансија Републике Српске); (4) Републичка управа за игре на срећу (у саставу Министарства финансија Републике Српске); (5) Републичка управа цивилне заштите (у саставу Министарства унутрашњих послова Републике Српске) и (6) Републичка управа за инспекцијске послове (као самосталан орган управе).

Овде учавамо специфичност да, иако су у саставу министарства, републичке управе имају статус правног лица, што је правно неуобичајено, а практично непотребно.

Републичке управне организације обављају првенствено стручне послове и са њима повезане послове државне управе. Иако према ранијем југословенском праву није било предвиђено да управне организације обављају послове у којима преовладавају послови ауторитативног карактера. Закон о републичкој управи ипак је сврстао републичке управне организације у органе државне управе.²³ Законодавац се вјероватно руководио чињеницом да управне организације у крајњој линији обављају и управне послове, дакле послове вршења власти, истина у далеко мањем обиму, да се финансирају из буџета, те да могу бити у саставу министарстава или релативно самосталне, у ком случају су одговорна Влади, те да кадрови у управним организацијама потпадају под исти правни режим као и кадрови државне управе.²⁴

Као републичке управне организације, основане су: (1) Републички секретаријат за законодавство, као самосталан орган управе; (2) Агенција за државну управу, као самосталан орган управе са својством правног лица; (6) Агенција за пружање стручних услуга у пољопривреди (у саставу Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде Републике Српске); (7) Агенција за аграрна праћења (у саставу

Бањалуци и Управа за полицијско образовање МУП–а Републике Српске, Бањалука, 2010, стр. 171.

²³ Члан 12 Закона о републичкој управи, Службени гласник Републике српске, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10 и 121/12.

²⁴ Петар Кунић: *op. cit.*, стр. 173.

Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде Републике Српске); (9) Агенција за одузимање незаконито стечене имовине (у саставу Министарства правде Републике Српске); (10) Републички секретаријат за вјере (у саставу Министарства просвете и културе Републике Српске); (11) Републички завод за статистику (у саставу Министарства просвјете и културе Републике Српске); (12) Републички педагошки завод (у саставу Министарства просвјете и културе Републике Српске); (13) Републички завод за стандардизацију и метеорологију (у саставу Министарства индустрије, енергетике и рударства Републике Српске); (14) Републички центар за истраживање рата, ратних злочина и тражење несталих лица (у саставу Министарства правде Републике Српске); (15) Републичка дирекција за робне резерве (у саставу Министарства трговине и туризма Републике Српске); (16) Републичка дирекција за промет наоружања и војне опреме (у саставу Министарства трговине и туризма Републике Српске); (18) Републичка дирекција за обнову и изградњу (у саставу Министарства за просторно уређење, грађевинарство и екологију Републике Српске); (19) Републички завод за заштиту културно–историјског и природног наслеђа (у саставу Министарства просвјете и културе Републике Српске); (20) Републички хидрометеоролошки завод (у саставу Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде Републике Српске); (21) Архив Републике Српске (у саставу Министарства просвјете и културе Републике Српске); (24) Републички завод за геолошка истраживања (у саставу Министарства индустрије, енергетике и рударства Републике Српске); (25) Центар за пружање бесплатне правне помоћи (у саставу Министарства правде Републике Српске) и (26) Завод за образовање одраслих (у саставу Министарства просвјете и културе Републике Српске).

Организација државне управе у Федерацији Босне и Херцеговине

Уређење државне управе у Федерацији БиХ извршено је на основу Закона о управи у Федерацији БиХ²⁵ и Закона о федералним министарствима и другим тијелима федералне управе.²⁶ Сходно наведеним законима, послове државне управе из оквира надлежности Федерације БиХ врше: (1) Федерална министарства; (2) Федералне управе, и (3) Федералне управне установе.

Према истим прописима, Федерална министарства су структурирана на следећи начин: (1) Федерално министарство унутрашњих послова; (2) Федерално министарство правде; (3) Федерално министарство финансија; (4) Федерално министарство енергије, рударства и индустрије; (5) Федерално министарство промета и комуникација; (6) Федерално министарство рада и социјалне политике; (7) Федерално министарство расељених особа; (8) Федерално министарство за питање бораца и инвалида рата; (9) Федерално министарство здравства; (10) Федерално министарство образовања и науке; (11) Федерално министарство културе и спорта; (12) Федерално министарство трговине; (13) Федерално министарство развоја, подузетништва и обрта; (14) Федерално министарство просторног уређења и околиша; (15) Федерално министарство пољопривреде, водопривреде и шумарства и (16) Федерално министарство околиша и туризма.

²⁵ Службене новине Федерације БиХ, бр. 28/97 и 26/02.

²⁶ Службене новине Федерације БиХ, бр. 28/97 и 26/02.

Федералне управе организационо се постављају у састав министарстава или самостално. Тако постоје: (1) Пореска управа (у саставу Федералног министарства финансија); (2) Финансијска полиција (у саставу Федералног министарства финансија); (3) Завод за стандардизацију, меритељство и патенте (у саставу Федералног министарства енергетике, рударства и индустрије); (4) Педагошки завод (у саставу Федералног министарства образовања и науке); (5) Федерални завод за статистику; (6) Федерални метеоролошки завод; (7) Архив Федерације; (8) Федерални завод за програмирање; (9) Федерална дирекција робних резерви; (10) Федерални завод за агропедологију; (11) Федерални завод за пољопривреду Сарајево; (12) Федерални агро-медитерански завод Мостар и (16) Федерални завод за геологију.

Самосталне управе су: Федерална управа цивилне заштите и Федерална управа за геодетске и имовинско – правне послове.

Федералне управне установе се образују као заводи, дирекције и агенције.

Будући да се Федерација Босне и Херцеговине, као сложен ентитет (држава), састоји од федералних јединица (кантона), нужно је поменути органе управе на кантоналном нивоу.

Кантони су устројени према националном, економско–функционалном, природно–географском и комуникацијском принципу.²⁷ Сваки од кантона (има их десет) има своју владу, министарства и друге органе управе који се образују, како за обављање управних и стручних послова који спадају у искључиву надлежност кантона, тако и за обављање управних и стручних послова у заједничкој надлежности федералних власти и кантона. Законом о министарствима и другим органима управе кантони утврђују број министарстава и других органа управе, те одређују њихов дјелокруг, правни положај и облик управљања. Суштински, на кантоналном нивоу постоје три облика управе, и то: министарства, кантоналне управе и кантоналне управне организације.

Сагледавајући структуру државне управе у Федерацији Босне и Херцеговине, а имајући у виду да сваки од десет кантона има преко десет министарстава, затим велики број управа и управних организација, па кад још томе додамо федерална министарства, федералне управе и управне организације, можемо закључити, да је апарат државне управе предимензионисан, разуђен, испреплитаних надлежности, те изнимно неекономичан и скуп.

Организација државне управе Брчко дистрикта Босне и Херцеговине

Правни положај Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине утемљен је на Статуту Брчко Дистрикта БиХ.²⁸ Статут одређује Брчко Дистрикт БиХ као јединствену ад-

²⁷ Члан 2 Закона о федералним јединицама – кантонима, Службене новине Федерације БиХ, бр. 9/96.

²⁸ Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ, бр. 1/00, 17/08, 39/09 и 2/10. Такође видјети: Амандман I на Устав БиХ, Службени гласник БиХ, бр. 25/09.

министративну јединицу локалне самоуправе, која је под суверенитетом Босне и Херцеговине. Дистрикт има начелника Дистрикта, Скупштину дистрикта и Владу дистрикта.

Управу Брчко дистрикта БиХ чине одјељења, службе и уреди. Одјељења управе у Брчко дистрикту БиХ су: (1) Одјељење за стручне и административне послове; (2) Одјељење за буџет и финансије; (3) Одјељење за јавне послове; (4) Одјељење за комуналне послове; (5) Одјељење за урбанизам, имовинске односе и привредни развој; (6) Одјељење за здравство и остале услуге; (7) Одјељење за јавну безбједност; (8) Одјељење за образовање; (9) Одјељење за пољопривреду, шумарство и водопривреду; (10) Одјељење за јавни регистар и (11) Одјељење за расељена лица, избеглице и стамбена питања.

Поред одјељења, управа обухвата службе и уреде који су директно одговорни градоначелнику, и то: Правна служба, Канцеларија градоначелника и Канцеларија за приватизацију.

Поред наведених, у круг субјеката управе Брчко дистрикта спадају и: Пореска управа, Управа јавних прихода, Комисија за папире од вриједности, Полиција Брчко дистрикта БиХ и други.

Битно је напоменути да одјељења, службе, канцеларије и други субјекти управе Брчко дистрикта БиХ реализују управну дјелатност, како из надлежности Брчко дистрикта, тако и из надлежности Босне и Херцеговине.

ЗАКЉУЧАК

Концепт државне управе у Босни и Херцеговини је веома сложен, будући да је и Босна и Херцеговина сложена државна заједница (*sui generis*). У том смислу, сваки ниво власти (државни – заједнички, ентитетски, кантонални и Брчко дистрикт БиХ), имају своје органе управе. Поред тога, на цијелој територији Босне и Херцеговине присутни су државни (заједнички) органи државне управе. Између свих побројаних органа нема хијерархијског односа услед преовлађујућег принципа искључиве подјеле надлежности између ентитета и државе, односно између ентитета и кантона у Федерацији БиХ. Постојећи односи су односи међусобних права и обавеза, те односи сарадње. Свакако да се овако гломазна, компликовано устројена и хијерархијски разубјена организација управе одражава на њену ефикасност.

Овако уређена државна управа у Босни и Херцеговини представља одраз њеног уставног уређења и производ је најширег могућег компромиса.

Евроатлански интеграциони и процеси пред ову државу и њену управу постављају сталне реформске захтјеве који се базирају на смањење администрације на свим нивоима, обједињавање управних институција и смањење јавне потрошње. Насупрот томе, дошло је до оснивања великог броја управних органа и организација на државном нивоу чије се надлежности увелико преклапају са онима на ентитетском па и кантоналном нивоу. Крупније промјене на овом плану, у скороје вријеме, није

реално очекивати услед недостатка политичког компромиса.

БИБЛИОГРАФИЈА:

- Frede L. Morrison: *The Constitution of Bosnia-Herzegovina*, Constitutional Commentary, Volume 13, Issue 2, 1996.
- The American Heritage Dictionary of the English Language, Fourth edition, Houghton Mifflin, Boston, 2006.
- Alfred C. Stepan: *Federalism and Democracy, Beyond the U.S. Model*, Journal of Democracy—Volume 10, Number 4, October 1999.
- Александар Ђурђевић: *Уставно право II, организација државне власти*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 200.
- Александар Фира: Енциклопедија уставног права бивших југословенских земаља, IV том, Агенција Мир, Нови Сад, 2004.
- Закон о републичкој управи*, Службени гласник Републике Српске, бр. 118/08, 11/09, 74/10, 86/10 и 121/12.
- Закон о Савету министара БиХ*, Службени гласник БиХ, бр. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07 и 24/08.
- Закон о управи БиХ*, Службени гласник БиХ, број 32/02.
- Закон о федералним јединицама – кантонима*, Службене новине Федерације БиХ, бр. 9/96.
- Јасна Бакшић-Муфтић: *Разумијевање Дејтонског устава 10 година касније*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 1-2/2005.
- Недим Адемовић, Joseph Marko, Горан Марковић: *Уставно право БиХ*, Конрад Аденауер Стифтинг, Сарајево, 2012.
- Остоја Кременовић: *Приказ закона о републичкој управи*, Збирка закона о Влади, Републичкој управи, Државним службеницима и Управној инспекцији, Агенција за државну управу Републике Српске и ЈУ Службени гласник Републике Српске, Бањалука, 2007.
- Петар Кунић: *Управно право—друго измијењено и допуњено издање*, Правни факултет Универзитета у Бањалуци и Управа за полицијско образовање МУП–а Републике Српске, Бањалука, 2010.
- Рајко Кузмановић: *Уставно право, четврто измењено и допуњено издање*, Факултет пословне економије, Бањалука, 2006.
- Ратко Марковић: *Уставно право и политичке институције, дванаесто осавремењено издање*, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП „Службени гласник“, Београд, 2008.
- Сеад Дедић: *Управно право Босне и Херцеговине*, Правни факултет Универзитета у Бихаћу и Магистрат Сарајево, Бихаћ/Сарајево, 2001.
- Устав Босне и Херцеговине*, Уставни суд БиХ, <http://www.ccbh.ba/>.²⁹
- Устав Републике Српске са амандманима*, Службени гласник Републике Српске, бр. 21/92, 28/94, 8/96, 13/96, 15/96, 16/96, 21/96, 21/02, 31/02, 31/03, 98/03, 115/05 и 117/05.
- Ханс Келзен: *Главни проблеми теорије државног права*, Службени лист СРЈ, Београд, 2001.

Nevenko Vranješ, PhD

²⁹ Устав БиХ је садржан у Општем оквирном споразуму за мир у Босни и Херцеговини, Анекс IV. Устав БиХ никада није објављен у Службеном гласнику БиХ. Трагајући за релевантним извором, аутор упућује на верзију Устава БиХ објављену на званичном веб сајту Уставног суда Босне и Херцеговине. За сада једини амандман на Устав БиХ који се односи на Брчко дистрикт БиХ објављен је у Службеном гласнику БиХ, бр. 25/09.

State Administration Organization in Bosnia and Herzegovina

Abstrakt: The division of responsibilities in complex states is a difficult issue. Of how these divisions depend on the organization of state administration at all levels of government. As Bosnia and Herzegovina is a complex state and thus its administration is very complex and diversified. Hence, Bosnia and Herzegovina has a large number of government agencies and organizations at all levels of government. Between these agencies and organizations, there is a relationship of cooperation and relations of mutual rights and obligations. Therefore, there is no hierarchical relationship except in the civil administration of the Republic of Srpska. The paper analyzes the status of state administration at all levels of government with regard to key administrative institutions.

Key words: administration, state administration, administrative bodies, and administrative organizations.

Pregledni rad

Datum prijema rada:
30. maj 2013.

Datum prihvatanja rada:
18. jun 2013.

Doc. dr

Dinka Antić

*docent, Fakultet pravnih
nauka, Panevropski
univerzitet "Apeiron", Banja
Luka*

Model oporezivanja malih preduzeća u sistemu PDV-a na bazi koncepta gotovinskog računovodstva

Rezime: Standardni model PDV-a podrazumijeva obračun PDV-a na osnovu izdatih faktura. U cilju pojednostavljenja administriranja porezima, smanjenja troškova poštivanja PDV propisa i poboljšanja likvidnosti malih i srednjih preduzeća Evropska unija od 1. januara 2013. godine primjenjuje koncept gotovinskog računovodstva za obračun PDV-a. Imajući u vidu inicijative za uvođenje gotovinskog računovodstva u sistem PDV-a Bosne i Hercegovine, kao mjere u borbi protiv globalne ekonomske i finansijske krize, rad ima za cilj da, na temelju analize pravnog okvira EU i iskustava članica, predstavi prednosti i nedostatke primjene koncepta gotovinskog računovodstva u sistemu PDV-a i ukaže moguća alternativna rješenja.

Ključne riječi: porez na dodanu vrijednost, gotovinsko računovodstvo

UVOD

Pojam "gotovinsko računovodstvo" (engl. *cash accounting*)¹

¹ Široko je rasprostranjena upotreba i sljedećih sinonima: „gotovinska računovodstvena osnova“ (engl. *cash basis accounting*), „gotovinska osnova“ (engl. *cash basis*) ili „gotovinski metod“ (engl. *cash method*). U SAD koristi se pojam „metod gotovinskih primitaka i izdanaka“ (engl. *cash receipts and disbursements method*).

podrazumijeva računovodstveni metod prema kojem se prihodi evidentiraju u momentu primitka gotovine, a rashodi u momentu plaćanja gotovinom. Standardna računovodstvena praksa u svijetu podržava primjenu obračunskog računovodstva, prema kojem se prihodi i rashodi evidentiraju u vrijeme nastanka. S obzirom da je fokus računovodstvenog obuhvata na novčanim tokovima, gotovinsko računovodstvo ne omogućava cjelovit obuhvat svih finansijskih i drugih resursa u kompanijama. Ipak, zbog jednostavnosti u primjeni često se dozvoljava upotreba gotovinskog računovodstva u malim preduzećima koja poslovne transakcije uglavnom obavljaju u novcu.

Poreske vlasti vrlo često omogućavaju korištenje gotovinskog računovodstva prilikom utvrđivanja oporezive osnovice kod oporezivanja dohotka, ali pod određenim uvjetima, propisujući kategoriju obveznika i maksimalnu visinu godišnjeg bruto dohotka. Imajući u vidu široku upotrebu gotovinskog računovodstva kod oporezivanja dohotka malih obrtnika može se zaključiti da je gotovinsko računovodstvo standardni koncept oporezivanja dohotka malih preduzeća i preduzetnika². Međutim, ova konstatacija ne stoji za primjenu gotovinskog računovodstva kod oporezivanja prometa dobara i usluga. Iako je u Evropskoj uniji primjena gotovinske osnove kod obračuna i plaćanja PDV-a bila propisana od 1977. tu pogodnost je primjenjivao mali broj članica³. Nakon usvajanja izmjena Direktive 2006/112/EC⁴ u području fakturiranja⁵ u prelaznom razdoblju do stupanja na snagu izmjena tek samo nekolicina članica EU-27 dozvoljava primjenu gotovinskog računovodstva kod obračuna i plaćanja PDV⁶, da bi do masovnijeg inkorporiranja novih odredbi u nacionalne propise iz područja oporezivanja PDV-om došlo tek pred stupanje na snagu izmjena Direktive 1. januara 2013. godine.

DEFINICIJA „MALIH I SREDNJIH PREDUZEĆA“

Ne postoji jedinstvena definicija pojma malih i srednjih preduzeća. Sadržina definicije varira od zemlje do zemlje, ovisno o kriteriju koji se uzima kao relevantan za pravljenje distinkcije između manjih i većih preduzeća. Različite definicije su, između ostalog, i rezultat mnogih faktora poput veličine zemlje, broja stanovnika, nivoa ekonomskog razvoja, visine društvenog bruto proizvoda i dr. U maloj i malobrojnoj državi pojam malog i velikog preduzeća se različito percipira u odnosu na neku veliku, razvijenu i naseljenu članicu. Problem je dodatno postao kompleksniji pokušajem da se pojmovno definiraju i mikro preduzeća⁷.

² Gotovinska osnova se u svrhu oporezivanja dohotka u Bosni i Hercegovini propisuje u oba entiteta i Distriktu. Međutim, opseg primjene je različit. Republika Srpska omogućuje korištenje gotovinske osnove za izračun osnovice za oporezivanje dohotka samo malim preduzetnicima. Za razliku od Republike Srpske Federacija BiH i Brčko Distrikt propisuje gotovinsku osnovu za sve obveznike koji ostvaruju dohodak iz samostalne djelatnosti.

³ V. Britanija, Njemačka i Italija predstavljaju malobrojne članice koje su do sada omogućavale primjenu sheme gotovinskog računovodstva kod obračuna PDV-a. Njemačka je specifična po tome što shemu nije primjenjivala na istovjetan način na cijeloj teritoriji države. Do 1.7.2009. pet saveznih pokrajina Njemačke je dozvoljavalo gotovinsko računovodstvo za obveznike (njem. *Istbesteuerung*) čiji je godišnji promet bio do EUR 500,000, dok je u ostalim pokrajinama prag iznosio EUR 250,000.

⁴ Council Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, OJ L 347, 11.12.2006.

⁵ Council Directive 2010/45/EU of 13 July 2010 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards the rules on invoicing, OJ L 189, 22.7.2010.

⁶ Izvor: Ernst&Young, The 2012 worldwide VAT,GST and sales tax guide, www.ey.com

⁷ Na primjer, u SAD granica za razdvajanje preduzeća na mala (srednja) i ostala preduzeća je 500 zaposlenih. Međutim, prema istraživanju OECD, veliki broj država u male firme svrstava firme koje imaju manje od 50 zaposlenih, dok mikro firme imaju najviše deset ili u nekim slučajevima najviše pet zaposlenih OECD, Taxation of SMEs: Key issues and policy considerations, OECD tax policy studies no. 18" (2009), p. 23.

Članice OECD, i pored različitih pristupa, preuzele su definiciju koju preporučuje Evropska komisija.

Potreba za jedinstvenim određivanjem suštine pojma malih i srednjih preduzeća u Evropskoj zajednici javila se 1992.g. kada je uspostavljeno zajedničko tržište Zajednice i kada su uklonjene međusobne fiskalne barijere. Dok je EZ bila integracija manjeg broja članica razlike između članica u poimanju malih i srednjih preduzeća su bile manje. Širenjem, Zajednica, a kasnije Unija, postala je heterogeni konglomerat članica neujednačenog ekonomskog razvoja i privredne strukture. Divergentne nacionalne privredne i poreske politike članica, koje su bile usmjerene na jačanje preduzetništva, porodičnog biznisa i malih i srednjih preduzeća, bazirane na različitim nacionalnim kriterijima za utvrđivanje veličine preduzeća, onemogućavale su efikasnu implemenaciju zajedničkih politika i efikasnije korištenje novih finansijskih instrumenata, poput Strukturalnog fonda. S druge strane, Evropska investicijska banka i Evropski investicijski fond su sredstva namijenjena finansiranju razvitka malih i srednjih preduzeća plasirala prema vlastitim pravilima. Končno, postojala su i pravila davanja državne potpore malim i srednjim preduzećima koja su odstupala od nacionalnih standarda veličine preduzeća.

U cilju kreiranja jedinstvenog pristupa u politici potpore razvitku malih i srednjih preduzeća Evropska komisija je 1996. donijela preporuku kojom je zadala kriterije za razvrstavanje preduzeća⁸. Kao najvažniji kriterij je postavljen broj zaposlenih. Međutim, sam broj zaposlenih u preduzeću ne oslikava obim poslovanja preduzeća i njegove učinke, niti je jedini relevantan za poređenje sa konkurencijom. Naime, radno-intenzivno preduzeće može zbog broja zaposlenih biti izvan praga za mala i srednja preduzeća, a kapital-intenzivno preduzeće u okviru zadanog kriterija broja zaposlenih, iako godišnji prihodi kapital-intenzivnog preduzeća mogu višestruko premašiti prihode malog radno-intenzivnog preduzeća. Iz tog razloga je bilo potrebno uvesti i finansijske kriterije. Iako je iznos prometa jedan od najznačajnijih kriterija, ipak ne može biti jedini kriterij, imajući u vidu vrstu ekonomske aktivnosti. Logično je očekivati da kompanije koje se bave trgovinom ili uslužnim djelatnostima imaju veći promet od proizvodnih preduzeća zbog veće dodane vrijednosti. Da bi se to izbjeglo prihvaćen je set finansijskih kriterija, koji, pored godišnjeg prometa (prihoda), uključuju i vrijednost aktive (imovine). Članicama je ostavljeno da odluče da li da prihvate jedan finansijski kriterij ili oba.

Pored ekonomsko-finansijskih kriterija nužno je uvesti i pravne kriterije za razvrstavanje malih i srednjih preduzeća. Pravni status preduzeća nekad može biti presudan za pristup preduzeća izvorima finansiranja. U načelu, velikom preduzeću izvori finansiranja su dostupni pod povoljnijim uvjetima nego malom preduzeću. Štoviše, veliko preduzeće uvijek prati i velika banka preko koje finansira investicije ili osigurava garancije za druge poslovne poduhvate. Što je preduzeće manje značajno u ekonomskom i finansijskom smislu to pristup izvorima finansiranja postaje sve nepovoljniji, sa višim kamatama i oštrijim uvjetima finansiranja (rok vraćanja, pokrivanje, valutne i robne klauzule i sl.). Ukoliko je malo preduzeće podružnica ili članica složenog preduzeća (grupe, korporacije) ono može da ima povoljniji pristup izvorima finansiranja nego što može imati malo neovisno preduzeće. Da

⁸ Commission Recommendation 96/280/EC of 3 April 1996 concerning the definition of small and medium-sized enterprises, OJ L 107, 30/04/1996.

bi se izbjegle situacije da je malo preduzeće samo u formalnom smislu malo (tj. s obzirom na broj zaposlenih, godišnji promet ili vrijednost aktive) da bi se kvalificiralo za malo i srednje preduzeće potrebno je da bude pravno i ekonomski neovisno.

Razvojem Unije ukazala se potreba za redefiniranjem pojma „mala i srednja preduzeća“ i kriterija. Značajne promjene u tumačenju pojma preduzeća su proizvod evolucije pravnog okvira EU. Komisija je 2003. donijela novu preporuku koja uvažava tumačenja Suda pravde EU. Nova Preporuka Komisije 2003/361/EC⁹, koja je stupila na snagu 1.1.2005., donosi definiciju preduzeća prema kojoj se preduzećem smatra bilo koji subjekt, bez obzira na njegovu pravnu formu, koji obavlja ekonomske aktivnosti, uključujući i subjekte koji su uključeni u obrt i ostale aktivnosti na pojedinačnoj ili obiteljskoj osnovi, partnerstva ili udruženja regularno uključena u ekonomske aktivnosti.

Prema novoj preporuci Komisije preduzeće koje ima od 51 do 120 zaposlenih, sa prometom od 10 do 50 mil EUR i aktivom od 10 do 43 mil EUR treba da se svrsta u preduzeća srednje veličine. Novim pravilima Komisije precizirani su kriteriji za razlikovanje mikro preduzeća u odnosu na mala preduzeća. U mikro preduzeća se svrstavaju preduzeća sa maksimalno deset zaposlenih, prometom i aktivom do 2 mil EUR. Iz navedenih pravila implicira da su mala preduzeća ona koja zapošljavaju između 11 i 50 zaposlenih, a čiji promet i aktiva imaju vrijednosti između 2 i 10 mil EUR.

Uvedeni su i novi finansijski kriteriji, koji odražavaju ekonomske trendove i statističke pokazatelje privrednih aktivnosti u Uniji. Prag godišnjeg prometa treba da odražava promjene u cijenama i produktivnosti preduzeća. Budući da su statistički pokazatelji ukazali na skoro identične visine prometa i vrijednosti aktive većine malih i srednjih preduzeća moguće je utvrditi jedinstven prag prometa i veličine aktive. Iznosi godišnjeg prometa ili vrijednosti aktive odnose se na iznose iskazane u posljednjem finansijskom izvještaju. Iznos godišnjeg prometa ne uključuje PDV i ostale indirektne poreze.

Preporuka Komisije 2003/361/EC donijela je i preciznije kriterije za izračun broja zaposlenih. U izračun se uzima broj stalno zaposlenog osoblja u toku poslovne godine. Pored njih u izračun se uključuju i zaposleni koji su radili povremeno ili dio radnog vremena, kao i sezonski radnici, na način da se ukupan broj sati rada u godini ovih zaposlenih podijeli sa standardnom radnom satnicom stalno zaposlenih. U stalno osoblje se uključuju i vlasnici ukoliko su zaposleni u preduzeću i partneri uključeni u redovite aktivnosti preduzeća. Pripravnici i studenti, kao ni osobe na porodijskom odsustvu, se ne uključuju u stalno zaposleno osoblje.

U pogledu kriterija neovisnosti malog i srednjeg preduzeća, koji se izražava u posjedovanju maksimalno 25% kapitala i akcija malog i srednjeg preduzeća od strane drugog preduzeća ili više njih, nije došlo do promjene. Međutim, uvjet je donekle relaksiran s obzirom na različite modalitete ulaganja i vlasništva. Prema novim pravilima preduzeće se smatra neovisnim, čak i ukoliko investitor ima više od 25% kapitala ili akcija, ukoliko su investitori javne investicijske korporacije koje ulažu manje od 1,25 mil EUR; univerziteti i

⁹ Commission Recommendation 2003/361/EC of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, OJ L 124. 20.5.2003.

neprofitni istraživački centri; institucionalni investitori, uključujući i regionalne razvojne fondove; lokalne zajednice sa budžetom do 10 mil EUR i brojem stanovnika manjim od 5,000. Povezanost malog i srednjeg preduzeća sa grupom ili drugim preduzećima ne promatra se samo sa pravnog aspekta u odnosu na vlasnička prava, već i sa aspekta vršenja kontrole. Preduzeće se smatra povezanim ukoliko ima pravo imenovanja ili smjenjivanja menadžmenta ili uprave drugog preduzeća, ukoliko ima dominantan utjecaj na donošenje poslovnih odluka drugog preduzeća i može utjecati na donošenje svih odluka na skupštini akcionara.

MALA I SREDNJA PREDUZEĆA U PORESKIM SISTEMIMA

Elaboracija definicije „malih i srednjih preduzeća“ i kriterija koji se koriste za određivanje veličine preduzeća i njihovo razvrstavanje u različite skupine svoj značaj nalazi u statistici i kreiranju politike razvoja male privrede. Međutim, države u procesu kreiranja poreske politike prema grupaciji malih i srednjih preduzeća različito postupaju. Neke države primjenjuju navedene definicije i kriterije i kod kreiranja mjera poreske politike¹⁰. Međutim, sve više država nastoji kreirati vlastita pravila i kriterije koji se razlikuju od standardnih statističkih definicija, ali koji su u funkciji mjera ekonomske politike. Posebnim shemama oporezivanja malih i srednjih preduzeća države, s jedne strane, nastoje neutralizirati negativne efekte administriranja poreza i poštivanja poreskih propisa koje ona imaju, kako bi ih stavile u ravnopravan poreski položaj u odnosu na veća preduzeća i korporacije. S druge strane, posebne sheme oporezivanja uvode se i kao mjera poreske politike i poreski poticaji u cilju poboljšanja ekonomskog i finansijskog položaja te grupacije obveznika.

Prepoznajući specifičnosti oporezivanja malih i srednjih preduzeća EZ je razvila koncept „Prvo misli o malima“ (engl. „*Think Small First*“)¹¹. Koncept podrazumijeva da se prilikom izrade novih poreskih propisa ili izmjene postojećih prvo razmišlja o implikacijama na mala i srednja preduzeća. Kako bi se zaštitila pozicija ove grupacije obveznika poreske vlasti trebaju uraditi sljedeće :

- uvesti derogacije, prag za primjenu ili pojednostavljene procedure koje će biti u korist malih i srednjih preduzeća;
- raditi na pojednostavljenju i grupiranju administrativnih obaveza koje se nameću poreskim obveznicima (npr. da se smanji broj prijava poreza, da se uvede jedna godišnja prijava, elektronsko podnošenje prijava, elektronsko fakturiranje¹² i

¹⁰ IFC, „Designing a Tax System for Micro and Small Businesses: *Guide for Practitioners*“, The World Bank Group (in collaboration with DFID), December 2007., p. 51.

¹¹ <http://ec.europa.eu/enterprise/>

¹² U procesu revidiranja pravila fakturiranja u svrhu PDV-a Evropska komisija je formirala dvije ekspertne grupe koje su analizirale primjenu pravila Direktive o fakturiranju. Grupa visoko pozicioniranih predstavnika neovisnih zainteresiranih strana, koju je Evropska komisija osnovala za istraživanje administrativnih tereta koje proizvode pravila i mjere koje Komisija donosi, izradila je kvantifikaciju mogućih ušteda ukoliko bi se uklonile prepreke koje onemogućavaju efikasnu primjenu elektronskog fakturiranja. U svom mišljenju Grupa se založila za primjenu načela „*Think Small First*“ na način da se: (i) propiše minimum obaveza za male obveznike kao set nužnih pravila, i (ii) napusti praksa insistiranja na ispunjavanju svih administrativnih pravila iz poreskih propisa ukoliko to ne narušava poresku i finansijsku disciplinu i ne ugrožava naplatu prihoda. Više: European Commission, High Level Group of Independent Stakeholders on Administrative Burdens, Opinion of the High Level Group, „Reform of the rules on invoicing and electronic invoicing in Directive 2006/112/EC (VAT Directive)“, 22 October 2008, p. 2.

- komunikacija sa poreskim upravama i dr.);
- uvezati sistem naplate svih javnih prihoda u cilju rasterećenja malih obveznika (npr. naplata poreza i doprinosa na principu "sve na jednom mjestu").

Vijeće EU je 2000. odobrilo „Evropsku povelju o malim preduzećima“¹³, pozivajući članice i Evropsku komisiju da preduzmu aktivnosti kojima će poduprijeti o ohrabriti mala preduzeća u deset ključnih oblasti, uključujući i oporezivanje. U oblasti oporezivanja Poveljom se od članica zahtijeva da poreski sistemi trebaju biti prilagođeni na način da nagrađuju uspješna preduzeća, ohrabruju otvaranje novih preduzeća, da pogoduju ekspanziji malih preduzeća i podstiču otvaranje radnih mjesta, te da olakšavaju osnivanje i kontinuitet poslovanja malih preduzeća (nasljeđivanje, prodaju i nastavljjanje poslovanja).

U svom Izvještaju¹⁴ o razvitku saradnje iz 2005. OECD navodi da je veliki udio sive (neformalne) ekonomije, u kojoj značajan udio imaju mala preduzeća, posljedica prekomjerno kompleksne poreske regulative i slabe administracije poreza i carina od strane poreskih uprava. To su ujedno glavne prepreke za uključivanje malih preduzeća (preduzetnika, obrta, samostalnih djeletnosti) u regularne tokove ekonomije. Kao preporuke za uključivanje malih preduzeća u poreski sistem OECD potencira sljedeće:

- da se izbjegava retroaktivno oporezivanje za prethodna razdoblja;
- da se pojednostavi poreska administracija koja se često navodi kao veći problem nego same stope poreza;
- da se razmotri jedinstvena stopa poreza za mala preduzeća u cilju smanjenja troškova i pojednostavljenja ubiranja poreza;
- da se poboljša komunikacija sa obveznicima uz stalno naglašavanje usluga i koristi koje obveznici dobijaju zauzvrat.

MALA I SREDNJA PREDUZEĆA U SISTEMU PDV-A

Ukupni troškovi povezani sa oporezivanjem nazivaju se i troškovima naplate (engl. *collection costs*). Troškovi naplate se sastoje iz:

- troškova administriranja (troškovi poreske administracije – države) i
- troškova poštivanja poreskih propisa (troškovi obveznika).

Vrlo teško je procijeniti troškove administriranja PDV-om, pogotovo ako se radi o mlađoj poreskoj administraciji, čiji je budžet u prvim godinama opterećen velikim ulaganjima u kapitalne investicije, edukaciju, materijalno opremanje, zapošljavanje i dr. Isto tako, na troškove poreske administracije utječu moguće reorganizacije, funkcionalne ili teritorijalne, ili promjene u fiskalnoj politici (npr. promjena poreske osnove, promjena stope PDV-a, uvođenje diferenciranih stopa, promjene praga za registraciju i dr.). Troškovi administriranja ovise i o organizaciji administriranja PDV-om. U nekim zemljama naplatu PDV-a u domaćim transakcijama vrši carinska administracija, u velikom broju je administriranje PDV-a na uvoz i na domaći promet vrši u dvije institucije, poreskoj upravi (koja je nadležna za naplatu ostalih indirektnih i direktnih poreza) i carinskoj administraciji. U malobrojnim zemljama (poput Bosne i Hercegovine) naplata indirektnih poreza je locirana u jedinstvenoj instituciji. Bez obzira na kompleksnost organizacionog ustroja

¹³ <http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/best-practices/charter/>

¹⁴ OECD Journal on Development, Development Cooperation Report 2006, Paris 2007

administriranja PDV-om vrlo teško je procijeniti troškove koji se direktno odnose na administriranje PDV-om i odvojiti ih od troškova ostalih funkcija (carine, akcize, direktni porezi) i zajedničkih troškova. Troškovi administriranja ovise i o karakteristikama sistema PDV-a. Na više troškove administriranja utječe šira skala oslobođanja, nepostojanje ili vrlo nizak prag za registraciju, postojanje diferenciranih stopa ili nulte stope PDV-a osim na izvoz i dr. S druge strane, mnogobrojne empirijske studije ukazuju da je mala i srednja preduzeća smatraju administriranje PDV-om jednako kompleksnim kao i administriranje poreza na dohodak¹⁵

Drugi zaključak provedenih istraživanja ukazuje na neproporcionalno veće troškove poštivanja PDV propisa koje imaju mala i srednja preduzeća u odnosu na velika preduzeća¹⁶. Troškovi administriranja PDV-om uglavnom ne ovise o veličini obveznika. Na primjer, svaki obveznik prolazi istu proceduru registracije za PDV-e, dostavlja istu dokumentaciju i propisanje obrasce. U sistemu PDV-a u kojem postoji identično poresko razdoblje za sve obveznike svaki obveznik podnese isti broj PDV prijava bez obzira na veličinu kompanije. Isto tako, svaki obveznik ima isti broj uplata PDV-a. Svaki obveznik je dužan da vodi propisane knjige i ostale evidencije potrebne za obračun PDV-a i kontrolu od strane poreske uprave. Iako se može reći da veliki obveznik ima daleko više poslovnih transakcija od malog obveznika u eri informacionih i komunikacijskih tehnologija te razlike se gube na štetu malog obveznika¹⁷.

Iz analize troškova obveznika implicira da registriranje za PDV-e ne bi bilo u interesu malog obveznika. Međutim, potrebno je sagledati i druge strane registriranja za PDV-e. PDV je višefazni porez na potrošnju, čija glavna odlika jeste neutralnost na ekonomsku poziciju obveznika. Neutralnost se ostvaruje primjenom kreditne metode obračuna PDV-a i mehanizma lančanog odbitka PDV-a iz nabavki. Negativna strana poslovanja izvan sistema PDV-a jeste nemogućnost odbitka PDV-a iz nabavki od dobavljača koji su u sistemu PDV-a. Ulazni PDV-e se kaskadno prenosi na troškove malog preduzeća umanjujući njegov poslovni rezultat (dobit). Ukoliko je malo preduzeće u mogućnosti da iznos ulaznog PDV-a iz nabavki od obveznika da prevale na kupca svojih usluga ili dobara tada dolazi do povećanja prodajnih cijena. Povećanje prodajnih cijena može biti prihvaćeno na tržištu u rijetkim situacijama, npr. ukoliko odnos ponude i potražnje na određenom tržišnom segmentu to omogućuju (nedostatak ponude određenih dobara ili usluga, pogotovo ako su to "lokalna" dobra), ukoliko je potražnja za određenim dobrima ili uslugama cjenovno neelastična (npr. osnovne životne namirnice ili komunalne usluge) ili ukoliko subjekt ima monopolski položaj na tržištu. Najčešće mali obveznik nije u situaciji da povećava cijene, pogotovo ako su mu konkurencija veliki obveznici koji mogu koristiti efekte ekonomije

¹⁵ IFC, "Designing a Tax System for Micro and Small Businesses: *Guide for Practitioners*", The World Bank Group (in collaboration with DFID), December 2007., p. 45.

¹⁶ Istraživanje u Švedskoj je pokazalo da su troškovi malih i srednjih preduzeća u vezi administriranja PDV-om po zaposlenom čak 35 puta veći nego troškovi po zaposlenom velikih obveznika.

¹⁷ Na primjer, troškovi nabavke knjigovodstvenog *software-a* koji omogućava i obračun PDV-a i štampanje različitih izlaza, od faktura do PDV prijava, su identični bez obzira na obim transakcija prometa. Isto tako, troškovi elektronske komunikacije obveznika sa poreskom upravom, u smislu korištenja elektronske pošte i pristupa web portalu poreske uprave preko interneta ne ovise o veličini kompanije. Troškovi eksternih usluga, poput usluge računovođe, usluga informatičara, usluga poreskih savjetnika, daleko više opterećuju poslovni rezultat malog obveznika, nego što je to slučaj kod velikog obveznika.

obima i veličine i ponuditi isti proizvod/uslugu uz konkurentnije cijene.

Ukoliko malo preduzeće prodaje svoja dobra ili usluge kupcima koji su obveznici PDV-a ono je primorano, bez obzira na troškove, da se uključi u sistem PDV-a, budući da će kupci preferirati dobavljača koji je obveznik kako bi odbili ulazni PDV-e. Opseg kaskadnog efekta prenosa "skrivenog" poreza na inpute u cijenu outputa u prometnom lancu ovisi o vezama sa obveznicima PDV-a i o ekonomskoj snazi i udjelu oslobođenog dijela ekonomije u ukupnoj dodanoj vrijednosti.

Za kreiranje PDV sistema koji bi odgovarao potrebama i mogućnostima malog obveznika i koji bi omogućio poticaje za poboljšanje ekonomskog i finansijskog položaja obveznika moguće je primijeniti alternativna rješenja, od kojih neke zahtijevaju sistem-ske intervencije u politici oporezivanja, kao što su oslobađanje plaćanja PDV-a za male obveznike, paušalno oporezivanje (engl. *flat-rate*) ili uvođenje niže jedinstvene stope PDV-a, dok se druga odnose ne operativne mjere koje trebaju doprinijeti pojednostavljenju administriranja PDV-om u smislu obračuna, naplate, podnošenja prijave, izvještavanja, komunikacije sa poreskom administracijom i dr. U operativna rješenja za poboljšanje ekonomskog i finansijskog položaja malih obveznika ubrajaju se: primjena koncepta gotovinskog računovodstva, posebne godišnje sheme plaćanja PDV-a, akontativno plaćanje PDV-a i dobrovoljna registracija malih obveznika čiji promet je ispod praga za registraciju za PDV-e.

KONCEPT GOTOVINSKOG RAČUNOVODSTVA U SVRHU PDV-A

Teorijski model PDV-a

Primjena gotovinskog računovodstva kod oporezivanja PDV-a zadire u osnove koncepta oporezivanja PDV-om. Teorijski koncept neutralnog sistema PDV-a počiva na potrošnom obliku i indirektnoj metodi obračuna i plaćanja.

Potrošni oblik PDV-a (engl. *consumption-type VAT*) predstavlja oblik PDV-a kod kojeg je dozvoljen odbitak ulaznog PDV-a od poreske obaveze na nabavku svih dobara i usluga u cijelosti, uključujući i na nabavku kapitalnih dobara. Poreska osnovica potrošnog tipa PDV-a odgovara vrijednosti potrošnje u nacionalnoj ekonomiji. Budući da je dozvoljen odbitak ukupnog troška nabavke kapitalnih dobara od osnovice nema dvostrukog oporezivanja i kaskadnog efekta. Primjenom potrošnog oblika PDV-a osigurava se neutralnost oporezivanja u odnosu na donošenje ekonomskih odluka privrednih subjekata i sprječava pojava kumuliranja poreza. Potrošni oblik PDV-a predstavlja bazični oblik oporezivanja u skoro svim državama danas koje su prešle na PDV-e. Ipak, mnoge države, uključujući i Bosnu i Hercegovinu različitim mjerama u sistemu PDV-a ograničavaju pravo odbitka ulaznog PDV-a, ne samo u sferi oporezivanja neposlovne potrošnje dobara i usluga, već i iz administrativnih razloga, u cilju suzbijanja pojave poreskih prevara.

Indirektna metoda podrazumijeva primjenu stope PDV-a na pojedinačne elemente dodane vrijednosti. U načelu, slično direktnoj metodi, primjenom matematičkih operacija moguće je dobiti dvije varijante indirektno metode, indirektnu metodu sabiranja i indirektnu metodu oduzimanja. Indirektna metoda sabiranja, koja podrazumijeva primjenu stope PDV-a na komponente dodane vrijednosti, nije uobičajena u praksi. S druge strane,

indirektna metoda oduzimanja je najpoznatija metoda utvrđivanja PDV-a. Ona predstavlja temelj sistema PDV-a u EU, a primjenjuje se i u velikom broju zemalja širom svijeta. Budući da je osnovna tehnička pretpostavka za primjenu ove metode postojanje računa (fakture) na kojoj je iskazan PDV-e indirektna metoda oduzimanja naziva se još i metoda računa. S obzirom da obveznik ima mogućnost da nadoknadi ulazni porez iz nabavki na teret izlaznog PDV-a na prodaje, plativši samo razliku na račun državnog trezora, metoda se još naziva i kreditnom metodom. Kreditna metoda ima niz prednosti u odnosu na ostale metode utvrđivanja PDV-a. Budući da se bazira na fakturi otežane su mogućnosti za nastanak PDV prevara. Osim toga, budući da fakture sadrže pojedinačne stavke prometa, kreditna metoda olakšava primjenu diferenciranih stopa PDV-a na različita dobra ili usluge, nulte stope kod izvoza ili oslobađanja od PDV-a¹⁸.

Zbir PDV-a u nabavkama naziva se ulazni porez, a zbir PDV-a na prodaju se naziva izlaznim PDV-om. Poreska obaveza postoji ukoliko je zbir izlaznog PDV-a veći od zbira ulaznog PDV-a. U suprotnom slučaju obveznik je u preplati, na račun državnog trezora je uplaćeno više PDV-a na nabavke nego što iznosi izlazni PDV-e na prodaju. Razlika se iskazuje kao potraživanje od države. Zakonodavci obveznicima u preplati mogu odobriti povrat ili poreski kredit, koji oni mogu koristiti za plaćanje budućih obaveza za PDV-e ili obaveza po osnovu drugih poreza (direktnih, pa čak i doprinosa za socijalno osiguranje ili taksi i naknada)¹⁹. Za efikasniju primjenu kreditne metode zakonodavci propisuju obveznicima obvezu vođenja evidencija ulaznih i izlaznih faktura.

PDV-e je i samokontrolirajući poreski oblik. Za ispravnost PDV-e faktura nije samo zainteresirana poreska uprava. I svaki obveznik u prometnom lancu je zainteresiran da dobije ispravnu fakturu od svoga dobavljača, budući da samo na temelju ispravne fakture obveznik može potraživati ulazni PDV-e iskazan na fakturi. Iz ovog razloga obveznik osim provjere identiteta dobavljača (tj. da li poreski broj postoji u registru kao aktivan broj i, ako postoji, da li je na tom broju registrirana prava kompanija), treba i da provjeri tačnost izračuna PDV-a iskazanog na fakturi.

Pravni okvir EU

Elaboracija osnovnih elemenata teorijskog koncepta PDV-a koji se nalazi u osnovi sistema PDV-a u EU i BiH ukazuje na činjenicu da je obračun PDV-a usko povezan sa ostvarenjem prava na odbitak ulaznog PDV-a glavna odrednica oporezivanja PDV-om. Drugim riječima, ne može se ostvariti neutralnost oporezivanja PDV-om ukoliko ne postoji uzajamna veza između prava na odbitak i obaveze obračuna PDV-a. Konačno, iskazivanje PDV-a na fakturi čini fakturu najvažnijim vrijednosnim dokumentom na temelju kojeg obveznik može ostvariti odbitak ulaznog PDV-a. Faktura sa iskazanim PDV-om, uz pomoćne knjige, predstavljaju osnovni mehanizam za kontrolu obračuna i plaćanja PDV-a, odnosno faktor suzbijanja poreske evazije.

Za razumijevanje primjene koncepta gotovinskog računovodstva kod obračuna i

¹⁸ Više: Ebrill L., Keen M., Bodin J-P, Summers V., "The Modern VAT", IMF, Washington, 2001., pp. 20 – 22.; Tait A. A., "Value Added Tax, International Practice and Problems", Washington, IMF, 1988; pp. 4 – 6.

¹⁹ Više: Harrison G., Krelove, "VAT Refunds: A Review of Country Experience", IMF Working Paper WP/05/218, IMF, 2005.

plaćanja PDV-a u Uniji potrebno je analizirati momente stjecanja prava na odbitak ulaznog PDV-a i momente obračuna PDV-a u Direktivi 2006/112/EC²⁰ koja predstavlja osnovni pravni okvir oporezivanja PDV-om u EU²¹.

Primjena posebnih shema obračuna i plaćanja PDV-a u Evropskoj uniji omogućena je još Šestom PDV direktivom. Prema čl. 24 Šeste PDV direktive²² „zemlje članice koje naiđu na poteškoće u primjeni uobičajenog načina oporezivanja malih preduzeća zbog njihovih aktivnosti ili strukture imaju opciju, pod uvjetima i u granicama koje mogu odrediti, ali nakon konsultacija predviđenih u članku 29. (konsultacije sa Savjetodavnim PDV komitetom, prim. aut.), da primijene pojednostavljene postupke kao što su paušalne šeme zaračunavanja i naplate poreza pod uvjetom da ne dovode do njegovog smanjenja“. Ista odredba je prenesena u čl. 281 redizajnirane Direktive 2006/112/EC („Direktiva“) u poglavlje „Posebne sheme za mala preduzeća“. Iz navedenih odredaba proizilazi da su članice EZ, a kasnije EU, od samog početka uspostave harmoniziranog sistema oporezivanja PDV-om mogle da omogućе malim preduzećima način obračuna i plaćanja PDV-a koji će biti povoljniji u odnosu na standardni režim obračuna na osnovu izdatih i primljenih faktura. Pored toga, članice imaju mogućnost potpunog oslobođanja plaćanja PDV-a propisivanjem praga za registraciju.

Potrebno je naglasiti da su osnovna pravila obračuna izlaznog PDV-a i stjecanja prava na odbitak ulaznog PDV-a definirana su čl. 63 i čl. 167 Direktive respektivno. Prema čl. 63 momenat obračuna PDV-a nastaje u trenutku isporuke dobara i usluga, dok se pravo odbitka ulaznog PDV-a, shodno čl. 167 Direktive, stječe u momentu obračuna PDV-a. Izuzeto od primjene čl. 63 PDV se u određenim slučajevima i prema određenim kategorijama obveznika može obračunati najkasnije do momenta primitka uplate od strane kupca. (čl. 66(b)).

Početkom 2013. stupile su na snagu izmjene Direktive u području fakturiranja. Izmjenama Direktive, popularno nazvanih „Drugom direktivom o fakturiranju“, precizirana je primjena gotovinskog računovodstva prilikom obračuna i plaćanja PDV-a. Za razliku od pojednostavljene sheme obračuna i plaćanja PDV-a iz čl. 281 Direktive, koja se odnosila samo na mogućnost obračuna PDV-a na gotovinskog osnovi, novi koncept gotovinskog računovodstva podrazumijeva i obvezu odbitka ulaznog PDV-a na gotovinskoj osnovi.

Postojanje određenog miksa između standardnog režima obračuna i plaćanja, baziranog na primjenu fakturne metode obračuna PDV-a, i djelimične primjene gotovinske osnove iz čl. 281 Direktive je otvarala mogućnost za gubitke prihoda. Vjerovatno je to bio osnovni razlog sporadične primjene posebne sheme za mala preduzeća iz čl. 281 Direktive.

Prema novom čl. 167a članice imaju opciju da odobre odlaganje momenta odbitka ulaznog PDV sve do momenta plaćanja PDV-a na nabavke dobara i usluga dobavljaču. Iz ove odredbe proizilazi da obaveza za PDV-e obveznika koji prodaje dobra i usluge podrazumijeva samo onaj PDV-e koji je naplaćen od kupca. S obzirom na lančani odbitak

²⁰ Council Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, OJ L 347, 11.12.2006.

²¹ Čl. 43-59 Direktive 2006/112/EC.

²² Sixth Council Directive of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment - 77/388/EEC

ulaznog PDV-a omogućavanje korištenja navedene opcije ne bi ugrozilo naplatu javnih prihoda u članicama.

Izmjenama Direktive propisuje se članicama koje se opredijele za opciju gotovinskog računovodstva uvodi obaveza ropisivanja praga za upotrebu koncepta. Prag se utvrđuje slično pragu za registraciju za PDV-e. Prag za podobnost obveznika za primjenu koncepta gotovinskog računovodstva treba biti baziran na godišnjem prometu obveznika. Direktivom je propisana gornja granica godišnjeg prometa na 500,000 EUR. Međutim, ostavljena je i mogućnost članicama da uvedu veću gornju granicu za primjenu koncepta od propisane, čak do 2 mil EUR, ali tek nakon konsultacije sa Komitetom za PDV. Isto tako, članom 167a je propisana obaveza članica da obavijeste Komitet za PDV o primjeni koncepta.

Iznos godišnjeg prometa za obveznike koji žele da primijene shemu gotovinskog računovodstva treba se izračunati u skladu sa čl. 288 Direktive. Prema navedenom članu godišnji promet obveznika, koji se potom upoređuje sa gornjom granicom prometa koju propisuje članica, treba da sadrži sljedeće iznose, bez uključenog PDV-a:

- vrijednost oporezivih nabavki dobara i usluga
- vrijednost oslobođenih transakcija sa mogućnosti odbitka PDV-a iz prethodne faze, shodno čl. 110 ili 111, čl. 125(1), čl. 127 ili čl. 129(1)
- vrijednost transakcija koje su oslobođene u skladu sa čl. 146 – 149, čl. 151, 152 ili 153
- vrijednost transakcija u vezi sa nepokretnostima, finansijskim transakcijama (čl. 135(1), (b)-(g)) i transakcijama u osiguranju, ukoliko navedene transakcije ne predstavljaju sporedne transakcije.

Za izračun praga ne uzima se vrijednost transakcija u vezi sa materijalnom ili nematerijalnom stalnom imovinom preduzeća.

U skladu sa čl. 226 Direktive obveznici koji se uključe u shemu gotovinskog računovodstva, koji obračunavaju PDV u momentu kada je naplaćen, odnosno koji stiču pravo odbitka PDV u momentu plaćanja PDV-a, trebaju na fakturi koju izdaju kupcima navesti da se primjenjuje „*gotovinsko računovodstvo*“.

Dileme u vezi sa primjenom koncepta u EU

Cilj uvođenja koncepta gotovinskog računovodstva za obračun PDV-a je bio da se pomogne malim i srednjim preduzećima koja se susreću sa problemom održavanja likvidnosti zbog plaćanja obaveza po osnovu PDV-a prije naplate potraživanja od kupaca. S druge strane, fiskalne vlasti trebaju donijeti mjere da bi spriječile da primjena gotovinskog računovodstva ugrozi punjenje proračuna članica i finansiranje rashoda proračuna EU.

Dosadašnja primjena čl. 281 Direktive je omogućavala pogodnosti samo malim preduzećima u vidu odlaganja obračuna PDV-a do momenta naplate potraživanja. Istodobno, malo preduzeće je moglo odbiti ulazni PDV iz nabavki bez obzira što fakture dobavljačima nisu bile plaćene. Očigledno je da su od koncepta gotovinskog računovodstva iz čl. 281 mogla imati koristi samo mala preduzeća, dok je proračun bio ugrožen iz sljedećih razloga:

- mali obveznici su odbijali ulazni PDV-a od obaveze bez obzira što nisu platili

- fakture dobavljačima
- kupac je odbijao ulazni PDV iz nabavki od malog obveznika bez obzira da li je platio fakturu
- u slučaju dugotrajnije nelikvidnosti kupca ili stečaja obračunati PDV na prodaje malog preduzeća bio bi nepovratno izgubljen.

U najboljem slučaju bi zbog odlaganja obračuna PDV-a malog preduzetnika do momenta naplate potraživanja od kupca dolazilo do pomjeranja sheme naplate PDV-a, a time i ugrožavanja uobičajene dinamike punjenja proračuna.

Mogućnost pojave erozije prihoda je bio razlog za sporadičnu primjenu koncepta gotovinskog računovodstva u EU u proteklih trideset godina od usvajanja Šeste PDV Direktive. Eksperti smatraju da je standardni sistem PDV-a koji podrazumijeva obračun PDV-a u momentu isporuke dobra/usluge ili prijema fakture povoljniji za državu nego koncept gotovinskog računovodstva²³.

Imajući u vidu da se PDV obračunava i ubire u svakoj fazi prometnog ciklusa na dodanu vrijednost te faze (svefazni oblik PDV-a) kao ključna sporna pitanja primjene koncepta gotovinskog računovodstva postaju:

- moment odbitka ulaznog PDV-a od strane malog obveznika uključenog u shemu
- pozicija kupca malog obveznika koji je uključen u shemu, odnosno moment ostvarenja prava na odbitak ulaznog PDV-a iz nabavki od dobavljača koji je uključen u shemu.

Izmjenama Direktive (novi čl. 167a) članica koja se opredijeli za shemu može zahtijevati od malog preduzeća, ukoliko se uključi u shemu gotovinskog računovodstva, da ulazni PDV iz nabavki odbije tek kad plati fakture dobavljačima. U ovom slučaju prednosti koncepta gotovinskog računovodstva za malog preduzetnika se gube ili su značajno manje. Konačni efekti ovise o dinamici plaćanja obaveza prema dobavljačima i likvidnosti kupaca. Ukoliko obaveze prema dobavljačima brže dopijevaju na plaćanje (npr. ukoliko mali obveznik nabavlja od velikih dobavljača i nema mogućnosti ostvarenja pogodnijih uvjeta nabavke) od naplate potraživanja od kupaca (npr. malo preduzeće prodaje dobra velikom tržišnom centru koji može diktirati uvjete plaćanja) malo preduzeće će u razdobljima do naplate potraživanja od kupaca ostvarivati pravo na povrat PDV-a. Međutim, konačni neto efekti predstavljaju razliku između PDV-a i kamate na kratkoročne kredite i pozajmice za finansiranje nabavki od dobavljača.

Postavlja se i pitanje dometa koncepta gotovinskog računovodstva u svrhu PDV-a imajući u vidu da je malo preduzeće tek jedna karika u prometnom lancu. Dok se jedni fokusiraju na čl. 167a, drugi, pak, smatraju da je za stjecanje prava na odbitak PDV-a relevantna i dalje odredba čl. 167 Direktive, prema kojem se pravo odbitka ulaznog PDV-a stječe u momentu obračuna PDV-a. Ukoliko prodavatelj – mali obveznik obračunava PDV-e u momentu plaćanja fakture od strane kupca logično je da njegov kupac pravo na odbitak PDV stječe u istom momentu. Iz ove konstatacije proizilazi obaveza svih kupaca dobara ili

²³ Wohlfahrt B., "The Future of the European VAT System", International VAT Monitor No 6/2011, IBFD, Amsterdam, November/December 2011, pp. 387-395.

usluga malih preduzeća da prilagode svoje knjigovodstvene sisteme i evidencije kako bi osigurali drugačiji knjigovodstveni tretman nabavki od malih preduzeća u odnosu na nabavke od standardnih PDV obveznika koji PDV obračunavaju prema primljenim i izdanim fakturama²⁴. S obzirom da dodatne obaveze u smislu administriranja PDV-om zahtijevaju dodatna finansijska sredstva konačne posljedice primjene ovog modela gotovinskog računovodstva mogu biti dvojake:

- veliki PDV obveznici mogu izbjegavati nabavke od malih preduzeća uključenih u shemu, slično kao što obveznici izbjegavaju da nabavljaju od osoba koje nisu PDV obveznici, jer ne mogu ostvariti pravo na odbitak PDV plaćenog u prethodnim fazama koji je kaskadno prenesen preko nabavki na troškove firme koja nije PDV obveznik,
- ukoliko poslovanje malog preduzeća ovisi o velikim kupcima malo preduzeće može pod njihovim pritiskom da odustane od korištenja koncepta.

Iz gornje elaboracije proizilazi da je proširena ciljna skupina obveznika prema kojoj je koncept usmjeren, jer su primjenom koncepta pogođeni i kupci malog preduzeća. S obzirom da je PDV finansijska obaveza ili potraživanje kupcu, kojim obveznik može upravljati u sklopu finansijskog menadžmenta standardni režim obračuna i plaćanja PDV-a na osnovu faktura može da pogoduje određenim kategorijama obveznika. Stoga se opravdano postavlja pitanje zašto bi kupac snosio posljedice uvođenja koncepta plaćanja PDV-a kojom se želi pomoći malim preduzećima.

Dosljedna primjena pravila koncepta gotovinskog računovodstva i ograničavanje efekata samo na poziciju malog preduzeća značilo bi da svi ostali obveznici koji posluju sa malim preduzećem treba da primjenjuju standardna pravila obračuna i plaćanja PDV-a. Procjene eksperata ukazuju da u slučaju da kupac odbije PDV-e prije plaćanja fakture malom preduzetniku ne bi trebalo da dođe do ozbiljnijeg ugrožavanja naplate PDV-a imajući u vidu udio prodaja malih obveznika drugim obveznicima u ukupnom prometu²⁵.

Analitičari su već ukazali i na određenu konfuziju koju će proizvesti navođenje primjene koncepta gotovinskog računovodstva na fakturi²⁶. Obveznici koji budu primjenjivali standardnu shemu oporezivanja (kreditnu metodu) mogu biti u dilemi kada prime fakturu od dobavljača koji je uključen u shemu gotovinskog računovodstva da li PDV iz primljene fakture prikazati kao ulazni PDV-e na prijavi ili treba da prvo plate račun svom dobavljaču, uključujući i PDV. S obzirom da se prema čl. 167a odbitak ulaznog PDV-a veže za plaćanje PDV iz fakture dobavljača standardni obveznik PDV bi trebao zanemariti oznaku „gotovinsko računovodstvo“ na fakturi dobavljača. Stoga, postavlja se pitanje zašto i stavljati tu oznaku na fakturu, ukoliko je već poreska uprava odobrila status malog obveznika određenom obvezniku i ukoliko taj status ne utječe na način plaćanja obaveza po osnovu PDV-a njegovih kupaca i dobavljača.

²⁴ Više: Desmeyere I., „The Hidden Features of EU Invoicing Directive 2010/45“, International VAT Monitor No 6/2011, IBFD, Amsterdam, November/December 2012, pp. 174-175.

²⁵ Ibid.

²⁶ Više: Swinkels J.J.P., „Confusing EU VAT Invoices from 2013“, International VAT Monitor No 3/2012, IBFD, Amsterdam, May/June 2012, pp. 174-175.

Cilj uvođenja koncepta gotovinskog računovodstva jeste poboljšanje finansijske pozicije malih preduzeća. Osim što mali obveznici zagovaraju kod fiskalnih vlasti uvođenje ove koncepta za obračun PDV-a međunarodne asocijacije malih preduzetnika²⁷ preporučuju da koncepti gotovinskog računovodstva za oporezivanje dohotka budu konzistentne gotovinskoj shemi oporezivanja PDV-a, naglašavajući da gotovinsko računovodstvo, osim što omogućava plaćanje poreza samo na ostvarenu realizaciju, olakšava i vođenje poslovnih knjiga i administriranje poreza za vlasnike i ostale zaposlene koji nisu računovođe, kao i pripremanje izvještaja, bez potrebe za godišnjim prilagođavanjima.

Izražene dvojbe članica u vezi potencijalnih negativnih efekata uvođenja koncepta gotovinskog računovodstva na naplatu prihoda od PDV-a utjecale su na modeliranje koncepta u članicama. Analiza prakse po članicama pokazuje različite modalitete koncepta²⁸. Neke članice nastoje spriječiti pojavu erozije prihoda od PDV-a nakon stupanja na snagu koncepta gotovinskog računovodstva ograničavanjem roka do kojeg se može odlagati obračun PDV-a na prodaje malog obveznika imajući u vidu situacije stečaja ili bankrota obveznika koji imaju obaveze prema malim PDV obveznicima. Praksa nekih članica ukazuje da se tolerira odlaganje obračuna i do godinu dana²⁹. Praksa članica ukazuje i na ograničavanje opsega primjene koncepta na određene grupacije obveznika. U nekim članicama koncept se ograničava na maloprodaju, poljoprivredu, profesionalne djelatnosti i isporuku zgrada i građevinskih usluga. Izbor djelatnosti ne predstavlja iznenađenje s obzirom da se radi o posljednjoj fazi prometnog lanca u kojoj se prodaja vrši krajnjem potrošaču. Na taj način se izbjegava problem posebnog reguliranja stjecanja prava kupca malog obveznika na odbitak PDV-a. S druge strane radi se o djelatnostima koje su likvidne, odnosno koje imaju uglavnom gotovinske prodaje, tako da nema znatnijeg odlaganja obračuna i plaćanja PDV-a. Imajući u vidu da se koncept uvodi da se pomogne obveznicima da održe likvidnost postavlja se pitanje koju korist od koncepta gotovinskog računovodstva imaju navedeni mali obveznici koji uglavnom imaju gotovinske prodaje.

IMPLIKACIJE KONCEPTA NA SISTEM PDV-A

U teorijskom smislu PDV predstavlja porez kojim se oporezuje svaka faza prometa sa mehanizmima koji omogućavaju odbitak poreza koji je plaćen na nabavljena dobra ili usluge od poreske obaveze na dobra ili usluge koja se prodaju. Teorijski koncept PDV-a polazi od "dodane vrijednosti", koja se definira kao vrijednost koju svaki sudionik u proizvodnom lancu (proizvođač, distributer, trgovac, i dr.) dodaje na inpute određene faze prije prodaje novog ili poboljšanog proizvoda i usluga.

Realni modeli PDV-a se u određenoj mjeri razlikuju od teorijskog koncepta. Prilikom oporezivanja naglasak nije na dodanoj vrijednosti, već na oporezivanju potrošnje. Osim toga, pravo na odbitak ulaznog poreza i opseg dobara i usluga koji se oporezuju PDV-om ne može se shvatiti u apsolutnom smislu, da obveznik ima pravo odbitka ulaznog poreza

²⁷ Office of Tax Simplification, "A simpler income tax for the smallest businesses: a discussion paper", London, July 2011, p. 11.

²⁸ Annacondia F., Corput van der W., "Amendments to the VAT Systems of the EU Member States on 1 January 2013 (2)", International VAT Monitor Vol. 24, No. 1, IBFD, Amsterdam, January-February 2013.

²⁹ Navedena praksa primjenjuje se u Italiji. Izvor: izdanja časopisa "International VAT Monitor", IBFD, Amsterdam, izdanja u 2012. i 2013.

na sve nabavke dobara i usluga, odnosno da su sve djelatnosti i sva dobra i usluge podložna oporezivanju PDV-om. Prema definiciji MMF-a PDV je *"porez sa širokom poreskom osnovicom koji se ubire na prodaju dobara do i uključujući, barem, fazu proizvodnje, sa sistemnom nadoknadom poreza koji je obračunat na nabavljena dobra kao inpute, izuzev, možda na kapitalna dobra, na teret poreza na outpute"*³⁰. Definicija PDV-a koja predstavlja temelj harmioniziranog sistema EU data je u Prvoj PDV direktivi:

„Princip zajedničkog sistema poreza na dodanu vrijednost uključuje primjenu općeg poreza na potrošnju dobara i usluga koji je točno proporcionalan cijeni dobra i usluge, bez obzira na broj transakcija koje nastaju u procesu proizvodnje i distribucije prije faze u kojoj se porez plaća. Na svaku transakciju će PDV biti obračunat na cijenu dobara ili usluga po stopi koje se primjenjuje da takvo dobro ili uslugu nakon odbitka iznosa PDV-a koji je direktno zaračunat na različite komponente troškova. Zajednički sistem PDV-a primjenjuje se do i uključujući fazu maloprodaje”³¹ (prev. aut.).

Navedene definicije su slične u osnovnim elementima, s tim da je definicija EZ sveobuhvatnija budući da se oporezivanje PDV-om proteže na sve faze prometnog ciklusa, uključujući i maloprodaju. Definicije obuhvataju različite modalitete PDV-a (kreditnu metodu i metodu oduzimanja) koji se primjenjuju u svijetu, ujedno odražavajući dvije temeljne karakteristike ove vrste poreza:

- PDV se ubire i naplaćuje u svakoj fazi prometa
- Obaveza za porez na outpute se umanjuje za porez koji je plaćen na nabavljene inpute.

Iako se PDV ubire u svakoj fazi prometnog ciklusa, sve do faze maloprodaje, mehanizam nadoknade ulaznog poreza iz nabavki *de facto* PDV-e transformira iz teoretskog koncepta poreza na međufaze prometnog ciklusa u realni koncept poreza na potrošnju. S obzirom da su svi sudionici u prometnom ciklusu imali mogućnost nadoknade ulaznog poreza PDV-e se u konačnici ubire u fazi krajnje potrošnje. Ovo je značajna činjenica za izradu projekcija prihoda od PDV-a, budući da visina ubranih prihoda od PDV-a ovisi o trendovima u potrošnji, elastičnosti potražnje i kretanjima na tržištu.

Članice su već kod uvođenja koncepta gotovinskog računovodstva za male obveznike bile svjesne opasnosti da se odustajanjem od temeljnih odlika koncepta PDV-a, kao što je pravo na odbitak PDV-a, narušava njegova neutralnost i umanjuju prednosti u odnosu na sistem oporezivanja porezom na promet. U suštini, odlaganje prava na odbitak i obračuna PDV-a dovodi do prekida lanca obračuna PDV-a u kojem je izlazni PDV-e jednog obveznika u jednom poreskom razdoblju ulazni PDV-a drugog obveznika u istom razdoblju³².

³⁰ Ebrill L., Keen M., Bodin J-P, Summers V., "The Modern VAT", IMF, Washington, 2001., p. 2.

³¹ First Council Directive 67/227/EEC of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes, OJ 071, 14/04/1967 P. 1301 – 1303.

³² Slična situacija je bila i sa snažnim zahtjevima članica da se primjena mehanizma obrnutog terećenja (engl. *reverse charge mechanism*), koji u osnovi podrazumijeva prijenos obaveze za PDV-e sa prodavca na kupca, proširi na sve faze prometnog lanca ili barem na veći broj djelatnosti (osim građevinskih radova i prometa otpada).

Osim prava na odbitak, primjenom koncepta gotovinskog računovodstva PDV kao sistem gubi i druge svoje odlike: administrativnu jednostavnost, svefaznost i samokontrolirajući karakter.

PDV-e odlikuje administrativna jednostavnost. Osnovne evidencije koje obveznik treba da vodi i koje su predmet kontrole su knjige ulaznih i izlaznih faktura. Elektronskim ukrštavanjem evidencija više obveznika moguće je otkriti lančane prijevare. Administriranje koncepta gotovinskog računovodstva je kompleksnije budući da treba povezati fakture, bankovne i blagajničke evidencije. Poseban problem za poresku administraciju predstavlja praćenje naknadne naplate/plaćanja po fakturama izdanim/primljenim prije uvođenja koncepta. Postoji realna opasnost dvostrukog umanjenja poreske obaveze, u momentu primitka fakture (prije uvođenja koncepta) i u momentu plaćanja (nakon uvođenja koncepta). Poreska administracija objektivno ni u jednoj zemlji nema resursa da kontrolira velikih broj malih obveznika u određenom razdoblju. S obzirom na dosadašnju sporadičnu primjenu gotovinskog računovodstva u svrhu PDV-a prilikom donošenja odluke o uvođenju koncepta korisno je analizirati iskustva članica koje imaju shemu u nacionalnom sistemu PDV-a. Praksa V. Britanije³³ je značajna ne samo za države koje još nisu prihvatile opciju koju nudi Druga direktiva o fakturiranju ili su u procesu razmatranja, već i za one koje su shemu tek uključile u nacionalne PDV sisteme. Budući da u početku nisu mogle biti anticipirane sve specifičnosti poslovanja heterogene grupacije malih obveznika V. Britanija je pravila koncepta kontinuirano dograđivala, što je povećavalo kompleksnost administriranja koncepta. Pravno reguliranje i višegodišnja praksa V. Britanije, koja shemu gotovinskog računovodstva primjenjuje skoro 20 godina, ukazuje na određeni paradoks. Iako se koncept uvodio u cilju pojednostavljenja administriranja PDV-om za grupaciju obveznika kojima su troškovi administriranja poreza veći teret nego velikim obveznicima u konačnici je administriranje koncepta postalo izuzetno kompleksno, ne samo za malog PDV obveznika, već i za poresku administraciju.

Eksperti OECD u opširnoj studiji u vezi sa oporezivanjem preduzeća male i srednje veličine navode da se primjenom koncepta gotovinskog računovodstva mogu u značajnoj mjeri smanjiti troškove poštivanja poreskih propisa, ali i upozoravaju da se u praksi mogu javiti različiti stepeni kompleksnosti administriranja koncepta, ovisno dodatnoj dokumentaciji i evidencijama koje obveznici moraju voditi, uključujući i ostalu finansijsku dokumentaciju³⁴. Polazeći od činjenice da grupacija malih i srednjih preduzeća nije homogena kategorija poreskih obveznika Svjetska banka je razvila nekoliko modela za administriranje koncepta gotovinskog računovodstva. Najjednostavniji model administriranja podrazumijeva vođenje knjige blagajne na osnovu dnevnih priliva i plaćanja, složeniji model uključuje i vođenje evidencija prodaja i nabavki, te finansijskih evidencija (bankovnih izvoda), dok najkompleksniji model uključuje i vođenje knjiga ulaznih i izlaznih faktura i pripremu skraćenih finansijskih izvještaja³⁵. Koncept gotovinskog računovodstva umanjuje značaj

³³ Velika Britanija primjenjuje pravila gotovinskog računovodstva u svrhu PDV-a od 1995.godine. Zbog dugogodišnje primjene koncepta gotovinskog računovodstva je razrađena u detalje. Shemu mogu primijeniti obveznici sa godišnjim prometom preko GBP 1,35 mil. Više: HMRC, Notice 731 Cash Accounting Scheme, January 2011.

³⁴ OECD, Taxation of SMEs: Key issues and policy considerations, OECD tax policy studies no. 18" (2009).

³⁵ IFC, "Designing a Tax System for Micro and Small Businesses: *Guide for Practitioners*", The World Bank

fakture, kao vrijednosnog dokumenta, a potencira značaj finansijske dokumentacije. Relativiziranjem značaja fakture i naglašavanjem momenta plaćanja/naplate, pogotovo ako se to odnosi i na kupca malog obveznika, PDV prestaje da bude samokontrolirajući porez. Odlaganjem obračuna PDV-a do momenta naplate potraživanja i odlaganjem odbitka PDV-a do momenta plaćanja obaveze prema dobavljaču PDV-e prestaje biti svefazni porez.

ZAKLJUČAK

Koncept gotovinskog računovodstva u svrhu oporezivanja PDV-om malih obveznika do 2013. godine se sporadično primjenjivala u nekolicini članica, iako je Evropska komisija je u svojim dokumentima³⁶ preporučila članicama primjenu gotovinskog računovodstva za oporezivanje malih preduzeća. Imajući u vidu da masovnija primjena koncepta započinje tek 1. januara 2013., stupanjem na snagu tzv. Druge direktive o fakturiranju, još uvijek je suviše rano za analize efekata primjene koncepta, u pogledu poboljšanja likvidnosti i ekonomskog položaja malih obveznika i obveznika koji su s njima povezani u prometnom lancu, ali i implikacija koncepta na priliv prihoda od PDV-a.

Može se zaključiti da je osnovna prednost koncepta gotovinskog računovodstva u tome da plaćanjem PDV-a u momentu naplate potraživanja od kupca mali obveznik ne mora angažirati vlastita sredstva za plaćanje PDV obaveze ili plaćati rashode kamata na pozajmice iz kojih bi platio porez. Uštede na rashodima ili eventualni prihodi od angažiranja vlastitih sredstava u druge svrhe pozitivno utječu na troškove i dobit malog obveznika, sa svim pozitivnim implikacijama koje niže prodajne cijene mogu imati na ekonomsku poziciju obveznika na tržištu.

Budući da je praksa članica pokazala da primjena koncepta gotovinskog računovodstva povećava kompleksnost administriranja PDV-om, uz evidentnu bojazan u vezi sa implikacijama na naplatu prihoda i funkcioniranje sistema PDV-a, prilikom razmatranja mogućnosti uvođenja koncepta, pogotovo u vrijeme globalne ekonomske krize, potrebno je analizirati i druge modalitete povoljnijeg oporezivanja malih obveznika. Neki od modaliteta zahtijevaju sistemne intervencije u politici oporezivanja (npr. oslobađanje malih obveznika koje zahtijeva definiranje optimalnog praga registracije, smanjenje broja stopa PDV-a do uvođenja jedinstvene stope), a drugi se odnose na pojednostavljenje administriranja (obračuna, naplate, podnošenja prijava, izvještavanja). S obzirom da mali obveznici nisu homogena skupina, u smislu ekonomskog i finansijskog položaja, karakteristika poslovanja, pozicije u prometnom lancu i dr., efekti svake od navedenih modaliteta, uključujući i shemu gotovinskog računovodstva, mogu se različito ispoljiti na pojedine grupacije malih obveznika, pa čak ih dovesti u lošiju poziciju nego prije izmjena sistema oporezivanja PDV-om. Bez obzira na izbor mjera za koje se fiskalne vlasti odluče u cilju poboljšanja ekonomskog i finansijskog položaja malih obveznika najvažnije je da mjere ne budu obavezne, već da se ponude kao opcija koju mogu odabrati mali obveznici ukoliko procijene da mogu ostvariti koristi od predloženih shema oporezivanja.

Group (in collaboration with DFID), December 2007., p. 51.

³⁶ European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, Final Report of the Expert Group, "Accounting Systems for Small Enterprises – Recommendations and Good Practices", November 2008.

LITERATURA

- Annacondia F., Corput van der W., "Amendments to the VAT Systems of the EU Member States on 1 January 2013 (2)", International VAT Monitor Vol. 24, No. 1, IBFD, Amsterdam, January-February 2013.
- Commission Recommendation 96/280/EC of 3 April 1996 concerning the definition of small and medium-sized enterprises, OJ L 107, 30/04/1996.
- Commission Recommendation 2003/361/EC of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, OJ L 124. 20.5.2003.
- Council Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax, OJ L 347, 11.12.2006.
- Council Directive 2010/45/EU of 13 July 2010 amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards the rules on invoicing, OJ L 189, 22.7.2010.
- Deloitte, VAT Alert No. 6, 3 September 2012
- Desmeyere I., „The Hidden Features of EU Invoicing Directive 2010/45“, International VAT Monitor No 6/2011, IBFD, Amsterdam, November/December 2011.
- Ebrill L., Keen M., Bodin J-P, Summers V., "The Modern VAT", IMF, Washington, 2001..
- Ernst&Young, The 2012 worldwide VAT,GST and sales tax guide, www.ey.com
- European Commission, Enterprise and Industry Directorate-General, Final Report of the Expert Group, "Accounting Systems for Small Enterprises – Recommendations and Good Practices", November 2008.
- European Commission, High Level Group of Independent Stakeholders on Administrative Burdens, Opinion of the High Level Group, "Reform of the rules on invoicing and electronic invoicing in Directive 2006/112/EC (VAT Directive)", 22 October 2008.
- First Council Directive 67/227/EEC of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes, *OJ 071* , 14/04/1967 P. 1301 – 1303.
- Harrison G., Krellove, „VAT Refunds: A Review of Country Experience“, IMF Working Paper WP/05/218, IMF, 2005.
- HMRC, Notice 731 Cash Accounting Scheme, January 2011.
- IFC, "Designing a Tax System for Micro and Small Businesses: *Guide for Practitioners*", The World Bank Group (in collaboration with DFID), December 2007.
- OECD, Taxation of SMEs: Key issues and policy considerations, OECD tax policy studies no. 18" (2009).
- Office of Tax Simplification, "A simpler income tax for the smallest businesses: a discussion paper", London, July 2011.
- Sixth Council Directive of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment - 77/388/EEC
- Swinkels J.J.P., „Confusing EU VAT Invoices from 2013“, International VAT Monitor No 3/2012, IBFD, Amsterdam, May/June 2012.
- Tait A. A., "Value Added Tax, International Practice and Problems ", Washington, IMF, 1988.
- Wohlfahrt B., "The Future of the European VAT System", International VAT Monitor No 6/2011, IBFD, Amsterdam, November/December 2011.

Dinka Antić

Faculty of Law

Pan-European APEIRON in Banja Luka

Model of Taxation of Small and Medium Enterprises (SMES) in Vat System Based on Cash Accounting Concept

Summary: Standard model of VAT includes a calculation of VAT liability on a basis of issued invoices. Since 1 January 2013, aiming at simplification of tax administering, reduction of tax compliance costs and improvement of liquidity of small and medium enterprises (SMEs), the European Union has applied a cash accounting concept for VAT purpose. Taking into account the initiatives on introduction of cash accounting in the VAT system in Bosnia and Herzegovina, as a measure for combating with the global economic and financial crisis, the goal of the article is to present benefits and drawbacks of the application of cash accounting concept in VAT system, based on analysis of the EU legal framework and experiences of the member states, indicating possible alternative solutions.

Keywords: value added tax, cash accounting

Pregledni rad

Datum prijema rada:
3. jun 2013.

Datum prihvatanja rada:
4. jun 2013.

Doc. dr

Marina N. Simović

docent, Fakultet pravnih nauka, Panevropski univerzitet "Apeiron" Banja Luka

Doc. dr

Vladimir M. Simović

docent, Fakultet za bezbjednost i zaštitu, Banja Luka i Fakultet pravnih nauka, Travnik

Agresija u međunarodnom krivičnom pravu

Sažetak: Od pojave termina „agresija“ kao pravnog pojma vodila se višedecenijska akademska bitka u kojoj su naučnici ukrštali svoje stavove i argumente u pokušaju da se odgonetne njeno pravo značenje i smisao. S druge strane, problemi u definisanju agresije proizilaze iz različitih pristupa koje su države imale prema ovom terminu: jedne su u definisanju agresije vidjele znak spasa protiv bilo čijeg miješanja u svoje unutrašnje probleme, dok su druge to smatrale ograničavajućim faktorom u ostvarivanju svojih pretenzija. Ipak, i u takvim uslovima napredak je bio neminovan. Od obične norme kojom se zabranjuje agresija, preko njenog određenja kao međunarodnog zločina, pa sve do iskristalisanog sistema individualne krivice pred Međunarodnim krivičnim sudom, agresija je prešla put koji je bio i težak i naporan, ali i uspješan.

Značajne korake u tom smislu predstavljali su Versajski mirovni ugovor, Kelog-Brajanov pakt, suđenja u Njemačkoj i Tokiju, Povelja Ujedinjenih nacija, Rezolucija Ujedinjenih nacija broj 3314, Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda i konačno Reviziona konferencija u Kampali. Da li je „korak iz Kampale“ i posljednji? Iako predstavlja možda i najveću pobjedu u dosadašnjoj borbi za definisanje agresije, rješenje iz Kampale ima i jednu manu: njegova primjenljivost je uslovnog karaktera.

Ključne riječi: agresija, međunarodno krivično djelo, Međunarodni krivični sud, Rimski statut, Ujedinjene nacije.

UVODNE NAPOMENE

U konceptu prava na samoodbranu ključni pojmovi su oružani napad i agresija. Oružani napad je definisan u članu 51 Povelje Ujedinjenih nacija, u kojem su navedeni izuzeci od oprav-

dane upotrebe sile od bilo koje države članice Ujedinjenih nacija¹ koji ne podliježu sankcijama Savjeta bezbednosti UN. Međutim, Poveljom UN nije precizno definisano koja akcija predstavlja upotrebu sile. Ta činjenica je bila povod za nedoumice i sporenja između raznih država, a ponovo je postala aktuelna u poslednje dvije decenije.

Prihvatljivi oblici komunikacije između država, kao ključnih subjekata međunarodnih odnosa koje posjeduju suverenitet i ekonomsku samostalnost, normativno su regulisani u Povelji UN. Oblici komunikacije između država, međutim, u praksi često odstupaju od ove normativne regulative. Uzroci za to su razlike, velika suprotnost ili oštra sukobljenost interesa među državama, pa radi njihovog razrešavanja pojedine države posežu za raznovrsnim oblicima sile. Sa tog aspekta, agresija je najizraženije i najgrublje nasilno sredstvo. To je, prema međunarodnom pravu, akt upotrebe sile, odnosno napad jedne ili više država na drugu državu. Budući da je agresija zločin, Poveljom UN državama je zabranjen ne samo oružani napad, već i svaka upotreba sile koja je usmjerena protiv političke nezavisnosti ili teritorijalnog integriteta neke države, odnosno koja je u suprotnosti sa ciljevima i načelima UN. U Rezoluciji broj 3314 Generalne skupštine UN, od 14. decembra 1974. godine, kaže se da je agresija upotreba oružane sile jedne države protiv suvereniteta, teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti druge države. U vezi s tim, naglašeno je da je upotreba oružane sile jedne države protivna Povelji - dokaz izvođenja akta agresije.

Otpočinjanje Drugog svjetskog rata i strašna razaranja koja su ga pratila „izazvala“ su međunarodnu zajednicu da konačno postigne konsenzus i proglasi agresiju za krivično djelo. U januaru 1942. godine predstavnici devet država koje su bile napadnute od nacista sastali su se u Londonu na međusavezničkoj konferenciji o kažnjavanju ratnih zločina. Konferencija je zaključena javnom deklaracijom koja je sadržala upozorenje da će svi oni koji su odgovorni za strašna nedjela biti kažnjeni kroz sistem organizovanog pravosuđa, a agresivni rat je proglašen djelom za koji će vladari i vojni lideri odgovarati na osnovu lične, tj. individualne odgovornosti.

POJAM, OBLICI I PRAVNA PRIRODA AGRESIJE

Prema definiciji koja je data u Rezoluciji broj 3314 Generalne skupštine UN, od 14. decembra 1974. godine (član 1), agresijom se smatra „upotreba oružane sile jedne države protiv suvereniteta, teritorijalne cjelokupnosti ili političke nezavisnosti druge države, odnosno na bilo koji drugi način koji nije u saglasnosti sa Poveljom UN, kako to proističe iz ove definicije“. U interpretativnoj bilješci dodatoj ovom članu precizirano je da se pod pojmom „država“ podrazumijeva svaka država bez obzira na to da li je članica UN, odnosno da ovaj pojam obuhvata i „više država“ - kada je to podesno. To znači da agresiju u njenom izvornom značenju može da izvrši i više država istovremeno. Bliže objašnjenje koja će se upotreba sile smatrati agresijom, dato je u članu 2 Rezolucije i glasi: „Prvo otpočinjanje upotrebe oružane sile od jedne države protivno Povelji - predstavlja *prima facie* dokaz izvršenja akta agresije“.

Dok je u članu 1 data opšta definicija agresije, u članu 3 Rezolucije nabrojani su akti koji, bez obzira na to da li je rat objavljen, predstavljaju agresiju. Tako se aktima agresije smatraju: (1) invazija ili napad oružanih snaga jedne države na teritoriju druge države ili sva-

¹ U daljnjem tekstu: UN.

ka vojna okupacija, makar i privremena, koja proizađe iz takve invazije ili napada ili aneksija teritorije ili dijela teritorije druge države upotrebom sile; (2) bombardovanje teritorije neke države od oružanih snaga druge države ili upotreba ma kog oružja od jedne države protiv teritorije druge države; (3) blokada luka ili obala jedne države od oružanih snaga druge države; (4) napad oružanih snaga jedne države na kopnene, pomorske i vazduhoplovne snage, pomorsku ili vazdušnu flotu druge države; (5) upotreba oružanih snaga jedne države, koje se pristankom zemlje prijema nalaze na teritoriji ove poslednje, protivno uslovima predviđenim u sporazumu, odnosno ostajanje tih snaga na teritoriji zemlje prijema i poslije isteka sporazuma; (6) radnje jedne države koja svoju teritoriju stavi na raspolaganje drugoj državi - da bi je ova koristila za izvršenje akta agresije protiv treće države; (7) upućivanje u ime jedne države oružanih bandi, grupa, neregularnih vojnika ili najamnika, koji protiv druge države vrše akte oružane sile, toliko ozbiljne da se izjednačavaju do sada nabrojanim aktima, odnosno značajno učešće jedne države u tome.

Kao što se može vidjeti iz navedene definicije, redaktori Rezolucije opredijelili su se samo da definišu pojam i propišu glavne oblike oružane agresije, tako da su slučajevi ekonomske, ideološke, kulturne, tehnološke, propagandne i druge agresije, koji su svakodnevno prisutni u praksi mnogih država, ostali van domašaja definicije. Čak je i prijetnja upotrebe oružane sile „ispuštena“ prilikom redakcije ovog dokumenta, što sve zajedno čini njegov veliki nedostatak.

Mada se agresivnim aktima smatra veći broj postupaka kojima se ugrožava ili povređuje suverenitet i druge vrijednosti država, samo u slučaju da bude predmet oružanog napada - država može da uzvrati na isti način, tj. upotrebom svojih oružanih snaga protiv agresora. Naravno, samo pod uslovom da se radi o dovoljno ozbiljnom angažovanju snaga agresora - da se može smatrati da se radi o napadu preduzetom s namjerom postizanja određenih ratnih ciljeva. Međutim, i u svim drugim slučajevima država prema kojoj su preduzeti akti agresije ima pravo da preduzima odgovarajuće mjere da bi zaštitila nezavisnost i druga svoja prava, koje su obično predviđene njenim unutrašnjim propisima. U tom pogledu, njoj su na raspolaganju i sva navedena sredstva mirnog rješavanja međunarodnih sporova, ali i sredstva koja su u granicama njenog suvereniteta (npr. prekid diplomatskih, ekonomskih i ugovornih odnosa).

Pomenuta rezolucija se određuje i prema pravnoj prirodi agresije. Tako se u članu 5 Rezolucije kaže: „Agresorski rat je zločin protiv međunarodnog mira. Agresija povlači međunarodnu odgovornost“. Iz ovakvog sadržaja proizlazi da samo agresija koja predstavlja rat ima težinu međunarodnog zločina, dok se u ostalim slučajevima agresivne upotrebe oružane sile ne može govoriti o zločinačkom postupku. Ovakva formulacija daje osnova za zaključak da odgovornost postoji za svaki od nabrojanih akata agresije, bez obzira na to što oni nemaju kvalifikaciju zločina.

U istom ovom članu predviđeno je da „nikakvi obziri bilo koje prirode, politički, ekonomski, vojni i drugi, ne mogu služiti kao opravdanje za agresiju“. Takvim stavom Rezolucija je uvela princip neizvinljivosti, odnosno jasno je stavila do znanja da ne postoji nikakvo opravdanje za akte oružane agresije. U njoj je, takođe, istaknuto da se neće smatrati dopuštenim i da neće biti priznato kao zakonito „nikakvo sticanje teritorije niti kakva posebna korist, koje proisteknu iz agresije“.

Određujući se prema agresiji, Rezolucija daje i određena ovlašćenja Savjetu bezbjednosti UN, i to: kod pitanja utvrđivanja da li u konkretnom slučaju postoji agresija i utvrđivanja agresorske prirode i drugih akata koji nisu u njoj pomenuti. Propisujući u članu 2 Rezolucije da upotreba oružane sile protivno Povelji UN od države koja joj je prva pribjegli predstavlja dovoljan dokaz o aktu agresije, Rezolucija ostavlja Savjetu bezbjednosti mogućnost da, shodno Povelji, može da procijeni da li bi u konkretnom slučaju bilo opravdano da se jedan oružani akt proglasi agresijom. To znači da bi ovaj organ morao da razmotri sve značajne okolnosti konkretnog slučaja, a posebno nivo opasnosti takvog akta sa stanovišta posljedica koje je prouzrokovao.

Ovakvo rješenje usklađeno je sa odredbama člana 39 Povelje UN koji ovlašćuju Savjet bezbjednosti da u svakom konkretnom slučaju utvrđuje da li postoji ugrožavanje ili narušavanje mira ili akt agresije, kako bi odlučio kakve će mjere preduzeti. Prema tome, Poveljom UN je utvrđivanje agresora ostavljeno slobodnoj procjeni Savjeta bezbjednosti, uz uslov da se preduzimanje mjera ostvari tek nakon utvrđivanja postojanja akta agresije. Odredbom člana 4 Rezolucije Savjet bezbjednosti je takođe ovlašćen da kvalifikuje agresorskim i druge akte koji nisu navedeni u ovom dokumentu, pri čemu je obavezan da se u svakom takvom slučaju striktno oslanja na osnovne ciljeve i načela sadržana u Povelji UN. Drugim riječima, ovi ciljevi i načela moraju biti osnovni kriterijumi u rješavanju takvih situacija.

Pozivajući se na Povelju UN i Deklaraciju o principima međunarodnog prava o prijateljskim odnosima i saradnji država u saglasnosti sa Poveljom Ujedinjenih nacija (iz 1970. godine)², Rezolucija takođe ukazuje da ništa u njenoj definiciji agresije ni na koji način ne može povrijediti pravo na samoopredjeljenje, slobodu i nezavisnost naroda koji je tog prava silom lišen, a naročito naroda pod kolonijalnim ili rasističkim režimom, odnosno drugim oblicima strane vlasti, kao ni pravo tog naroda da se bori i da traži i dobije podršku. Na taj način, oružane akcije oslobodilačkih, odnosno antikolonijalnih pokreta i ovim putem su ozakonjene, čime je osujećena mogućnost tumačenja smisla i tendencija definicije agresije na štetu prava na samoopredjeljenje onih naroda koji su u vrijeme njenog donošenja bili pod kolonijalnim i rasističkim režimima.

POJMOVNO ODREĐENJE AGRESIJE I RATA

Osnovni konstituens agresije jeste država, a rata - najmanje dva subjekta (dvije države ili dva subjekta u jednoj državi), od kojih je jedan ugrožavalac, a drugi objekat napada (žrtva). Agresor³ raznovrsnim, kontinuiranim ili kampanjskim i usklađenim neoružanim i oružanim djelatnostima napada vitalne vrijednosti države žrtve s namjerom da ih destabilizuje, modifikuje, preusmjeri, kompromituje, promijeni, preotme ili uništi. U stvari, mijenjanjem redoslijeda oružanih i neoružanih djelatnosti pokušava da od napadnute države iznudi neprihvatljive političke, ekonomske, vojne, teritorijalne, geopolitičke i slične ustupke.

² Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with The Charter of the United Nations GA Resn 2625 (XXV), Oktobar 24, 1970. Rezolucija je prihvaćena od Generalne skupštine UN bez glasanja. Postavljeno 30. maja 2013. sa web sajta: <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>.

³ „Agresor je država čije oružane snage napadnu drugu zemlju, odnosno na bilo koji način ugrozi nezavisnost, suverenitet ili teritorijalni integritet druge države“ (Vojni leksikon, 20).

Činjenica je da nasilno djelovanje agresora nije rat⁴ - sve dok se njegovoj agresiji ne suprotstavi odgovarajuća varijanta odbrane napadnute države. Dakle, da li će agresija prerasti u rat, isključivo zavisi od odluke napadnute države da se brani ili da kapitulira bez otpora, pa se agresija i rat pogrešno poistovjećuju.

Istorija krivičnog djela agresije počinje sa samom istorijom rata i međunarodnog prava u cjelini. Agresivni ratovi su stalna konstanta u razvoju čovječanstva, koje i samo, kao svoj nezostavni dio, ima veoma dugu „ratnu istoriju“, ali suprotno ovome inkriminisanje agresivnih ratova, odnosno njihovo definisanje kao posebnog krivičnog djela - ipak nema dugu istoriju.⁵

Tek u 20. vijeku, nakon završetka Prvog svjetskog rata, termin „agresija“ je prvi put upotrijebljen u jednom zvaničnom međunarodnom pravnom aktu. Bilo je to u Versajskom mirovnom ugovoru iz 1919. godine kojim je osnovan specijalni tribunal za suđenje njemačkom caru⁶ (njem. Kaiser) Vilhelmu II. Međutim, kako je car izbjegao u Holandiju, koja je odbila da ga izruči, do ovog suđenja nikada nije došlo. Treba skrenuti pažnju na jasno uočljivu činjenicu da namjera tvoraca ovog ugovora nije bila da se njemački kajzer optuži za izvršenu agresiju već za „kršenje međunarodnog morala i svetosti međunarodnih ugovora“, pa pojedini autori ovu odredbu označavaju kao normu koja nema pravni karakter u materijalnom smislu, već samo u formalnom⁷. Razlog za to leži u činjenici da agresija nikada prije nije bila proglašena za međunarodno krivično djelo, niti se ikada nekome sudilo po tom osnovu, pa bi suđenje njemačkom kajzeru za agresiju predstavljalo suđenje primjenom retroaktivnog zakona, što je bilo neprihvatljivo.⁸ Da bi se onemogućilo da budući učinioci krivičnog djela agresije ostanu nekažnjeni, dogovoreno je da se u skorije vrijeme pristupi definisanju ovog krivičnog djela i propisivanju sankcija za to djelo.

Pravna složenost problema proizilazi iz evidentne razlike ovog međunarodnog krivičnog djela u odnosu na ostala međunarodna krivična djela koja su osuđena od međunarodne zajednice. Taj zaključak proizilazi iz same definicije agresije usvojene Rezolucijom UN iz 1974. godine. Ovom definicijom obuhvaćen je pojam države u širem smislu, što znači da se ona odnosi na sve međunarodno priznate države, bez obzira na to jesu li članice UN.

Evidentno je da pojedine međunarodne zločine, kao što je, na primjer, agresija, mogu učiniti pojedinci u svojstvu najviših funkcionera države. Iz tih razloga odgovornost pojedinca za agresiju ne može se odvojiti od odgovornosti države. U duhu ove zamisli je izglasana i na snagu stupila pomenuta rezolucija iz 1974. godine, ali njen član 5 spominje samo pojam „međunarodne odgovornosti“, dok se ne precizira o kojoj vrsti odgovornosti se radi. Mogući razlozi radi kojih nije precizirana vrsta i oblik međunarodne odgovornosti - mogli bi se tražiti u tome što bi preciznije određenje dovelo do nepostizanja kompromisa oko teksta Rezolucije.

⁴ „Rat je kompleksan, intenzivan i masovan sukob država, vojno-političkih saveza ili različitih društvenih grupa unutar jedne zemlje, u kojem se masovno i organizovano primjenjuje oružano nasilje i vodi oružana borba radi ostvarivanja određenih političkih, ekonomskih i vojnih ciljeva klasa, država i naroda..., rat osim osnovnog sadržaja (oružana borba) obuhvata i druge oblike borbe (političku, ekonomsku, psihološku, moralnu), što ga čini totalnim sukobom“ (Vojni leksikon, 508).

⁵ Škulić, 282.

⁶ Njem. Kaiser.

⁷ Škulić, 154.

⁸ Ferencz, 39.

Ne predstavlja samo Rezolucija 3314 dokument u kojem se pokušao riješiti ovaj problem. Veliki doprinos dala je i Komisija za međunarodno pravo koja je 1976. godine u Nacrtu pravila o odgovornosti država (član 19) predvidjela razlikovanje međunarodnih zločina i međunarodnih delikata. Osnovna razlika ogleda se u tome što međunarodni zločin predstavlja „međunarodno protivpravno djelo koje proizilazi iz povrede od neke države međunarodne obaveze koja je toliko bitna za zaštitu temeljnih interesa međunarodne zajednice da je njena povreda priznata zločinom od te zajednice u njenoj cjelini“.

Može se konstatovati da je agresija međunarodno krivično delo koje ugrožava mir i sigurnost koja su kao dobra zagarantovana Poveljom UN. O značaju očuvanja ovih dobara su saglasni svi, te se u tom smislu može reći da mir i sigurnost predstavljaju „temeljne interese međunarodne zajednice“. Iz ovakvog tumačenja proizilazi zaključak da agresija potpada pod međunarodni zločin za koji i država agresor treba snositi odgovornost.

POKUŠAJ DEFINISANJA POJMA AGRESIJE

Prvi pokušaji preciznijeg određivanja pojma agresije usko su povezani sa razvitkom borbe za zabranu rata na međunarodnom planu. Uporedo sa nastojanjem da se ograniči pravo na rat, činjeni su i naponi da se agresor što preciznije definiše. U tom pravcu napredovalo se sporo. U periodu 1923. i 1924. godine učinjena su dva pokušaja određivanja pojma agresije (Nacrt ugovora o uzajamnoj pomoći, 1923. i Ženevski protokol o mirnom rješavanju međunarodnih sporova, 1924. godine). U Nacrtu ugovora agresija se izričito ne definiše, nego se samo konstatuju određeni elementi za njeno negativno određivanje; u Protokolu se, pak, jasno ističe da je „agresor svaka država koja pribjegne ratu, kršeći obaveze predviđene u Paktu i u ovom protokolu“⁹.

Zbog ovako sporog i nedovoljnog napredovanja u rješavanju ovog problema, neke zemlje su, u želji da osiguraju ličnu bezbjednost, zaključivale međusobne sporazume i u njima određivale i posebne kriterijume za lakše utvrđivanje agresora. Tako se Rajnskim paktom¹⁰ u ide korak dalje u odnosu na definisanje agresije u Paktu Društva naroda. U njemu se pojam agresije razlaže na „prostu“ i „flagrantnu“¹¹ agresiju. U slučaju flagrantne agresije državama potpisnicama daje se za pravo da intervenišu i prije odluke Savjeta. Drugi zapaženiji pokušaj definisanja agresije učinjen je na Svjetskoj konferenciji za smanjenje i ograničenje naoružanja u Ženevi, 1933. godine. Na ovoj konferenciji sovjetska delegacija podnijela je „Nacrt deklaracije o definisanju agresora“, u kome je izložila kriterije za identifikaciju napadača, kao i okolnosti na koje se agresor ne bi mogao pozvati u cilju pravdanja svog akta agresije¹². Prijedlog je, uz manje dopune, bio u osnovi prihvaćen.

Povelja UN, takođe, ne sadrži definiciju agresije. Ali, kao što smo već istakli, Specijalni komitet UN konačno je 1974. godine usvojio tekst definicije agresije.

⁹ Sukijasović, 47.

¹⁰ Rajnski pakt je u duhu načela Društva naroda sklopljen oktobra 1925. godine. Njime Njemačka, Francuska i Belgija uzajamno jemče nepovredivost granica, a Njemačkoj se priznaje demilitarizacija Rajnske oblasti.

¹¹ Prema odredbama Rajnskog pakta, pod „prostom“ agresijom se podrazumijevala agresija čije se postojanje nije moglo uvijek evidentno ustanoviti, a pod „flagrantnom“ - agresija čije se postojanje nije moglo nikako negirati.

¹² Mrkić, 231.

Analiza prostorne komponente agresije bez obzira na to da li je otpočeta sa teritorije države koja je napadnuta ili prema njenoj teritoriji, omogućava da se zaključi da neposredni realizatori agresije nastoje da poraze protivnika i tako postignu projektovani cilj. Dakle, osnovni sadržaj agresije jeste neka djelatnost posredstvom koje agresor u određenom periodu pokušava da prinudi protivnika da se potčini njegovoj volji. Fizička sila je posljednje sredstvo za kojim agresor poseže u tu svrhu, jer on donosi odluku o tome kojoj će vrsti djelatnosti dati prioritet.

AGRESIJA I MEĐUNARODNI KRIVIČNI SUD

Rad na osnivanju Međunarodnog krivičnog suda i odnos prema krivičnom djelu agresije

Vođena idejom slobodnijeg i pravednijeg društva, Generalna skupština UN je još 1947. godine, Rezolucijom broj 177, dala zadatak Komisiji za međunarodno pravo da započne sa izradom Zakonika o zločinima protiv mira i bezbjednosti čovječanstva. Rad Komisije po ovom pitanju je suspendovan 1954. godine, da bi bio nastavljen 1981. godine. Napredak je učinjen 1991. godine kada je Komisija predstavila Nacrt ovog zakonika, koji se u čl. 15 i 16 bavio agresijom i prijetnjom agresijom.¹³ Sljedeće, 1992. godine, dolazi do preokreta, jer je Generalna skupština UN, Rezolucijom broj 47/33, naložila Komisiji da svoj rad prioritarno preusmjeri ka izradi nacrt statuta stalnog međunarodnog krivičnog suda.¹⁴ Komisija već 1993. godine podnosi Generalnoj skupštini UN Nacrt statuta koji ne definiše krivično djelo agresije, ali propisuje odgovornost za ovo krivično djelo po odredbama međunarodnog prava (član 26).¹⁵ Dalje, član 27 Nacrta propisuje da osoba ne može biti optužena za akt agresije prije nego što Savjet bezbjednosti UN utvrdi da je država učinila akt agresije koji je predmet optužbe.

Nakon prijema sugestija i primjedaba od vlada pojedinih država, Komisija 1994. godine podnosi revidirani Nacrt statuta.¹⁶ Za razliku od ranijeg Nacrta, krivično djelo agresije je izričito propisano kao djelo koje spada u nadležnost međunarodnog krivičnog suda (član 20), ali agresija i dalje ostaje nedefinisana.

Nova strategija Generalne skupštine UN usvojena je 9. decembra 1994. godine, kada je Rezolucijom broj 49/53 osnovan *ad hoc* komitet sa ciljem da nastavi sa radom na Nacrtu statuta koji je podnijela Komisija, ali i da se bavi pripremom međunarodne konferencije za osnivanje međunarodnog krivičnog suda. U svom konačnom izvještaju iz 1995. godine ovaj komitet je naglasio postojanje različitih stavova državnih delegacija u pogledu uključivanja krivičnog djela agresije u nadležnost međunarodnog krivičnog suda.

Krajem 1995. godine, Rezolucijom broj 50/46 Generalne skupštine UN, osniva se i Pripremni komitet za ustanovljavanje međunarodnog krivičnog suda. Između 1996. i 1998.

¹³ Vidi Bassiouni & Ferencz, 230–234.

¹⁴ General Assembly Resolution 47/33, A/RES/47/33. Postavljeno 30. maja 2013. sa web sajta: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/024/00/IMG/NR002400.pdf?OpenElement>.

¹⁵ Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth session, 3 May - 23 July 1993, Official Records of the General Assembly, Forty-eighth session, Supplement No. 10, U.N. Doc. A/48/10. Postavljeno 30. maja 2013. sa web sajta: http://untreaty.un.org/ilc/reports/english/A_48_10.pdf.

¹⁶ Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, 2 May - 22 July 1994, Official Records of the General Assembly, Forty-ninth session, Supplement No. 10, U.N. Doc. A/49/10. Postavljeno 30. maja 2013. sa web sajta: http://untreaty.un.org/ilc/reports/english/A_49_10.pdf.

godine Pripremni komitet se sastajao više puta kako bi usaglasio nacrt statuta budućeg suda, ali i kako bi organizovao sve administrativne poslove oko osnivanja suda.

Rimski statut

Na Diplomatskoj konferenciji održanoj u Rimu, pod pokroviteljstvom UN, usvojen je (17. jula 1998. godine) Statut Međunarodnog krivičnog suda, poznat i kao Rimski statut, čime je, poslije dugogodišnje borbe, konačno osnovan stalni Međunarodni krivični sud.¹⁷ Neka sporna pitanja po prvi put su se postavila na samoj Konferenciji.¹⁸ Delegacije su se dogovorile da agresija spada u krivična djela za koja je nadležan Međunarodni krivični sud (član 5 stav 1), ali bez definisanja ovog djela, propisujući u članu 5 stav 2 da će ovaj sud postati nadležan za krivično djelo agresije tek nakon što se propisima donijetim u smislu čl. 121 i 123 Statuta ustanove elementi bića ovog krivičnog djela i tako ispune prethodni uslovi za ustanovljenje nadležnosti Suda, pri čemu ti propisi moraju biti u skladu sa odgovarajućim odredbama Povelje UN.¹⁹ Naime, član 123 Statuta propisuje da će sedam godina nakon stupanja na snagu ovog statuta, generalni sekretar UN sazvati konferenciju za ponovno razmatranje Statuta, kako bi se razmotrili eventualni amandmani, pri čemu su dozvoljeni i amandmani na listu krivičnih djela sadržanih u članu 5 Rimskog statuta.

U međuvremenu, Rimski statut je stupio na snagu (1. jula 2002. godine) - kada je dostignut potreban broj ratifikacija. Na prvoj sjednici Skupštine država stranaka Rimskog statuta, 9. decembra 2002. godine, odlukom je formirana Specijalna radna grupa za krivično djelo agresije (SWGCA)²⁰, čiji je rad bio otvoren za sve države, bez obzira na to da li su ratifikovale Statut. Polaznu osnovu za rad ove grupe činio je poslednji izvještaj Pripremnog komiteta. Specijalna radna grupa se sastajala polugodišnje, a njen rad se zasnivao na sistemu kontinuiteta koji je podrazumijevao da se na svakom novom sastanku raspravljaju problematična pitanja sa prethodnog sastanka.²¹ SWGCA je sredinom 2009. godine zaključila rad na definisanju agresije čime su bili stvoreni svi uslovi za usvajanje ove definicije na budućoj revizionoj konferenciji.²²

Reviziono konferencija u Kampali

Kako je od stupanja na snagu Rimskog statuta prošlo više od sedam godina, te bili ispunjeni svi formalni uslovi za održavanje revizije konferencije koju propisuje član 123 Statuta, generalni sekretar UN je 7. avgusta 2009. godine sazvao Konferenciju, uputivši poziv svim državama članicama Statuta da joj prisustvuju. Sama Konferencija je održana u Kampali, glavnom gradu Ugande, u periodu od 31. maja do 11. juna 2010. godine i imala je više ciljeva, ali je svakako najznačajniji bio rad na usvajanju amandmana na Statut koji se tiču definisanja krivičnog djela agresije.

Glavna rasprava po ovom pitanju vodila se u okviru Radne grupe za krivično djelo agresije. Posljednjeg radnog dana Konferencija je usvojila Izvještaj konferencijske Radne grupe

¹⁷ Rome Statute of the International Criminal Court, U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 July 1998. Postavljeno 30. maja 2013. sa web sajta: <http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romeofra.htm>.

¹⁸ Vidi Herman & Robinson, 81–85.

¹⁹ Vidi Schuster, 1–57.

²⁰ *Special Working Group on the Crime of Aggression*.

²¹ Vidi Clark, (2008), 244 i 245.

²² Vidi Clark, (2009), 1103–1115.

za krivično djelo agresije, kao i Rezoluciju kojom su usvojeni amandmani kojima se dopunjuje Statut na taj način što se u njega uključuje definicija krivičnog djela agresije i uslovi pod kojima Međunarodni krivični sud može da vrši svoju nadležnost u odnosu na ovo krivično djelo. Istom rezolucijom Konferencija je usvojila amandmane na Elemente krivičnih djela (Elements of Crimes) vezane za krivično djelo agresije.

Postignuta je saglasnost da Međunarodni krivični sud zasniva svoju nadležnost za krivično djelo agresije samo u odnosu na ona krivična djela agresije koja budu učinjena godinu dana nakon što 30 prvih država bude ratifikovalo pomenute amandmane, a do čega ne može doći prije 1. januara 2017. godine do kada je predviđeno izjašnjavanje o njima (potrebna je dvotrećinska većina država stranaka). To znači da i ovi amandmani stupaju na snagu u skladu sa članom 121 Statuta, ali da Sud ne može vršiti svoju nadležnost u odnosu na ovo krivično djelo prije 2017. godine.

Sami pregovori su bili teški, jer je trebalo napraviti razliku između državnog „akta agresije“ i individualne krivice za „krivično djelo agresije“. Usvojeno rješenje pod „krivičnim djelom agresije“ podrazumijeva planiranje, pripremanje, započinjanje ili izvršenje, od osobe koja je u poziciji da efikasno vrši kontrolu ili da usmjerava političke ili vojne akcije države - akta agresije, koji po svom karakteru, težini i obimu predstavlja otvoreno kršenje Povelje UN. S druge strane, pod „aktom agresije“ podrazumijeva se upotreba oružane sile od jedne države uperene protiv suvereniteta, teritorijalnog integriteta ili političke nezavisnosti druge države ili upotreba sile na bilo koji drugi način koji nije u skladu sa Poveljom UN, pri čemu se za definisanje ovih radnji koristi rješenje iz Rezolucije Generalne skupštine UN, broj 3314 od 14. decembra 1974. godine.

Usvojena definicija obuhvata samo „jasne“ slučajeve agresije kao što je bila invazija Iraka na Kuvajt. Ostali oblici agresije kao što su tzv. humanitarna intervencija (NATO bombardovanje SR Jugoslavije 1999. godine), radnje preduzete u samoodbrani ili intervencije koje su odobrene od Savjeta bezbednosti UN - nisu obuhvaćeni definicijom krivičnog djela agresije.²³

Glavnu tačku sporenja u pregovorima predstavljali su uslovi za vršenje nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda za krivično djelo agresije. Stalne članice Savjeta bezbjednosti UN su predlagale da jedino Savjet bezbjednosti može zahtijevati od Suda da pokrene istragu za ovo krivično djelo, dok je većina ostalih država bila za to da odluku može donijeti i predpretno vijeće Suda - ukoliko je krivično djelo prijavljeno Sudu od Tužilaštva ili države stranke.

Postignuti kompromis u Kampali zadovoljava sve države: započinjanje istrage od Tužilaštva je uslovljeno „političkom“ odlukom Savjeta bezbjednosti UN koji utvrđuje postojanje akta agresije, ali ukoliko Savjet bezbjednosti UN ne utvrdi postojanje akta agresije u roku od šest mjeseci od dana obavještenja od Tužilaštva - tužilac može nastaviti sa istragom pod uslovom da to odobri predpretno vijeće Suda i uz određena ograničenja. Ta ograničenja su sljedeća: (1) u odnosu na države koje nisu članice Statuta, Sud ne može vršiti svoju nadležnost ako je djelo učinjeno od njihovih državljana ili na njihovoj teritoriji; (2) države članice Statuta mogu podnijeti Sudu deklaraciju u kojoj izjavljuju da ne prihvataju nadležnost Suda

²³ Vidi Cryer et al., 267–271.

za ovo krivično djelo i u tom slučaju Sud ne može vršiti svoju nadležnost za ovo krivično djelo u odnosu na njih; (3) Savjet bezbjednosti UN može stopirati započinjanje ili sprovođenje istrage za krivično djelo agresije u periodu od 12 meseci, na osnovu glave 7 Povelje UN, što je rješenje već postojećeg člana 16 Rimskog statuta.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Osnivanje Stalnog međunarodnog krivičnog suda bila je dugo neostvariva želja onih koji su vjerovali da je nadnacionalni krivični poredak moguć. Ovaj sud je prihvatio sistem individualne krivice, što bi, kada govorimo o agresiji, značilo da kada stvarnopravno bude u nadležnosti Suda, pred ovim sudom bilo moguće suditi samo osobama koje su neposredno ili po komandnoj odgovornosti počinile zločin agresije. Mnoga pitanja će, međutim, i dalje ostati otvorena, a to je, prije svega, pitanje odgovornosti države, koju nikako ne možemo izbjeći kada govorimo o zločinu agresije.

Vrlo je teško očekivati da će se države članice Skupštine država stranaka Rimskog statuta složiti oko proširivanja nadležnosti ovog suda i na odgovornost država. Takvo protivljenje bi se moglo razumjeti, jer je ovaj sud zamišljen kao organ koji će suditi pojedincima, a ne državama. Mogući izlaz u tom pravcu bio bi Međunarodni sud pravde, kao sudski organ, koji će moći raspravljati i meritorno odlučivati o građanskopravnoj i deliktnoj odgovornosti država za međunarodna krivična djela, ukoliko se, u konkretnom postupku, utvrdi da su učinjena uz sveobuhvatno korišćenje državnih resursa. Pravni osnov za ovakvo rješenje svakako postoji, ali politički konsenzus zasigurno neće biti postignut.

Da bi dobili odgovor na neka od postavljenih pitanja, moraćemo da sačekamo 2017. godinu - da bi vidjeli koliko će država ratifikovati revizione amandmane i koliko njih (ne)će uložiti deklaraciju kojom isključuju nadležnost Međunarodnog krivičnog suda za ovo krivično djelo. Da li će ovi amandmani prije 2017. godine imati bilo kakav značaj na svjetskoj pravnoj sceni? Mislimo da hoće. Države širom svijeta sada konačno pred sobom imaju definiciju krivičnog djela agresije koju mogu inkorporirati u svoja nacionalna zakonodavstva. S obzirom na princip komplementarnosti, nacionalni sudovi bi mogli da zasnuju sopstvenu nadležnost za ovo krivično djelo, što je već veliki korak naprijed u odnosu na dosadašnja rješenja. Drugo je pitanje da li su nacionalne vlade sposobne i voljne da to učine.

LITERATURA

- Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M. i Vukas, B. (2006). *Međunarodno pravo* 3. Zagreb: Školska knjiga.
- Avramov S. i Kreća M. (2003). *Međunarodno javno pravo*, Beograd: Savremena administracija.
- Barriga, S. (2011). *The Crime of Aggression*, in: Natarajan Mangai (ed.), *International Crime and Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bassiouni, M. C. & Ferencz, B. B. (2008). *The Crime Against Peace and Aggression: from its Origins to the ICC*, in: Bassiouni M. C. (ed.), *International Criminal Law*, Volume 1: Sources, Subjects and Contents, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Cassese, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cassese, A. & Roling, B.V.A. (1993). *The Tokyo Trial and Beyond*. Cambridge: Polity Press.
- Clark S. R. (2009). *Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It*. European Journal of International Law, Volume 20, (4).

- Clark S. R. (2008) *The Crime of Aggression and the International Criminal Court*, in: Bassiouni M. C. (ed.), *International Criminal Law*, Volume 1: Sources, Subjects, and Contents, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. & Wilmshurst, E. (2007). *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Degan V. i Pavišić B. (2005). *Međunarodno krivično pravo*. Rijeka. Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
- De Than, C. & Shorts, E. (2003). *International Criminal Law and Human Right*. London: Thomson and Sweet & Maxwell.
- Dinstein, Y. (2005). *War, Aggression and Self-Defence*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Đurđić, V. i Jovašević D. (2003). *Međunarodno krivično pravo*. Beograd.
- Žarić, D. (2009). *Individualna krivična odgovornost za zločin agresije*. magistarski rad, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Ferencz, B. (2000). *The Crime of Aggression*, in: McDonald, K. G. & Swaak-Goldman O. (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law: Commentary*, Volume I, The Hague: Kluwer Law International.
- Fon Klauzevic, K. (1951). *O ratu*. Beograd: Vojno djelo.
- From, E. (1975). *Anatomija ljudske destruktivnosti*, Zagreb.
- Hantington, S. (1998). *Sukob civilizacija i preuređenje svjetskog poretka*. Podgorica
- Hofman, B. (2000). *Unutrašnji terorizam*. Beograd: Narodna knjiga – Alfa.
- May, L. (2008). *Aggression and Crimes Against Peace*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mijalkovski, M. (1997). *Teorija i praksa agresije*. Beograd: Vojno djelo, (3).
- Milovanović, M. (2011). *Krivično djelo agresije između konsenzusa i osporavanja*. Beograd: Međunarodna politika, (1).
- Miršejmer, Dž. (2009). *Tragedija politike velikih sila*. Beograd: Udruženje za studije SAD u Srbiji.
- Mrkić, S. (2009). *Međunarodnopravni tretman rata*. Beograd: Međunarodna politika, (3).
- Pravila o odgovornosti država za međunarodna protivpravna djela (Responsibility of States for internationally wrongful acts, United Nations A/RES/56/83, 28. januara 2002).
- Shaw, M.N. (2008). *International Law*, Sixth Edition. Cambridge: Cambridge University Press
- Schuster, M. (2003). *The Rome Statute and the Crime of Aggression: A Gordian Knot in Search of a Sword*. Criminal Law Forum, Volume 14, (1).
- Simić, M. (1998). *Savremeni međunarodni odnosi i rat*. Beograd: VINC.
- Simović, M. i Blagojević, M. (2007). *Međunarodno krivično pravo*. Banja Luka: Fakultet pravnih nauka.
- Stajić, Lj. i Gilanović, Č. (1994). *Osnovi bezbjednosti*. Beograd: Kosmos.
- Starčević, M. (1998). *Osnove međunarodnog prava i međunarodnog ratnog prava*. Beograd: CVŠ VJ.
- Stojanović, Z. (2006). *Međunarodno krivično pravo*. Beograd: Pravna knjiga.
- Sukijasović, M. (1967). *Pojam agresije u međunarodnom pravu*. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu.
- Sun Cu Vu (1952). *Vještina ratovanja*. Beograd: VIZ.
- Tomanović, R. (2001). *Nacionalne i državne vrijednosti, interesi i ciljevi*. SIMVON, Zbornik radova Beograd: VIZ.
- Tomaševski, K. (1983). *Izazov terorizma*. Beograd: Mladost.
- Trahan J. (2011). *The Rome Statute's Amendment on the Crime of Aggression: Negotiations at the Kampala Review Conferenc*. International Criminal Law Review, Volume 11, (1).
- Umberto L. (2005). *The Historical Background*, in: Politi, M. & Nesi, G. (eds.), *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*, Ashgate Publishing Limited, Hants.
- Vilić, D. i Todorović B. (1999). *Terorizam i novi svjetski poredak*. Beograd: Grafomark.
- Vojni leksikon (1981). Beograd: Vojno-izdavački zavod.

- Von Herman H. & Robinson D. (1999). *Crimes within the Jurisdiction of the Court*, in: Lee, S.R. (ed.), *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute – issues, negotiations, results*. The Hague: Kluwer Law International.
- Vučinić, M. (1987). *Ograničeni ratovi*. Beograd: VINC
- Zorić, M. (1998). *Sušтина i vrste ratova*. Beograd: Vojno djelo, (4–5).
- Škulić, M. (2005). *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*. Beograd: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu.

Marina M. Simović

Assistant professor Faculty of of Legal Science Banja Luka and Legal Assistant within the Indirect Tax Administration of BiH

Vladimir M. Simović

Legal Assistant within the District Court of Banja Luka and Assistant Professor at the Faculty for Security and Protection in Banja Luka and Faculty of Legal Science in Travnik

Crime of Aggression in International Criminal Law

Summar: Ever since the term “aggression” appeared as a legal term, for several decades there has been an academic fight where scientists, attempting to decipher its real meaning and purpose, have been exchanging different views and arguments. On the other hand, problems in defining aggression arise from the fact that there has been a number of different approaches to this term, taken by various states, so that, in defining aggression, some states have seen a sign of salvation against anyone’s interference with their internal problems, whereas other states have seen it as a limiting factor for realising their pretensions. Yet, even in these circumstances, progress has been inevitable. Taking a path being difficult and hard but successful, the term „aggression“ has evolved from an ordinary clause prohibiting aggression through the international crime up to the clear system of individual guilt before the International Criminal Tribunal.

In this regard, the important steps have been made, including the Treaty of Versailles, the Kellogg–Briand Pact, the Nuremberg and Tokyo Trials, the Charter of the United Nations, United Nations General Assembly Resolution 3314, the Rome Statute of the International Criminal Court and, finally, the Kampala Review Conference. Is the step taken in Kampala the last one? Though the solution reached in Kampala may have hitherto been the greatest victory in defining aggression, it also has a flaw: its applicability is of a conditional nature.

Key words: aggression, international crimes, the International Criminal Court, Rome Statute, United Nations.

DOI: 10.7251/GFP1303184H

UDC: 351.74/.76

Pregledni rad

Datum prijema rada:
7. jun 2013.

Datum prihvatanja rada:
10. jun 2013.

Mr

Memić Hidajet

Stručni saradnik advokatskog
ureda Hamde Kulenovića u
Sarajevu,
email: hitcom_7@hotmail.com

Elektronski nadzor

- kao mjera obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka *de lege ferenda*

Sažetak: Ovim radom se ukazuje na mogućnost uvođenja *de lege ferenda* elektronskog nadzora osumnjičenog ili optuženog kao mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog ili optuženog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka, odnosno kao jedne od mjera zabrane.

Cilj rada je bio naglasiti važnost primjene informacijskih tehnologija u krivičnom postupku. Provedenim istraživanjem potvrdila su se predviđanja, odnosno utvrđene su teoretske pretpostavke za implementaciju mogućnosti uvođenja u zakonski tekst *de lege ferenda* sistema informacionog modela, tj. elektronskog nadzora prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog kao jedne od mjera zabrane kao novog modela i korištenja resursa informacionih tehnologija u krivičnopravnom procesu te njihove iskoristivosti u praksi, posebno kod mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku kako bi se istovremeno s većom sigurnošću postigla zaštita općih društvenih interesa i interesi lične slobode osumnjičenog, odnosno optuženog. Tim uvođenjem omogućila bi se kvalitetnija i šira primjena ostalih zakonom propisanih mjera zabrane i jamstva.

Gljučne riječi: elektronski nadzor, mjere obezbjeđenja, prisustvo osumnjičenog, odnosno optuženog, mjere zabrane, informacione tehnologije.

UVODNA RAZMATRANJA

Pri razmatranju pitanja mjera koje se primjenjuju za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka nameće se zaključak da su mjere koje se primjenjuju za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka konstanta u svim krivično procesnim sistemima.

Prednje prije svega proizilazi iz značaja osumnjičenog, odnosno optuženog kao krivično procesnog subjekta bez čijeg prisustva nije moguće voditi i uspješno završiti krivični postupak. Postojeći zakonski modeli predviđaju: poziv, dovođenje, mjere zabrane, jamstvo i pritvor (član 123 stav 1 ZKP BiH); mjere zabrane (zabrana napuštanja boravišta i zabrana putovanja - član 126 ZKP BiH, te zabrana preduzimanja određenih poslovnih aktivnosti ili službenih dužnosti, zabrana posjećivanja određenih mjesta ili područja, zabrana sastajanja s određenim osobama, naredba da se povremeno javlja određenom državnom organu i privremeno oduzimanje vozačke dozvole - član 126a ZKP BiH kao i lišavanje slobode i zadržavanje - član 139 ZKP BiH jesu mjere koji za potrebe uspješnog vođenja krivičnog postupka objedinjavaju različite modele nadzora i prisile u svrhu mjere osiguranja prisutnosti osumnjičenog, odnosno optuženog u toku vođenja krivičnog postupka.

Ako se ima u vidu samo postojanje normi koje se primjenjuju za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka, dobija se dojam da je koncepcija krivičnog procesa uravnotežena. Međutim, ako se uzmu u obzir zahtjevi i standardi koje pravna država postavlja pred pravosuđe, navedenim mjerama procesne pri-nude ograničavaju se različita ljudska prava i osnovne slobode osumnjičenog, odnosno optuženog, pa i prava iz kataloga prava koja propisuje Ustav BiH u članu II stav 3 kao npr.: pravo na ličnu slobodu i sigurnost iz tačke (d), pravo na slobodu kretanja i prebivališta iz tačke (m), sloboda mirnog okupljanja i sloboda udruživanja s drugima iz tačke (i) itd. U vezi s tim kao značajno pitanje postavlja se osnov i odabir mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku za njegovo određivanje, vrijeme trajanja i mjere koje se moraju predvidjeti za sprečavanje zloupotreba do kojih tom prilikom može doći.

OBAVEZE ZAKONODAVACA PRI UREĐENJU MJERE OBEZBJEĐENJA PRISUSTVA OSUMNJIČENOG, ODNOSNO OPTUŽENOG U KRIVIČNOM POSTUPKU

Primjena mjera obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog vezuje se za činjenicu da je njihova primjena usmjerena prema građanima, a prvenstveno osumnjičenom, odnosno optuženom za kojeg u principu važi pretpostavka nevinosti.

„[...] Načelo zakonitosti, kao najznačajnije pravno načelo u domaćem krivičnom zakonodavstvu formulisano je tako da ispunjava najviše međunarodnopravne standarde. U svom punom značenju ono ispunjava pet zahtjeva:

- samo je zakon izvor krivičnog prava (*nullum crimen sine lege scripta*),
- zabranjena je analogija u krivičnom pravu (*nullum crimen sine lege stricta*),
- zabranjena je retroaktivnost krivičnog zakona (*nullum crimen sine lege prae-via*),
- zahtijeva se određenost zakonskih opisa bitnih elemenata krivičnih djela (*nullum crimen sine lege certa*),
- zahtijeva se zakonitost u kažnjavanju (*nulla poena sine lege*)” (Bačić, 1998: 72).

Obaveze zakonodavaca pri uređenju mjera obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog koje proističu iz Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama čine čitav niz načela, preporuka i pravila konvencijskog prava o pravičnosti postupka, sankcijama i mjerama u zajednici, a one su sljedeće:

- Pretpostavka nevinosti (član 6 stav 2),
- Načelo proporcionalnosti,
- Legitimni razlozi za pritvor (član 5 stav 1c i stav 3).

Nepoštivanje od strane države potpisnice bilo kojeg od prava koje Konvencija garantuje osumnjičenom, odnosno optuženom čini sami postupak nezakonitim. Samim tim, da bi stanje *de facto* bilo odraz *de jure* stanja, nametnula se i potreba preispitivanja pojedinih instituta i zakonskih rješenja u našem krivično procesnom zakonodavstvu sa aspekta njegove usaglašenosti sa evropskim standardima. U cilju usaglašavanja sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (član 5), odnosno evropskim standardima, Zakon o krivičnom postupku FBiH, Zakon o krivičnom postupku RS, Zakon o krivičnom postupku BD BiH i Zakon o krivičnom postupku BiH pitanju mjera obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog posvećuju posebnu pažnju. U skladu s navedenim standardima u članu 6 ZKP BiH¹ navedena su prava osumnjičenog, odnosno optuženog.

Pretpostavka nevinosti

Pravo osumnjičenog, odnosno optuženog da se pretpostavlja njegova nevinost, jedan je od osnovnih uslova za ostvarenje prava na pravičan krivični postupak. Pretpostavka nevinosti koja je bila dio "Deklaracije prava čovjeka i građanina" još 1789. godine, i danas je zagaranirana članom 6 stav 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava koji navodi da: „[...] svako ko je optužen za krivično djelo, smatrat će se nevinim dok se njegova krivica ne dokaže u skladu sa zakonom.” Isti princip sadržan je i u članu 14 stav 2 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima koji glasi: „[...] Svako ko je optužen za krivično djelo ima pravo da se smatra nevinim, dok se njegova krivica ne dokaže na osnovu zakona.”

U suštini, pretpostavka nevinosti znači da se prema nekoj osobi koja se tereti za krivično djelo mora postupati kao da nije počinila krivično djelo sve dok neovisan i nepristrasan Sud pravosnažnom presudom ne utvrdi njenu krivicu.

Pretpostavka nevinosti je vrelo iz kojeg izviru sve ostale pravne norme o oduzimanju slobode osobi protiv koje se vodi krivični postupak. Osumnjičenu, odnosno optuženu osobu treba tretirati kao nedužnu, što znači da joj se ne smije oduzimati sloboda zbog postojanja osnovane sumnje da je neka osoba počinila krivično djelo. Ona se ima pravo braniti sa slobode, a pritvoriti se može samo u svrhu vođenja krivičnog postupka. Pretpostavka nevinosti brani prejudiciranje ishoda postupka, odnosno korištenje pritvora kao punitivne mjere kao i postojanje obligatornog pritvora koji bi se zasnivao samo na sumnji o počinjenju krivičnog djela. Zadatak ovog načela jeste da se postojeća sumnja rasvijetli tako da se dokaže nevinost osumnjičenog, odnosno optuženog.

1 „[...] (1) Osumnjičeni već na prvom ispitivanju mora biti obaviješten o djelu za koje se tereti i o osnovama sumnje protiv njega i da njegov iskaz može biti korišten kao dokaz u daljnjem toku postupka.

(2) Osumnjičenom, odnosno optuženom se mora omogućiti da se izjasni o svim činjenicama i dokazima koji ga terete i da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u korist.

(3) Osumnjičeni, odnosno optuženi nije dužan iznijeti svoju odbranu niti odgovarati na postavljena pitanja. (član 6. stav (1), (2) i (3) ZKP BiH) ”

Zakon o krivičnom postupku BiH, pretpostavku nevinosti je inkorporirao u domaće zakonodavstvo odakle proizilazi da optuženi ne snosi teret dokazivanja, već on leži na tužitelju i supsidijarno sudu, a bitno uporište nalazi u načelu *in dubio pro reo*, kroz odredbe člana 3 koji propisuje: „[...] (1) Svako se smatra nevinim za krivično djelo dok se pravomoćnom presudom ne utvrdi njegova krivnja. (2) Sumnju u pogledu postojanja činjenica koje čine obilježja krivičnog djela ili o kojima ovisi primjena neke odredbe krivičnog zakonodavstva, Sud rješava presudom na način koji je povoljniji za optuženog“. (član 3 st. 1 i 2 ZKP BiH).

Načelo proporcionalnosti

Pojam proporcionalnost ne nalazimo u Konvenciji, ali Evropski sud je kroz praksu razvio načelo proporcionalnosti. U samoj primjeni mjera obezbjeđenja prema osumnjičenom, odnosno optuženom, načelo proporcionalnosti je blisko vezano uz pravo na slobodu i pretpostavku nevinosti. Sud je primjenu načela proporcionalnosti na određivanje i trajanje pritvora izveo iz odredbe stava 1 člana 5 Konvencije prema kojoj pritvor mora biti nužan za ostvarivanje njegovih legitimnih ciljeva.

Naime, to znači da pritvor kao najteža mjera obezbjeđenja osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku može biti primjenjen samo kad je to apsolutno nužno, odnosno kao krajnja mjera, i samo toliko koliko je to nužno. Evropski sud je u više navrata rekao da se navedu razlozi zbog kojih bi druge mjere osim pritvaranja bile nedovoljne, jer se odluka o određivanju i trajanje pritvora može opravdati samo na osnovu relevantnih i dovoljnih razloga za zaštitu javnog interesa koji uprkos pretpostavci nevinosti pretežu nad načelom prava na slobodu.²

Načelo proporcionalnosti u našem krivičnoprocesnom zakonodavstvu se uvodi kroz vrste mjera koje se mogu poduzeti prema optuženom za osiguranje njegove prisutnosti i za uspješno vođenje krivičnog postupka, pa se tako u članu 123 stav 1 ZKP BiH taksativno navode vrste mjera:

„[...] (1) ... poziv, dovođenje, mjere zabrane, jamstvo i pritvor....“

U stavu 2 navedenog člana ZKP BiH, zakonodavac je odredio primjenu načela proporcionalnosti kod određivanja istih. „[...] (2) Prilikom odlučivanja koju će od navedenih mjera primijeniti, nadležni organ pridržavat će se uslova određenih za primjenu pojedinih mjera, vodeći računa da se ne primjenjuje teža mjera ako se ista svrha može postići blažom mjerom.“

Zakonodavac takođe i u članu 131 stav 1 ZKP BiH određuje primjenu načela proporcionalnosti: „[...] (1) Pritvor se može odrediti samo pod uslovima propisanim u ovom zakonu i samo ako se isti cilj ne može ostvariti drugom mjerom.“

2 Vidi Kreps protiv Poljske presuda od 26 jula 2001, Predstavka br. 34097/96, stav 43: „[...] Sud primjećuje da su relevantne sudske vlasti u ovom predmetu iznijele dva glavna razloga za produženje pritvora, tj. ozbiljnu prirodu samih djela za koje se teretio podnositelj i potrebu da se osigura neometan sudski postupak....“

Načelo proporcionalnosti je dodatni kriterij koji Sud mora uzeti u obzir pri izricanju i kontroli pritvora.

PROCESNE FORME MJERA OBEZBJEĐENJA PRISUSTVA OSUMNJIČENOG, ODNOSNO OPTUŽENOG U KRIVIČNOM POSTUPKU

„[...] Procesne forme koje zahtijeva Konvencija ne moraju nužno biti identične u svakom slučaju gdje se zahtijeva intervencija suda. Radi utvrđivanja osigurava li postupak adekvatne garancije mora se uzeti u obzir posebna priroda okolnosti u kojima se postupak odvija.³ Mjere za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku i uspješno vođenje krivičnog postupka su određene članom 123 ZKP BiH, odnosno analognih članova ZKP RS, BD i FBiH koji su suštinski identični i glase:

„[...] (1) Mjere koje se mogu poduzeti prema optuženom za osiguranje njegove prisutnosti i za uspješno vođenje krivičnog postupka jesu poziv, dovođenje, mjere zabrane, jamstvo i pritvor...“ Pod mjerama zabrane zakonodavac je tek izmjenom i dopunom objavljenoj u “Službenom glasniku BiH” broj 53/07 taksativno nabrojao koje su to mjere, pa tako imamo: „[...] zabranu napuštanja boravišta i zabranu putovanja...” (član 126 ZKP BiH) i „[...] zabranu preduzimanja određenih poslovnih aktivnosti ili službenih dužnosti, zabranu posjećivanja određenih mjesta ili područja, zabranu sastajanja s određenim osobama, naredbu da se povremeno javlja određenom državnom organu i privremeno oduzimanje vozačke dozvole...” (126a ZKP BiH). Međutim, izmjenom i dopunom ZKP BiH objavljenoj u “Službenom glasniku BiH” broj 58/08, član 139 ZKP BiH, zakonodavac je dodao još jednu novu mjeru, a to je „[...] lišavanje slobode i zadržavanje..”

„[...] Osim što je limitativno odredio mjere prinude za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog, zakon je propisao još i nekoliko veoma značajnih načelnih stavova za njihovu primjenu:

1. prilikom odlučivanja koju će od navedenih mjera primijeniti, nadležni organ se mora držati uslova predviđenih u zakonu za svaku pojedinu mjeru posebno,
2. teža mjera se neće primijeniti ako se ista svrha može postići primjenom blaže mjere i
3. svaka je mjera uslovljena posebnom faktičkom situacijom koju ona mora pratiti tako da se ukida po službenoj dužnosti kada prestanu razlozi koji su je izazvali, odnosno zamjenjuju drugom blažom mjerom kada se za to steknu uslovi.

Mjere prinude se primjenjuju pod dva opšta uslova:

1. da postoji određena opasnost koju primjenom procesne prinude treba otkloniti i koja procesnu prinudu opravdava. Opasnost mora biti konkretna, a njena procjena je nekad data unaprijed u zakonu, a nekad prepuštena ocjeni Suda u svakom slučaju posebno i
2. da postoji osnovana sumnja da je lice prema kojem se primjenjuje prinuda izvršilac krivičnog djela. (Sijerčić-Čolić, 2005:379)

3 Vidi De Wilde, Oms i Versyp protiv Belgije presuda od 18. juna 1971, Predstavke br. 2832/66, 2835/66 i 2899/66, Serija A br. 12, stav 78,

Iz same zakonske forme člana 123 ZKP BiH, vidljivo je da je zakonodavac u stavu 1 ujedno i rangirao mjere prema njihovoj težini, pa tako najblaža mjera jeste poziv, a najteža pritvor. U zakonskom opisu mjera obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog se ne predviđa mogućnost upotrebe informaciono-komunikacijskih tehnologija - (ICT-a) što bi doprinijelo jeftinoj, brznoj, pouzdanoj provjeri i primjeni nekih od lakših mjera obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog.

Pregledom zakonskih mjera za obezbjeđenje prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka se može reći da se krivičnoprocesno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine nastoji uskladiti sa međunarodnim standardima o pravima čovjeka i smjernicama koje se nalaze u presudama Evropskog suda za ljudska prava. Shodno tom nastojanju usklađivanja sa međunarodnim standardima o pravima čovjeka, zakonska rješenja nastoje odgovoriti na specifičnosti političkog i društvenog uređenja i stepen razvoja Bosne i Hercegovine, kao i na suzbijanje kriminaliteta, te organizaciju sistema krivičnog pravosuđa, a u prilog tome nastojanju ide i istraživanje u ovom radu.

Upotreba informaciono-komunikacijskih tehnologija u svrhu obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog za nesmetano vođenje krivičnog postupka

Radna hipoteza ovog rada jeste: moguće je načiniti informacioni model elektronskog nadzora osumnjičenog, odnosno optuženog koji je sposoban automatizirano tj. elektronski obavljati funkciju mjere zabrane tj. nadzora osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku koji će doprinijeti djelotvornijoj zaštiti općih društvenih interesa i interesa lične slobode osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku.

Primjenom informacionih tehnologija, svakodnevnim usavršavanjem na tržištu, pojavio se i cijeli niz alata, kako tehničkih, tako i programskih, koji omogućuju kvalitetan razvoj predloženog modela, što i konstantnim padom cijena tehnološke osnove preporučuje jeftinu, brzu i pouzdanu provjeru prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog. Postoje razvijeni mnogi koncepti i modeli koji u sebi objedinjuju konvencionalne tehnike. Korištenje resursa informacionih tehnologija danas je vrlo rašireno u svijetu po pitanju izvršenja kazne zatvora kao i bezbjedonosnim sistemima u civilnoj primjeni.

„[...] U svijetu je već odavno poznat i u velikoj mjeri prihvaćen koncept izvaninstitucionalnog tretmana osoba koje su počinile neko kazneno djelo. Naime, kazna lišenja slobode već je dulje vrijeme u svjetskim razmjerima podvrgnuta ozbiljnoj kritici. Pri tome se najčešće navode četiri temeljna razloga: visoka stopa penološkog recidivizma (osoba koja je jednom bila u penalnoj ustanovi ponovo dospijeva u penalnu ustanovu), sve veća prenapučenost penalnih institucija, koja dovodi do pogoršanja uvjeta života i tretmana u njima; sve veći novčani izdaci države za financiranje takvih ustanova te sve brojnije spoznaje o malim pozitivnim i velikim negativnim efektima tretmana u takvim ustanovama.” (Jandrić, 2006: 1033-1034).

Iz tog razloga važno je sačiniti informacioni model koji će biti u stanju kvalitetno zaštititi slobode garantirane Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kao i njenim protokolima. Takav informacioni model koji će ujedno štiti

garantirane slobode, odnosno optuženog i u realnom vremenu izvršavati posao nadzora i osiguranja njegove prisutnosti u krivičnom postupku. Informacioni model u sebi sadrži nekoliko različitih zakonom propisanih modela, odnosno može sadržavati i jedan model u kojemu će se izuzimati različite mjere iste zakonom propisane karakteristike.

Primjena informacionih tehnologija kroz mjeru elektronskog nadzora osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku, uz jasnu organizacijsku strukturu te uvođenje u zakonski tekst *de lege ferenda* može doprinijeti djelotvornijoj zaštiti općih društvenih interesa i interesa lične slobode osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku.

Pod informacionom tehnologijom se u ovom kontekstu podrazumijeva korištenje elektronskih i kompjuterskih alata /sredstava za praćenje kretanja, odnosno lociranje nosioca prilagođenog sredstva elektronskim uređajem koji osoba nosi na svom tijelu (tzv. elektronska narukvica).

Značajno za postavljenu hipotezu jeste integracijsko povezivanje u komunikacijskom procesu sudsko-policijskih organa kao učesnika krivičnoprocesnog postupka, a bitno je zbog podjele informacija između učesnika u procesu i način na koji se informacija proslijeđuje između učesnika u procesu, kako bi se u alarmantnoj situaciji promptno djelovalo. Za potrebe dokazivanja mogućnosti uvođenja informacionog modela tj. elektronskog nadzora kao mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog sačinjen je anketni upitnik koji je dostavljen braniteljima, sudijama, tužiteljima te policijskim organima koji učestvuju u krivičnim postupcima pri sudovima u BiH.

Istraživanje-anketa je provedena među direktnim sudionicima pravosudnog procesa s ciljem da se utvrdi mogućnost uvođenja informacionog modela tj. elektronskog nadzora kao mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog, kao i zadovoljstvo ispitanika trenutnim kvalitetom zakonske norme koja se odnosi na mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku.

Instrument ankete koja je provedena sastoji se od tri temeljne grupe pitanja:

- ocjena tvrdnji o stvarnoj korelaciji medija i učesnika u pravosudnom procesu institucija, te istog uticaja na pravosudne institucije prilikom donošenja odluke o određenju ili produženju mjera obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku, sadrži 6 (šest) pitanja,
- ocjena tvrdnji o načinu pristupa zakonskim razlozima za donošenja odluke o određenju ili produženju mjera obezbjeđenja prisutnosti osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku sudija, tužilaca i branitelja osumnjičenog ili optuženog s aspekta učesnika krivičnog postupka, sadrži 18 (osamnaest) pitanja i
- ocjena tvrdnji - o mogućnosti uvođenja u zakonski tekst *de lege ferenda* sistema informacionog modela, tj. elektronskog nadzora prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog kao jedne od mjere zabrane, sadrži 6 (šest) pitanja.

Pomoću anketnog upitnika prikupljena su mišljenja sudionika u istraživanju, sudija, tužilaca i branitelja koji se bave krivično procesnim pravom i službenika MUP-a i Državne

agencije za istrage i zaštitu (SIPA) koji su uključeni u rad pravosudnih institucija na osnovu čega se određuju stavovi o postavljenom upitu. Međutim, iako su anketirani direktni sudionici pravosudnog procesa, uočena je različita percepcija s aspekta učesnika krivičnog postupka anketiranih u zavisnosti od grupe pitanja i ticanja institucije, odnosno posla koji obavljaju ili obnašaju. Naposljetku, treba zaključiti da postoji relativna ujednačenost slaganja kod ocjene tvrdnje o mogućnosti uvođenja u zakonski tekst *de lege ferenda* sistema informacionog modela, tj. elektronskog nadzora prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog kao jedne od mjere zabrane.

Na osnovu prikupljenih podataka donose se zaključci, te se utvrđuje mogućnost i prednost nove mjere elektronskog nadzora kao mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku. Pitanja se težinski određuju pomoću Likertove skale od 1 do 5, kriteriji se ocjenjuju od beznačajnog, odnosno ne slaganja, do vrlo značajnog, odnosno potpunog slaganja sa modelom.

Metodom deskripcije, komparacije vjerovatnosti i sinteze, opisuju se i upoređuju postojeći načini obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku sa novom mjerom elektronskog nadzora. Izgled anketnog upitnika dat je u prilogu ovoga rada.

Uzorak je odabran prema problematici na terenu, odnosno upit je postavljen prema osobama sa dugogodišnjim iskustvom u pravosuđu. Kroz analizu dobivenih podataka izvršena je statistička obrada rezultata ankete što je dalo argumentaciju iznesenu u radu te je ujedno data ocjena mogućnosti uvođenja *de lege ferenda* elektronskog nadzora kao mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku.

U provođenju ankete sudjelovalo je 135 anketiranih koji obavljaju poslove u pravosuđu.

Statistička obrada pitanja ukazuje da je najveći broj 63, odnosno više od 2/3 ocijenio tvrdnje potpunog slaganja, da bi uvođenjem *de lege ferenda* elektronskog nadzora kao zakonske norme koja bi u potpunosti zadovoljila kvalitet alternativnog rješenja o preventivnom lišenju slobode kao mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku, odnosno kao jednu od mjera zabrane.

Uopće se ne slažem	8 odgovora	6 %
Uglavnom se ne slažem	7 odgovora	5 %
Nemam mišljenje-ne znam	8 odgovora	6 %
Uglavnom se slažem	49 odgovora	36 %
Potpuno se slažem	63 odgovora	47 %

Time se zaključuje da je moguće *de lege ferenda* primijeniti elektronski nadzor kao mjeru obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku.

Uvođenjem elektronskog nadzora bi se uspješno zamijenio postojeći klasični model *povremenog javljanja određenom organu* i samim tim zadovoljile bi se potrebe za kvalitetnijom i sigurnijom kontrolom osumnjičenog, odnosno optuženog, a bez narušavanja garantovanih osnovnih ljudskih prava, te ujedno omogućio veći procenat otkrivenosti zlo-

upotrebe određene mjere zabrane, kao i bolja povezanost unutar organizacijskih oblika sudsko-polijskih organa (on-line način rada).

Komparativna analiza primjene sistema elektronskog nadzora de lege ferenda kroz ZKP Italije i ZKP Republike Srbije

Provedenim istraživanjem utvrđene su mogućnosti uvođenja *de lege ferenda* elektronskog nadzora kao potpuno nove mogućnosti nadzora poštovanja, ograničenja i zabrana izrečenih mjera od strane suda. Elektronski nadzor kao mjera *de lege ferenda* je mjera samo dopunjujućeg karaktera u odnosu na jednu ili više mjera zabrane iz člana 126 i člana 126a, čijom bi se primjenom omogućio djelotvorniji pregled poštovanja izrečenih ograničenja i zabrana.

Predloženi informacioni model elektronskog nadzora poštovanja, ograničenja i zabrana izrečenih mjera, prikladniji je i sigurniji za upotrebu u sudsko-polijskoj praksi od uobičajenih, propisanih mjera zabrane.

Ovakvo rješenje nije novost u Evropi, koriste ih i pravosudna ministarstva brojnih evropskih država kao što su Holandija, Francuska, Belgija i Švedska, a mjeru elektronskog nadzora nalazimo i u odredbama Italijanskog zakona o krivičnom postupku koji u članu 275 bis navodi:

„[...] 1. Pri određivanju mjere kućnog pritvora, također i kao zamjene za kustodijalni nadzor u zatvoru, sudac može, ako smatra potrebnim u odnosu na prirodu i stepen mjere nadzora u konkretnom slučaju, propisati postupke nadzora pomoću elektronskih sredstava ili drugih tehničkih naprava, ako za to postoji pripremljenost pravosudne policije. Istom odlukom sudac određuje pritvor u zatvoru ako optuženik odbija upotrebu navedenih alata i naprava.

2. Optuženik prihvata primjenu sredstava i naprava nadzora iz stava 1 odnosno odbija njihovu upotrebu izričito izjavom pred službenikom ili agentom zaduženim za provedbu rješenja kojim je određena mjera. Izjava se dostavlja sucu koji je donio rješenje i tužiocu, zajedno sa zapisnikom iz člana 293 stav 1.

3. Optuženik koji je prihvatio upotrebu sredstava i naprava iz stava 1 dužan je omogućiti postupak postavljanja naprave i pridržavati se ostalih uputa.”⁴

„[...] Britanska vlada je 1999. godine uvela elektronske narukvice. Od tada je s ruku 15.000 zatvorenika skinut taj uređaj, a trenutačno ga nosi 2.000 osuđenih osoba. Oko pet posto, tj. 681 osuđena osoba vraćena je u zatvor zbog kršenja pravila o kretanju.”⁵

4 Codice di procedura penale ,Parte prima, Libro quarto, Misure Cautelari, Titolo I, Misure cautelari personali, Capo I, Disposizioni generali, Art.275-bis. Particolari modalità di controllo,-)Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, n. 250 del 24 ottobre 1988. Articolo inserito dall'art. 16, comma 2, del D.L. 24 novembre 2000, n. 341 convertito con modificazioni nella L.19 gennaio 2001, n.4. <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36788>

5 <http://www.jutarnji.hr/osudenici-ce-smjeti-na-posao-s-elektronskim-narukvicama-/283583/> (datum pristupa 06.03.2011.godine)

U našem susjedstvu, u Republici Srbiji, u krivičnoprocesno zakonodavstvo unesena je mjera elektronskog nadzora kao nova mogućnost za primjenu nadzora poštovanja, ograničenja i zabrana izrečenih mjera.

„[...] (10) Sud može naložiti da se prema okrivljenom kome je određena jedna ili više mera iz st. 1 i 2 ovog člana, primeni elektronski nadzor radi kontrolisanja poštovanja ograničenja koja su okrivljenom određena, pod uslovom da to neće škoditi zdravlju okrivljenog. Uređaj za lociranje okrivljenog (odašiljač), na zglobove ruke ili noge okrivljenog, odnosno na drugi način, pričvršćuje stručno lice, koje pri tom okrivljenom daje detaljna uputstva o načinu rada uređaja. Stručno lice rukuje i uređajem kojim se daljinski prati kretanje okrivljenog i njegov položaj u prostoru (prijemnik). Elektronski nadzor obavlja organ unutrašnjih poslova, Bezbednosno-informativna agencija ili drugi državni organ.“ (član 136 stav 10 ZKP RS (Službeni glasnik Republike Srbije, broj 72/2009).

„[...] (11) Mere iz st. 2 i 10 ovog člana mogu se odrediti i kao samostalne mere, ako su potrebne u cilju zaštite oštećenog ili svedoka, sprečavanja da okrivljeni utiče na saučesnike ili prikrivače, ili ako postoji opasnost da okrivljeni dovrši započeto krivično delo, ponovi krivično delo, odnosno učini krivično delo kojim preti.“ (član 136 stav 11 ZKP RS (Službeni glasnik Republike Srbije, broj 72/2009).

Trenutno u BiH je aktuelan problem nedovoljnih kapaciteta zatvora što je još jedan od razloga uvođenja navedenog sistema, odnosno zbog čega je neophodno uvesti nove, alternativne metode zatvora i pritvora kakve postoje u zemljama EU i zemljama u našem okruženju. Ova mjera bi u potpunosti zamjenila mjeru „naredba da se povremeno javlja određenom državnom organu,“ a ujedno bi ona suštinski bila supstitut mjeri pritvora koji se određuje zbog opasnosti od bjekstva i mjeri jamstva. Međutim, i pored toga što bi predstavljala dopunsku mjeru obezbjeđenja prisustva osumnjičenog u krivičnom postupku i uspješno vođenje krivičnog postupka, nema zakonske smetnje da bi se primjenjivala zajedno i sa mjerom jamstva. Naime, zakonodavac uspješno kombinuje mjere zabrane iz člana 126 i člana 126a, sa jamstvom, što bi u praksi, ako bi se ove zakonske mogućnosti adekvatno i optimalno koristile, trebalo bi da dovedu do veće primjene kako mjere iz člana 126 i člana 126a, tako i jamstva, a što bi onda ukupno, po logici stvari, trebalo da u znatno većoj mjeri i supstituiše pritvor kao svakako najrepresivniju mjeru.

„[...] U nastojanju da se ograniči zatvorski nadzor čl. 275 bis predviđa posebne oblike nadzora na daljinu u izvršenju kućnoga pritvora (tzv. «elektronska narukvica»), koje sudac određuje prema stupnju i prirodi mjera opreza u konkretnom slučaju. Mogućnost primjene toga oblika nadzora uvjetovana je pristankom osobe da se podvrgne mjeri, a u slučaju neprihvatanja sudac nema drugog izbora osim određivanja nadzora u zatvoru.“ (Caraceni, 2002: 94).

Mogućnost primjene oblika elektronskog nadzora uvjetovana je pristankom osobe da se podvrgne mjeri, a u slučaju neprihvatanja sudac nema drugog izbora osim određivanja pritvora, osim u slučaju ako se radi o osobi koja ima ugrađen pejsmejker (elektronski uređaj za elektrostimulaciju rada srčanog mišića). U takvim i sličnim slučajevima sud bi morao da stekne ubjeđenje da uređaj za nadzor neće štetiti zdravlju osumnjičenog, odno-

sno optuženog. Naime, u takvim slučajevima predlagač mjere bi trebao da pribavi stručno mišljenje-nalaz ljekara specijaliste da li takav uređaj škodi zdravlju osumnjičenog, odnosno optuženog.

To znači, da osnovni uslov za primjenu ovakvog posebnog tehničkog načina kontrole nadzora, jeste da neće biti štetan po zdravlje osumnjičenog, odnosno optuženog.

„[...] Jer okolnost da učinitelja u osudi krivičnog suda očekuje neko zlo neće njegovoj suradnji oduzeti svaku dobrovoljnost barem onda ako on zahvaljujući njoj izbjegava veće zlo ili se barem tome nada.“ (Eser, 1992:182)

Ono što je veoma značajno sa finansijskog aspekta realizacije ovog rješenja jeste da su troškovi neznatni u odnosu na koristi koje se mogu imati i obzirom na troškove države po tužbama za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava osoba neopravdano i neosnovano lišenih slobode, što je još jedan od argumenata za uvođenje *de lege ferenda* elektronskog nadzora kao mjere za obezbjeđenje prisustva optuženog.

„[...] Državni sekretar Ministarstva pravde Vlade Republike Srbije Slobodan Homen ukazao je danas na to da će se primenom sistema elektronskog nadzora osuđenika uštedeti približno 8,76 miliona evra godišnje, od čega može da se izgradi još jedan zatvor u Srbiji.“⁶

Sistem elektronskog nadzora osumnjičenog, odnosno optuženog se može realizovati na više načina, a jedan od tih načina je pomoću elektronske narukvice za praćenje na ruci ili gležnju. Kada se protiv osumnjičenog, odnosno optuženog završi krivični postupak ili onaj dio kojim je izrečena mjera zabrane, isti uređaj se primjenjuje na drugog osumnjičenog, odnosno optuženog. Sistem elektronskog nadzora ima višestruku namjenu. On može da se koristi ne samo kada su u pitanju izricanja mjera bezbjednosti osumnjičenom, odnosno optuženom, nego i na osuđenike za lakša djela i na kraće zatvorske kazne što je već prihvaćeno u našem pravnom sistemu.

Da li su ugrožena ljudska prava i slobode primjenom mjere elektronskog nadzora

Sam način na koji bi se vršio elektronski nadzor je vrlo jednostavan i ukratko opisan. To bi izgledalo tako da osumnjičenom, odnosno optuženom se na ruci ili gležnju noge stavi transmitter (odašiljač), tj. elektronska narukvica i ujedno mu se određuje prostor za kretanje. Uređaj za nadzor lokacije instalira se kod nadležnog organa koji je zadužen za nadzor osumnjičenog, odnosno optuženog. On povezuje osumnjičenog, odnosno optuženog koji nosi narukvicu sa nadzornim centrom. Čim osumnjičeni, odnosno optuženi napusti prostor koji je elektronski ucrtan, uređaj o tome šalje signal centralnoj monitorskoj jedinici.

U tehničkom smislu to bi izgledalo tako što bi odašiljač koji bi nosio osumnjičeni, odnosno optuženi u vidu narukvice ili sličnog uređaja bio u stalnoj vezi sa prijemnikom koji je kod ovlašćenog državnog organa zaduženog za nadzor osumnjičenog, odnosno optuženog. Tako bi svako njegovo kretanje bilo registrovano kao i skidanje elektronske

⁶ Počelo izvršavanje elektronskog nadzora osuđenika u kućnom pritvoru - <http://www.personalmag.rs/tag/elektronski-nadzor/> (datum pristupa 06.03.2011.godine)

narukvice. Čim bi osumnjičeni, odnosno optuženi narukvicu odbacio, to bi automatski bilo uočeno i istovremeno bi se uputila informacija sudu da je prekršena odredba o izrečenoj mjeri zabrane što bi značilo njegovo odustajanje od te mjere pa bi uslijedilo pritvaranje osumnjičenog, odnosno optuženog.

Ove narukvice se kombinuju sa različitim komunikacijskim sistemima i tehnologijama i koriste se u kombinaciji sa GPS satelitskim signalom i signalom mobilne mreže (GSM/GPRS, UMTS), kako bi se omogućio prenos signala narukvice putem GPS ili mobilne mreže neprekidno ili u određenim vremenskim intervalima prenosi do centra nadležne službe koja vrši nadzor osumnjičenog, odnosno optuženog.

Međutim, samim stavljanjem na tijelo odašiljača (transmitera), osumnjičenom, odnosno optuženom postavljaju se dva pitanja i to:

- da li se ugrožavaju ljudska prava i slobode, odnosno da li se narušava pravo na lični integritet i ljudsko dostojanstvo i
- da li ova mjera djeluje represivno.

Naime, u suštini navedena metoda ne predstavlja ništa veće narušavanje prava na lični integritet i ljudsko dostojanstvo od uzimanja biometrijskih podataka za lična dokumenta.

Međutim, s obzirom na veoma brzi razvoj informacionih tehnologija, u praksi zapadnih zemalja već imamo ugradnju RFID (Radio-frequency identification) čipova pod kožu operativnim putem u tijelo osobe kojoj je izrečena mjera elektronskog nadzora. (Američki Department of Rehabilitation and Correction (ODRH) u Ohiju, zatvorenike prati pomoću RFID tehnologije. Uz njih, na ovaj način zatvorenike prate i u Michiganu, Kaliforniji i Illinoisu.)

U takvom slučaju bi bilo diskutabilno da li sama ugradnja transmitera narušava pravo na lični integritet i ljudsko dostojanstvo, jer sama mogućnost primjene ovog oblika nadzora, uvjetovana je pristankom osobe kojoj je izrečena navedena mjera elektronskog nadzora.

Na prvi mah ova mjera djeluje prilično represivno, ali ona to u suštini nije, iz više razloga:

- za osumnjičenog, odnosno optuženog, dakle osobu još pod pretpostavkom nevinosti, povoljnija je od klasičnog pritvora,
- ova mjera omogućava širu primjenu ostalih zakonom propisanih mjera zabrane iz člana 126 i člana 126a.

Zakonom propisane mjera zabrane iz člana 126 i člana 126a, supstitutivnog su karaktera u odnosu na najagresivniju zakonom propisanu mjeru tj. pritvor, a samim tim se ne ugrožavaju ljudska prava i slobode.

Primjenom informacionih tehnologija tj. elektronskog nadzora osumnjičenog, odnosno optuženog kao jedne od mjera zabrane u svrhu obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku, dolazi se do zaključka da:

- su zadovoljeni postavljeni uvjeti zaštite ljudskih prava i sloboda,
- policijski organi brže djeluju u slučaju bjekstva osumnjičenog, odnosno optuženog,
- smanjuju se troškovi krivičnog postupka, i
- unapređuje se saradnja i integracijsko povezivanje u komunikacijskom procesu sudsko-policijskih organa kao učesnika krivičnoprocesnog postupka.

Iako su ljudska prava neotuđiva i ne mogu biti oduzeta nikome, ne znači da se ne mogu nikada ograničiti ili poreći. To znači da, kada je pravo izraženo u obliku pravne norme, granice toga prava treba da se odrede, pravo na slobodu neke osobe može biti ograničeno pravnom odredbom da ona može biti nadzirana, uhapšena ili pritvorena.

ZAKLJUČAK

Pod uticajem međunarodne zajednice, a svakako zbog korupcije i organiziranog kriminala koji je danas na nivou koji ugrožava daljnji razvoj Bosne i Hercegovine kao države, reforma krivičnog postupka stavljena je kao jedan od prioriteta. Stalno širenje granica krivičnopravne zaštite koje nameću novi oblici kriminaliteta, preuzete obaveze iz međunarodnih ugovora i konvencija, kao i nepostojanje ili nerazvijenost drugih sredstava kojima bi se snažnije od krivičnog prava suzbilo neko društveno opasno ponašanje, uslovalo je radikalne reforme u ZKP BiH. Uvode se novi pravni pojmovi i instituti, a iz same poplave brojnih izmjena i ispravki ZKP BiH⁷ jasno je da ovim zakonskim projektom ne završava razvoj krivičnog procesnog prava u BiH. Naprotiv, taj specifični razvojni proces tek je otvoren.

Krivičnoprocesno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine, a prije svega ZKP kao njegov glavni reprezent treba da bude u cijelosti usaglašeno sa standardima Evropske unije, a time i sa tendencijama prisutnim u savremenoj nauci krivičnoprocesnog prava i rješenjima prisutnim u savremenom komparativnom zakonodavstvu uopće. Novim zakonskim tekstom treba stvoriti normativnu osnovu za željeni stepen efikasnosti krivičnog postupka, a što se može postići samo pod uslovom usaglašavanja njegovog sadržaja s označenim standardima.

Usaglašavanje krivičnoprocesnog zakonodavstva s ovim standardima, a time i sa tendencijama savremene krivičnopravne nauke i sa rješenjima koja su prisutna u savremenom komparativnom krivičnoprocesnom zakonodavstvu je u funkciji onoga što predstavlja prioritet: to je efikasna borba protiv svih vidova kriminaliteta i zaštita ljudskih prava i sloboda.

Shodno iznesenom tako i po pitanju mjera obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog treba se okrenuti sistemskim rješenjima i regulaciji koja vodi prema poželjnom stepenu regulacije sigurnosti da osumnjičeni ili optuženi bude prisutan tokom vođenja krivičnog postupka, a da se pri tom zaštite opći društveni interesi i interesi lične slobode osumnjičenog, odnosno optuženog.

⁷ Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/03. sa izmjenama i ispravkama objavljenim u Službenimglasnicima BiH 03/03, 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, 93/09.

Prvi korak u razvoju tog sistema jeste prihvatiti pozitivnu praksu zemalja koje su sistem elektronskog nadzora pravno normirale i unijele u sistem krivičnoprocesnog pravo-suda te je potrebno *de lege ferenda* uvrstiti elektronski nadzor kao mjeru zabrane.

Elektronskim nadzorom osumnjičenog, odnosno optuženog moguće je ostvariti model primjeren potrebama društva, model zasnovan na zakonitim rješenjima, realnom stanju i uslovima, koji će na osnovu svojih karakteristika moći zadovoljiti sve veću potrebu savremenog društva za efikasnom, jeftinom i univerzalnom sigurnošću koja može garantovati nadziranje osumnjičenog ili optuženog.

Uvođenjem elektronskog nadzora *de lege ferenda* kao mjere obezbjeđenja prisustva osumnjičenog, odnosno optuženog u krivičnom postupku može imati samo pozitivne učinke na funkcioniranje krivičnog postupka. Neminovno bi olakšalo rad sudske prakse prilikom donošenja odluke u postupku osporavanja osnova zakonitosti prilikom određivanja neke od mjera procesne prisile i pravičnog suđenja na koje osumnjičeni, odnosno optuženi ima pravo od samog početka krivičnog postupka.

Tim uvođenjem omogućiće se šira primjena ostalih zakonom propisanih mjera zabrane i jamstva koja sudu ostavljaju široke mogućnosti za donošenje odgovarajućih odluka u zavisnosti od postojanja konkretnih objektivnih i subjektivnih okolnosti i slučaja. Ujedno bi se pri tome i oduprijelo negaciji stanja postojećih rješenja da su neprimjerena potrebama društva, kao i procesu desocijalizacije osumnjičenog ili optuženog, te time izbjeći izolaciju, isključenje i otuđenje osumnjičenog ili optuženog iz društva prije pravosnažne odluke.

LITERATURA:

- Bačić, Franjo, "Kazneno pravo—Opći dio", Informator, Zagreb, 1998. godine,
- Caraceni, Lina, "Codice di procedura penale (Talijanski kazneni postupak) komentar - Pravni fakultet Sveučilišta u Macerati Knjiga četvrta Mjere opreza" - Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Biblioteka Zavoda za kaznene znanosti Mošćenica, Rijeka, 2002. godine,
- Eser, Albin, "Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava" 182 Zbornik PFZ, 42(2) 167-191; Zagreb, 1992. godine,
- Jandrić, Anita, "Izvaninstitucionalni programi rada s ovisnicima o ilegalnim drogama: mogućnosti izricanja alternativnih sankcija punoljetnim osuđenim ovisnicima"; Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka (1991) v. 27, br. 2, 1033-1053; Rijeka, 2006. godine,
- Sijerčić-Čolić, Hajrija „et al“; "Komentari zakona o kaznenom/ krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini" Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske unije CD izdanje - PDF format. Avgust, 2005. godine.

Izvori:

- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima ICCPR.
- Odabrane presude; Evropski sud za ljudska prava; Izdavač: Savet Evrope Kancelarija u Beogradu; Beograd, 2006
- Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini (Dejtonski sporazum)
- ZKP BiH ("Službeni glasnik" Bosne i Hercegovine) br. 3/03, sa izmjenama i ispravkama objavljenim u Službenom glasniku BiH" br. 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, 93/09)
 ZKP BD BiH ("Sl. glasnik BD BiH" br.10/03)
 ZKP FBiH ("Sl. glasnik FBiH" br. 35/03)
 ZKP RS ("Sl. glasnik RS" br. 50/03)
 ZKP RS ("Sl. glasnik Republike Srbije" br.72/2009, 76/2010)
 www.altalex.com
 www.cccbh.ba
 www.cest.gov.ba
 www.coe.int
 www.coe.ba
 www.echr.coe.int
 www.elmotech.com
 www.jutarnji.hr
 www.oscebih.org
 www.personalmag.rs
 www.sudbih.ba

Prilog: Statistički obrađen anketni upitnik provedenog istraživanja (% je zaokružen na cijeli broj)

Označavanjem broja u rasponu od 1 do 5 (gdje su 1 i 2 negativno područje, 3 neutralno, a 4 i 5 pozitivno područje) dajete svoju subjektivnu ocjenu postavljene tvrdnje.	-- uopće se ne slažem	- uglavnom se ne slažem	0 nemam mišljenje ne znam	+ uglavnom se slažem	++ potpuno se slažem
Percepcije domaće i međunarodne javnosti kako je BiH zemlja u kojoj su korupcija i organiz.kriminal na nivou koji ugrožava daljnji razvoj države, utiče na rad pravos. institucija.	21 16%	24 18%	32 24%	24 18%	34 25%
Postoji velika razlika između pravničke percepcije profesije i percepcije javnosti o onome što učesnici krivičnog postupka sudije, tužioci i branitelji rade kao struka.	9 7%	13 10%	15 11%	33 24%	65 48%
Mediji, krivičnopravne situacije koriste kroz obrasce za stavljanje tereta krivnje i prije samog sudskog postupka	15 11%	17 13%	27 20%	23 17%	53 39%
Prethodno stečena slika putem medija, ima uticaj na Sud prilikom donošenja odluke o mjeri obezbjeđenja prisustva osumnjičenog ili optuženog u krivičnom postupku.	14 10%	23 17%	43 32%	23 17%	32 24%
Kod razmatranja mjere obezbjeđenja prisustva osumnjič. ili optuženog u krivičnom postupku treba da se oslobodi upliva i reakcija svih onih koji nisu učesnici postupka.	10 7%	10 7%	14 10%	25 19%	76 56%
Jamstvo nije „kupljena sloboda“ kako se to obično misli već "kupljena mogućnost" da osumnj. odnosno optuženi završetak krivičnog postupka čeka na slobodi.	19 14%	12 9%	25 19%	26 19%	53 39%

Sudsko obrazloženje mora biti realno, a ne ponavljanje ranijih formulacija čime se pokazuje da uopće nije razmatran meritum zahtjeva za oslobađanje.	6 4%	8 6%	13 10%	24 18%	84 62%
Sud prilikom određivanja mjere obezbjeđenja prisustva osumnjič. ili optuženog, poseže za strožijom mjerom iako se svrha može postići blažom mjerom.	34 25%	21 16%	14 10%	15 11%	51 38%
Sudije se teško odlučuju za izricanje mjera zabrane i jamstva iz razloga što na sebe preuzimaju veliku odgovornost ukoliko optuženi uprkos izrečenoj mjeri pobjegne	10 7%	10 7%	15 11%	27 20%	73 54%
Rješenja o pritvoru po osnovu bojazni od bjekstva često nisu dovoljno obrazložena	28 21%	19 14%	23 17%	21 16%	44 33%
Tendencija je da se dvojno državljanstvo automatski posmatra u svjetlu postojanja bojazni od bjekstva što za posljedicu ima određivanje mjere pritvora bez prethodnog razmatranja individualnih, činjeničnih i pravnih okolnosti u datom predmetu.	25 19%	21 16%	20 15%	26 19%	43 32%
Dvojno državljanstvo, nepostojanje uredne prijave boravišta ili neprecizno utvrđene činjenice o urednosti dostave sudskih poziva ne smije se uzimati kao razlozi koji automatski ukazuju na to da je neophodno određivanje mjere pritvor	21 16%	20 15%	14 10%	29 21%	51 38%
Prijedlozi tužilaštva za određivanje pritvora po osnovu ometanja krivičnog postupka često nisu dovoljno utemeljeni ukazivanjem na činjenične i pravne okolnosti.	27 20%	21 16%	22 16%	21 16%	44 33%
Bojazan da bi optuženi mogao zastrašivati svjedoke mora se potkrijepiti konkretnim činjenicama. Dokazi poput izjava ovih svjed. trebaju biti predloženi na glavnom pretresu kad god se ovaj razlog koristi kao osnov za pritvor	26 19%	23 17%	18 13%	30 22%	38 28%
Ometanje toka krivičnog postupka kao osnov za izricanje mjere obezbjeđenja prisustva osumnjič. ili optuženog u krivičnom postupku prestaje prijemom potvrđene optužnice.	21 16%	23 17%	14 10%	28 21%	49 36%
Sudije i tužioci moraju analizirati zbir okolnosti, posebno težinu i prirodu djela i stepen odgovornosti kako bi osigurali postojanje dokaza koji potkrepljuju bojazan da će osoba ponoviti krivično djelo.	17 13%	17 13%	13 10%	32 24%	56 41%
Pribaviti evidenciju o prethodnim krivičnim djelima osumnjič. ili optuženog, a ona moraju biti utvrđena prije određivanja ili produžetka pritvora po osnovu bojazni od ponavljanja k.d.	21 16%	21 16%	30 22%	15 11%	48 36%
Primjena čl.132 st. (1) tač.d) ZKP BiH (kao razloga za pritvor) "[...] u vanrednim okolnostima," zbog same nedorečenosti što su to "vanredne okolnosti" otvara se prostor za ekstenzivno tumačenje i kao razlog za određ. pritvora zahtijeva ozbiljno preispitivanje.	29 21%	19 14%	29 21%	15 11%	43 32%

Razlozi koji se navode u prijedlozima tužilaštva i rješenjima sudova ne ukazuju na koji način bi puštanje osumnjič. ili optuž. na slobodu narušilo javni red.	28 21%	20 15%	27 20%	25 19%	35 26%
Do posebnog napretka po pitanju obrazloženja same odluke pri izricanju mjere obezbjeđenja prisustva osumnjič. odnosno optuženog došlo je nakon odluke Ustavnog suda BiH u pritvorskom predmetu Orić.	21 16%	23 17%	24 18%	27 20%	40 30%
Prijedlozi odbrane obično nisu dovoljno obrazloženi, branioci često polaze od pretpostavke da se analiza i argumenti njihovom izlaganju podrazumijevaju.	38 28%	26 19%	12 9%	24 18%	35 26%
Prijedlozi odbrane često ne sadrže pozivanje na činjenične okolnosti i na nedostatke u prijedlogu tužilaštva i sudskom rješenju.	37 27%	25 19%	13 10%	23 17%	37 27%
Prijedlozi odbrane rijetko sadrže međunarodne ili domaće norme koje bi išle u prilog slobodi osumnjičenog ili optuženog.	34 25%	23 17%	16 12%	23 17%	39 29%
Blizina i poroznost državne granice, vremenski razmak između perioda javljanja određenom državnom organu stvara mogućnost zloupotrebe izrečene mjere zabrane što se više puta i dokazalo (slučaj-Jelavić, Janković..)	10 7%	10 7%	15 11%	44 33%	56 41%
Zakonska norma bi u potpunosti zadovoljila kvalitet uvođenjem de lege ferenda alternativnog rješenja o preventivnom lišenju slobode poput elektronskog nadzora (elektronske narukvice) kao mjere zabrane	8 6%	7 5%	8 6%	49 36%	63 47%
Elektronski nadzor osumnjič. ili optuženog ne iziskuje puno dodatnih formalnih postupaka s obzirom da je automatiziran, manja je moguć. zloupotrebe kao mjere zabrane naredbe za povremeno javljanje određenom držav. organ.	10 7%	7 5%	7 5%	44 33%	67 50%
Mogućnost primjene mjere elektronskog nadzora usloviti pristankom osumnjičenog ili optuž. da se podvrgne ovom obliku nadzora	7 5%	6 4%	8 6%	42 31%	72 53%
Elektronski nadzor kao mjera obezbjeđenja prisustva za osumnjič. ili optuženog, dakle za osobu još pod pretpostavkom nevinosti povoljnija je od klasičnog pritvora.	3 2%	1 1%	9 7%	35 26%	87 64%
Uvođenjem mjere elektronskog nadzora omogućila bi se šira primjena ostalih zakonom propisanih mjera zabrane i jamstva.	23 17%	20 15%	21 16%	28 21%	43 32%
Mjerom elektronskog nadzora ugrožavaju se ljudska prava i slobode, odnosno narušava se pravo na lični integritet i ljudsko dostojanstvo.	43 32%	27 20%	27 20%	17 13%	21 16%

PODACI O ISPITANIKU

označite (podebljajte broj, osjenčite pozadinu broja i sl.) samo jedan odgovor

A. Funkcija / radno mjesto	
Univerzitetski profesor	
Sudija	35
Tužilac	35
Branitelj	35
Stručni saradnik	10
Policijski službenik	20
Asistent	

B. Nivo na kom obavljate funkciju	
Općinski/Osnovni sud	23
Kantonalni/Okružni sud	12
Kantonalno/Okružno tužilaštvo	20
Brčko Distrikt sud	
Brčko Distrikt tužilaštvo	
Vrhovni sud F BiH	4
Vrhovni sud RS	
Ustavni sud BiH	
Ustavni sud F BiH	2
Ustavni sud RS	
Tužilaštvo BiH	20
Tužilaštvo F BiH	7
Tužilaštvo RS	
Sud BiH	27
SIPA	10
MUP F BiH	10
MUP RS	
MUP BD	

C. Dužina efektivnog radnog staža u struci

0-5 godina 25

6-10 godina 37

više od 10 godina 73

Prostor za sugestije, primjedbe:

Memić Hidajet

Stručni saradnik advokatskog ureda Hamde Kulenovića u Sarajevu,
email: hitcom_7@hotmail.com

Electronic monitoring

- as a measure to secure the presence of the suspect or the accused and for the undisturbed conduct of the criminal proceedings de lege ferenda

Summary: This article refers to the possibility of introducing *de lege ferenda* like electronic monitoring of a suspect or accused as measures to secure the presence of the suspect or the accused and for the undisturbed conduct of the criminal proceedings, or as one of the measures of prohibition. Purpose of study was to emphasize importance of implementing information technology in criminal proceedings conducted research confirmed the predictions of theoretical assumptions are determined for the implementation the possibility of introducing the legal text of *de lege ferenda* system information model, or electronic monitoring of the presence of the suspect or accused as one of the the prohibitive measures as a new model and resource usage of information technology in the criminal justice process, and their usage in practice, especially in security measures the presence of the suspect or the accused in a criminal proceeding, to be concurrently with greater certainty reach the protection of the general social interests and the interests of personal liberty of the suspect or the accused that introducing would provide better and broader application of other legally prescribed prohibition measures and guarantees.

Keywords: electronic surveillance, security measures, the presence of the suspect or the accused, the prohibitive measures, information technology.

Pregledni rad

Datum prijema rada:
26. maj 2013.

Datum prihvatanja rada:
6. jun 2013.

Jovana Pušac

*master prava, asistent,
Pravni fakultet Univerziteta u
Banjaluci*

Prava i obaveze iz ugovora o zakupu poslovne prostorije

Sažetak: Jedno od osnovnih načela Zakona o obligacionim odnosima je načelo odgovornosti prema kome su strane u obligacionom odnosu dužne da izvrše svoju obavezu i pri tome su odgovorne za njeno ispunjenje. U ovoj aksiomi je, ustvari, oličen dobro poznati princip *pacta sunt servanda* koji je kamen temeljac pravne sigurnosti u oblasti ugovora. Za učvršćivanje ugovorne discipline kontrahenata iz ugovora o zakupu poslovne prostorije od izuzetne je važnosti dobro poznavanje njihovih prava i obaveza. U tom smislu, autor je filigranskom analizom relevantnih propisa, te bogate sudske prakse nastojao da na ovome mestu obuhvati gotovo sva pravnorelevantna pitanja koja tangiraju prava i obaveze privatnopravnih subjekata iz ugovora o zakupu poslovne prostorije. Ipak, zbog obimnosti izložene materije, ona pitanja koja nastaju povodom prestanka ovog specifičnog obligacionog odnosa, te otuđenja predmeta zakupa, ostaju predmet analize nekog drugog, budućeg rada.

Ključne reči: zakup, poslovna prostorija, zakupnina, *ius tollendi*, državina

UVOD

Imajući u vidu da su principi tržišne ekonomije temelj na kojem počiva savremeno društvo, te da su oni, po pravilu, praćeni ubrzanim procesom proizvodnje i prometa, kao i jačanjem ekonomske samostalnosti privrednih subjekata, razumljiva je i osnovana potreba tih subjekata da svoje privredne ciljeve

ostvaruju na što efikasniji i ekonomičniji način. Jedan od tih načina je i pribavljanje upotrebne vrednosti određenog dobra (ovlašćenje upotrebe i, eventualno, uživanja). No, čak i samo ta komponenta svojinskopравnih ovlašćenja zakupca, posmatrano s ekonomskog stanovišta, ima izuzetan značaj zbog čega bismo zakup, na jedan plastičan način, mogli nazvati i „prodajom upotrebe stvari“.¹

Najrasprostranjeniji pravno - ekonomski oblik zakupa je zakup nepokretnosti kojim se, za jedno određeno vreme i, uz pristupačnu naknadu (zakupninu), omogućava pribavljanje neophodne ekonomske funkcije zakupljenog dobra. Pri tome je zakup poslovne prostorije posebno interesantan i veoma učestao zakupni odnos sa neretkim nedoumicama u sudskoj praksi s obzirom na elemente koji ga, naspram zakupa u opštem smislu, čine odnosom *differentia specifica*. Upravo će ta posebna obeležja ugovora o zakupu poslovne prostorije, analizirana kroz prizmu prava i obaveza njegovih učesnika, biti okosnica ovog rada, pri čemu će se u središtu analize naći isključivo subjekti privatnog prava.

POJAM I OBELEŽJA UGOVORA O ZAKUPU POSLOVNE PROSTORIJE

Ugovor o zakupu poslovne prostorije je kontrakt kojim se zakupodavac obavezuje da preda zakupcu određenu poslovnu prostoriju na upotrebu, a ovaj se obavezuje da mu za to plaća određenu zakupninu i da, po prestanku ugovora, vrati predmet zakupa zakupodavcu.² Ovaj obligacioni odnos³ odlikuje se nizom specifičnosti zbog čega za njega važi poseban propis, i to, Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija⁴ koji se u Republici Srpskoj

¹ Tako na primer, prema paragrafu 679. Srpskog građanskog zakonika, „kirija i zakup ništa drugo nije nego prodaja upotrebe zato što je za prodaju, to se pod zakup daje, i tako se i smatra, i ako drugo što ugovoreno nije, tako se i cena plaća“.

² Definicija je izvedena po analogiji sa odredbom člana 567. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i „Sl. glasnik Republike Srpske“, br. 17/93, 3/96, 39/03, 74/04, dalje: ZOO). Mišljenja smo da, pored prava upotrebe, drugo svojinsko ovlašćenje - pravo uživanja (pribiranja plodova) koje ovaj Zakon predviđa kao prirodni sastojak ugovora ako drugačije nije stipulisano ili uobičajeno (član 567. stav 2. ZOO), nije svojstveno zakupu poslovne prostorije sem u slučaju zasnivanja podzakupca uz obaveznu saglasnost zakupodavca. Samo u tom slučaju, i to, uslovno, mogli bismo govoriti o pravu zakupca na pribiranje civilnih plodova, tj. zakupnine od podzakupca, ali, razume se, uz ograničenje predviđeno odredbom člana 589. ZOO. Stoga nam se čini da je, s nomotehničkog aspekta, u teoriji zakupa poslovne prostorije preciznije koristiti termin „pravo upotrebe“, a ne „pravo korišćenja“, budući da je pojam prava upotrebe (*ius utendi*), u semantičkom smislu, už, i podrazumeva samo faktičko korišćenje zakupljene stvari (izvlačenje iz stvari svih korisnih svojstava koja ona po prirodi i nameni može da pruži), dok je pravo korišćenja širi pojam, jer obuhvata i ovlašćenje uživanja (*ius fruendi*) zakupljene stvari, tj. pribiranje plodova. Više o semantici ovih pojmova v. Boris Blagojević, Vreća Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga druga, Beograd, 1983, str. 1442., Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1996, str. 296-297., Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1997, 501-502. Branko Morait, *Obligaciono pravo*, Banja Luka, 2010, str. 304.

³ U pravnoj teoriji, istina, još uvek postoji spor u vezi sa pitanjem da li je zakup obligacionopravne ili stvarnopravne prirode. No, ta kolebanja doktrine svakako se ne tiču celine ugovora o zakupu, već samo jednog njegovog elementa – zakupčevog prava posle izvršene predaje. S obzirom da ugovor o zakupu rađa uzajamna prava i obaveze za ugovorne strane, te da su ta prava i obaveze nesumnjivo obligacionopravnog karaktera, razumljivo je da se ovaj kontrakt i pravna dejstva koja on proizvodi izučavaju u obligacionom pravu. Međutim, nakon što zakupodavac ispunio svoju osnovnu obavezu iz ugovora o zakupu, obavezu predaje stvari, zakupac stiče ovlašćenje da upotrebljava stvar. On, dakle, stiče neposrednu faktičku i, eventualno, pravnu vlast na zakupljenoj stvari. Upravo je to ono obeležje po čemu se zakupčevo pravo približava stvarnim pravima, te zbog toga predstavlja predmet interesovanja stvarnog prava. Opširnije o tome v. O. Stanković, M. Orlić, nav. delo, str. 295.

⁴ Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija („Sl. list BiH“, broj 33/77, 12/87, 30/90 i 7/92, dalje: ZZPZP).

primenjuje na osnovu odredbe člana 12. Ustavnog zakona za provođenje Ustava Republike Srpske⁵ i odredbe člana 583. ZOO. Istina, odredbom člana 568. ZOO propisano je da se odredbe glave XI tog Zakona neće primenjivati na zakupe uređene posebnim propisima. No, čini nam se da je ovu regulu valjalo preciznije formulisati budući da se ona *stricto iure* može primeniti samo na one zakupe koji su u potpunosti regulisani posebnim propisom, dok će u ostalim slučajevima, nužno doći do supletivne primene opštih obligacionih pravila, ali i onih posebnih iz ugovora o zakupu.⁶

Ugovor o zakupu poslovne prostorije je imenovani (*contractus nominati*) obligacioni ugovor, dvostrano obavezni ugovor sa trajnim prestacijama, komutativni, teretni i, naposljetku, formalni pravni posao, jer se za njegov nastanak, pod pretnjom ništavosti, zahteva pismena forma.⁷ Ovo važi i za sve njegove docnije izmene i dopune.⁸ Ipak, u slučaju da nije zaključen u zakonom propisanoj formi (forma *ad solemnitatem*), a ugovorne strane su u celini ili pretežnom delu izvršile obaveze koje iz njega nastaju, ugovor o zakupu poslovne prostorije će se smatrati punovažnim (tzv. konvalidacija).⁹ Ukoliko zakupac želi da svoje pravo iz ugovora o zakupu poslovne prostorije upiše u javne knjige kako bi njegovo dejstvo mogao suprotstaviti *erga omnes* sve do prestanka ugovora, važiće pravila o obaveznoj notarskoj formi ovog pravnog posla.¹⁰ U tom slučaju, dakle, samo notarski obrađen ugovor o zakupu poslovne prostorije može biti osnov za upis zabeležbe prava zakupa u nadležni registar nepokretnosti.¹¹ Ono što je, takođe, *differentia specifica* ovog zakupa u odnosu na zakup u klasičnom smislu, jeste i svojevrsan vid ograničenja slobode ugovaranja budući da je Zakonom predviđena obavezna sadržina ugovora.¹²

⁵ Ustavni zakon za provođenje Ustava Republike Srpske („Sl. glasnik RS“ broj 21/92 – prečišćeni tekst).

⁶ Sem toga, radi se o koliziji ove i odredbe člana 23. ZOO koja reguliše princip *lex specialis derogat legi generali*, te bi normativno preciznija odredba člana 568. ZOO, po našem mišljenju, trebalo da glasi: „Na zakup uređen posebnim propisima primenjuju se odredbe ove glave u pitanjima koja nisu uređena tim propisima“.

⁷ V. odredbu člana 11. stav 1., stav 4. i stav 5. ZZPZP.

⁸ Uporednopravni pregled nam ukazuje na različite zahteve u pogledu forme ovog ugovora. Tako se, na primer, u Srbiji u ovoj materiji primenjuje Zakon o obligacionim odnosima, jer je posebni propis kojim je ista bila uređena, Zakon o poslovnim prostorijama („Službeni glasnik Republike Srbije,” br. 11/92), stavljen van snage, iz čega proizilazi da je ovaj ugovor konsenzualan. U tom smislu je i presuda Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 1142/95 od 22.03.1995. godine: „Prestankom važenja Zakona o poslovnim prostorijama („Službeni glasnik RS” br. 11/92) primenjuju se na zakupne odnose odredbe Zakona o obligacionim odnosima”, Zbirka aktuelne sudske prakse, Poslovni biro, 2013, Beograd, str. 593., odluka br. 1405. Upravo zbog primene Zakona o obligacionim odnosima Srbije na uređenje ove vrste zakupa, nećemo se upuštati u komparativnu analizu predmetnih pravila, budući da se ona i u Republici Srpskoj shodno primenjuju kao pravila propisa *lex generalis* (napominjemo da je u Republici Srpskoj izvršena tzv. čista recepcija obligacionog prava koja se sastojala u gotovo potpunom preuzimanju Zakona o obligacionim odnosima SFRJ [

⁹ U smislu odredbe člana 73. ZOO.

¹⁰ Ova pravna mogućnost se odnosi samo na ugovore o zakupu zaključene na period od najmanje pet godina, shodno odredbi člana 62. stav 3. u vezi sa odredbom člana 93. stav 1. tačka Ž), te odredbom člana 98. Zakona o premeru i katastru Republike Srpske („Sl. glasnik RS”, br. 6/12).

¹¹ V. odredbu člana 104. Zakona o premeru i katastru RS.

¹² Ugovor o zakupu poslovne prostorije, pored naznačenja ugovornih strana, treba naročito da sadrži naznačenje poslovnih prostorija koje su predmet zakupa, naznačenje poslovne delatnosti koju će zakupac vršiti u poslovnoj prostoriji, odredbe o korišćenju zajedničkih uređaja i prostorija u zgradi, odredbu kojom se određuje vreme trajanja zakupa sa naznačenjem tog vremena, odnosno odredbu o tome da je ugovor zaključen na neodređeno vreme, iznos zakupnine i naknade za korišćenje uređaja, kao i vreme njihovog plaćanja, odredbe o otkazu i otkaznim rokovima kada je ugovor zaključen na neodređeno vreme, mesto i datum zaključenja ugovora i potpise ugovornih strana (član 10. Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija). Upor. odredbu člana 5. stav 2. ZZKPP Hrvatske.

Učesnici ovog obligacionog odnosa mogu biti, kako *subjekti javnog prava* (država, državni organi, jedinice lokalne samouprave, preduzeća, ustanove i druge organizacije kojima su poverena javna ovlašćenja),¹³ tako i *subjekti privatnog prava*, dakle, **pravna lica** – privredni i drugi pravni subjekti u smislu odredaba Zakona o privrednim društvima,¹⁴ te odredaba Zakona o registraciji poslovnih subjekata,¹⁵ i **fizička lica** – preduzetnici shodno odredbama Zakona o zanatsko - preduzetničkoj delatnosti.¹⁶ No, u središtu našeg interesovanja, kako je ranije navedeno, naći će se samo privatnopravni subjekti kao ugovorne strane iz ovog pravnog posla.

Svojstvo *zakupca* iz ugovora o zakupu poslovne prostorije, mogu, prema tome, imati kako pravna, tako, pod zakonom određenim uslovima, i fizička lica, budući da je predmet ugovora predaja poslovne prostorije na upotrebu radi obavljanja poslovne delatnosti,¹⁷ dok pravni položaj *zakupodavca* može imati svako fizičko i pravno lice. Glede pravnog statusa zakupodavca, treba napomenuti i to da, za zasnivanje obligacionog odnosa iz ovog ugovora, nije pravnorelevantna činjenica da je zakupodavac sopstvenik poslovne prostorije koju daje u zakup (dovoljno je da je njen držalac) zbog toga što se zakupom ne prenosi pravo svojine, već samo izvesna svojinska ovlašćenja (ovlašćenje upotrebe i, eventualno, uživanja).¹⁸

Kako to i proizilazi iz prirode i pojma ugovora o zakupu poslovne prostorije, bitni elementi (*essentialia negotii*) su predmet zakupa – **poslovna prostorija**,¹⁹ naknada kao protivvrednost za upotrebu predmeta zakupa – **zakupnina**²⁰ i **vreme trajanja** zakupa

¹³ U tom slučaju, kada se, dakle, kao subjekti javljaju država i njeni derivati, važiće posebni zakonski i podzakonski propisi koji se primenjuju kao propisi *lex specialis* u odnosu na Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija, kao, na primer, Zakon o državnim stanovima na kojima ne postoji stanarsko pravo („Sl. glasnik RS“, br. 98/11), Pravilnik o upravljanju, postupku i uslovima izdavanja u zakup poslovnih zgrada, poslovnih prostorija i garaža u državnoj svojini na kojima je nosilac prava raspolaganja Grad Banja Luka („Sl. glasnik Grada Banja Luka“, broj 11/2006), Zakon o javnim nabavkama Bosne i Hercegovine („Sl. glasnik BiH“, br. 49/04, 19/05, 52/05, 8/06, 24/06, 70/06 i 12/09 i 60/10), i sl.

¹⁴ V. odredbe članova 2-8. Zakona o privrednim društvima („Sl. glasnik RS“, br. 127/08, 58/09, 100/11).

¹⁵ V. odredbe člana 5. stav 2. i člana 6. Zakona o registraciji poslovnih subjekata u Republici Srpskoj („Sl. glasnik RS“, broj 42/05, 118/09 i 102/12).

¹⁶ V. odredbu člana 4. stav 1. Zakona o zanatsko - preduzetničkoj delatnosti („Sl. glasnik RS“, broj 117/11 i 121/12).

¹⁷ U Francuskoj je, takođe, posebnim zakonodavstvom uređen zakup poslovnih prostorija, pri čemu je naročito zaštićen pravni položaj zakupca. Zbog toga se uobičajeno kaže da zakupac stiče „trgovačku svojinu“. Više v. Jean Derruppe, „Zakup poslovnih prostorija u Francuskoj i Evropsko okruženje“, Pravni život, br. 10/96, str. 451 - 458.

¹⁸ Tako, prema stanovištu Vrhovnog suda Republike Srpske „ugovor o zakupu u svojstvu zakupodavca može da zaključuje i lice koje nije vlasnik predmeta zakupa, pa je to lice aktivno legitimisano i za podnošenje zahteva za iseljenje i predaju poslovnih prostorija od zakupca u smislu člana 585. stav 1. ZOO“. V. i presudu Vrhovnog suda RS, Rev-82/02 od 27.12.2002. god., Bilten VSRS, br. 1/2004, odluka br. 67., te odluku Ustavnog suda BiH, broj AP-2153/08 od 08.06.2011. god.

¹⁹ Pod poslovnom prostorijom, bez obzira da li se nalazi u poslovnoj ili stambenoj zgradi, podrazumeva se jedna ili više prostorija namenjenih vršenju poslovnih delatnosti koje, po pravilu, čine građevinsku celinu i imaju zaseban glavni ulaz. Rešenje o tome da li se prostorija smatra poslovnom, donosi, u slučaju sumnje, nadležni organ uprave (član 2. stav 2. i stav 4. ZZPZP). „Na ugovor o zakupu dela poslovnog dvorišta radi smeštaja materijala neće se primenjivati Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija, već odredbe o zakupu iz Zakona o obligacionim odnosima“. Presuda Vrhovnog suda BiH, PŽ-822/88 od 16.11.1989. god., Bilten VSBiH, br. 4/1989, odluka br. 90. U ZZKPP Hrvatske sveobuhvatno je normiran pojam poslovnog prostora, te se pod njim podrazumevaju poslovna zgrada, poslovna prostorija, garaža i garažno mesto (v. član 2. stav 3-7. Zakona).

²⁰ Visinu zakupnine sporazumno određuju zakupodavac i zakupac ako posebnim propisima nije drukčije

(s obzirom da se zakupac obavezuje da predmet zakupa, posle određenog vremena, vrati zakupodavcu).²¹

Naposletku, kada je reč o pravnoj prirodi ovog ugovora, treba napomenuti da je po sredi ugovor građanskog, a ne privrednog prava, čak i kada ga zaključuju i izvršavaju privredni subjekti.²² Ovo pitanje je od naročite praktične važnosti, jer se njime razrešava dilema o tome koja su pravila na području ove materije merodavna – da li ona koja važe za ugovore u privredi ili ona koja su normirana za građansko-pravne ugovore.

OBAVEZE ZAKUPODAVCA

Iz pojma i prirode ugovora o zakupu poslovne prostorije, proizilaze tri osnovne obaveze na strani zakupodavca: 1) obaveza predaja poslovne prostorije, 2) obaveza održavanja poslovne prostorije i 3) obaveza zaštite zakupca u slučaju fizičkih i pravnih nedostataka.²³

Obaveza predaje poslovne prostorije

Naime, zakupodavac je dužan da preda zakupcu poslovnu prostoriju u stanju u kome se ona može upotrebiti za svrhu određenu ugovorom, ako se strane drugačije nisu sporazumele. Ako obratimo pažnju na poslednji deo ove sintagme, primetićemo da je predmetna obaveza zakupodavca dispozitivne prirode, budući da je ugovornici mogu izmeniti, odnosno, ograničiti ili, pak, savim isključiti, a da time ne bude promenjena suština ugovora o zakupu poslovne prostorije. No, u slučaju da ona ugovorom bude stipulisana po izboru zakonodavca, a ne bude ispunjena, čak ni u, od strane zakupca, ostavljenom primerenom roku, tada će zakupac imati pravo da odustane od ugovora ili da traži srazmerno smanjenje zakupnine, ili da na teret zakupodavca dovede poslovnu prostoriju u takvo stanje.²⁴ Ako

određeno (član 5. stav 2. ZZPZP). Ona se, po pravilu, sastoji u novčanom izrazu, i treba da bude određena ili makar određiva kako bi ugovor o zakupu bio punovažan. Vreme, mesto i način isplate zakupnine ugovorne strane, takođe, slobodno uređuju svojim sporazumom.

²¹ Istina, iz zakonske definicije pojma ugovora o zakupu (član 567. stav 1. ZOO), koju *mutatis mutandis* primenjujemo i na ovu vrstu zakupa, vreme trajanja nije predviđeno kao bitan elemenat. No, iako imamo u vidu činjenicu da je po sredi ugovor čije se obaveze prostiru na određeni vremenski period, te naročito, njegov, zakonom propisan obavezni sadržaj (obavezno naznačenje trajanja ugovora), možemo zaključiti da ovaj sastojak ugovora ipak ima kvalifikativ bitnog elementa. Više o tome v. Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1986, str. 672, kao i Ilija Babić, „Ugovor o zakupu – opšta razmatranja“, Pravna riječ, broj 8/06, str. 141. Ugovorne strane su, prema tome, obavezne da se sporazumeju o vremenskom ograničenju zakupa bilo na način da odrede da će ugovor trajati određeno vreme sa naznačenjem tog vremena, bilo da stipulišu da je ugovor zaključen na neodređeno vreme.

²² Privrednopravni ugovori su samo oni specifični, profesionalni ugovori koje privredni subjekti zaključuju u okviru svoje redovne delatnosti za koju su registrovani. Ugovori koje, sporadično i neredovno, a ne u vidu obavljanja redovne delatnosti, odnosno poslova koji su u vezi sa tim redovnim delatnostima, zaključuju i izvršavaju pa makar i privredni subjekti, jesu građansko-pravni ugovori. Takvi su, na primer, ugovori o zakupu poslovnih prostorija, ugovori o zalozi, ugovori o jemstvu, ugovori o posluži. Više v. Ivica Jankovec, *Privredno pravo*, Beograd, 1981, str. 192-195., Stevan Šogorov, Zoran Arsić, *Ugovori trgovinskog prava*, Novi Sad, 2011, str. 5., Boris Vizner, Vladimir Kapor, Slavko Carić, *Ugovori građanskog i privrednog prava*, Rijeka, 1971, str. 23.

²³ Već na ovom mestu dolazi do izražaja nužnost supsidijarne primene pravila ZOO. Zakupodavac, razume se, može prihvatiti i neke druge obaveze, ali će ovde biti reči samo o ove tri njegove osnovne i opšte obaveze koje se po prirodi stvari pretpostavljaju kod ovog pravnog posla.

²⁴ V. odredbe člana 14-15. ZZPZP. To zbog toga što je zakupodavac povredio svoju ugovornu obavezu. U tom smislu je i sudska praksa: „Ukoliko zakupljena stvar nije predata zakupcu u stanju podobnom za upotrebu, zakupodavac nije izvršio svoju ugovornu obavezu bez obzira što je zakupcu ispostavio fakture za plaćanje zakupnine.“ Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 12618/05 od 01.12.2005. godine.

se opredeli za odustanak od ugovora, zakupac je dužan da zakupodavcu pismenim putem da izjavu o odustanku, kao i da mu odredi rok za prijem ispražnjene prostorije koji ne može biti kraći od 30 dana računajući od dana kada je zakupodavac primio izjavu o odustanku od ugovora.²⁵ Povodom ove obaveze zakupodavca, sud je u jednom slučaju zauzeo stanovište da zakupac, koji traži raskid ugovora o zakupu poslovne prostorije zbog toga što zakupodavac nije ispunio svoju obavezu predaje prostorije u skladu sa zakonom, ima pravo na naknadu troškova učinjenih radi adaptacije prostorije za svrhe zakupa, u skladu sa ugovorom, iako mu zakupodavac nudi da odnese ugrađene uređaje i delove.²⁶ Po uzoru na savremene građanske kodifikacije, hrvatski zakonodavac je predvideo pravilo prema kome se prilikom primopredaje poslovnog prostora, sastavlja zapisnik u koji ugovorne strane unose podatke o stanju poslovnoga prostora.²⁷ Ovo je veoma korisna regula čija se preventivna funkcija ogleda u predupređenju spornih pitanja o tome u kakvom se zapravo stanju nalazio predmet zakupa prilikom predaje.

Obaveza održavanja poslovne prostorije

Zakupodavac je dužan, ne samo da zakupcu preda stvar u stanju podobnom za upotrebu radi koje je ugovor zaključen, već i da stvar u tom stanju održava za vreme trajanja zakupa kako bi ona služila ugovornoj nameni, ako drugačije nije ugovoreno. I ovde važe ista pravila o dispozitivnoj prirodi obaveze održavanja predmeta zakupa, budući da ona nije sastavni deo osnovne obaveze zakupodavca i ne predstavlja bitni, nego prirodni sastojak ugovora (*naturalia negotii*).²⁸ Održavanje stvari podrazumeva vršenje potrebnih opravki, kao i snošenje odgovarajućih troškova, pri čemu troškove redovne upotrebe i tekućeg održavanja (troškove sitnih opravki) snosi zakupac, dok troškove održavanja stvari u redovnom stanju snosi zakupodavac. On, takođe, snosi i sve „terete i davanja“ koji proizilaze iz fiskalnih i drugih prinudnopравnih propisa, kao što su npr. porez, odgovarajući doprinos, obavezno osiguranje, pod pretpostavkom da pitanje snošenja troškova nije drugačije zakonom određeno ili voljom stranaka predviđeno.²⁹

Ako nastane potreba da se na poslovnoj prostoriji radi njenog održavanja u redovnom stanju izvrši opravka koja pada na teret zakupodavca, zakupac je dužan da bez odlaganja obavesti zakupodavca o potrebi te opravke određujući mu za to primeren rok. Zakupčeva obaveza obaveštavanja proizilazi iz same činjenice da se poslovna prostorija nalazi u njegovom posedu, pa će otuda on prvi moći da uoči oštećenje ili kvar na predmetu zakupa. No, ukoliko taj primereni rok za opravku bezuspešno protekne, zakupac ima pravo da je na teret zakupodavca sam izvrši (npr. da opravi krov koji je počeo da prokišnjava) ili, pak,

²⁵ V. odredbe člana 35-36. ZZPZP. Slično pravilo sadržno je i u odredbi člana 641. ZOO CG, kao i odredbi člana 10. ZZKPP Hrvatske, s tim što zakupac, umesto odustanka, ima pravo na raskid ugovora i naknadu štete. Pri tome, u oba ova propisa (u navedenim odredbama) na identičan način je definisan i pojam primerenog roka kao roka u kojem se određeni radovi mogu izvesti uzimajući u obzir pripreme, mesto i prilike pod kojima se isti moraju izvesti.

²⁶ Presuda Vrhovnog suda BiH, Pž-289/87 od 24.03.1988. godine, Bilten VSBiH, br. 2/1988, odluka br. 34.

²⁷ V. odredbu člana 9. ZZKPP Hrvatske.

²⁸ V. odredbu člana 14. ZZPZP.

²⁹ Slobodan Perović, Obligationo pravo, knjiga I, Beograd, 1986, str. 677. „Zakupodavac ostaje poreski obveznik poreza na prihod od imovine i kada u ugovoru o zakupu zakupac preuzima obavezu plaćanja poreskih obaveza koje proističu iz ugovora o zakupu.“ Presuda Vrhovnog suda FBiH, Rev- 24/99 od 24.06.1999. godine, Bilten VSBiH, br. 2/99, odluka br. 55.

da odustane od ugovora.³⁰ Istina, zakupac može opravke izvršiti na teret zakupodavca i bez obaveštavanja i ostavljanja primerenog roka, ali će odgovarati zakupodavcu za štetu nastalu usled tog propuštanja, osim ako se reč o hitnim opravkama.³¹

Zakupac je dužan da dopusti radnje koje zakupodavac preduzima radi navedenih opravki, a ovaj je dužan da te radnje vrši u vreme i na način kojim će što manje ometati zakupca pri upotrebi poslovne prostorije.³² U slučaju da potrebne opravke poslovne prostorije ometaju njenu upotrebu u znatnoj meri i za duže vreme, zakupac ima pravo da zahteva sniženje zakupnine srazmerno ograničenju upotrebe predmeta zakupa zbog tih opravki, ili da zahteva raskid ugovora.³³ Prema tome, u slučaju kada želi da održi ugovor o zakupu, zakupac može umesto raskida, zahtevati sniženje zakupnine (*actio quanti minoris*), ali ovo pravo, razume se, zakupac neće moći koristiti ukoliko je potrebu opravke uzrokovao on sam, svojom krivicom, ili ukoliko su u pitanju okolnosti koje njega pogađaju. Takav stav sledi i sudska praksa.³⁴

Naposletku, imajući u vidu da je, posle predaje predmeta zakupa, zakupodavčeva osnovna obaveza da, do prestanka ugovora, trpi zakupčevo pravo upotrebe poslovne prostorije, po prirodi stvari, sledi da zakupodavac ne može za vreme trajanja zakupa činiti izmene na poslovnoj prostoriji bez saglasnosti zakupca, ukoliko bi to ometalo njenu upotrebu. U slučaju da učinjenim izmenama u izvesnoj meri bude smanjena mogućnost upotrebe poslovne prostorije, zakupac će imati pravo na smanjenje zakupnine u odgovarajućoj srazmeri.³⁵

³⁰ V. odredbe člana 16. ZZPZP. Crnogorski i hrvatski zakonodavci su u ovom slučaju predvideli obavezu zakupca da o potrebi preduzimanja opravke „pisano obavijestiti zakupodavca i odredi mu za to primjeren rok” što je, svakako, bolje rešenje, jer otklanja eventualne sporove u vezi sa pitanjem izvršenja ove obaveze zakupca (v. član 642. ZOO CG i član 11. ZZKPP Hrvatske).

³¹ U slučaju hitnih opravki, zakupac ima položaj nezvanog poslovođe (*negotiorum gestor*), što znači da ima pravo na naknadu nužnih troškova, a u pogledu ostalih (korisnih i drugih troškova), ukoliko mu ih zakupodavac ne bude priznao, pripada mu pravo odvajanja (*ius tollendi*), prema pravilima kojima je uređeno nezvano vršenje tuđih poslova (v. odredbe članova od 220. do 228. ZOO).

³² V. odredbe člana 18. ZZPZP.

³³ Shodna primena odredbe člana 571. ZOO. Suprotno tome, u Crnoj Gori i Hrvatskoj prihvaćeno je rešenje po kojem zakupac koji, za vreme trajanja popravki radi održavanja poslovnog prostora u stanju u kojem ga je zakupodavac dužan održavati i koji padaju na njegov teret, nije mogao koristiti poslovni prostor (pod uslovom da se ne radi o neznatnom ometanju), nije dužan da plaća zakupninu, a u slučaju delimične ograničenosti u obavljanju poslovne delatnosti, dužan je plaćati srazmerni deo zakupnine. Pri tom mu u oba slučaja pripada pravo na naknadu štete (v. član 643. ZOO CG i član 12. ZZKPP Hrvatske).

³⁴ „Činjenica da zakupac lokala nije isti koristio više od dva meseca koliko je trajala opravka istog zbog oštećenja prouzrokovano eksplozijom boce sa butan gasom, koja je služila potrebama ovog lokala, ne oslobađa zakupca obaveze plaćanja zakupnine za to vreme.” Presuda Vrhovnog suda Srbije, GŽ. br. 2656/71 od 27.03.1972. godine, Zbornik sudske prakse, br. 7-8/1972, odluka broj 776.

³⁵ Shodna primena odredbe člana 572. ZOO. Nasuprot tome, zakupodavac sa prebivalištem (boravištem), tj. sedištem u Crnoj Gori ili Hrvatskoj ima pravo da, za vreme trajanja zakupa izvrši radove u svrhu uređenja prostora ili radi sniženja troškova energije i održavanja, s tim da je, najkasnije tri meseca (u Hrvatskoj dva meseca) pre početka radova, dužan pismeno obavestiti zakupca o vrsti, početku i obimu radova, roku trajanja radova, kao i o novoj visini zakupnine (u slučaju zloupotrebe ovog prava, zakupodavac će odgovarati zakupcu za pretrpljenu štetu). Zakupac u tom slučaju ima pravo da, u roku od dva meseca (u Hrvatskoj jedan mesec) od dana prijema ovog obaveštenja, raskine ugovor o zakupu i u istom roku o tome obavesti zakupodavca. U slučaju da zakupac ne raskine ugovor o zakupu, platiće iznos zakupnine kao u vreme popravke poslovnog prostora (što znači srazmerni deo zakupnine), a zakupodavac nema pravo na naknadu štete zbog izmakle

Obaveza zaštite zakupca u slučaju pravnih i fizičkih nedostataka

Kao i svaki prenosilac iz teretnog ugovora, tako i zakupodavac ima obavezu da zaštiti zakupca kako u slučaju pravnog uznemiravanja (tzv. zaštita od evikcije), tako i u slučaju materijalnih (fizičkih) nedostataka zakupljene stvari (tzv. zaštita od mana). Drugim rečima, zakupodavac ima obavezu da obezbedi zakupcu mirnu i korisnu državinu poslovne prostorije.³⁶

Naime, ako neko treći pretenduje da na zakupljenoj poslovnoj prostoriji ili na nekom njenom delu vrši neko pravo i obrati se svojim zahtevom zakupcu, kao i ako samovlasno oduzme zakupljenu stvar od zakupca, odnosno stupi u njegov posed, ovaj je dužan da zakupodavca o tome obavesti, izuzev kad je to zakupodavcu već poznato, inače će odgovarati za štetu. Ako se utvrdi da trećem pripada neko pravo koje sasvim isključuje pravo zakupca na upotrebu stvari (potpuna evikcija – npr. treće lice ima pravo svojine na poslovnoj prostoriji i želi da je samostalno upotrebljava), ugovor o zakupu se raskida *ex lege*, a zakupodavac je dužan naknaditi zakupcu štetu koju ovaj trpi usled pravnog uznemiravanja. U slučaju kada se pravom trećeg samo ograničava zakupčevo pravo (delimična evikcija – npr. treće lice ima pravo samo na jednom delu poslovne prostorije), zakupac može, po svom izboru, raskinuti ugovor ili zahtevati sniženje zakupnine, ali mu u svakom slučaju pripada pravo na naknadu štete.³⁷ Raskid ugovora vrši se jednostranom izjavom, a eventualna sudska odluka bi imala samo deklarativno dejstvo. Ugovor, dakle, ovde ne prestaje po samom zakonu, već izjavom zakupca da ugovor raskida.³⁸

Kada je reč o odgovornosti za materijalne nedostatke stvari, opšte je pravilo da zakupodavac odgovara zakupcu za sve nedostatke zakupljene stvari koji smetaju njenoj ugovorenoj ili redovnoj upotrebi, bez obzira na savesnost (tj. bez obzira da li je zakupodavac za njih znao ili ne),³⁹ kao i za nedostatke svojstava ili odlika predviđenih izrično ili prećutno ugovorom. Dakle, za ovu odgovornost zakupodavca, potrebno je da su određeni nedostaci, skrivenog karaktera, postojali u momentu predaje poslovne prostorije u posed zakupcu. Pri tome se nedostaci manjeg značaja, neće uzeti u obzir, ali će se ovo pitanje uvek ceniti *in concreto*. Zakupodavac će, prema tome, odgovarati za sve one nedostatke koji umanjuju mogućnost upotrebe poslovne prostorije s obzirom na svrhu koja je određena ugovorom i ostalim uslovima iz ugovora pod uslovom da su ti nedostaci bili skriveni, jer za vidljive mane zakupljene stvari (one koje su u času zaključenja ugovora bile poznate zakupcu ili mu nisu mogle ostati nepoznate),⁴⁰ zakupodavac, u principu, ne odgovara.⁴¹ Međutim, u

dobiti. V. odredbe članova 644. i 645. ZOO CG, te odredbe članova 13. i 14. ZZKPP Hrvatske.

³⁶ Shodna primena odredaba članova od 573. do 580. ZOO.

³⁷ Shodna primena odredbe člana 580. ZOO.

³⁸ S. Perović, nav. delo, str. 679.

³⁹ „Zakupodavac odgovara za materijalne nedostatke bez obzira na to da li je on za njih znao ili nije znao, što je posledica pravila da odgovornost za materijalne nedostatke nije formulisana kao sankcija za nesavesnog ugovornika, već ona predstavlja napor zakonodavca da zaštiti načelo jednake vrednosti davanja u dvostranim ugovorima.“ *Ibidem*, str. 679.

⁴⁰ U ovom slučaju smatra se da se zakupac saglasio sa pribavljanjem manljive stvari koja je uticala i na odmeravanje visine zakupnine i zbog toga on nema pravo na zaštitu. Razume se, pitanje da li je zakupac prema konkretnim oklonostima bio u mogućnosti, odnosno u obavezi da primeti nedostatak stvari, faktičke je prirode i sud će ga utvrđivati imajući u vidu prirodu predmeta zakupa, stručnost ugovornih strana, vreme, mesto, način predaje i druge relevantne okolnosti.

⁴¹ Shodna primena odredbe člana 573. ZOO. „Ukoliko zakupac primi zakupljenu stvar u viđenom stanju i o

skladu sa maksimumom *fraus omnia corumpit*, zakupodavac će odgovarati za sve nedostatke zakupljene stvari, ako se prema zakupcu poneo prevarno, tj. ako je za nedostatke stvari znao i namerno propustio da o njima obavesti zakupca, kao i ako je tvrdio da predmet zakupa nema nikakvih nedostataka, tzv. doložno postupanje⁴² (npr. zakupodavac je tvrdio je da je isušio vlagu u poslovnoj prostoriji i da će se vlažnost zida koja se još uvek vidi, postepeno povlačiti kako se prostorija bude provetravala). Teret dokazivanja ove tzv. zle namere zakupodavca snosi zakupac.

Što se tiče prava zakupca u slučaju kada stvar ima neki materijalni nedostatak, treba reći da su ona uslovljena obavezom zakupca da, bez nepotrebnog odlaganja, obavesti zakupodavca o svakom nedostatku zakupljene stvari koji bi se pokazao u toku zakupa, sem ako je zakupodavcu isti poznat. On je dužan da zakupodavca obavesti i o svakoj nepredviđenoj opasnosti koja bi u toku zakupa zapretila zakupljenoj stvari, kako bi ovaj mogao preduzeti potrebne mere.⁴³ U slučaju propuštanja zakupca da učini ova obaveštenja zakupodavcu, koja obaveza uostalom proizilazi iz dužnosti zakupca da se pažljivo odnosi prema predmetu zakupa, odnosno, da pri upotrebi poslovne prostorije, postupi sa pažnjom dobrog domaćina,⁴⁴ izgubiće pravo na naknadu štete koju bi pretrpeo zbog postojanja tih nedostataka ili nastale opasnosti za zakupljenu stvar, dok će, s druge strane, postati dužnik naknade štete koju bi zakupodavac zbog toga pretrpeo.⁴⁵

Nakon što je zakupodavca blagovremeno obavestio o nedostacima stvari, zakupac stiče određena prava, koja zavise od toga da li je nedostatak zakupljene stvari otklonjiv ili ne. Ako je reč o nedostatku koji se može otkloniti bez većih nezgoda za zakupca, a predaja stvari u određenom roku nije bila bitni sastojak ugovora, zakupac može zahtevati od zakupodavca ili otklanjanje nedostatka u primerenom roku ili sniženje zakupnine. Tek ukoliko zakupodavac ne otkloni nedostatak ni u naknadnom primerenom roku, zakupac može raskinuti ugovor ili zahtevati sniženje zakupnine. U slučaju neotklonjivog nedostatka, zakupac može odmah raskinuti ugovor ili se, pak, opredeliti za očuvanje ugovora uz sniženu zakupninu. Bez obzira koji izbor od zakonom ponuđenih načini, zakupac će imati i pravo na naknadu štete.⁴⁶

eventualnim nedostacima ne obavesti zakupodavca bez odlaganja, tada gubi pravo na sniženje zakupnine.“ Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 247/2010 od 01.04.2010. godine, Zbirka aktuelne sudske prakse, Poslovni biro, 2013, Beograd, str. 557, odluka br. 1340.

⁴² Shodna primena odredbe člana 574. i člana 575. ZOO.

⁴³ *Ratio legis* i ove obaveze zakupca leži u činjenici da se predmet zakupa nalazi u njegovom posedu i da zakupodavac, bez ovog obaveštenja, teško može saznati da se u toku trajanja zakupa pojavio nedostatak ili da stvari preči opasnost.

⁴⁴ O ovom kriterijumu pažnje biće više reči u delu u kojem se analiziraju obaveze zakupca.

⁴⁵ Shodna primena odredbe člana 577. ZOO. I ovo pravilo je, ustvari, konkretizacija onog opšteg prema kojem ugovorna strana koja je dužna da obavesti drugu stranu o činjenicama koje su od uticaja na njihov međusobni odnos, odgovara za štetu koju pretrpi druga strana zbog toga što nije bila na vreme obavještena (odredba člana 268. ZOO).

⁴⁶ Shodna primena odredbe člana 578. ZOO. Navedena pravila važe i u slučaju kada u toku zakupa nastane neki nedostatak na zakupljenoj stvari, kao i u slučaju kada predmet zakupa nema neko svojstvo koje po ugovoru ili po običaju treba da ima ili kada to svojstvo izgubi u toku zakupa (član 579. ZOO). Ovde dolaze do izražaja razlike u pravilima o odgovornosti za materijalne nedostatke koja važe za ugovor o prodaji i ugovor o zakupu. Naime, kod ugovora o zakupu, zakupodavac snosi rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari za celo vreme trajanja zakupa, što će reći da on odgovara i za one nedostatke koji nastanu posle predaje predmeta zakupa.

Naposletku, regule o odgovornosti zakupodavca za materijalne nedostatke zakupljene stvari su dispozitivnog karaktera što znači da ugovorom mogu biti ograničene ili, pak, sasvim isključene. No, klauzula egzogeneracije će biti ništava ako je zakupodavac za nedostatak znao i namerno propustio da o njima obavesti zakupca ili ako je nedostatak takav da onemogućuje upotrebu zakupljene stvari, kao i u slučaju kada je zakupodavac nametnuo tu klauzulu koristeći svoj monopolski položaj.⁴⁷

OBAVEZE ZAKUPCA

Budući da je zakup poslovne prostorije dvostrano obavezni ugovor, iz njega proizilaze obaveze, ne samo na strani zakupodavca, već i zakupca. Tako, zakupca terete tri osnovne obaveze: 1) obaveza plaćanje zakupnine, 2) obaveza čuvanja poslovne prostorije i njene upotrebe saobrazno ugovoru i 3) obaveza vraćanja (predaje) poslovne prostorije.

Obaveza plaćanja zakupnine

Zakupac je dužan da zakupninu plaća u vreme određeno ugovorom, a u nedostatku ugovornih odredaba, njegova je dužnost da zakupninu plaća mesečno unapred, i to najkasnije do petog u mesecu.⁴⁸ Ova obaveza zakupca nastaje onog momenta kada mu je zakupodavac predao predmet zakupa u posed, dakle, od trenutka kada je poslovnu prostoriju mogao da upotrebljava bez obzira da li je on to zaista i učinio.⁴⁹ Do trenutka predaje, zakupac nema nikakvu obavezu.⁵⁰

U slučaju da zakupac ne plati dospelu zakupninu ni u roku od dva meseca od dana saopštenja opomene zakupodavca, zakupodavac može odustati od ugovora u svako vreme, bez obzira na ugovorene ili zakonske odredbe o trajanju zakupa. U tom slučaju, zakupodavac je dužan da zakupcu pismenim putem da izjavu o odustanku, kao i da mu odredi rok za predaju ispražnjene prostorije koji ne može biti kraći od 30 dana računajući od dana kada je zakupac primio izjavu o odustanku od ugovora. Ako zakupac, i nakon prijema ove izjave zakupodavca, ne preda ispražnjenu poslovnu prostoriju u ostavljenom mu roku, zakupodavac može tužbom kod nadležnog suda tražiti predaju ispražnjene poslovne prostorije.⁵¹ Prema tome, zakonodavac je, u slučaju povrede ove obaveze zakupca, predvideo pravo, ali i obavezu zakupodavca da izjavi odustanak zakupcu, najpre, vansudskim putem, a u slučaju bezuspešnog protoka roka za predaju poslovne prostorije, na raspolaganju mu je tužba

⁴⁷ Shodna primena odredbe člana 576. ZOO. Sve ove zabrane su zapravo konkretizacija načela obligacionog prava uređenih odredbom člana 11. ZOO (ravnopravnost strana), člana 12. ZOO (načelo savesnosti i poštenja), te člana 14. ZOO (zabrana stvaranja i iskorišćavanja monopolskog položaja).

⁴⁸ V. odredbu člana 19. ZZPZP.

⁴⁹ Takav stav sledi i sudska praksa: „Kada zakupodavac preda zakupcu zakupljenu stvar, zakupac je u obavezi da počne sa plaćanjem zakupnine, bez obzira da li zakupljenu stvar koristi, jer o korišćenju zakupljenog poslovnog prostora odlučuje zakupac, a ne zakupodavac.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 262/04 od 30.09.2004. godine, Zbirka aktuelne sudske prakse, Poslovni biro, 2013, Beograd, str. 561, odluka br. 1345. Sličan je stav zauzeo i Viši privredni sud u presudi broj Pž. 129/97 od 24.12.1997. godine, Bilten broj 2/98, str. 52: „Ako je ugovor o zakupu zaključen i zakupac stupio u posed zakupljenih prostorija, obavezan je plaćati ugovorenu zakupninu bez obzira što od nadležnog organa nije dobio dozvolu za rad, a predmetne prostorije su i dalje ostale u posedu zakupca.“

⁵⁰ „Zakupčevo osnovno pravo je da koristi zakupljenu stvar. Ali on to pravo ne stiče u trenutku zaključenja ugovora o zakupu, nego tek u trenutku kada mu zakupodavac, ispunjavajući (svoju osnovnu - *primedba autora*) obavezu iz ugovora, preda zakupljenu stvar.“ B. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, str. 1440.

⁵¹ V. odredbu člana 34. stav 1. tačka 2. i odredbu članova 36 - 37. ZZPZP.

za pokretanje sudskog postupka koji je, po zakonu, hitne prirode.⁵² Tako je sud u jednom slučaju zauzeo stav da „pismena opomena zakupodavca zbog neplaćanja ugovorene zakupnine, kojom se traži od zakupca i predaja u posed poslovnog prostora, ima karakter izjave o odustanku od ugovora.”⁵³

Obaveza čuvanja poslovne prostorije i njene upotrebe saobrazno ugovoru

Zakupac je dužan da poslovnu prostoriju koristi samo za svrhu određenu ugovorom i prema ostalim uslovima iz ugovora, pri čemu je dužan da postupa sa svom potrebnom pažnjom. Imajući u vidu da je po sredi ugovor građanskopravne prirode, razume se da će to biti pažnja dobrog domaćina, a upotrebljavati stvar kao dobar domaćin znači postupati prilikom upotrebe stvari s onim minimumom pažnje koju brižljiv i uredan čovek poklanja pri korišćenju sopstvenih stvari.⁵⁴ *In concreto*, to može biti zahtev za višim stepenom pažnje od one koju konkretni zakupac pokazuje prema svojim stvarima. Sem toga, zakupac će biti odgovoran za štetu koja nastane upotrebom zakupljene stvari protivno ugovoru bez obzira da li je poslovnu prostoriju upotrebljavao on ili neko lice koje radi po njegovom nalogu, podzakupac ili koje drugo lice kome je on omogućio da upotrebljava stvar.⁵⁵ U slučaju da zakupac, i posle opomene zakupodavca, koristi poslovnu prostoriju protivno ugovoru, ili joj nanosi znatniju štetu koristeći je bez potrebne pažnje, zakupodavac ima ista prava kao i u slučaju povrede zakupčeve obaveze plaćanja zakupnine. Dakle, može odustati od ugovora o zakupu poslovne prostorije u svako vreme, bez obzira na ugovorene ili zakonske odredbe o trajanju zakupa, pri čemu je dužan da zakupcu pismenim putem da izjavu o odustanku, kao i da mu odredi rok za predaju ispražnjene prostorije koji ne može biti kraći od 30 dana računajući od dana kada je zakupac primio izjavu o odustanku od ugovora. Ako zakupac, i nakon prijema ove izjave zakupodavca, ne preda predmet zakupa u ostavljenom mu roku, zakupodavac može tužbom kod nadležnog suda tražiti predaju poslovne prostorije.⁵⁶

Takođe, zakupac je dužan da plaća naknadu za troškove korišćenja zajedničkih uređaja i vršenja zajedničkih usluga u zgradi i to, u vreme njihove dospelosti, ako drukčije nije ugovoreno ili ako naknada tih troškova nije, izričito, uračunata u zakupninu.⁵⁷

⁵² V. odredbu člana 32. stav 4. ZZPZP. Tako je u jednom slučaju sud utvrdio da je „zakupac ovlašćen da od zakupodavca - ako zakupljena stvar ima nedostatke koji onemogućavaju ili značajno otežavaju njeno redovno korišćenje - traži njihovo otklanjanje ili sniženje zakupnine, ali da nema pravo da prestane da plaća zakupninu. U slučaju da je zakupljeni poslovni prostor imao značajne nedostatke u pogledu prokišnjavanja i kanalizacije, koji su tuženom onemogućili da isti redovno koristi, on je imao pravo i mogućnost da, u smislu odredaba člana 578. Zakona o obligacionim odnosima, od zakupodavca - tužioca traži njihovo otklanjanje ili traži sniženje zakupnine. Tuženi, međutim, nije dostavio dokaze da je koristio svoja prava iz citiranog člana pre dobijanja otkaza (u našem pravu – odustanka, *primedba autora*) od strane tužioca zbog neredovnog plaćanja zakupnine. Zbog toga navodi o svojstvima stvari odn. skrivenim manama stvari nisu od uticaja na pravilnost pobijane odluke”. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 606/11 od 17.02.2011. godine, Zbirka aktuelne sudske prakse, Poslovni biro, 2013, Beograd, str. 563., odluka br. 1349.

⁵³ Presuda Vrhovnog suda FBiH, Rev- 654/06 od 19.06.2007. godine.

⁵⁴ Pažnja dobrog domaćina je minimum pažnje koji se od svakog građanina, odnosno lica u pravu, očekuje prema njegovim preuzetim građansko-pravnim obavezama s obzirom na ponašanje prosječno pažljivog čovjeka iz date društvene sredine.“ Branko Morait, *Obligaciono pravo*, Banja Luka, 2010, str. 69.

⁵⁵ Shodna primena odredbe člana 581. stav 3. ZOO.

⁵⁶ V. odredbu člana 34. stav 1. tačka 1. u vezi sa odredbom člana 37. ZZPZP.

⁵⁷ V. odredbu člana 21. ZZPZP.

Prema tome, tri su vrste troškova koje padaju na teret zakupca⁵⁸ – troškovi upotrebe koji se javljaju pri korišćenju stvari (na primer, troškovi utrošene vode, električne energije, toplotne energije, odvoza smeća),⁵⁹ troškovi korišćenja zajedničkih uređaja, i troškovi troškovi tekućeg održavanja⁶⁰ (sitnih opravki koje podrazumevaju opravke manjeg značaja, kao i zamenu sitnijih delova).⁶¹

Obaveza vraćanja (predaje) poslovne prostorije

Po prestanku zakupa, zakupac je dužan da preda zakupodavcu poslovnu prostoriju u stanju u kome je primio, ako nije drukčije ugovoreno ili zakonom određeno.⁶² To znači da, ako je za vreme zakupa izvršio određene promene, zakupac je dužan da vrati poslovnu prostoriju u ono stanje u kome je ona bila u trenutku kada mu je predata u posed.⁶³ U cilju otklanjanja dilema u vezi sa pitanjem u kakvom se stanju predmet zakupa nalazio u momentu predaje, u uporednom zakonodavstvu nalazimo mogućnost sastavljanja popisa kojim se vrši opis predmeta zakupa,⁶⁴ a u slučaju da u trenutku zaključenja ugovora popis nije bio sačinjen, važi pretpostavka da je zakupac primio stvar u dobrom stanju, te je u istom dužan i da je vrati.⁶⁵ Iako u nas ovo pravilo nije normirano, jasno je da ne postoji prepreka da ovaj popis bude sastavni deo svakog ugovora o zakupu poslovne prostorije kako bi se izbegli eventualni sporovi u vezi sa tim pitanjem. Uzgred, i ova obaveza zakupodavca ima dispozitivni karakter. Međutim, ona ni u kom slučaju neće imati značaja ako je zakup prestao usled potpune propasti stvari delovanjem više sile⁶⁶ (budući da zakupodavac snosi rizik propasti zakupljene stvari tokom trajanja čitavog zakupnog odnosa),⁶⁷ ili usled eksproprijacije zakupljene stvari, jer zakupac tada nije u faktičkoj i pravnoj mogućnosti da izvrši obavezu povraćaja.⁶⁸

Zakupac ne odgovara za pogoršanje stanja poslovne prostorije do koga je došlo usled njene redovne upotrebe u skladu sa odredbama ugovora,⁶⁹ što će reći da zakupac ne odgo-

⁵⁸ Isto pravilo o zakupčevim troškovima sadrži odredba člana 647. ZOO CG, te odredba člana 17. ZZKPP Hrvatske.

⁵⁹ Tako je sud u jednom predmetu utvrdio da je zakupac poslovne prostorije obveznik naknade za pruženu komunalnu uslugu zagrevanja prostorija koje koristi, te da na njemu, sve dok su prostorije priključene na gradsku toplotnu mrežu, leži teret dokazivanja da usluga nije pružena u zadovoljavajućoj meri. Presuda Vrhovnog suda Federacije BiH, Pž-136/97 od 19.8.1997, Bilten VSFBiH, br. 2/97, odluka br. 48.

⁶⁰ "Pod tekućim održavanjem smatra se čišćenje, krećenje, sitnije popravke na instalacijama i slično." Član 648. stav 2. ZOO CG. Upor. odredbu člana 18. stav 2. ZZKPP Hrvatske.

⁶¹ „Prema odredbi člana 570. stav 3. ZOO, troškovi sitnih popravki izazvanih redovnom upotrebom stvari, kao i troškovi same upotrebe padaju na teret zakupca. Iz tog razloga se tuženi ne može osloboditi obaveze plaćanja zakupnine zbog toga što je krećio kuću koja je bila predmet zakupa, stavio "plafonjerku" i dr." Presuda Okružnog suda u Valjevu, br. 699/06 od 07.04.2006. godine, Zbirka aktuelne sudske prakse, Poslovni biro, 2013, Beograd, str. 563, odluka br. 1350.

⁶² V. odredbu člana 25. ZZPZP.

⁶³ *Ratio legis* ovog pravila ogleda se u osnovnim pravnim osobinama zakupa, tj. u činjenici da zakupac stiče samo pravo upotrebe i, eventualno, pravo uživanja, a ne i pravo svojine, te je zbog toga dužan da, po prestanku zakupa, vrati zakupljenu stvar, i to u njenom prvobitnom stanju (*restitutio in integrum*).

⁶⁴ V. odredbu člana 9. ZZKPP Hrvatske.

⁶⁵ V. § 1110 Austrijskog građanskog zakonika, član 271. Švajcarskog zakonika o obligacijama, član 1730. Francuskog građanskog zakonika, član 1590. Italijanskog građanskog zakonika.

⁶⁶ Shodna primena odredbe člana 598. ZOO.

⁶⁷ Više v. B. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, str. 1459. i 1468.

⁶⁸ S. Perović, nav. delo, str. 687.

⁶⁹ V. odredbu člana 22. ZZPZP. Upor. član 648. stav 4. ZOO CG i član 18. stav 4. ZZKPP Hrvatske.

vara za istrošenost stvari koja nastaje njenom redovnom upotrebom, kao ni za oštećenja koja potiču od njene dotrajalosti.⁷⁰

Jedna od, u praksi, najspornijih obaveza zakupca jeste zabrana vršenja prepravki poslovne prostorije bez odobrenja zakupodavca.⁷¹ Ova obaveza zapravo odgovara obavezama zakupca da stvar vrati zakupodavcu u stanju u kakvom ju je primio na upotrebu. Međutim, problem se u ovom slučaju može pojaviti čak i kada je zakupac imao odobrenje za prepravke poslovne prostorije, jer i tada mogu iskrsnuti sporna pitanja, poput onih u kojoj je formi zakupodavac dužan da zakupcu da ovo odobrenje, na koje se vrste radova ono odnosi, kako je rešeno pitanje obračunavanja cene tih radova (prepravki) – da li putem zakupnine (kroz kompenzaciju) ili na drugi način, i sl.⁷² Budući da se odgovori na ova i slična pitanja ne nalaze među zakonskim odredbama, taj zadatak popunjavanja pravnih praznina obavili su sudovi kreirajući bogatu sudsku praksu u ovoj oblasti. Evo kako se u jednoj presudi izjasnio Privredni apelacioni sud u Beogradu: “Samo ako su to stranke izričito u ugovoru predvidele, ulaganja koja zakupac izvrši u uređenje zakupljenog prostora mogu se uračunati u izmirenje dugovanja po osnovu zakupnine.”⁷³ Takođe, “teret dokazivanja da je ugovorene radove izvršio i time izmirio dug po osnovu zakupnine je na zakupcu u situaciji kada je kao način izmirivanja naknade za korišćenje zakupljenog prostora ugovoreno izvođenje investicionih radova u opredeljenoj vrednosti.”⁷⁴ U svakom slučaju, zakupac ne može steći pravo svojine na zakupljenom poslovnom prostoru po osnovu izvršene adaptacije i rekonstrukcije.⁷⁵

Razumljivo je da još spornija situacija nastaje u slučaju kada zakupac nije imao odobrenje zakupodavca za prepravke poslovne prostorije. U teoriji o tom pitanju vlada stav da zakupcu ne pripada nikakva naknada za takve radove (*res perit dominus*), ali da se može koristiti pravom odvajanja (*ius tollendi*) pod uslovom da to ne šteti stvari. Zakupac se u tom slučaju tretira kao nedopušteni nezvani poslovođa, pa će čak biti dužan i da naknadi zakupodavcu svu štetu koju mu je time prouzrokovao.⁷⁶ Isto stanovište zastupa i profesor Orlić navodeći da kod nedopuštene gestije, baš zbog toga što nije bila korisna, gestor nema pravo na naknadu troškova, budući da ni oni nisu korisni. Ukoliko je moguće uspostavljanje ranijeg stanja, zakupac će, kao nedopušteni gestor, imati pravo da odnese stvari koje

⁷⁰ Shodna primena odredbe člana 585. stav 3. ZOO.

⁷¹ V. odredbu člana 23. ZZPZP. Verovatno je to razlog usled kojeg je ova zabrana strogo i precizno normirana u crnogorskom i hrvatskom zakonodavstvu. U tom smislu, zakupac ne sme bez saglasnosti zakupodavca činiti prepravke poslovnog prostora kojima se bitno menja konstrukcija, raspored, površina, namena ili spoljnji izgled poslovnog prostora, a u suprotnom, zakupodavcu pripada pravo na raskid ugovora i naknadu štete. Razlike među ovim zakonskim rešenjima sastoje se u tome što se u Hrvatskoj za prepravke poslovne prostorije zahteva „izričita pisana saglasnost zakupodavca“ (član 15. ZZKPP Hrvatske), dok zakupodavac u Crnoj Gori može ovu saglasnost zakupcu dati izričito, ali i prećutno. V. odredbu člana 464. ZOO CG.

⁷² Pitanje forme ove saglasnosti zakupodavca najpotpunije je uredio hrvatski zakonodavac, ali i tu ostaju nerešena ostala sporna pitanja.

⁷³ Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 606/2011 od 17.2.2011. godine, Zbirka aktuelne sudske prakse, Poslovni biro, 2013, Beograd, str. 565., odluka br. 1353.

⁷⁴ Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 605/10 od 18.02.2010. godine, Zbirka aktuelne sudske prakse, Poslovni biro, 2013, Beograd, str. 565., odluka br. 1354.

⁷⁵ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2200/2005 od 28.09.2005. godine, Zbirka aktuelne sudske prakse, Poslovni biro, 2013, Beograd, str. 559., odluka br. 1343.

⁷⁶ V. Bogdan Loza, *Obligaciono pravo*, posebni dio, Srpsko Sarajevo, 2000, str. 104.

je uneo učinjenim izdacima. Međutim, suprotno stavove nalazimo u sudskoj praksi: „Sopstvenik poslovne prostorije obavezan je da zakupcu tih prostorija plati protivvrednost na ime izvedenih adaptacija na prostoriji koja je predmet zakupa iako je zakupac prepravke i opravke izvršio bez odobrenja zakupodavca. Ovo s razloga jer je tim radovima objektu povećana vrednost i sa tim se vlasnik – zakupodavac okoristio prilikom prodaje tog lokala.“⁷⁷ U jednoj drugoj odluci sud presuđuje da „zakupoprimac koji je bez saglasnosti zakupodavca modernizovao poslovne prostorije i adaptirao za poslovnu delatnost (poslastičarnica), ukoliko nije drugačije ugovoreno, ima pravo odneti dodatke koje je učinio na stvari ako se mogu odvojiti bez oštećenja, ali ih zakupodavac može zadržati ako mu naknadi njihovu vrednost u vreme vraćanja.“⁷⁸

Čini nam se pravičnijim rešenje zastupljeno u našoj doktrini, jer u slučaju kada nije imao odobrenje zakupodavca za prepravke poslovne prostorije, zakupac bi se mogao koristiti jedino pravom odvajanja ako je ono moguće bez oštećenja predmeta zakupa,⁷⁹ ali nema pravnog osnova da od zakupodavca zahteva naknadu za izvršena ulaganja u slučaju kada odvajanje ugrađenih stvari nije moguće bez oštećenja glavne stvari (poslovne prostorije) što će sud ceniti u svakom konkretnom slučaju. S druge strane, pravo zakupodavca da zadrži dodatke ima prednost naspram prava zakupca da te dodatke odnese,⁸⁰ pri čemu će zakupodavac biti dužan da naknadi zakupcu vrednost eventualnih poboljšanja i dodataka na predmetu zakupa i to, prema cenama u vreme vraćanja, tj. prema tržišnim cenama izgrađenih (ugrađenih) dodataka uz obračunatu amortizaciju od dana izvršene prepravke poslovne prostorije do dana procenjivanja vrednosti tih prepravki. Visinu ove naknade, najpre, utvrđuju sami ugovornici, a ako se o tome ne sporazumeju, utvrdiće je ovlašćeni sudski veštak, po pravilu, građevinske struke.

Naposletku, za razliku od slobode podzakupa kod opšteg zakupnog odnosa, u kojem zakupac uvek ima pravo da zakupljenu stvar izda u zakup trećem licu, uz uslov da se time ne nanosi šteta zakupodavcu i ako drugačije nije ugovoreno, podzakup poslovne prostorije moguć je samo na osnovu saglasnosti zakupodavca.⁸¹ Na takav podzakupni odnos shodno se primenjuju pravila koja važe za zakup poslovnih prostorija,⁸² pri čemu je zakupac zakonski jemac zakupodavcu kojem jemči da će podzakupac upotrebljavati stvar saobrazno osnovnom ugovoru o zakupu.⁸³

DRŽAVINA PO OSNOVU UGOVORA O ZAKUPU POSLOVNE PROSTORIJE I NJENA ZAŠTITA

U ugovoru o zakupu poslovne prostorije zakupodavac je posredni, a zakupac nepo-

⁷⁷ Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev-3096/64 od 28.1.1965. g., B. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, str. 1469.

⁷⁸ Presuda Vrhovnog suda BiH, Rev-259/86 od 7.8.1986. godine, Bilten VSBiH, br. 3/1986, odluka br. 44.

⁷⁹ S obzirom da Zakon o zakupu poslovnih zgrada i prostorija ne uređuje pitanje odnošenja dodataka (*ius tollendi*), i ovde se supletivno primenjuje odredba člana 585. stav 5. ZOO. ZZZKP Hrvatske uređuje i ovo pitanje (uz pretpostavku da je zakupodavac bio saglasan s prepravkama poslovne prostorije): „Zakupac ima pravo odnijeti uređaje koje je ugradio u poslovni prostor, ako se time ne oštećuje poslovni prostor i ako mu to ulaganje zakupodavac nije priznao kroz smanjenje visine zakupnine.“ Član 21. ZZZKP Hrvatske. Upor. član 650. ZOO CG.

⁸⁰ B. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, str. 1469.

⁸¹ Isto rešenje sadrži odredba člana 649. ZOO CG i člana 19. ZZZKP Hrvatske.

⁸² V. član 24. ZZZPZ.

⁸³ B. Morait, nav. delo, str. 309.

sredni držalac predmeta zakupa, jer svoju faktičku vlast na stvari vrši lično (neposredno).⁸⁴ Danas se smatra da pravno priznata faktička vlast postoji u situaciji kada neko lice ima objektivnu mogućnost da raspolaze sa određenom stvari odnosno kada je ta stvar u sferi njegove kontrole.⁸⁵ Pored toga, državina zakupca je *nesamostalna*, budući da on drži stvar priznajući vlast posrednog držaoca (zakupodavca).⁸⁶ I, naposljetku, zakupčeva državina je *nepotpuna*, jer obuhvata samo upotrebu i eventualno pribiranje plodova, a ne i raspolaganje. Zakupac može imati faktičku vlast na stvari samo u onom obimu u kome se prostire njegovo pravo korišćenja. U ostalome i dalje postoji faktička vlast sopstvenika koji mu je dao stvar u zakup.⁸⁷ Pri tome je državina zakupca poslovne prostorije još više sužena s obzirom da se njegova faktička vlast, koju deli sa zakupodavcem, u osnovi, prostire samo na jednu svojinskopravnu komponentu - na upotrebu poslovne prostorije (*ius utendi*), dok je za pravo pribiranja plodova, zakupnine kao civilnih plodova (*ius fruendi*) po osnovu podzakupa, neophodna saglasnost zakupodavca. Isto važi i za ovlašćenje raspolaganja (*ius disponendi*), budući da je ograničena i faktička (zakupac ne može, mimo zakupodavčeve saglasnosti, vršiti izmene na predmetu zakupa) i pravna komponenta ovog prava zakupca (pravo davanja u podzakup, kao delimična pravna vlast, takođe, postoji uslovno, tj. samo uz saglasnost zakupodavca).

No, i pored toga, zakupčeva državina zaštićena je posesornim tužbama.⁸⁸ Zakupodavac uživa državinsku zaštitu kako u odnosu na treća lica, tako i u odnosu na zakupodavca kao posrednog držaoca. On može podići tužbu protiv zakupodavca ako ga ovaj ometa u vršenju državine, bilo zbog uznemiravanja, bilo zbog oduzimanja predmeta državine. Razume se, zakupac će uspeti u svom tužbenom zahtevu pod uslovom da nije prekoračio granice pravnog osnova svoje (neposredne) državine, tj. ukoliko je vršio faktičku vlast na predmetu zakupa onako kako je stipulisano ugovorom o zakupu poslovne prostorije.

S druge strane, novija teorija i sudska praksa jednodušno zauzimaju stav po kome i

⁸⁴ U smislu odredbe člana 303. stav 2. Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske ("Sl. glasnik RS, br. 124/08, 58/09 i 95/11, dalje: ZSP). V. Duško Medić, „Državina u pravu Republike Srpske“, Godišnjak Fakulteta Pravnih nauka, br. 2/2012, str. 15. Inače, ZSP veoma iscrpno uređuje institut državine sledeći modernu (objektivnu) koncepciju. Reč je o tzv. germanskoj koncepciji prema kojoj zakupac ima svojstvo držaoca (posednika), a ne pukog detentora, odnosno držaoca prava, što je svojstveno rimskoj (subjektivnoj) koncepciji. "U savremenim zakonodavstvima sve je više izražena tendencija poimanja poseda prava kao anahronog i iznutra protivrečnog instituta kojim se ne reguliše ništa drugo do ono što je već sadržina poseda prava svojine ili nekog drugog užeg prava od svojine. Drugim rečima, danas su nešto više prihvaćena shvatanja, po kojima posed prava, u odnosu na posed stvari ima tautološki karakter." Milorad Živanović, "Posed prava i njegove kontraverze", Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci, 1981, str. 199. Objektivno shvatanje državine prihvaćeno je u nemačkom i švajcarskom građanskom zakoniku, rimsku subjektivnu koncepciju državine usvojili su građanski zakonici Francuske i Austrije, a poseban mešoviti pristup (germansko-rimska koncepcija državine) karakteriše Građanski zakonik Grčke. Više o tome v. Danica Popov, "Državina u uporednom pravu", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/03, str. 127-142.

⁸⁵ D. Medić, nav. delo, str. 7.

⁸⁶ U smislu odredbe člana 304. stav 2. ZSP, s tim što je ovde učinjena redakcijska greška, jer umesto "neposrednog", treba da stoji "posredni" držalac. U tom smislu v. i D. Medić, nav. delo, str. 17.

⁸⁷ B. Blagojević, V. Krulj, nav. delo, str. 27.

⁸⁸ U smislu odredbe člana 313. ZSP. Najvažnija posledica državine kao faktičke vlasti je zaštita državine (D. Medić, nav. delo, str. 31.), a državinska zaštita je više zaštita ekonomskog nego pravnog interesa, jer omogućava držaocu određene ekonomske koristi od stvari ili prava (Dragoljub Lazarević, *Državina, pojam, oblici i zaštita*, Beograd, 2010, str. 13.)

zakupodavcu pripada pravo na državinsku zaštitu, i to kako protiv trećih lica, tako i protiv zakupca koji vrši državinu suprotno ugovornim odredbama ili na način koji se predmetu zakupa nanosi šteta.⁸⁹ Dakle, zakupodavac ima pravo na zaštitu državine protiv trećih lica u slučaju kada je učinjena povreda državine zakupca, te je sledom toga ovlašćen da zahteva predaju državine zakupcu.⁹⁰ No, ukoliko zakupac ne može ili ne želi da ponovo preuzme neposrednu državinu koja mu je bila oduzeta, zakupodavac može za sebe zahtevati predaju stvari.⁹¹ Pored toga, zakupodavac uživa državinsku zaštitu i protiv zakupca ako ovaj prekorači granice svoje, neposredne, državine, ali samo ako za odlučivanje o tom zahtevu nije nužno raspravljanje o pravnom odnosu zakupodavca i zakupca,⁹² jer je to predmet petitorne parnice. Ovo ne znači da se u posesornoj parnici ne mogu izvoditi dokazi o sadržaju ugovora o zakupu poslovne prostorije, jer pozivanje na ovaj pravni posao ne bi značilo ostvarivanje prava, već dokazivanje postojanja i sadržine zakupodavčeve (posredne) državine.⁹³ Tako, na primer, ako zakupac u zakupljenoj poslovnoj prostoriji, protivno ugovoru, ruši zidove, izbija otvore za prozore ili poslovnu prostoriju datu u zakup radi vršenja poslovne delatnosti koristi u svrhe stanovanja, zakupodavac je ovlašćen da podnese tužbu radi smetanja državine protiv zakupca, jer je on takvim radnjama prekoračio granice sadržaja i obima državine određene ugovorom, i time počinio smetanje državine.⁹⁴

Naposletku, u međusobnim odnosima posrednog i neposrednog držaoca dopušteno je i vršenje prava na samopomoć, ali, razume se, u granicama zakonskih uslova.⁹⁵

ZAKLJUČAK

Teorijsko – praktična analiza prava i obaveza privatnopravnih subjekata iz ugovora o zakupu poslovne prostorije vodi nas do nekoliko značajnih zaključnih napomena.

Naime, reč je o specifičnom obligacionopravnom odnosu, s uslovnom dominacijom stvarnopravnih elemenata, koji je regulisan propisom *lex specialis*, Zakonom o zakupu poslovnih zgrada i prostorija, ali i propisom *lex generalis*, Zakonom o obligacionim odnosima. U odnosu na zakup u klasičnom smislu, koji je po prirodi konsenzualan, ugovor o zakupu poslovne prostorije pripada kategoriji formalnih ugovora, pa će sledom toga, takav ugovor nastati tek kada se kontrahenti u pismenoj formi, sa tačno određenom sadržinom,

⁸⁹ „Posredni držalac uživa sudsku zaštitu državine i u odnosu na neposrednog držaoca i u odnosu na treće lice prema poslednjem stanju državine zasnovane pravnim poslom sa neposrednim držaocem, pri čemu nije od uticaja punovažnost pravnog posla o zasnivanju državine, kao ni okolnost da je treće lice smetalo posrednu državinu protiv neposrednog držaoca“. Zaključak sa savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda bivše SFRJ od 15. i 16.05.1985. godine, Radovanov Aleksandar, Načelni stavovi Saveznog suda, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, Beograd, 2004, str. 279.

⁹⁰ Shodno odredbi člana 318. stav 1. ZSP. Uspostavljanje državine zakupca imaće, korelativno, za posledicu i uspostavljanje državine zakupodavca.

⁹¹ Shodno odredbi člana 318. stav 2. ZSP.

⁹² Dakle, raspravljanje o ugovoru o zakupu poslovne prostorije shodno odredbi člana 318. stav 3. ZSP.

⁹³ Više o ovim procesnim mogućnostima v. D. Medić, nav. delo, str. 37-38.

⁹⁴ V. I. Babić, nav. delo, str. 144. Ova je zaštita, iako provizornog karaktera, umnogome povoljnija za ostvarenje zakupodavčevog interesa (da suština predmeta zakupa bude očuvana), jer bi, u suprotnom, podizanje kontraktne tužbe, iz ugovora o zakupu, po osnovu koje bi se raspravljala ne samo faktička (kao u posesornim sporovima), već i pravna pitanja, moglo u potpunosti izgubiti smisao (usled dugotrajnosti i složenosti sudskog postupka).

⁹⁵ Shodno odredbi člana 316. ZSP. Više v. D. Medić, nav. delo, str. 36.

saglasje o njegovim bitnim elementima, i to, o predmetu zakupa – poslovnoj prostoriji, zakupnini i vremenu trajanja ugovora. No, u slučaju upisa prava zakupa u javne knjige, važe strožiji zahtevi u pogledu forme. Tada će zabeležba ovog upisa biti moguća samo ako je reč o ugovoru o zakupu poslovne prostorije koji je zaključen na period od najmanje pet godina i ako je takav ugovor notarski obrađen.

Ono što, sa stanovišta prava i obaveza zakupodavca i zakupca, predstavlja obeležje *differentia specifica* ovog zakupnog odnosa, ogleda se pojedinim obavezama ovih kontra-henata. Tako je zakupodavac dužan predati zakupcu poslovnu prostoriju u stanju u kome se ona može upotrebiti za svrhu određenu ugovorom, pod pretnjom odustanka zakupca u svako doba. Ovde je, upravo iz preventivnih razloga, poželjno sačiniti zapisnik o stanju poslovne prostorije na dan primopredaje. Potom, veoma je specifičan zakonski režim u slučaju kada zakupodavac želi da vrši izmene (prepravke) na poslovnoj prostoriji za vreme trajanja zakupa, budući da ove njegove radnje mogu imati značajne refleksije na zakupčevu obavezu plaćanja zakupnine, tj. njen obim.

Kada je reč o pravima zakupodavca, koja korelativno odgovaraju obavezama zakupca, specifičnost se ogleda ponajpre u obavezi plaćanja zakupnine u zakonom određenom vremenu ukoliko o tome nedostaje sporazum ugovornika (mesečno unapred, i to najkasnije do petog u mesecu), pod pretnjom odustanka zakupodavca u svako doba ukoliko zakupac ne plati dospelu zakupninu ni u roku od dva meseca od dana opomene zakupodavca. S druge strane, zakupac je dužan da poslovnu prostoriju koristi samo za svrhu određenu ugovorom i pri tome postupi sa pažnjom dobrog domaćina imajući u vidu da je po sredi ugovor građanskopravne prirode. Naposljetku, jedna od, praktično, najspornijih obaveza zakupca jeste zabrana vršenja prepravki poslovne prostorije bez odobrenja zakupodavca koja zapravo izvire iz njegove obaveze vraćanja stvari u stanju u kakvom je primio na upotrebu. U vezi stim, u praksi su veoma česti sporovi povodom pitanja prava zakupca na odnošenje dodataka (*ius tollendi*), tj. ugrađenih elemenata u poslovnu prostoriju, te prava na naknadu uložених sredstava u slučaju kada je neizvesno da li je postojala saglasnost zakupodavca, u kojem obimu i, konačno, u kojem sadržaju. Uporedna zakonodavstva donekle rešavaju navedeni problem predviđajući jedino obavezu sačinjavanja ove izričite saglasnosti u pismenoj formi.

Iako je državina zakupca poslovne prostorije znatno sužena s obzirom da se njegova neposredna faktička vlast, koju deli sa zakupodavcem, u načelu, prostire samo na jednu svojinskopravnu komponentu - na upotrebu poslovne prostorije (dok je za ostala ovlašćenja neophodna saglasnost zakupodavca), on ipak uživa državinsku zaštitu kako protiv trećih lica, tako i protiv zakupodavca. No, ova posedovna zaštita u istom obimu pripada i zakupodavcu, pri čemu je u njihovim međusobnim odnosima, u granicama zakona, dopuštena čak i samopomoć.

LITERATURA

- Babić I. „Ugovor o zakupu – opšta razmatranja“, Pravna riječ, br. 8/06.
 Blagojević B. i Krulj V. Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga II, Beograd, 1980.
 Derruppe J., „Zakup poslovnih prostorija u Francuskoj i Evropsko okruženje“, Pravni život, br. 10/96.
 Jankovec I. *Privredno pravo*. Beograd, 1981.

- Konstantinović M., *Obligacije i ugovori, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1969.
- Kontrec D., „Novine u zakupu i kupoprodaji prolovnog prostora“, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/12.
- Lazarević D., *Državina, pojam, oblici i zaštita*, Beograd, 2010.
- Loza B., *Obligaciono pravo*, posebni dio, Srpsko Sarajevo, 2000.
- Marković L., *Obligaciono pravo*, Beograd, 1997.
- Medić D., „Državina u pravu Republike Srpske“, Godišnjak Fakulteta Pravnih nauka, br. 2/12.
- Miladinović S., „Ugovor o zakupu poslovnog prostora u odredbama Zakona o obligacionim odnosima Crne Gore“,
- Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva, Budvanski pravnički dani, 2010.
- Morait B., *Obligaciono pravo*, Banja Luka, 2010.
- Orlić M., *Pravna priroda zakupa*, doktorska disertacija, Beograd, 1974.
- Perović S., *Obligaciono pravo*, knjiga I, Beograd, 1986.
- Popov D., „Državina u uporednom pravu“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/03.
- Stanković O. i Orlić M., *Stvarno pravo*, Beograd, 1996.
- Šogorov S. i Arsić Z., *Ugovori trgovinskog prava*, Novi Sad, 2011.
- Vizner B., Kapor V. i Carić S., *Ugovori građanskog i privrednog prava*, Rijeka, 1971.
- Živanović M., „Posed prava i njegove kontraverze“, Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjaluci, 1981.

Jovana Pušac

Assistant, Faculty of Law, University of Banja Luka

Rights and obligations from the Contract of the office space lease

Abstract: One of the basic principles of the Law on Obligations is the principle according to which the parties are obliged to respect the Obligation to fulfill and thereby responsible for its fulfillment. This axiom is, in fact, embodied well-known principle of “pacta sunt servanda” which is a cornerstone of legal certainty in the contract. Firming contractual discipline of parties from the contract of the office space lease, it is very important knowledge of their rights and obligations. In this sense, the author’s analysis of the relevant regulations filigree and rich jurisprudence sought to work covered almost all relevant issues that concern the rights and obligations of private law subjects from the contract of the office space lease. However, exposed due to the volume of matter, the issues that arise regarding the termination of this specific contractual relationship and alienating the subject of the lease, remain the subject of some another analysis of the future work.

Key words: lease, lease office space, ius tollendi, possession

Pregledni rad

Датум пријема рада:
3. јун 2013.

*Датум прихватања
рада:*
4. јун 2013.

Горан Маричић

*мастер права, Влада
Републике Српске -
Служба за заједничке
послове
Емаил: g.maricic@szp.
vladars.net*

Корупција и приватизација

Апстракт: Корупција се сматра универзалном појавом јер је присутна у свим државама, у свим системима, а све државе воде борбу за њено сузбијање, са мање или више успеха. Корупција као генерални феномен у свету, изузетно је актуелан проблем у постконфликтним земљама које су у транзицији (Србија, Босна и Херцеговина...). Транзицијски процеси, приватизација и сам процес стварања конкретне државе на потпуно новим основама, погодовали су ширењу корупције на свим нивоима и у свим областима друштвеног живота.

Циљ овог рада није био указати на лоше или добре финансијске ефекте приватизације или на нужност друштвене транзиције, него на пропусте или злоупотребе у самим поступцима приватизације, односно неке специфичне примере корупције у процесу приватизације, било да су учињени од стране државних органа или од стране појединаца, као и дефинисати најбоље поступке за приватизацију и шта би требало учинити да би се смањила корупција у приватизацији.

Кључне ријечи: корупција, приватизација, модели приватизације, држава.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

У најопштијем смислу корупција подразумева злоупотребу јавне службе ради постизања личне користи. Сам појам "корупција" потиче од латинске речи „*corruptio*“, а означава: „поквареност, подмићивање, потплаћивање, изопаченост, кривотворење...“¹. Корупција се сматра патолошком појавом, неморалном и штетном по друштвеној заједници. У правном смислу корупција се дефинише на разне начине и кроз разна кривична дела (примање и давање мита, противзаконито посредовање, злоупотреба службеног положаја, и др.).

¹ Мала енциклопедија, Просвета, Београд, 1986. година, стр. 363.

У литератури има много дефиниција корупције, а једна од њих, (коју је дао *Carl Freidrich*), корупцију дефинише као „девијантно понашање повезано са специфичним мотивом да се прибави приватна добит на рачун јавног овлашћења“².

Будући да се о корупцији, њеним узроцима, подложности миту, каналима подмићивања и њеној раширености говорило и писало на више места, а предмет овог рада јесте корупција у поступку приватизације, неопходно је описати основне карактеристике, циљеве и моделе приватизације, као и нека искуства у приватизацији државне/друштвене имовине.

ПРИВАТИЗАЦИЈА - ВЛАСНИЧКО РЕСТРУКТУРИРАЊЕ

Пошто економска ефикасност капитала произилази из власништва, власничко реструктурирање или приватизација остаје императив даљег друштвеног и економског развоја. Требало би истаћи да приватизација у земљама у транзицији социјалистичког друштва, у новом стварању друштвеног, политичког, државног и привредног система, треба да послужи као средство убрзања процеса транзиције у тржишну економију и побољшања ефикасности кориштења средстава, а то упућује на вишеструкост циљева програма приватизације.

Дакле, појам приватизације подразумева промену у односу држава-тржиште у економском животу земље с наклоношћу на тржиште. У развијеним земљама приватизација представља нови корак у модернизацији.

Ако се полази од тога да приватизација означава процес преноса власништва државе на приватни сектор, онда би главни економски циљ приватизације предузећа био стварање истинских приватних посједника капитала. Крајњи циљ транзиције јесте стварање тржишне привреде уз остварење пуне економске и друштвене ефикасности. Власничка трансформација, односно приватизација јесте средство за постизање ове трансформације. Исто тако, она је темељ једног динамичнијег процеса сталног реструктурирања капитала. Приватни власници капитала би требали то будно да прате, како би њихов капитал остварио континуирану ефикасност у стварању профита. Овај циљ се заснива на принципу поштовања приватне иницијативе и начела система слободног тржишта.

Како се указује на потпуну усклађеност политике и активности у транзицији, тако се уз овај циљ свакако поставља и политички циљ заснован на принципима демократизације укупних односа у друштву и стварања пуне слободе и правне сигурности власништва.³

Циљеви приватизације су различити у земљама у којима преовладава приватни сектор и земљама које су у транзицији и где приватизација означава радикалне и веома комплексне економске и друштвене преображаје.

² Цитирано према: Ђ. Игњатовић, Криминологија, Службени гласник, Београд, 2006. година, стр. 271.

³ С. Андријић: Власничко утемељење друштвене имовине, ХКД Напредак, Сарајево, Подружница Сплит и Агенција за реструктурирање и развој, Мостар, 1996. година, стр.16.

Транзиција је процес усмерен у правцу дугорочне друштвене и економске трансформације. Она обухвата више усклађених активности у реформи привредне политике и законодавства. Готово се може потврдити да је приватизација основна активност уз активности на подручју постизања макроекономске стабилности и либеризације економске активности. Процес транзиције захтева њихову усклађеност. Транзиција, као и приватизација, не могу се успешно, нити другачије проводити без поверења и учешћа грађана.

Као феномен светских размера приватизација не само да је у току 90-тих година имала замах значајан по броју и вредности извршених трансакција, преноса власништва, него је имала и брзо усавршавање и надилажење традиционалних техника приватизације.

У томе су посебно предњачиле земље централне и источне Европе. Подаци Светске банке које је синтетизовао *Price Waterhouse LLC*, утврђују следеће методе приватизације:

- продаја стратешким власницима,
- методе засноване на унутрашњим откупима и
- иновативне програме масовне приватизације.

Из сасвим разумљивих разлога, који се односе на стање у друштву и привреди једне земље, посебности у појединим индустријским секторима, зацртане стратешке циљеве, свака земља има свој програм приватизације и одабране методе. Обично је то комбинација метода у којој доминира једна метода.

Земље централне и источне Европе по предузимању одговарајућих анализа су се одлучивале за модел приватизације као што је: масовна подела дионица путем приватизационих ваучера (бивша Чехословачка, Русија, Словенија), продаја (Пољска), јавне понуде (Пољска, Хрватска, Русија), откуп од стране менаџмента (Пољска, Хрватска).

Из више разлога, нарочито због неприлагођености предузећа тржишној економији, сложености и дивергентности циљева, веома тешком се показује приватизација великих предузећа.

БРЗИНА, СТЕПЕН ОВЛАШТЕЊА И ТРАНСПАРЕНТНОСТ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ КАО ФАКТОРИ КОРУПЦИЈЕ

Уколико се приватизација брзо одвија, мало је времена да се корупциони аранжмани направе. Пошто је повећање брзине приватизације условљено смањењем администрирања, произлази да се корупција, у том случају, смањује по два основа.

Степен овлаштења је други битан фактор корупције. Наиме, свака одлука и верификација која захтева потпис надлежног лица представља потенцијални извор корупције. Отуда је, да би се смањила корупција у приватизацији, неопходно да се административно одлучивање и арбитража сведе што је могуће на мању меру. Иначе, у погледу административних овлаштења, највеће могућности за корупцију леже у фази процене вредности капитала.

Од транспарентности процеса приватизације у великој мери зависи колико ће корупција узети маха. Овде ваља имати на уму три категорије информација.

Прва врста информација везана је за саме законске одредбе којима је уређен процес приватизације. Што су законодавна решења јаснија и транспарентнија, то су мање могућности да надлежни службеници “тумаче” прописе и доносе одлуке у корист онога ко је дао мито.

Друга група информација која пружа могућност за манипулацију и корупцију током процеса приватизације јесте процењена вредност капитала. Ове информације су нарочито значајне када се приватизација одвија путем продаје предузећа. Транспарентност процене вредности предузећа је начин да се ограничи овај извор корупције.

Трећа врста информација односи се на податке о предузећу, поред оних о процењеној вредности његовог капитала, као што су: финансијска успешност, стварна задуженост итд. Ове информације су најмање транспарентне код нас због књиговодствених стандарда који нису прилагођени потребама тржишне привреде, као и распострањеност појави вођења тзв. “двојног књиговодства”.

Поред ових информација, неопходно је да се обезбеди и транспарентност информација о резултатима (исходу) приватизације. Од поузданости ових података зависи да ли ће онај ко контролише регуларност процеса приватизације моћи да ваљано оцени да ли је било неправилности и у чему су се оне састојале.

Уколико бисмо поредили степен транспарентности ова три типа информација у досадашњој приватизацији на нашим просторима, могло би се рећи да је стање најповољније код прве врсте информација (закона), мада је још увек далеко од задовољавајућег, нешто неповољније је код друге врсте (процењена вредност капитала), док код треће групе (пословање предузећа) влада скоро потпуна нетранспарентност.

МОДЕЛ ПРИВАТИЗАЦИЈЕ КАО ФАКТОР КОРУПЦИЈЕ

Током протекле деценије, искристалисало се неколико основних модела приватизација у земљама централне и источне Европе. То су: ваучерска приватизација, продаја предузећа, откуп предузећа од стране запослених и спонтана приватизација. Сваки од ових модела различито утиче на развој корупције током приватизације.

Ваучерска приватизација је најповољнија са аспекта смањивања могућности за корупцију. Ваучерска приватизација подразумева детаљна правила и процедуру које сужавају простор административне дискреције. Информације о самом процесу су, по правилу, широко доступне, док су информације о предузећу, по правилу, врло оскудне. Програмом масовне ваучерске приватизације обично управљају специјализоване агенције, а утицај политичара и високих државних функционера најмање долази до изражаја у поређењу са остала три модела приватизације. Стога је овај модел најмање подложен корупцији.

Продаја предузећа јесте метод чија је битна карактеристика спорост. О трансакцијама се преговара појединачно што повећава улогу административне дискреције. У случајевима када се продаја вршила путем јавне понуде, често се дешавало да су информације о предузећу које су се износиле јавно биле у раскораку са стварним стањем тако да су они добро упућени у стварно стање били у предности у односу на остале. Потенцијално заинтересовани купци су били свесни да праву вредност предузећа знају само инсајдери и њима блиски круг људи па нису ни покушавали да улажу новац. Било је случајева продаје предузећа без јавне понуде чиме се губило и оно мало привредне транспарентности која је постојала код јавне продаје.

Слично важи и за откуп предузећа од стране запослених који подразумева да запослени, а пре свега, директори предузећа преузму предузеће у закуп, да би, после одређеног времена, стекли право да га откупе. Овај метод приватизације се показао у земљама централне и источне Европе веома погодним за малверзације од стране управљачког тима.

Ликвидација предузећа није често примењиван метод приватизације иако је ликвидација, по правилу редовно брз процес. Преломни моменат у поступку ликвидације јесте доношење одлуке за ликвидацију предузећа као и одређивање цена имовине по којима ће се извршити ликвидација. Ове одлуке су мање значајне од сложених одлука о којима треба преговарати када је у питању продаја предузећа. Продаја имовине предузећа које се ликвидира врши се путем ефикасних и транспарентних лицитација, где су све потребне информације доступне. Због тога што се појединачне одлуке о ликвидацији и већина преговора о ценама реализују ван државне сфере, ликвидација има потенцијал да постане један од најпоштенијих метода приватизације.

Спонтана приватизација се јавља када нема брзе, ефикасне и транспарентне приватизације. Колике су стварне размере спонтане приватизације, тешко је прецизно одредити, мада се може претпоставити да се огроман део друштвене имовине на овај начин прелио у приватну својину малог броја људи који су се налазили на положајима. Овај метод се одвија у потпуно нетранспарентним условима, без увида јавности и/или контроле државе. Спонтана приватизација се стога своди на корупцију, јер претвара друштвену/државну имовину у својину политичара и директора који су са њима у спрези. Увек када се приватизација споро одвија и процес прекида, стварају се услови да она поприми облик спонтане приватизације.

На крају, може се закључити да поједини методи приватизације садрже у себи различите могућности за корупцију. Најповољније ефекте имао би процес приватизације који би карактерисали: низак степен административне дискреције, транспарентности и значајна улога ваучерске приватизације.

Да би приватизација била транспарентна и ефикасна (брза), држава треба да ограничи своју улогу на одређивање правила у оквиру којих би предузећа имала максималну слободу, док би држава вршила контролу да ли се утврђена правила поштују. Поред тога, држава треба да популарише приватизациони оквир чинећи га

транспарентним и да едукује предузећа и грађане да сви постану активни учесници у тој великој друштвеној игри.

Исто тако, правни прописи треба да буду јасни и да не остављају простора за дискрециона овлашћења. Другим речима, законодавац треба да размишља као филозоф, а говори као сељак.

Од тога колико се добро конципирају и реализују својинске и тржишне реформе у земљи зависи колико ће дуго трајати пут до тржишно организоване привреде и колико ће се цена, изражена у разноврсним облицима корупције, платити на том путу. Уколико се, међутим, због очекиваних проблема и трошкова (не само економских, већ и социјалних и политичких) у реформи не крене, судбина земље и њених становника је сасвим извесна.

Различити су облици у којима се остварује приватна добит на штету грађана који су заинтересовани да конкуренција доведе до снижавања цена и побољшавања квалитета робе или услуге. Фирме заинтересоване за куповину државних предузећа, рецимо, настоје да, подмићивањем функционера, дођу до што повољније позиције у надметању. На тај начин, заинтересовани лицитатор може да митом обезбеди себи место на листи оних који задовољавају критеријуме прописане од стране државе или, ипак, да ограничи приступ другим потенцијалним купцима који задовољавају критеријуме.

Осим тога, потенцијални купац може митом да покуша да дође до неке важне информације о фирми за коју је заинтересован да купи. Ово је посебно важно код приватизације великих државних предузећа чију је вредност тешко проценити ако се не зна какав ће порески и регулаторни третман фирма имати после приватизације. Инсајдери и државни функционери у ситуацији су, захваљујући свом положају и информисаности, да понуде «на продају» ове драгоцене информације. Често се, у земљама централне и источне Европе, дешавало да процењена вредност фирме буде непрецизна, чак и када је процењивач била страна фирма, због тога што је процењивач био у дослуху, било са инсајдерима било са страним мултинационалним компанијама које су биле заинтересоване за куповину. У екстремним случајевима, процена се ни не врши, нити има лицитације, већ се фирме продају, по необјављеним ценама, онима који имају најјаче политичке везе.

У Бразилу је познат случај да су се, код приватизације велике државне фирме, понуђачи сами повукли када је «процурила» вест да је на ту фирму «бацио око» човек тадашњег председника државе *de Mello*-а. Иначе, *Fernando de Mello* је започео опсежне тржишне реформе и денационализацију у Бразилу и искористио их за стварање своје личне финансијске империје.

Непостојање прописа који регулишу конфликт интереса (који настаје када државни функционер има интерес и у некој приватној фирми, што му омогућава да профитира од своје функције), представља извор великих манипулација. На пример, у Аргентини је неколико чланова тима који су учествовали у изради програма

приватизације аутопутева било запослено у фирми која је на крају победила на лици- тацији и постала власник тих аутопутева. У Венецуели је америчка консултант- ска фирма организовала приватизацију националог авиопревозника, иако је, у исто време, имала тесне пословне односе са шпанском националном компанијом Ибе- рија. Да ли случајно или не, тек Иберија је учествовала на потпунијој лици- тацији и победила. У Русији се често дешавало да банка која организује лици- тацију постане и њен победник, односно власник денационализоване фирме.

Корумпирани функционери могу да јавности презентирају лажне податке да компанија не послује добро, а да праве информације о њеној стварној вредности «продају» заинтересованом купцу. Исто тако, ако заинтересовани инвеститор добије поуздану информацију од надлежних функционера да фирма, када се приватизује, неће подлегати оштријој регулативи и надзору од стране државе, он ће бити спре- ман да плати за ту информацију, јер ће му повлашћени положај фирме на тржишту омогућити да оствари екстрапрофит. Приватизована фирма вредеће знатно више ако задржи монополску позицију и после преласка у приватне руке. Иако је интерес друштва да се створе конкурентни услови у грани у којој послује приватизована фир- ма (што би се позитивно одразило на пад цена и раст квалитета производа/услуга), интерес државних функционера и купца је супротан – да се монополски положај одржи. Разлог је јасан – у том случају, фирма више вреди и дио који деле продавац и купац је, самим тим, већи. Стога је устаљена пракса у земљама централне и источ- не Европе и у Латинској Америци да држава декларативно обећа либерализацију тржишта, а да у стварности, монопол фактички остане и после приватизације и да, затим, дође до још веће концентрације на тржишту. Тако је у Аргентини, након при- ватизације телефоније, не само одржан монополски положај приватизоване фирме на тржишту, већ је и ојачан захваљујући слабој регулативи у области телефонског саобраћаја.

ИЗАЗОВИ ОСМИШЉАВАЊА ПРИВАТИЗАЦИЈЕ БЕЗ КОРУПЦИЈЕ

Готово сви извештаји, процене и анализе, или сепаратне студије релевант- них међународних фактора о приватизацији упозоравају на висок ниво и обим ко- рупције. Иако бројне студије и истраживања која су рађена показују да су појаве ко- рупције прилично раширене, доследна примена антикорупционих мера и активнос- ти у убрзавању започетих реформи у области правосуђа, извршних органа, управе, итд., треба да допринесу сузбијању широке спирале корупције.

Шта влада треба да учини како би смањила опасност да дође до корупције у процесу приватизације?

Треба издвојити довољно времена да се овај процес обави професионално, али не толико да се заврше договори о корупцији. У прошлости су проблем изазивали нарочито рокови које су постављале међународне финансијске институције. Тако су јавне службе приватизоване, а да није било времена да се направи функционалан правни оквир. У једном извештају Међународног монетарног фонда се примјећује: „У многим земљама које су предузеле реформу јавног сектора, приватизација је започињала пре

него што је успостављен одговарајући правни оквир оличен у законима који регулишу спровођење отуђења државне имовине или рад државних предузећа.”⁴

Многа државна предузећа немају времена да постану економски способна за живот пре продаје, тако да се често продају испод тржишне цене, и поред великих улагања власти у докапитализацију.⁵

Навешћемо неке од специфичних примера корупције који су примећени у процесу приватизације:

- Уцењивање потенцијалних понуђача усмерено на то да се спрече да учествују на аукцији или да на аукцији не подижу цене;
- Изнуђивање накнаде за неучествовање у продаји од озбиљних инвеститора од стране шпекуланата који обећавају да ће се у замену уздржати од учешћа у надметању и/или од нуђења веће цене (тзв. “рекеташи”);
- Организовање „холандске аукције” пре које се озбиљни потенцијални учесници претњама застраше. На „холандским аукцијама” продавац прво одреди високу цену, па се она постепено умањује све док неко од учесника аукције пристане на понуду;
- Прибављање предузећа на аукцији без намере да се изврши обавеза плаћања до одређеног датума. За то време „купац” отима имовину предузећа или је користи у друге сврхе пре него што резултат аукције буде проглашен ништавним;
- Лажирање документације да би се приказало да је предмет аукције претходно дат у лизинг једном од понуђача, а на основу чега би он добио право прече куповине;
- Знатно потцењивање вредности имовине;
- Учешће страних ентитета који немају право куповине преко домаћих лица.⁶

Начин на који ће приватизација у некој земљи бити изведена зависи од разних социјалних, економских и политичких околности. Мање је вероватно да ће корупција озбиљно захватити процесе приватизације ваучерског типа, који су познати и под именом „ликвидација”, када се имовина компаније продаје одвојено, а не у јединственом пакету.

Нешто рањивија јесте приватизација преко тзв. „почетних јавних понуда” (*Initial Public Offerings – IPO*) или „понуда удела”, али овај тип има као предност то што постоји формалан процес и јавно одређивање цене дионица.

Тендери (или „продаја трговином”) изгледају проблематичнији, за њих је по-

⁴ Екстерна евалуација ЕСАФ, Извјештај групе независних експерата, ММФ (External Evaluation of the ESAF, Report by a Group of independent Experts, IMF, 1998, p. 94.): <http://www.imf.org/external/pubs/ft/extev/index.htm>

⁵ Sue Hawley, Exporting Corruption: Privatisation, Multinationals and Bribery, The Corner House Briefing 19, 1. jun 2000. (www.thecornerhouse.org.uk/pdf/briefing/19bribe.pdf).

⁶ И. Миклош: Ризици корупције у приватизацији (Ivan Miklos, Privatisation Corruption Risks), <http://www.internet.sk/mesa10/PRIVAT/CORRUPT.HTM#III.20Small-scale%20Privatisation>

требно време, мање су транспарентни и код њих дискреционо одлучивање може да постоји у значајној мери. Сумње на корупцију се могу смањити ако се тендерским процесом руководи независно и ван домашаја политичара. Тендери, међутим, нуде веће шансе за унапређење структуре управљања компанијом него што је то случај са системом „понуде удела”.

Мање привлачни облици приватизације су куповина од стране руководства или запослених, што је одлика многих програма приватизације. Готово је неизбежно да на овај начин повлашћени купци добију шансу да купе дионице испод тржишне вредности. Најгоре од свих су такозване “спонтане приватизације”, које економисти Daniel Kaufman (*Daniel Kaufmann*) i Paul Zigelbaum (*Paul Sigelbaum*) описује као „саму срж корупције“, будући да представљају праву крађу јавних добара од стране политичара и директора предузећа који су повезани са номенклатуром.”⁷

Требало би да постоји разноликост при узимању саветника за владине програме приватизације. Ангажовање истог саветника за стратешка и посебна питања сигурно убрзава процес, али носи са собом потенцијал да се појави сукоб интереса. То такође може да доведе саветника у сукоб са циљевима владине политике. Можда ће влада жељети да реструктурира привредну грану и да уведе конкуренцију, док ће саветник вршити притисак да се прода имовина која повлачи монополска права како би се повећао приход и како би и сам саветник добио већу провизију.⁸

Мада постоји више начина да се приватизација спроведе, одређени принципи се увек примењују:

- Конкуренција купаца. Аукције и јавни тендери смањују опасност да ће неко од купаца уживати преимућство при одабиру;
- Објава јавног тендера која садржи јасна и потпуна обавештења о условима тендера;
- Придржавање објављених услова тендера и приватизације;
- Једнаки услови учешћа за све заинтересоване стране;
- Неограничен приступ компанији која пролази кроз приватизацију. Потенцијалним купцима треба омогућити да предузеће посете, консултују се са његовим руководством и изврше увид у финансијску документацију;
- Понуђена цена треба да буде једино мерило за избор победника;
- Треба избегавати непосредне продаје. Ово је најопаснији облик приватизације, посебно у случајевима када само једна политичка партија ефективно контролише власт у земљи;
- Кратки рокови, како би се на најмању меру свеле могућности да се склопи договор о корупцији;
- У процесу приватизације треба да се примењују јасна и објективна мерила како би се спречило додељивање претераних дискреционих овлашћења званичницима;

⁷ Daniel Kaufmann and Paul Siegelbaum, Privatisation and corruption in the transition: <http://www.world-bank.org/wbi/governance/pdf/siege12pdf>

⁸ Приватизовање државних предузећа (Privatising State - Owned Enterprises) (видети fusnotu 3), стр. 62. Књига садржи и савете о томе како на јасан начин регулисати улогу саветника.

- Објављивање свих информација које су од значаја за приватизацију како би правила била позната свима и како би јавно могла да контролише процес;
- Строго придржавање кодекса понашања и правила о сукобу интереса;
- Независно спровођење процеса приватизације. На тај начин ће се отежати искоришћавање већ постојећих коруптивних односа које неки имају са државним службеницима;
- Јавни службеници који раде на пословима приватизације треба да буду боље плаћени од осталих и да добијају награде за сваки успешно обављени посао приватизације.⁹

ЗАКЉУЧАК

Према оценама домаћих и страних стручњака, досадашњи процес приватизације у многим земљама није био транспарентан, што је за последицу имало закључивање одређеног броја купопродајних уговора у којима државна својина и права радника нису адекватно заштићени, нити је обезбијеђен механизам за испуњење и контролу испуњења обавеза од старане купца.

Ради превазилажења овог стања неопходно је:

- донети законске прописе којим ће се обезбиједити ефикасан механизам за раскид оних купопродајних уговора где купац (инвеститор) није испунио уговорене обавезе,
- ојачати улогу органа који у име државе продају државни капитал у процесу приватизације (агенције за приватизацију),
- покренути јавну кампању ради бољег информисања јавности о процесу приватизације.

Поред наведеног борба против корупције подразумева и изградњу система моралних вредности демократског друштва.

ЛИТЕРАТУРА:

- Андријић, С., Власничко утемељење друштвене имовине, ХКД Напредак, Сарајево, подружница Сплит и Агенција за реструктурирање и развој, Мостар, 1996.
- Бошковић М., Актуелни проблеми сузбијања корупције, Полицијска академија, Београд, 2000.
- Вуковић, С., Транзиција и корупција, Посебна издања, Гораграф, Београд, 2007.
- Дебељак, Н., Борба против корупције у Босни и Херцеговини, Дефендологија – центар за безбједност, социолошка и криминолошка истраживања, Бања Лука, 2008.
- Игњатовић, Ђ., Криминологија, Службени гласник, Београд, 2006.

⁹ Ови критеријуми укључују и мерила за приватизацију које је препоручила немачка саветодавна група за приватизацију у Украјини: http://www.privatisation.kiev.ua/Priv_Eng/rounde/XIX/10yearsE.htm. Видети такође рад ОЕЦД-ове групе за приватизацију и управљање државном имовином: http://www.oecd.org/document/36/0,2340,en_2649_37439_24_31588_1_1_1_37439,00.html; Немачки саветодавни пројекат за приватизацију у Украјини: http://www.privatisation.kiev.ua/Priv_Eng/aboutE.htm. Немачка има висок ниво искуства у процесу трансформације који је дошао као последица уједињења те земље. Законске, привредне и социјалне промене у Источној Немачкој биле су без преседана у европској историји. Немачка влада верује да јој то искуство даје јасну слику о томе шта треба радити и о времену које је потребно да би се приватизација спровела.

Kaufmann, D., Sigelbaum П., Privatizacija i korupcija u tranziciji – Privatization and Corupcion in Transition Economies, Journal of International Affairs, 1996.

Мала енциклопедија, Просвета, Београд, 1986.

Митровић Д., Корупција – карактеристике, мњења и изазови, Бања Лука, 2008.

Савић-Степановић, К., Златић, И., Канцеларија Савета за борбу против корупције, Република Србија 11.10.2001.

Сенић, Р., Лукић, М. С., Кризни менаџмент, Факултет пословне економије, Бања Лука, 2009.

Шуковић, Д., Приватизација и транспарентност, Transparency International Serbia, Beograd, 2001.

Танци, В., Корупција широм свијета - Vito Tanzi, Corruption Around the World, IMF Staff Papers, 4 December 1998.

<http://www.seebiz.eu/hr/tvrtke/rs>, 08.04.2009.

<http://www.бука.com>, 03.03.2006.

<http://www.osce.org>, 28.04.2009.

<http://www.imf.org/external/pubs/ft/extev/index.htm>, 1998, p. 94.

<http://www.thecornerhouse.org.uk/pdf/briefing/19bribe.pdf>, 19.06 2000.

<http://www.internet.sk/mesa>, 01.06.2000.

<http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/siege12pdf>.

<http://www.privatisation.kiev>.

<http://www.oecd.org>.

<http://www.worldbank.org/wbi/governance/pdf/siege12pdf>.

Goran Maričić

master rights, The Government of the Republic of Serbian - Common Affairs

Corruption and privatization

Abstract: Corruption is considered to be a universal phenomenon as it is present in all countries, in all systems, and all the countries endeavor to suppress it, with more or less success. Corruption as an universal occurrence in the world is a particularly actual problem in the post-conflict countries which are also in transition (Serbia, B&H...). Processes of transition, privatization and the very process of creation of a state on completely new foundations, have favored expansion of corruption on all the levels and in all the areas of social life.

Goal of this work was not to identify the negative or positive financial effects of privatization process or the necessity of social transition, but to point out to the shortcomings or misuses in the processes of privatization, either by the governmental bodies or by individuals, as well as to define the best privatization procedures and what should be done to reduce corruption in the privatization process.

Key words: corruption, privatization, models of privatization, state.

DOI: 10.7251/GFP1303232M

UDC: 341.2:342.7

Stručni rad

Датум пријема рада:
26. јун 2013.

*Датум прихватања
рада:*
28. јун 2013.

Нека савремена питања заштите мањинских права у ЈИЕ кроз примену мониторинг механизма Савета европе

Проф. др
Брано Миљуш
*ванредни професор,
Факултет Правних
наука, Паневропски
универзитет
“Апецрон” Бања Лука*

Abstract: Европска оквирна конвенција о заштити националних мањина (1995) израђена је након састанка на врху Савета Европе одржаног у Бечу 1993. године, нешто раније је донесена Европска повеља о регионалним језицима и језицима мањина (1992), као одговор на све веће проблеме у области права мањина у Европи. Ти проблеми појавили су се као последица распада СССРа и СФРЈ и уопште процеса самоопредељења у Европи током деведесетих година 20. века. Према Конвенцији, државе морају штитити индивидуална права лица која припадају националним мањинама, али и обезбедити услове који ће мањинама омогућити одржање и развој њихове културе и идентитета. Тако се у новије време отвара читав низ питања у савременом међународном праву при чему је механизам извршавања ограничен на систем извештавања али и савете експерата задужених за анализу тих извештаја.

Кључне ријечи: националне мањине, мањинска права, Савет Европе, Република Србија

ОСНОВНИ ЕЛЕМЕНТИ И МОДАЛИТЕТИ ФУНКЦИОНИСАЊА МОНИТОРИНГ МЕХАНИЗМА САВЕТА ЕВРОПЕ

Најважнији документ Савета Европе (СЕ) је Статут. У овом документу прокламовани су основни циљеви СЕ и начин на који ће ти циљеви бити реализовани. Чланом 1, ставом а. наводи се да је основни циљ СЕ: „остварење већег јединства између чланица у циљу очувања и остваривања идеала и начела, који су њихова заједничка баштина и подстицања њиховог економског и друштвеног напретка”.¹ У истом члану под ставом б. наведени су основни начини за остваривање прокламованих циљева. Наиме, у члану 1, ставу б. утврђено је да ће циљеви СЕ бити реализовани преко: „органа Савета, разматрањем питања од заједничког интереса, закључивањем споразума и заједничком акцијом у економској, социјалној, културној, научној, правној и административној области, као и путем очувања и развоја људских права и основних слобода”.²

Главно тело СЕ је Комитет министара у чијој је надлежности доношење одлука и креирање политике ове организације. Друга најзначајнија тела СЕ су Парламентарна скупштина, Конгрес локалних и регионалних власти и Европски суд за људска права.³ У члану 17. Статута СЕ наводи се да: „Комитет министара може основати саветодавне и техничке комитете или комисије за специфичне намене ако то сматра пожељним”.⁴ Дакле, Саветодавни комитети у чију надлежност спада мониторинг заштите мањина и мањинских права није стално тело, већ је организовано са посебним задатком

Снага Комитета министара СЕ више лежи у „Оквирној конвенцији за заштиту националних мањина”, него у самом Статуту ове организације. Наиме, у члану 24, ставу 1, поменуте Конвенције наводи се да ће: „Комитет министара Савета Европе пратити како уговорнице спроводе ову Оквирну конвенцију”.⁵ То потврђује пажљива анализа члана 1. којом се може утврдити да „Оквирна конвенција за заштиту националних мањина” не третира заштиту права мањина као искључиву надлежност државе, већ мањинска права сврстава у заштиту људских права на општем, међународном, нивоу.⁶

Мониторинг механизам СЕ у примени „Оквирне конвенције за заштиту националних мањина” уствари представља праћење о којем се говори у члану 24, ставу 1, поменуте Конвенције. Мониторинг механизам СЕ, односно праћење поштовања људских права и правних процедура, у разним областима заснован је на разним инструментима у виду конвенција, повеља, комисија, комитета, група и повереника. Области

¹ “Statute of the Council of Europe”, *Council of Europe*, European Treaty Series – No. 1, London, 5 May 1949, Art. 1, para. a.

² *Ibidem*, Art. 1, para. b.

³ Видети: “How we work?”, *Council of Europe*, Интернет: <http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp?page=CommentTravaillonsNous&l=en,01/04/2013>.

⁴ “Statute of the Council of Europe”, оп. цит., Art. 17.

⁵ “Framework Convention for the Protection of National Minorities and Explanatory Report”, H(1995)010, Strasbourg, February 1995, Art. 24, para. 1.

⁶ *Ibidem*, Art. 1.

у којима се наведени инструменти користе су: заштита социјалних права, спречавање мучења, заштита мањина, борба против расизма и нетолеранције, спровођење акција за спречавање трговине људима, борба против корупције, спречавање прања новца и финансирања тероризма, као и извршавање пресуда Европског суда за људска права.⁷

„Оквирна конвенција за заштиту националних мањина предвиђа систем надзора у погледу њене националне примене.⁸ Наиме, поменута Конвенција представља основу за процену како се штите права националних мањина у државама чланицама СЕ. Резултат процене су препоруке за побољшање у области заштите националних мањина у држави која је предмет анализе. Саветодавни комитет је надлежан да реализује и поднесе резултате детаљне анализе законодавства и спровођења у пракси законских норми које се тичу заштите права националних мањина. Подношење резултата поменуте анализе остварује се у форми мишљења Саветодавног комитета, који је састављен од 18 независних експерата. Доношење резолуције, за шта је надлежан Комитет министара, остварује се на мишљењу које доставља Саветодавни комитет. Циклуси мониторинга обављају се на сваких пет година и имају четири фазе. **Прва фаза** подразумева подношење извештаја од стране државе потписнице. У овој фази држава потписница испуњава упитник на основу шеме коју је обликовао и усвојио Комитет министара. Поред тога, држави потписници може бити прослеђен додатни упитник од стране Саветодавног комитета, а у коме се најчешће инсистира на консултацијама са представницима мањина и невладиних организација. **Друга фаза** укључује мониторинг који спроводи Саветодавни комитет. Мониторинг подразумева анализу извештаја државе потписнице и представника невладиног сектора, као и редовне посете Саветодавног комитета које се састоје од разговора са различитим владиним и невладиним актерима. На основу свега наведеног Саветодавни комитет доноси своје мишљење које износи у облику документа. **У трећој фази** Комитет министара доноси резолуцију која се односи на државу потписницу. Резолуција садржи закључке и препоруке о примени одредаба „Оквирне конвенције за заштиту националних мањина” у држави у којој се спроведен мониторинг. У овој фази друге државе, као и представници невладиног сектора, могу изнети своје мишљење о стању у држави на коју се резолуција односи. **Четврта фаза** је последња и укључује састанке о резултатима мониторинга у одређеној држави. Састанци се одржавају у држави на коју се резолуција односи и подразумева расправу о мерама које је неопходно предузети како би се побољшала заштита мањина. Често се догађа да на овим састанцима, поред државних званичника, учествују и представници невладиног сектора који могу изнети своје мишљење о начинима за бољу заштиту мањина.⁹

Укратко, мониторинг систем о примени „Оквирне конвенције за заштиту националних мањина” функционише на следећи начин. Држава чланица подноси из-

⁷ Видети детаљније: “Practical impact of the Council of Europe monitoring mechanisms”, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, *Council of Europe*, Strasbourg, 2010, pp. 8-15.

⁸ О одредбама „Оквирне конвенције за заштиту националних мањина” које су кључне за механизам мониторинга Савета Европе видети детаљније: “Framework Convention for the Protection of National Minorities and Explanatory Report”, *оп. цит.*

⁹ Видети детаљније: “Monitoring the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, *Council of Europe*, Интернет: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/2_Monitoring/Monitoring_Intro_en.asp, 01/04/2013.

вештај и попуњен упитник Саветодавном комитету који на основу наведених докумената доноси своје мишљење које прослеђује Комитету министара. Затим, Комитет министара на основу мишљења Саветодавног комитета усваја одговарајуће закључке и препоруке, односно доноси одговарајућу резолуцију.

Главна тела СЕ у спровођењу механизма мониторинга су Комитет министара, Парламентарна скупштина и Конгрес локалних и регионалних власти. Свако од ових тела има своје надлежности током спровођења мониторинга у некој земљи. *Комитет министара*, поред усвајања резолуција, надгледа извршење пресуда Европског суда за људска права, па у складу са тим спроводи опште и појединачне мере. Опште и појединачне мере свде се на исправљање стања које је настало одређеним променама које није у складу са општим принципима и документима на којима се заснива функционисање СЕ. У овом случају, задатак Комитет министара је да надгледа процес нормализације стања у некој земљи како се не би сличне ситуације поновиле у будућности. У надлежност *Парламентарне скупштине* спада надгледање усклађености законских аката и прописа са Статутом СЕ и конвенцијама на којима се заснива мониторинг механизам. Поред тога, у случају да нека од чланица СЕ констатно не испуњава обавезе прописане статутом Статут или неком од ових конвенција које се односе на мониторинг механизам, Парламентарна скупштина има овлашћења да санкционише понашање такве чланице. *Конгрес локалних и регионалних власти* надгледа спровођење „Европске повеље о локалној самоуправи”. Та надлежност поменутог тела подразумева праћење практиковања и развоја локалне демократије у новим и старим чланицама. Ово тело има могућност да поднесе различите врсте извештаја који могу бити општи или се односити на конкретну област локалне демократије.¹⁰

Треба нагласити да у оквиру СЕ, односно као један од комитета Парламентарне скупштине, постоји Мониторинг комитет под званичним називом Комитет за поштовање дужности и обавеза држава чланица Савета Европе (*Committee on the Honoring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe*). Мониторинг комитет основан је 1997. године Резолуцијом 1115 Парламентарне скупштине СЕ. У Резолуцији 1115 утврђени су основни задаци Мониторинг комитета од којих се најважнији односи на верификацију преузетих обавеза од стране држава чланица СЕ, а у складу са Статутом СЕ, Европском конвенцијом о људским правима и другим конвенцијама СЕ које су чланице ове организације прихватиле. У истој Резолуцији се наводи да је Мониторинг комитет састављен од 65 чланова Парламентарне скупштине СЕ, а као чланови наводе се и председавајући Комитета за политичка питања и Комитета за правна питања и људска права.¹¹

Парламентарна скупштина СЕ усвојила је 2011. године Резолуцију 1842 којом је овај орган реформисан, односно редефинисане су надлежности комитета који се на-

¹⁰ Видети: “The role of Council of Europe bodies in monitoring”, *Council of Europe*, Интернет: http://www.coe.int/t/dg3/children/monitoring/rolecoebodies_EN.asp, 09/04/2013.

¹¹ Видети: “Setting up of an Assembly committee on the honouring of obligations and commitments by the member states of the Council of Europe (Monitoring Committee)”, Resolution 1115 (1997) of the Parliamentary Assembly, *Council of Europe*.

лазе у њеном саставу. Резолуција 1842 није суштински изменила улогу Мониторинг комитета, али се може уочити да је позиција овог комитета у оквиру Парламентарне скупштине доста чвршћа.¹² Поменуте реформе предложене су и дефинисане у претходној Резолуцији 1822 из исте године.¹³ У сваком случају, важна улога Мониторинг комитета у механизму мониторинга је иницирање овог механизма у некој од држава чланица. Мониторинг комитет предузима неопходне кораке на основу чињеница које указују да у некој држави чланици постоје проблеми у вези са поштовањем Статута СЕ, „Оквирне конвенције за заштиту националних мањина” и других конвенција које је та држава чланица прихватила својим приступањем СЕ.

Укратко, мониторинг систем о примени „Оквирне конвенције за заштиту националних мањина” функционише на следећи начин. Држава чланица подноси извештај и попуњен упитник Саветодавном комитету који на основу наведених докумената доноси своје мишљење које прослеђује Комитету министара. Затим, Комитет министара на основу мишљења Саветодавног комитета усваја одговарајуће закључке и препоруке, односно доноси одговарајућу резолуцију. Комитет министара је надлежан да утврди да ли су мере које је држава чланица предузела на основу мишљења Саветодавног комитета довољне и у складу са одредбама „Оквирне конвенције за заштиту националних мањина”.¹⁴

НАПРЕДАК У РЕФОРМАМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ КРОЗ ПРИМЕНУ МОНИТОРИНГ МЕХАНИЗМА САВЕТА ЕВРОПЕ¹⁵

Србија, односно Савезна Република Југославија (СРЈ), поднела је 18. марта 1998. године захтев за пријем у СЕ у којем је изражена спремност и способност СРЈ да прихвати услове за чланство у овој организацији.¹⁶ Након промене тадашњег режима у СРЈ, 5. октобра 2000. године, поднет је 9. новембра 2000. године још један захтев за пријем у СЕ у којем је, такође, изражена спремност нових власт СРЈ да прихвате све услове које захтева чланство у овој организацији.¹⁷ СРЈ, односно тада већ Државна

¹² Видети: “The terms of reference of Parliamentary Assembly committees – Implementation of Resolution 1822 (2011) on the reform of the Parliamentary Assembly”, Resolution 1842 (2011) of the Parliamentary Assembly, *Council of Europe*.

¹³ Видети: “Reform of the Parliamentary Assembly”, Resolution 1822 (2011) of the Parliamentary Assembly, *Council of Europe*.

¹⁴ Видети: Борис Кривокапић, *Заштита мањина у међународном и упоредном праву*, књига I: Заштита мањина: историјски развој, основна питања и заштита у оквиру Уједињених нација, Министарство за људска и мањинска права СЦГ, Институт за упоредно право, Службени лист СЦГ и Грађевинска књига АД, Београд, 2004, стр. 332.

¹⁵ Србија, односно Савезна Република Југославија, била је предмет интересовања Савета Европе, али се наша земља до политичких промена 2000. године није у методолошком смислу бавила циљевима ове организације и одредбама дефинисаним у „Оквирној конвенцији за заштиту националних мањина”.

¹⁶ Видети: “Federal Republic of Yugoslavia Request for accession to the Council of Europe”, Letter of the Minister of Foreign Affairs, Committee of Ministers, *Council of Europe*, Strasbourg, 23 March 1998, Интернет: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(98\)45&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(98)45&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864), 12/04/2013.

¹⁷ Видети: “2.1 Federal Republic of Yugoslavia: membership of the Council of Europe and accession to Council of Europe Conventions”, Letters of the Minister for Foreign Affairs addressed to the Secretary General, 729 Meeting of the Ministers’ Deputies, Committee of Ministers, *Council of Europe*, Strasbourg, 15 November 2000, Интернет: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2000\)171&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2000)171&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864), 12/04/2013.

Заједница Србије и Црне Горе (СЦГ), добила је 3. априла 2003. године статус пуноправног члана СЕ. У међувремену, односно од 22. јануара 2001. године, СРЈ је добила статус специјалног госта у раду Парламентарне скупштине СЕ.¹⁸ Након проглашења независности Црне Горе, 3. јуна 2006. године, Комитет министар СЕ је на свом 967. састанку усвојио декларацију којом је потврђен наставак чланства Републике Србије у овој организацији, као и наставак поштовања дужности и обавеза које прихватила ступањем у СЕ као чланица Државне Заједнице Србије и Црне Горе.¹⁹

Србија је од момента ступања у Савет Европе у оквиру СРЈ, а касније и као део СЦГ, поднела два периодична извештаја, док је Саветодавни комитет СЕ у истом периоду дао два мишљења о нашој земљи. Први извештај поднет је у оквиру СРЈ у октобру 2002.²⁰, док је други извештај Република Србија поднела као самостална држава у марту 2008. године. Саветодавни комитет СЕ је прво мишљење о Републици Србији, односно Србији и Црној Гори, дао 2003., а друго у марту 2009. године. Анализом закључака изнетим у поменутих мишљењима Саветодавног комитета СЕ могу се утврдити области у којима је дошло до одређених промена и утврдити ниво успешности реформских процеса.

Током израде Првог мишљења Саветодавног комитета СЕ, што је уследило након Први извештаја СРЈ у октобру 2002. године, Србија је прошла кроз политичке промене које су донеле нестанак СРЈ и формирање Државне Заједнице Србије и Црној Горе, па је у овом Мишљењу обухваћен и наведени период. Оно што карактерише Прво мишљење јесте став да су направљени значајни кораци усвајањем савезног „Закона о заштити права и слобода националних мањина“²¹ и „Повеље државне заједнице о људским и мањинским правима и грађанским слободама“.²² Општа оцена изнесена у Првом мишљењу Саветодавног комитета СЕ је да је усвајањем поменутих аката створена чврста основа за спровођење Оквирне конвенције. Чланом 19. савезног „Закона о заштити права и слобода националних мањина“ регулисана је слобода националних мањина да формирају, односно изаберу, своје националне савете, што је оцењено као позитиван корак ка снажнијој заштити мањинских права.²³

Са друге стране, Саветодавни комитет СЕ је у Првом мишљењу закључио да постоје извесни проблеми који у наредном периоду захтевају улагање више труда у њихово решавање. Превасходно је наглашено да постоји потреба да правни статус

¹⁸ Видети детаљније: “Federal Republic of Yugoslavia’s application for membership of the Council of Europe”, Opinion 239 (2002), Parliamentary Assembly, *Council of Europe*.

¹⁹ Видети детаљније: “Continuation by the Republic of Serbia of membership of the State Union of Serbia and Montenegro in the Council of Europe: Declaration by the Committee of Ministers of the Council of Europe”, Adopted by the Committee of Ministers on 14 June 2006 at the 967th meeting of the Ministers’ Deputies Committee of Ministers, *Council of Europe*, Интернет: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1013255&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDBo21&BackColorLogged=F5D383>, 12/04/2013.

²⁰ Видети: “Report submitted by the Federal Republic of Yugoslavia pursuant to article 25, paragraph 1 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, (Received on 16 October 2002), ACFC/SR(2002)003, *Council of Europe*, Belgrade, October 2002.

²¹ Видети: „Закон о заштити права и слобода националних мањина”, *Службени лист СРЈ*, бр. 11/02.

²² Видети: „Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама државне заједнице Србије и Црне Горе”, *Сл. лист СЦГ*, бр. 6/2003.

²³ Видети: „Закон о заштити права и слобода националних мањина”, оп. цит., чл. 19.

закона које су усвојиле претходне савезне власти, а који се тичу положаја националних мањина, буде јасније постављен. Поред тога, истакнуто је да постоји недовољна стабилност у међуетничким односима, што је оцењено као резултат негативне политике претходног режима и последица који су из такве политике произашле. Оцењено је да постоји напредак у изградњи поверења и толеранције, али је неопходан додатни напредак у тој области. У том смислу, позитиван пример који може послужити као образац за унапређење међуетничког поверења и толеранције односи се на албанску националну мањину на југу Србије. Што се тиче органа реда, Саветодавни комитет СЕ је препоручио да ови органи посвете више пажње заштити националних мањина, као и да би у рад поменутих органа требало више укључити Бошњаке и друге националне мањине. Иста препорука по питању веће заступљености националних мањина односи се и на судство. Саветодавни комитет СЕ је у овом Мишљењу изнео запажање да су неопходне законске и практичне мере у циљу ефикаснијег спровођења принципа антидискриминације и остваривања пуне и ефективне једнакости. Као један од проблема који је неопходно што пре решити је проблем интерно расељених и других Рома. Зато се снажно наглашена потреба за усвајањем и спровођењем свеобухватне стратегије која се односи на ову националну мањину. Помеута стратегија треба да обухвати области здравства, стамбених питања, запошљавања и образовања. У вези са образовањем истакнута је хитност у вези са решавањем питања смештања ромске деце у школе за децу са менталним инвалидитетом.²⁴

У закључку Првог мишљења Саветодавни комитет СЕ је истакао разлике које постоје на регионалном нивоу у вези са заштитом језика и културе националних мањина. Као добар пример истакнута је Војводина у којој су предузети кораци и различите иницијативе у поменутој области. Као супротан пример изнет низак ниво у заштити језика и културе влашке националне мањине у североисточној Србији. Зато је Саветодавни комитет СЕ изнео препоруку да би власти требале активније да надгледају и предузимају одговарајуће мере у циљу доследног спровођења релевантне законске регулативе и одредби савезног „Закона о заштити права и слобода националних мањина”.²⁵

Друго мишљење Саветодавног комитета СЕ, изнесено у марту 2009. године, односи се само на Републику Србију, јер је у међувремену Државна Заједница Србије и Црне Горе престала да постоји. Дакле, након пет година Република Србија је као самостална држава поднела Други извештај о спровођењу Оквирне конвенције.²⁶ Неколико месеци касније, Саветодавни комитет је дао оцену овог извештаја.

У Другом мишљењу Саветодавни комитет СЕ истакнуто је нормативни оквир заштите права националних мањина на високом нивоу, а посебно је указано на

²⁴ Видети: “Opinion on Serbia and Montenegro”, Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, (made public on 2 March 2004), ACFC/INF/OP/I(2004)002, *Council of Europe*, Strasbourg, 27 November 2003, Executive Summary, pp. 3-4.

²⁵ *Ibidem*, V Concluding Remarks, p. 39.

²⁶ Видети: “Second Report submitted by Serbia pursuant to article 25, paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, (received on 4 March 2008), ACFC/SR/II(2008)001, *Council of Europe*, Belgrade, January 2008.

постојање посебног поглавља у оквиру Устава Републике Србије из 2006. године које је у целини посвећено заштити мањинских права. Као знак напретка указано је на усвајање новог кривичног закона у који су унесене одредбе које се односе на забрану дискриминације. Поред тога, похваљено је оснивање институције Омбудсмана који је одмах покренуо адекватне иницијативе у вези са надзором заштите мањинских права у свим регионима Србије. Као охрабрујуће за даљи процес реформи оцењено је оснивање Министарства за људска и мањинска права.²⁷

У Првом мишљењу Саветодавног комитета СЕ изнесена је потреба за активностима које треба да ојачају и развију међуетнички дијалог на територији Војводине. Зато је у Другом мишљењу истакнуто је да су на територији Војводине предузете бројне иницијативе у поменутој области, што је оцењено као позитивно.²⁸ Поред тога, као још један позитиван аспект наведена је чињеница да су у срединама на територији поменуте покрајине постављени топографски знаци на језицима мањина тамо где пре нису постојали.²⁹

Саветодавни комитет СЕ похвалио је кораке које су централне власти Републике Србије предузеле у циљу решавања проблема припадника Ромске мањине. Наиме, власти Републике Србије су у циљу побољшања положаја и животних услова ромске националне мањине усвојиле четири акциона плана која се односе на запошљавање, становање, образовање и здравство. Посебно је као позитивно оцењено оснивање Секретаријата за ромску националну стратегију у оквиру Министарства за људска и мањинска права, а припадници ромске националне мањине су укључени у поменуто тело.³⁰

Препоруке из Првог мишљења односиле су се и на програм јавних медија у Србији, па је као позитивна оцењена промена програмске политика ових медија који су у редован свој програм укључили и разноврсан садржај на језицима националних мањина.³¹ Као показатељ одређености Републике Србије да у потпуности спроводи циљеве Савета Европе и одредбе Оквирне конвенције истакнуто је формирање Националних савета националних мањина. То је на два начина позитивно утицало на процес реформи у Србији. Прво, припадници националних мањина добили су могућност да узму учешће у процесу доношења одлука. Друго, поменути савети су одмах на почетку свога рада дали значајан допринос у решењу конкретних проблема националних мањина, посебно оних који се тичу образовања и културе.

Као што се може видети, у Другом мишљењу СЕ изнете су оцене које су показатељ напретка реформи које се спроводе у Републици Србије. Ипак, и даље су прису-

²⁷ Видети: "Second Opinion on Serbia adopted on 19 March 2009", Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, ACFC/OP/II(2009)001, *Council of Europe*, Strasbourg, 25 June 2009, Executive Summary, p. 1.

²⁸ *Ibidem*, Art. 6, para. 100.

²⁹ *Ibidem*, Art.11, para. 184.

³⁰ *Ibidem*, Art.4, para. 75; У међувремену је Министарство за људска и мањинска права уташено, а формирано је Министарство правде и државне управе. У оквиру Владе Републике Србије формирана је Канцеларија за људска и мањинска права. У међувремену је Секретаријат за ромску националну стратегију преименован у Групу за спровођење Стратегије за унапређивање положаја Рома.

³¹ *Ibidem*, III Concluding Remarks, para. 273 and 274.

тни проблеми које треба решити или процес реформи у појединим областима треба убрзати.

У анализи Другог мишљења Саветодавног комитета СЕ већ је наведено да је похваљено формирање Министарства за људска и мањинска права, али се једна од кључних замерки односи на недовољну брзину спровођења процеса реформи. У том смислу, посебно је истакнуто кашњење у заокруживању правног система у вези са заштитом националних мањина. Претпоставка је да је формирање поменутог Министарства створило добру основу за брже и ефикасније решавање наведених проблема, као и за усвајање одговарајућег законског оквира. Као и у случају Првог мишљења, издвојена је Војводина као добар пример развоја односа и сарадње између различитих националних заједница, па је истакнута неопходност већег ангажовања централних власти у истој области. У заштити мањинских права инсистира се на значајнијем учешћу локалних власти, а једна од препорука у том смислу је употреба језика националних мањина на локалном нивоу. Ипак, истакнуто је да правни оквир који регулише учешће припадника националних мањина у раду локалних власти није јасно дефинисан.³²

Као проблем који захтева хитно решавање опет је истакнута ситуација у којој се налазе Роми. Истакнуто је да се ова мањинска заједница суочава са дискриминацијом у различитим областима, а као једна од специфичности овога проблема назначено је да се ромска деца уписују у школе за децу ометену у развоју, односно специјалне школе, иако она то нису. Саветодавни комитет СЕ износи мишљење да је неопходно искорењивање описане праксе. Још један проблем који се односи на Роме је недостатак личних документа који припадницима ове мањинске заједнице онемогућава остваривање права у сфери социјалне заштите.³³

У закључним напоменама Саветодавни комитет СЕ је изнео одређене препоруке чије би усвајање и спровођење у пракси омогућило Републици Србији ефикаснију примену одредаба Оквирне конвенције. Те препоруке, у суштини, се односе на брже усвајање законског оквира који се односи на: (1) лакше функционисање националних савета, (2) забрану дискриминације, (3) оснивање и функционисање медија чији су оснивачи припадници националних мањина, (4) испитивање и процесуирање случајева дискриминације и насиља против припадника националних мањина, (5) промовисање толеранције и међуетничког дијалога на целој територији Републике Србије, (6) веће могућности за образовање на језицима националних мањина, укључујући и Влахе, (7) потпуно уклањање препрека за укључивање Рома у све сфере друштвеног и политичког живота формулацијом државне стратегије за заштиту права ове мањинске заједнице која би укључила представнике свих нивоа власти.³⁴

У Бриселу је, 19. априла 2013. године, делегација Владе Републике Србије парafirала „Предлог споразума са привременим властима у Приштини”. На основу првих информација објављених на интернет-страници Владе Републике Србије може

³² *Ibidem*, III Concluding Remarks, para. 275, 276 and 277.

³³ *Ibidem*, III Concluding Remarks, para. 280 and 281.

³⁴ *Ibidem*, III Concluding Remarks, para. 285.

се закључити да је ЕУ инсистирала на овом Споразуму како би дошло до стабилизације односа и наставка започетих реформи у региону. О томе сведочи и тачка 14. према којој Србија не може да политички или другим средствима блокира пријем привремених власти у Приштини у међународне организације.³⁵ Дакле, неопходно је даље укључивање свих регионалних субјеката, односно фактора, у међународне организације, што ће подразумевати и усвајање међународних стандарда. Тиме би реформски процеси на регионалном нивоу били ојачани и даље унапређени.³⁶ Томе у прилог говоре и досадашњи споразуми постигнути између Београда и Приштине у којима важно место заузимају регионална сарадња, представљање на регионалном нивоу, слобода кретања и несметан економски развој.³⁷

НОВИ ЕЛЕМЕНТИ У НАПРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ КА ИСПУЊАВАЊУ ЦИЉЕВА САВЕТА ЕВРОПЕ И ОДРЕДБИ ОКВИРНЕ КОНВЕНЦИЈЕ

Комитет министара Савета Европе је на састанку одржаном 14. марта 2012. године изнео одређене оцене о досадашњим активностима Србије у циљу јачања демократске стабилности. На првом месту истакнуто је да постоји значајан напредак и да су спроведене важне реформе у испуњавању обавеза преузетих чланством у СЕ. Србија је дала велики допринос стварању позитивне политичке климе у региону напорима које је уложила у јачање билатералних и мултилатералних односа. Комитет министара је као позитиван корак Србије оценио бољу сарадњу наше земље са Међународним кривичним судом за бившу Југославију (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia – ICTY*). Поред ових позитивних оцена, Комитет министара Савета Европе изнео је одређене препоруке које би Србија требала да усвоји у спровођењу даљих реформи. Прво, препоручује се улагање додатних напора у испуњавању преосталих обавеза у складу са Статутом Савета Европе. У складу са тим је испуњавање обавеза које је Србија преузела потписивањем „Оквирне европске конвенције о прекограничној сарадњи територијалних заједница или власти“³⁸ приликом учлањења у Савет Европе. Комитет министара сматра да је неопходно обезбедити независност надзорних тела, учинити више у области ефикасније координације између најважнијих државних институција и наставити са реформом правосудног система. Као важна препорука истиче се неопходност утврђивања пробле-

³⁵ Видети: „Београд и Приштина парафирали предлог споразума“, *Влада Републике Србије*, 19. април 2013, Интернет: <http://www.srbija.gov.rs/vesti/vest.php?id=188329>, 24/04/2013.

³⁶ Као поређење са ситуацијом у којој се налази Србија, односно земље у региону, може се узети мишљење Савета Европе о Молдавији. Кључни проблеми са којима се Молдавија суочава су спровођење заједничких програма Савета Европе и Европске комисије који се односе на реформе у области судства, бољи приступ рањивих друштвених група социјалним службама, реформу локалне самоуправе и заштиту људских права. Поред тога, Молдавија има проблема за усклађивањем домаћег законодавства са стандардима Савета Европе и положајем медија; О томе видети детаљније: “Report on monitoring procedures under the responsibility of the Committee of Ministers”, DPA/Inf(2009)11, Information document established by the Directorate General of Democracy and Political Affairs, *Council of Europe*, 20 March 2009, pp. 3-4; “Joint Programmes - Activities by Country”, List of activities concerning Republic of Moldova (2013), *Council of Europe*, Интернет: <http://www.jp.coe.int/CEAD/Countries.asp?CID=48>, 24/04/2013.

³⁷ Видети: „Споразуми постигнути у дијалогу са Приштином уз посредовање ЕУ“, *Влада Републике Србије*, Интернет: <http://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/?id=164576>, 24/04/2013.

³⁸ Видети: “European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities”, *European Treaty Series – No. 106*, *Council of Europe*, Madrid, 21 May 1980.

ма нетолеранције присутних у односима између различитих друштвених група пре свега кроз примену стандарда утврђених у „Закону о забрани дискриминације”. На крају, Комитет министара Савета Европе препоручио је да се настави са активностима које треба да побољшају положај припадника националних мањина у Србији.³⁹

Савет Европе примио је Трећи периодични извештај Републике Србије у марту 2013. године. Треће мишљење Саветодавног комитета СЕ може се према анализи устаљене праксе очекивати почетком наредне 2014. године.

У законском систему Републике Србије не постоји утврђен општи антидискриминаторски регулаторни и институционални оквир, који на јединствен начин регулише питање забране дискриминације. У складу са тим, Народна скупштина Републике Србије средином 2009. године усвојила је „Закон о забрани дискриминације”, који је ступио на снагу 1. јануара 2010. године.⁴⁰ Овај Закон има општи карактер и нуди опште тумачење дискриминације и акција које треба предузети у таквим случајевима. Уставом Републике Србије забрањене су све активности којима се подстиче изазивање расне, националне, верске и друге нетрепеливости и мржње.⁴¹ Сходно томе, Уставни суд има право да забрани рад удружења које спроводе активности са горе наведеним циљевима и делују у правцу насилног рушења уставног поретка и нарушавања загарантованих људских и мањинских права.⁴² Поред нових законских прописа, основане су нове институције и тела чији је задатак да прате могућу појаву дискриминације и обезбеде одговарајућа правна средства. Институција Повереника за заштиту равноправности основана је на основу поменутог Закона. Повереник је независан државни орган који је специјализован, односно надлежан, за борбу против свих облика дискриминације. Народна скупштина Републике Србије изабрала је првог Повереника у 2010. години. У Другом извештају који је Република Србија поднела Савету Европе у марту 2008. године наглашено је да је успостављена институција Омбудсмана. У Трећем извештају се наглашава да је Омбудсман у периоду од 2008. до 2011. године посебну пажњу посветио јачању капацитета остваривања права националних мањина на локалном нивоу кроз сарадњу. Сходно томе, Омбудсман је обратио пажњу на рад једница локалне самоуправе у примени важећих законских прописа. У наведеном периоду Омбудсман је, сходно својој улози да активно сарађује са званичницима локалних власти, утврдио начин рада који се односи на праћење поштовања мањинских права на нивоу локалних самоуправа. Зато је Омбудсман у поменутом периоду у оквиру својих надлежности посетио већину јединица локалне самоуправе са мешовитим становништвом и водио разговоре са представницима локалних власти, невладиних организација (НВО) и другим компетентним локалним представницима.⁴³

³⁹ Видети: “Current political questions”, 1037th meeting, Committee of Ministers, *Council of Europe*, Интернет: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2012\)1137/2.1bis&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=DBCDF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2012)1137/2.1bis&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=DBCDF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864) 24/04/2013.

⁴⁰ Видети: „Закон о забрани дискриминације”, *Службени гласник РС*, бр. 22/09.

⁴¹ Видети: *Устав Републике Србије*, Народна скупштина Републике Србије, Београд, 8. новембар 2006, чл. 49.

⁴² *Ibidem*, чл. 55.

⁴³ Видети: “Third Report submitted by Serbia pursuant to article 25, paragraph 2 of the Framework Convention

Проблеми са којима се суочава ромска национална мањина назначени су као хитни за решавање у оба претходна Мишљења Саветодавног комитета СЕ. У складу са препорукама СЕ и међународном иницијативом Декада за инклузију Рома 2005-2015, Влада Републике Србије усвојила 2005. године „Акциони план за спровођење Стратегије за унапређивање положаја Рома у Републици Србији”, који је подвргнут ревизији 9. априла 2009. године.⁴⁴ Акциони план укључује активности усмерене ка решавању проблема ове националне мањине у областима: социјалне заштите интерно расељених лица, повратак у складу са уговором о реадмисији, промоције положаја жена, медија, културе и информација на матерњем језику. Акционим планом обухваћена је област антидискриминације и политичке инклузије ромске националне мањине. Посебни проблеми са којима се суочава ова национална мањина односе се на издавање личних докумената, становање, здравствену заштиту. Министарство унутрашњих послова Републике Србије активно учествује у активностима реализације Акционог плана, а које се односе на издавање личних докумената неопходних за стицање права на социјалну и здравствену заштиту, као и других права. Посебан допринос поменутог Министарства подразумева сарадњу са другим органима који се баве променом статуса припадника ромске националне мањине, као и самосталне активности везане за добијање држављанства Републике Србије припадника ове националне мањине. Ове самосталне активности укључују, пре свега, пружање адекватних информација о процедурама за стицање држављанства и других личних докумената на једноставан и ефикасан начин. Издавање личних докумената припадницима ромске националне мањине врши по хитној и убрзаној процедури. То се посебно односи на лица која нису имала правну основу за пријаву боравка, јер им је недостајала иста основа за пријаву становања. Ипак, у овом Извештају је истакнуто да нормативни оквир, без организовања шире кампање информисања у вези са издавањем личних докумената и могућностима за правну помоћ, није довољан да решавање постојећих проблема. Зато су на локалном нивоу припадници ромске националне мањине укључени у активности информисања својих сународника о могућностима решавања њихових проблема. Током 2009. године на снагу је ступио „Закон о социјалном становању” којим су у члану 10. Роми наведени као једна од рањивих друштвених група са правом приоритета у Републици Србији.⁴⁵ То је још једна од законских мера којима Република Србија настоји да побољша животне услове Рома, што је један у низу корака ка решавању стамбених питања припадника ове националне мањине.

Такође, почетком 2012. године Влада Републике Србије донела је Националну стратегију социјалног становања⁴⁶ и Акциони план за спровођење Стратегије.⁴⁷ Поменута Стратегија треба да помогне домаћинствима са ниским или средњим при-

for the Protection of National Minorities”, (received on 14 March 2013), ACFC/SR/III(2013)001, *Council of Europe*, Belgrade, December 2012, pp. 51, 55-57 and 59.

⁴⁴ Видети: „Акциони план за спровођење Стратегије за унапређивање положаја Рома у Републици Србији”, *Службени гласник РС*, бр. 27/09.

⁴⁵ Видети: „Закон о социјалном становању”, *Службени гласник РС*, бр. 72/09, чл. 10.

⁴⁶ Видети: „Национална стратегија социјалног становања”, *Службени гласник РС*, бр. 13/12.

⁴⁷ Видети: „Акциони план за спровођење Националне стратегије социјалног становања”, *Влада Републике Србије*, 26. јануар 2012, Интернет: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678,19/04/2013.

мањима у решавању њихових стамбених питања, али и да реши проблеме у насељима у којима су услови становања испод предвиђених стандарда, а у којима махом живе Роми. Стратегијом је предвиђена израда нацрта и усвајање адекватних докумената о пресељењу таквих насеља.

Министарство природних ресурса, рударства и просторног планирања предузело је одговарајуће мере у обнови и побољшању животних услова у насељима у којима живе Роми. То се посебно односи на јачање капацитета јединица локалне самоуправе у виду израде одговарајућих публикација које се односе на неформална ромска насеља. Ове публикације треба да информишу припаднике ромске националне мањине о унапређењу животних услова, интеграцији у шире окружење и легализацији њихових насеља у складу са важећим законским прописима у Републици Србији.⁴⁸

Министарство здравља Републике Србије ангажовано је на побољшању здравствених услова за ромску националну мањину, што укључује обезбеђивање додатних финансијских средстава и спровођење разних пројеката. Поменути пројекти су обухваћени Акционим планом унапређења здравља Рома који је Влада Републике Србије усвојила је 2005. године. Поред тога, током 2009. године усвојена је Стратегија за унапређење положаја Рома у Републици Србији, која обухвата област здравствене заштите. Акционим планом унапређења здравља Рома за период од 2009. до 2015. године дефинисана су четири основна циља која треба да допринесу побољшању општег здравственог стања и остваривања права на здравствену заштиту ове мањинске заједнице. Поменути циљеви укључују: утврђивање здравственог стања ромске мањинске заједнице, лакше остваривање права на здравствену заштиту, већа доступност здравствене заштите и побољшање животног окружења.⁴⁹

Од 2008. године Министарство здравља спроводи пројекат под називом Посредник за здравствену заштиту. Овај пројекат подразумева увођење посредника (медијатора) који треба да упознају ромску националну мањину са њиховим правима у области здравствене заштите. У периоду од 2008. до марта 2012. године запошљено је 75 жена медијатора у 60 здравствених центара широм Србије. Медијатори су, поред осталог, посетили и регистровали у систем здравствене заштите око 120 000 Рома, док је око 12 000 лица ромске националности добило здравствена документа. Током ових активности медијатори су креирали електронску базу података о здравственој ситуацији ромске националне мањине, њиховом образовању, запошљању, али и о животним условима у ромским насељима. Још један пројекат носи назив „Ангажовање ромских жена медијатора: економска анализа увођења ромских жена посредника за здравствену заштиту у систем јавних здравствених установа у Србији”, а почео је са спровођењем 2010. године у сарадњи са НВО Фонд за отворено друштво. Од 2001. до 2012. године Министарство здравља је покренуло многе програме са циљем бољег упознавања здравствених радника са карактеристикама ромске националне мањине. Један од тих програма је „Унапређење комуникације са

⁴⁸ Видети: “Third Report submitted by Serbia pursuant to article 25, paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, оп. цит., п. 68.

⁴⁹ Видети: “Здравље Рома – достигнућа, перспективе и изазови”, Министарство здравља Републике Србије, 14.12.2009, Интернет: <http://www.zdravlje.gov.rs/showpage.php?id=73>, 22/04/2013.

ромском популацијом” који укључује упознавање са културом Рома, њиховим потребама и подизање свести о неопходности јачања мултисекторске сарадње у здравству по питању ромске популације. Република Србија у побољшању здравствених услова за Роме сарађује и са међународним организацијама. У прилог томе говори пројекат Посредници за здравствену заштиту у 13 општина Јужне Србије који Република Србија реализује у сарадњи са Фондом Уједињених нација за децу (*United Nations Children's Fund – UNICEF*) и програмом УН под називом Одржање мира и инклузивни локални развој (*Peacebuilding and Inclusive Local Development – PBILD*)⁵⁰. Поменути пројекат почео је са реализацијом крајем 2011. године. За наредни период већ су створени планови за додатно побољшање здравствене заштите Рома, што потврђује развијен предлог „Акционог плана за побољшање здравствене ситуације Рома за период 2012-2014”. Нагласак у предлогу овог Акционог плана стављен је на едуковање Рома о њиховим правима у области здравствене заштите.⁵¹

Средином 2009. године усвојена је Уредба о Савету Републике Србије за националне мањине. Наведеном Уредбом је јасније дефинисана улога поменутог тела у смислу очувања културне баштине националних мањина у Републици Србији. Наиме, Савет Републике Србије за националне мањине надлежан је за очување, промоцију и заштиту специфичних културних карактеристика припадника мањинских заједница.⁵² На захтев националних савета националних мањина Савет Републике Србије за националне мањине прихватио је предлоге у вези са заставом, грбом и националним празницима појединих националних мањина (Бугари, Власи, Македонци, Румуни, Русини и Украјинци), док је у случају немачке и словачке националне мањине усвојен захтев који се односио на заставу и грб. Остваривање права припадника националних мањина и гаранције у вези са посебном заштитом ових група регулисане су законодавним системом Републике Србије. Домаћи законодавни систем предвиђа и гарантује једнака права свих припадника националних мањина, што укључује очување идентитета, развој и изражавање њихових етничких, верских, језичких, културних и других посебности. Поред тога, законом су предвиђене мере у циљу очувања наведених права и карактеристика мањинских заједница у Србији. Те мере подразумевају забрану свих облика дискриминације, насиља, претњи усмерених против припадника националних мањина. Поред тога, мере које се односе на спречавање подстицања изазивања националне, верске и расне мржње детаљније су регулисане уставним и законским одредбама.⁵³

Усклађеност програма који се емитује на каналима јавног сервиса са усвојеним програмским начелима под директном је контролом надлежног државног органа, односно Републичке радиодифузне агенције (РРА). Савет, који је главно тело РРА, надлежан је за доношење свих одлука које спадају у домен деловања ове републичке

⁵⁰ Овај програм УН реализују у 13 општина Јужне Србије.

⁵¹ Видети: “Third Report submitted by Serbia pursuant to article 25, paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, оп. цит., pp. 69-72.

⁵² Видети: „Уредба о Савету Републике Србије за националне мањине”, *Влада Републике Србије*, Београд, 2. јул 2009.

⁵³ Видети: “Third Report submitted by Serbia pursuant to article 25, paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, оп. цит., pp. 108-109.

агенције. У складу са одговарајућим законом, РРА је надлежна да у сфери јавног информисања преузме све неопходне мере којима се спречава угрожавање права и безбедности појединаца и група на основу националности, вере, расе, етничке припадности или пола. Зато РРА има овлашћења да онемогући емитовање програма који подстичу дискриминацију и угрожавање мањинских и других права.⁵⁴

Као један од проблема који је истакнут у Трећем мишљењу, а који се односи на надлежност локалне самоуправе, тиче се образовног система. Наиме, јединице локалне самоуправе немају овлашћења да самостално одреде број који је неопходан за формирање одељења у којима се настава одвија на неком од мањинских језика. То питање спада у надлежност републичког Министарства просвете, науке и технолошког развоја, као и Секретаријат за образовање, управу и националне заједнице АП Војводине. Са друге стране, спроводе се мере које треба да уравнотеже, односно уједначе, регионални развој како би се умањиле изражене економске и социјалне разлике које постоје између појединих региона. Активности у вези са регионалним развојем усмерене су превасходно ка економском подизању и јачању појединих подручја унутар региона, без обзира на национални састав тих подручја. Наравно, саставни део ове политике је побољшање економске ситуације грађана у свим регионима, односно подручјима у којима постоје економски проблеми.⁵⁵ Због тога је 2009. године усвојен „Закон о регионалном развоју” којим су детаљно дефинисана поменута питања.⁵⁶ Током 2010. године усвојен је „Закон о изменама и допунама Закон о регионалном развоју”, којим је прецизније дефинисан положај и статус неразвијених региона. Наведеним Законом је уведен термин „девастирана подручја”, који се односи на јединице локалне самоуправе чији је степен развијености испод 50% у односу на републички просек, што ове јединице локалне самоуправе ставило у први план по питању локалног и регионалног развоја.⁵⁷

Треће мишљење Саветодавног комитета СЕ, на основу Трећег периодичног извештаја Републике Србије, може се према устаљеној динамици очекивати наредне године. Ипак, на основу свега изнесеног у претходним деловима овог рада у вези са три периодична извештаја Републике Србије и два мишљења Саветодавног комитета СЕ може се извести закључак о могућим оценама које ће бити унете у Треће мишљење Саветодавног комитета СЕ.

Србија је доста учинила на побољшању положаја националних мањина и заштити њихових права. То се посебно односи на законодавни оквир, док би у спровођењу закона требало више учинити. Положај Рома је знатно бољи него у претходним периодима. Може се закључити да је напредак у вези са положајем ромске националне мањине посебно изражен у области здравства и становања. Јавни медијски сервис у Србији је унапређен у сфери програма који се емитују на језицима мањина. У том смислу, значајан напредак представљају овлашћења која су добиле

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 111-112.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 341 and 362.

⁵⁶ Видети: „Закон о регионалном развоју”, *Службени гласник РС*, бр. 51/09.

⁵⁷ Видети: „Закон о изменама и допунама Закона о регионалном развоју”, *Службени гласник РС*, бр. 30/10.

државне агенције у области информисања како би контролисале програме у циљу спречавања изазивања националне, верске, расне и друге нетрепеливости. Основане су разне институције које штите права мањина и имају овлашћења да иницирају покретање поступака код надлежних државних органа уколико дође до њиховог кршења. Ове институције иницирале су и спроводе различите пројекте којима се подстиче међунационални дијалог и толеранција, што има директног утицаја на међусобно приближавање у односима различитих мањинских заједница и већинског становништва у Србији.

Важан корак представља оснивање националних савета националних мањина, па је свака мањинска заједница равноправно и на адекватан начин представљена. Сваки савет има могућност да ургира код државних органа у случају кршења права мањинске заједнице коју представља. Поред тога, савет одређене мањинске заједнице има могућност да допринесе очувању културног идентитета своје мањинске заједнице и да заједно са државним органима ради на његовом очувању. Ова „децентрализација” у сфери заштите и јачања права националних мањина је веома важна са аспекта испуњавања основних одредби Статута Савета Европе и одредби „Оквирне конвенције за заштиту националних мањина”. Другим речима, саветима националних мањина загарантован је готово равноправан положај у односу на државне органе када се ради о свим питањима у вези са мањинским правима.

Законодавни оквир регулисао је положај органа реда у заштити права националних мањина и прописао поступке у случају њиховог кршења. Органи реда сада имају већа овлашћења и јасније дефинисан положај у вези са заштитом мањинских права. Ипак, и у овом случају неопходно је уложити више напора у имплементацију законских одредби који се односе на деловање органа реда у случају кршења мањинских права.

Један од важних недостатака Србије јесте слаб положај локалних и регионалних власти, односно њихов недефинисан положај у области заштите мањинских права. Зато се може очекивати да ће се једна од препорука у Трећем мишљењу Саветодавног комитета СЕ наредне године односити на већа овлашћења локалних и регионалних власти. То може имплицирати препоруку која ће суштински представљати захтев за децентрализацијом Републике Србије у складу са европским стандардима.

Ипак, без обзира на све, Србија је направила значајне кораке у развоју, промоцији и заштити права мањина преобликовањем свог законодавног система и уношењем стандарда који постоје у државама ЕУ. То је један од кључних напора у потпуном прихватању и реализацији стандарда везаних за заштиту права мањина, односно испуњавању свих одредби који су садржани у „Оквирној конвенцији за заштиту националних мањина”.

АКТУЕЛНИ ПРОБЛЕМА МАЊИНА У КОНТЕКСТУ ЕВРО-ИНТЕГРАЦИЈА ЗЕМАЉА У РЕГИОНУ

Босна и Херцеговина

Примена Оквирне конвенције о заштити националних мањина (ОКЗНМ) на простору бивше СФРЈ често представља замерку ЕУ. Такав је случај и са Босном и

Херцеговином (БИХ). Последња резолуција о примени ОКЗНМ усвојена је од стране Комитета Министара 9.12.2009.⁵⁸ У ишчекивању нове резолуције, поменути ће служити као референтна. Извештај за БиХ је веома детаљан и позитивни помаи су евидентни, али неки проблеми који су актуелни од настанка БиХ и даље представљају препреку и спречавају БиХ у наставку евро-интеграција.

Позитивни помаи

Позитивни помаи се пре свега огледају у легислативним променама, доношењу нових закона као што је Антидискриминацијски закон из 2009. године и Закон о заштити права припадника националних мањина.⁵⁹ Доношење закона који су усклађени са ОКЗНМ представљају без икакве дилеме први и основни корак ка имплементацији ОКЗНМ.

Замерке

Проблем на који се већ дуго указује БиХ од стране разних европских институција, јесте чињеница да се у Уставу, припадници националних мањина сврставају у категорију „остали“.⁶⁰ Иако је ова формулација проблема укратко сублимира проблем, он није језичке природе, пошто се и у другим уставима могу наћи сличне формулације, већ срж проблема лежи у чињеници да припадници оних народа који нису конститутивни, дакле припадници националних мањина не могу бити постављени на многе позиције у земљи, поготове на највише државне функције, као што је чланство у Председништву Босне и Херцеговине или у Дому Народа Босне и Херцеговине. Ова рестрикција је прокламовано члановима IV и V Устава БиХ.⁶¹ Дискриминација сумо навели, добила је и судски епилог, у поступку пред Европским судом за људска права у Стразбуру (ЕСЉП), у познатом случају Сејдић и Финци против Босне и Херцеговине.⁶²

Историјски елемент те начин настанка БиХ, у оквиру споразума у Дејтону, представљали су главну аргументацију како Владе БиХ, тако и судија које се нису слагале са већином. Управо је на то скренула пажњу и судија Мијовић, која је имала издвојено мишљење коме се придружио судија Хаџиев, те је истакла је да су се морале узете у обзир друштвене и политичке околности у којима је донесен Устав БиХ чињеница да је он био део Дејтонског споразума односно циљева који су били примарни а то је успостављање мира и омогућавање суживота припадника сва три конститутивна народа у једној држави.⁶³ Мишљење које је истакла судија Мијовић, као што смо већ

⁵⁸ CM/ResCMN(2009)6

⁵⁹ <http://www.ombudsmen.gov.ba/odjeli/Zakon%20o%20zastiti%20prava%20nacionalnih%20manjina%20-%20Sl.%20glasnik%20BiH%2012-03.pdf>

⁶⁰ Бошњаци, Хрвати и Срби, као конститутивни народи (заједно са осталим), и грађани Босне и Херцеговине овим одлучују да Устав Босне и Херцеговине гласи: - Преамбула Устава БиХ,

⁶¹ http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_srp.pdf

⁶² СЕЈДИЋ И ФИНСИ ПРОТИВ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ (Апликација бр. 27996/06 и 34836/06)

⁶³ „Моје опће напомене по најприје су усмјерене на чињеницу да је, како је то у свом издвојеном мишљењу нагласио и судија Бонело, Велико вијеће омануло у анализи како хисторијске позадине, тако и околности под којима је Устав БиХ донесен - СЕЈДИЋ И ФИНСИ ПРОТИВ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ (Апликација бр. 27996/06 и 34836/06) издвојено мишљење судије Љиљане Мијовић, страна 40.

навели, поклапа се са главном аргументацијом Владе БиХ⁶⁴, те можемо закључити да је степен важности која се придаје историјско-политичком моменту, тачка на којој су се већина судија разишла са судијом Мијовић, Хаџиевим и Бонелом. Питање да ли историјски моменат у коме је настао споразум и у контексту у коме је настао, оправдава овако рестриктивно постављене услове за избор чланова Председништва и других тела. Суд је у својој пресуди већински одбацио ту могућност, истакавши да „... када је 2002. године постала чланица Вијећа Европе и безрезервно ратифицирала Конвенцију и њене протоколе, тужена држава је по властитој жељи пристала да поштује релевантне стандарде. Посебно се обавезала да „у року од годину дана, уз помоћ Европске комисије за демократију кроз право (Венецијанске комисије), преиспита изборни закон у свјетлу норми Вијећа Европе и изврши измјене тамо гдје је то потребно“ (видјети тачку 21. у тексту). Исто тако, ратификацијом Споразума о стабилизацији и придруживању с Европском унијом 2008. године, тужена страна обавезала се да ће у периоду од једне до двије године извршити „измјене изборног закона који се односи на чланове Председништва БиХ и делегате у Дому народа како би закон у потпуности био усклађен с Европском конвенцијом о људским правима и постпријемним обавезама према Вијећу Европе.“⁶⁵ Иако је овај случај изузетно занимљив, и изазива различите реакције⁶⁶, нећемо се даље на њему задржавати, поготово не на правној анализи проблема, јер би она могла да траје веома дуго, а то није тема овог рада. Констатоваћемо само на важност овог предмета, односно да је и кроз ову пресуду, још једном потврђено да БиХ не може наставити са даљим реформама, нити може добити позитивне оцене о заштити мањинских права, докле год разлика између положаја конститутивних народа и националних мањина буде јасно прокламована у законодавству па чак и у Уставу. Управо то би требала да буде и полазна тачка у свим даљим потезима Владе БиХ.

Као што смо навели, основна замерка која се у Резолуцији помиње, тиче се дискриминације националних мањина у легислативном систему. Ипак, постоји још проблема са којима се БиХ суочава а који се тичу националних мањина. Они се могу поделити на две категорије – сегрегација у образовном систему и фактичка дискриминација у друштву. У образовном систему не постоји скоро никакво помињање значајних датума из историја народа којима припадају националне мањине. Такође, поред већ поменутог проблема ступања на највише функције у систему власти БиХ, постоји проблем и дискриминације приликом запошљавања припадника националних мањина, а пре свега Рома.

Роми, по извештајима Савета Европе, трпе највећи степен дискриминације у друштву. Ова карактеристика је изражена у свим државама бивше СФРЈ, па је тако и акутни проблем у БиХ. Поред игнорисања њихове националне историје у образовном систему, мали број Рома уопште користи бенефите образовног система и ве-

⁶⁴ Sadašnja ustavna struktura u Bosni i Hercegovini ustanovljena je mirovnim sporazumom koji je uslijedio nakon najrazornijih sukoba u novijoj historiji Evrope. Krajnji cilj ovog sporazuma bio je uspostavljanje mira i dijaloga između tri glavne etničke grupe – „konstitutivnih naroda“

⁶⁵ СЕЈДИЋ И ФИНСИ против БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ (Апликација бр. 27996/06 и 34836/06 страна 33

⁶⁶ Рашевић, Ж. (2012). Забрана дискриминације и општа забрана дискриминације у пракси Европског суда за људска права. Гласник Адвокатске коморе Војводине, 84(5), 344-364.

лики део њих не заврши ни основну школу. Такође, део ромске популације нема ни основна документа а велики број живи у нехигијенским насељима, од којих је тек један део легализован у периоду од прошле Резолуције досадашње. Такође, Роми су најчешће жртве негативних стереотипа и начешће мета говора мржње у друштву а често и у медијима.

Црна Гора

Последња резолуција која се тиче мањинских права кроз мониторинг Савета Европе, усвојена је од стране Савета Министара 14. јануара 2009. године. За разлику од случаја Босне и Херцеговине, у случају Црне Горе не постоје значајне замерке у Резолуцији, већ се истиче да је Црна Гора предузела важне кораке ка заокруживању система заштите националних мањина. Генерални утисак је да су потребна мања усклађивања да би се обавезе имплементације ОКЗНМ испуниле у потпуности, али да је стање задовољавајуће. Ипак, морамо да приметимо да је Савет Министара олако прешао преко чињенице да се положај Срба помиње тек узгред и не помиње се ниједан аспект тог проблема. Чињеница да од стицања независности, Црна Гора није решила статус људи који се изјашњавају као Срби, који су поред Црногораца најбројнија заједница у тој земљи, свакако је проблематична. Због политичких конотација, питање је када ће тај проблем и бити решен. Управо зато, сматрамо да је у Резолуцији, морало да се више инсистира, односно да се скрене пажња на неопходност брзог и правичног решавања овог проблема. У Резолуцији се само на једном месту помиње овај проблем, кад се каже да би Црна Гора морала да учини додатне напоре како би се „приступ фундаменталиним правима оних заједница чији је статус нерегулисан, као што су Срби и Роми, буде загарантован“⁶⁷. Оваква формулација је прилично проблематична из више разлога. Пре свега, број Срба је значајно већи од броја Рома у Црној Гори и политички разлози због којих је статус Срба још увек нејасан, морали су натерати Комитет Министара да приступи овом проблему много пажљивије и скрене пажњу на неопходност решавања питања. Јер, Срби у Црној Гори желе да добију статус конститутивног народа, док је проблем Рома потпуно друге природе, и има много мање политичке конотације, ако она уопште постоји. Проблем српске популације је карактеристичан за Црну Гору и није сродан са другим проблемима у окружењу. Са друге стране, проблем положаја Рома је скоро идентичан у свим државама бивше СФРЈ. Нерешен статус Српске популације свакако није нешто чиме се може похвалити нити Црна Гора, нити Савет Европе, нити сама српска заједница, али игнорисање тог проблема неће никоме донети бољитак.

Проблеми који се Црној Гори највише импутирају, тичу се пре свега имплементације или детаљнијег разрађивања неких већ усвојених законодавних аката. То показује да је Црна Гора обавила највећи део посла и да је обавезе нормативне природе испунила скоро у потпуности. Сада се отвара питање имплементације прописа, а управо она представља највећи проблем свих држава Балкана и бивше Југославије. Такође, нерешено питање положаја српске заједнице када једном буде законски регулисано, може изазвати додатне захтеве и испитивања од стране Комитета Министара.

⁶⁷ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1395135&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDBo21&BackColorLogged=F5D383>

У извештају се помиње и проблем неукључивања језика националних мањина попут Бошњака/Муслимана и Хрвата у образовни систем. Једина значајна национална мањина, тренутно и највећа у Црној Гори, албанска, не помиње се у Резолуцији, па се може закључити да је њихов статус регулисан на задовољавајући начин.

Хрватска

Резолуција која се тиче Хрватске, усвојена је 11 јула 2011. године.⁶⁸ Од држава које су у овој анализи проучавана, Хрватска је далеко највише одмакла у евро-интеграцијама. Штавише, до завршетка овог рада, она ће постати чланица Европске Уније. Међутим, то не значи је њено законодавство и судство, успешно имплементирало ОКЗНМ. Напротив, последња резолуција показује велики степен дискриминације које трпе пре свих припадници српске националне мањине, али и Роми. Ова дискриминација се дешава у свим аспектима живота. Приликом запошљавања, образовања, обнове кућа које су порушене током рата, обезбеђивања повратка протераних лица само су неке од њих. Хрватска је ратификовала ОКЗНМ још 1997. године, и од тада је њено законодавство постепено све више усклађивано са европским стандардима и уложени су напори да се одредбе те конвенције, отелотворене кроз законе усклађене са њом, спроведу у дело. Сада се дошло у фазу да Хрватска има законе који углавном задовољавају европске стандарде, али то се није много одразило на стварни положај националних мањина. Проблем имплементације, који је заједнички свим државама Балкана и бивше СФРЈ, није заобишао ни Хрватску. Случајеви који се тичу имовине прогнаних људи односно повраћаја исте, траја изузетно друго, и често су окончавани на незадовољавајућ начин. Управо зато, у Резолуцији се инсистира да се ови случајеви што пре окончају на недискриминаторски начин. Такође, истраге које се тичу анти-семитских и других етнички мотивисаних напада су такође врло често дуге и не доведу ни до проивођења починиоца а још ређе до правичне осуде. Са друге, стране, инсистира се на даљим разговорима са представницима Муслимана, како би се и њихов положај ставио под заштиту ОКЗНМ.

Србија

Проблем на који овим путем скрећемо пажњу, тиче се мањинских права на простору Србије а директно је повезан са процесом европских интеграција наше државе. У питању је проблем влашке односно румунске националне мањине⁶⁹. Наиме, Румунија је већ много пута поновила да Влахе сматра Румунима. Са друге стране, у самој влашкој националној мањини у најмању руку не постоји већинска подршка таквој квалификацији. У овом тренутку, нећемо улазити у проблематику нити анализирати шта је од тога тачно. Држава Србија мора по овом питању бити јако опрезна како би избегла да се даље евро-интеграције зауставе на овом питању. Овај проблем свакако треба решити и у интересу очувања добросуседских односа а не само у циљу чланства у ЕУ. Како је Румунија чланица ЕУ, неопходно је да се не заузимају конфротирајући ставови у односу на Румунију по овом питању. Са друге стране, не сме се дозволити да ЕУ остане ван овог проблема, и да Србија и Румунија

⁶⁸ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1812557&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>

⁶⁹ У овом делу текста користићемо називе и Власи и румунска национална мањина, док се статус ове групације коначно не утврди а без намере да истакнемо неко решење као коначно прим.аут.

саме траже решење за своје несугласице по овом питању. У том случају, Србија би била у неравноправном положају, јер би као неко ко тежи ка чланству у ЕУ, била тешко условљена од стране Румунија која је већ члан те организације.

Решење треба тражити у два правца: прво у инсистирању на решавању овог питања путем одредаба признатих конвенција попут ОКЗНМ, а са друге стране укључивањем ЕУ о овај процес и то не као медијатора, већ као стране у разговорима о овом проблему. Како један влашке популације себе доживљава као Румуне, а други искључиво као Влахе, не треба тражити решење које би све припаднике сврстало у један кош, већ треба поступити онако како налажу конвенције које је и Србија потписала и којих се самим тим мора и придржавати. У овом проблему, Србија мора инсистирати да се проблем реши *lege artis*, искључиво по правилима пописаним у међународним конвенцијама, а може се ићи и дотле и као пример узети начин на који је решен статус Мађара у Румунији. Једини начин да Србија реши ово питање без наметања решења са стране јесте да у старту одабере меки и помирљиви приступ, јер ће само на тај начин имати моћ да утиче на исход и заштити како своја права, тако и права националних мањина, шт су њене дужности. Заузимањем оштрог става, поготово без детаљне анализе проблема, која није од сада обављена, Србија би на овом питању, више него извесно ако не зауставила онда веома успорила своје евроинтеграције.

БИБЛИОГРАФИЈА:

- „Акциони план за спровођење Националне стратегије социјалног становања”, *Влада Републике Србије*, 26. јануар 2012, Интернет: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=45678, 19/04/2013.
- „Акциони план за спровођење Стратегије за унапређивање положаја Рома у Републици Србији”, *Службени гласник РС*, бр. 27/09.
- „Београд и Приштина парафирали предлог споразума”, *Влада Републике Србије*, 19. април 2013, Интернет: <http://www.srbija.gov.rs/vesti/vest.php?id=188329>, 24/04/2013.
- “European Outline Convention on Transfrontier Co-operation between Territorial Communities or Authorities”, *European Treaty Series – No. 106, Council of Europe, Madrid*, 21 May 1980.
- „Закон о изменама и допунама Закона о регионалном развоју”, *Службени гласник РС*, бр. 30/10.
- „Закон о забрани дискриминације”, *Службени гласник РС*, бр. 22/09.
- „Закон о заштити права и слобода националних мањина”, *Службени лист СРЈ*, бр. 11/02.
- „Закон о регионалном развоју”, *Службени гласник РС*, бр. 51/09.
- „Закон о социјалном становању”, *Службени гласник РС*, бр. 72/09.
- “Здравље Рома – достигнућа, перспективе и изазови”, *Министарство здравља Републике Србије*, 14.12.2009, Интернет: <http://www.zdravlje.gov.rs/showpage.php?id=73>, 22/04/2013.
- “Continuation by the Republic of Serbia of membership of the State Union of Serbia and Montenegro in the Council of Europe: Declaration by the Committee of Ministers of the Council of Europe”, Adopted by the Committee of Ministers on 14 June 2006 at the 967th meeting of the Ministers’ Deputies Committee of Ministers, *Council of Europe*, Интернет: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1013255&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDBo21&BackColorLogged=F5D383>, 12/04/2013.

Кривокапић, Борис, *Заштита мањина у међународном и упоредном праву*, књига I: Заштита мањина: историјски развој, основна питања и заштита у оквиру Уједињених нација,

- Министарство за људска и мањинска права СЦГ, Институт за упоредно право, Службени лист СЦГ и Грађевинска књига АД, Београд, 2004.
- “Current political questions”, 1037th meeting, Committee of Ministers, *Council of Europe*, Интернет: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec\(2012\)1137/2.1bis&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=BD2CF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Del/Dec(2012)1137/2.1bis&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=BD2CF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864) 24/04/2013.
- “Monitoring the implementation of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, *Council of Europe*, Интернет: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/2_Monitoring/Monitoring_Intro_en.asp, 01/04/2013.
- „Национална стратегија социјалног становања”, *Службени гласник РС*, бр. 13/12.
- “Opinion on Serbia and Montenegro”, Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, (made public on 2 March 2004), ACFC/INF/OP/I(2004)002, *Council of Europe*, Strasbourg, 27 November 2003.
- „Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама државне заједнице Србије и Црне Горе”, *Сл. лист СЦГ*, бр. 6/2003.
- “Practical impact of the Council of Europe monitoring mechanisms”, Directorate General of Human Rights and Legal Affairs, *Council of Europe*, Strasbourg, 2010.
- “Report on monitoring procedures under the responsibility of the Committee of Ministers”, DPA/Inf(2009)11, Information document established by the Directorate General of Democracy and Political Affairs, *Council of Europe*, 20 March 2009.
- “Report submitted by the Federal Republic of Yugoslavia pursuant to article 25, paragraph 1 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, (Received on 16 October 2002), ACFC/SR(2002)003, *Council of Europe*, Belgrade, October 2002.
- “Reform of the Parliamentary Assembly”, Resolution 1822 (2011) of the Parliamentary Assembly, *Council of Europe*.
- “Second Opinion on Serbia adopted on 19 March 2009”, Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, ACFC/OP/II(2009)001, *Council of Europe*, Strasbourg, 25 June 2009.
- “Second Report submitted by Serbia pursuant to article 25, paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, (received on 4 March 2008), ACFC/SR/II(2008)001, *Council of Europe*, Belgrade, January 2008.
- “Setting up of an Assembly committee on the honouring of obligations and commitments by the member states of the Council of Europe (Monitoring Committee)”, Resolution 1115 (1997) of the Parliamentary Assembly, *Council of Europe*.
- „Споразуми постигнути у дијалогу са Приштином уз посредовање ЕУ”, *Влада Републике Србије*, Интернет: <http://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/?id=164576>, 24/04/2013.
- “Statute of the Council of Europe”, *Council of Europe*, European Treaty Series – No. 1, London, 5 May 1949.
- “The role of Council of Europe bodies in monitoring”, *Council of Europe*, Интернет: http://www.coe.int/t/dg3/children/monitoring/rolecoebodies_EN.asp, 09/04/2013.
- “The terms of reference of Parliamentary Assembly committees – Implementation of Resolution 1822 (2011) on the reform of the Parliamentary Assembly”, Resolution 1842 (2011) of the Parliamentary Assembly, *Council of Europe*.
- “Third Report submitted by Serbia pursuant to article 25, paragraph 2 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities”, (received on 14 March 2013), ACFC/SR/III(2013)001, *Council of Europe*, Belgrade, December 2012.
- „Уредба о Савету Републике Србије за националне мањине”, *Влада Републике Србије*, Београд, 2. јул 2009.
- Устав Републике Србије*, Народна скупштина Републике Србије, Београд, 8. новембар 2006.
- “Federal Republic of Yugoslavia’s application for membership of the Council of Europe”, Opinion 239

(2002), Parliamentary Assembly, *Council of Europe*.

“Federal Republic of Yugoslavia Request for accession to the Council of Europe”, Letter of the Minister of Foreign Affairs, Committee of Ministers, *Council of Europe*, Strasbourg, 23 March 1998, Интернет: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(98\)45&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864,12/04/2013](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(98)45&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864,12/04/2013).

“Framework Convention for the Protection of National Minorities and Explanatory Report”, H(1995)010, Strasbourg, February 1995.

“How we work?”, *Council of Europe*, Интернет: <http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp?page=CommentTravaillonsNous&l=en,01/04/2013>.

“Joint Programmes - Activities by Country”, List of activities concerning Republic of Moldova (2013), *Council of Europe*, Интернет: <http://www.jp.coe.int/CEAD/Countries.asp?CID=48,24/04/2013>.

“2.1 Federal Republic of Yugoslavia: membership of the Council of Europe and accession to Council of Europe Conventions”, Letters of the Minister for Foreign Affairs addressed to the Secretary General, 729 Meeting of the Ministers’ Deputies, Committee of Ministers, *Council of Europe*, Strasbourg, 15 November 2000, Интернет: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2000\)171&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864,12/04/2013](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2000)171&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864,12/04/2013).

Brano Miljuš

Senior Research Fellow, Institute of International Politics and Economics, Belgrade and associate professor at the University Apeiron

Some Contemporary Issues of Minority Rights in See Through Application of Monitoring Mechanism Council of Europe

Abstract: European Framework Convention for the Protection of National Minorities (1995) was made after the Summit of the Council of Europe held in Vienna in 1993. years earlier was adopted by the European Charter for Regional or Minority Languages (1992), in response to the growing problems in the area of minority rights in Europe. These problems have emerged as a result of the disintegration of the USSR and Yugoslavia in general and the process of self-determination in Europe in the nineties of the 20th century. Under the Convention, States must protect the individual rights of persons belonging to national minorities, but also provide the conditions that will enable minorities maintain and develop their culture and identity. So recently opened a number of issues in contemporary international law is a mechanism whereby performance restricted to the reporting system and expert advice in charge of the analysis of these reports.

Keywords: national minorities, minority rights, the Council of Europe, the Republic of Serbia.

DOI: 10.7251/GFP1303255I

UDC: 343.1(497.6)

Stručni rad*Datum prijema rada:*
28. jun 2013.*Datum prihvatanja rada:*
28. jun 2013.**Svjetlana
Ivanović***asistent, Pravni fakultet
Univerziteta u Tuzli*

Prava i obaveze oštećenog tokom krivičnog postupka u pravu bosne i hercegovine

Sažetak: U ovom radu razmatra se pojam oštećenog u kontekstu krivičnog postupka, u odnosu na pojam žrtve, u mnogo širem okviru. Takođe su obrađena neka od osnovnih prava koje oštećenom pripadaju tokom krivičnog postupka, ali i obaveze kojih se dužan pridržavati. Kroz pozitivne zakonske odredbe koje se primjenjuju na teritoriju Bosne i Hercegovine, ne zanemarujući ni stavove relevantnih pravnih teoretičara, kroz ovaj rad učinjen je pokušaj bližeg određenja položaja ovog procesnog subjekta i prijedlozi u cilju njegovog poboljšanja.

Ključne riječi: krivični postupak, oštećeni, prava oštećenog u krivičnom postupku, krivični postupak u Bosni i Hercegovini.

UVOD

Oštećeni je osoba kojoj je krivičnim djelom povrijeđeno ili ugroženo neko lično i/ili imovinsko pravo.¹ U tom svojstvu se

¹ Čl. 20., st. 1., t. h, Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Sl. 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, 93/09. (dalje: ZKP BiH), čl. 21., st. 1., t. h, Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Sl. novine FBiH, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 64/07, 9/09, 12/10 i 8/13. (dalje: ZKP F BiH), čl. 20., st. 1., t. h, Zakon o krivičnom postupku Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, Sl. glasnik BD BiH, br. 10/03, 48/04, 6/05, 14/07, 19/07, 21/07, 2/08 i 17/09. (dalje: ZKP BD BiH) i čl. 20., st. 1., t. ž, Zakon o krivičnom

može naći i fizičko i pravno lice,² a predstavlja, sporednog krivičnopravnog subjekta,³ za razliku od tužioca, osumnjičenog, odnosno optuženog i suda, kao glavnih krivičnopravnih subjekata. Prava i dužnosti oštećenog u krivičnom postupku vezana su za njegovu osnovnu karakteristiku – da je oštećen krivičnim djelom, a nerijetka mogućnost je da se istovremeno radi i o žrtvi počinjenog krivičnog djela.⁴

Pojam žrtve vezan je za kriminalistiku i kriminologiju, dok materijalno krivično pravo poznaje termin pasivni subjekt.⁵ Međutim, krivično zakonodavstvo Bosne i Hercegovine (dalje: BiH) ne poznaje pojam žrtve, iako se ovaj pojam (kao i pojam oštećeni) često koriste kao sinonimi. Viktimologija, pojmovno definisana kao nauka o žrtvama,⁶ detaljno određuje navedeni pojam, uzroke i proces nastajanja žrtve, kao i posljedice ovog procesa.⁷

Oštećeni se, u krivičnoprocesnom smislu, razlikuje od žrtve u krivičnomaterijalnom smislu, koja se često naziva i pasivni subjekt krivičnog djela, bez obzira što postoje i oštećeni koji nisu pasivni subjekti krivičnog djela. Nasuprot tome, postoje i pasivni subjekti koji jesu oštećeni krivičnim djelom, ali se, bez obzira na to, ne pojavljuju u krivičnom postupku, kao što je to, primjera radi, slučaj kod krivičnog djela ubistva.⁸ Pojam oštećenog nekada se podudara i sa pojmom objekta krivičnog djela.⁹

Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka BiH¹⁰, posebno je usmjeren na zaštitu žrtve u slučaju da se istovremeno radi i o svjedoku u krivičnom postupku.¹¹ Međutim, vrlo često žrtve krivičnih djela nemaju ovo svojstvo u okviru krivičnog postupka, pa su, u smislu datog legislativnog akta, nezaštićene.¹²

DETERMINACIJA POJMA OŠTEĆENOG I NJEGOVIH PRAVA I DUŽNOSTI

U pravnoj teoriji prevladava stav (kojem se i mi priklanjamo) da pojam oštećenog

postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RS, br. 53/12. (dalje: ZKP RS). V. *Sijerčić-Čolić, H.*, Krivično procesno pravo – Knjiga I (Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje), 3. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012., str. 231. i *Dautbegović, A., Pivić, N.*, Položaj oštećenog u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 5/2010, str. 8. i 9.

² *Sijerčić-Čolić, H.*, *ibidem*, te *Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerađić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, N. M.*, Komentari zakona o krivičnom postupku u BiH, Savjet Evrope i Evropska komisija, Sarajevo, 2005., str. 21.

³ *Sijerčić-Čolić, H.*, *ibidem*. Upor.: *Škulić, M.*, Krivično procesno pravo, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2011.

⁴ *Sijerčić-Čolić, H.*, *ibidem*, str. 232. Upor.: *Škulić, M.*, *ibidem*.

⁵ *Sijerčić-Čolić, H.*, *ibidem*. Upor.: *Škulić, M.*, *ibidem*.

⁶ Od *victima* (lat.) – žrtva, *logos*, (grč.) – nauka.

⁷ *Dautbegović, A., Pivić, N.*, Položaj oštećenog u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 5/2010, str. 9., *Bejatović, S.*, Krivično procesno pravo, JP Službeni glasnik, Beograd, 2010.

⁸ *Dautbegović, A., Pivić, N.*, *op. cit.*, str. 9. i 10., *Bejatović, S.*, *op. cit.*.

⁹ *Dautbegović, A., Pivić, N.*, *ibidem*, str. 10. Upor.: *Škulić, M.*, *ibidem*.

¹⁰ Sl. glasnik BiH, br. 3/03, 21/03, 61/04, 55/05.

¹¹ *Dautbegović, A., Pivić, N.*, *ibidem*, str. 12. Upor.: *Škulić, M.*, *ibidem*.

¹² Slično i: Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, Rezolucija UN-a, br. 827, od 25.05.1993.g., sa izmjenama shodno rezolucijama br.: 1166, 1329, 1411, 1431, 1481, 1597, 1660, 1837 i 1877, Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, br. IT/32/Rev. 26, verzija 46., od 20.10.2011.g. i Izmjene i dopune Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, br. IT/275, od 21.10.2011.g.

nije sporan, te da je on određen sa tri elementa i to:¹³ (a) Pravom, kao objektom povrede ili ugrožavanja, (b) Zakonskim obilježjima krivičnog djela, te (c) Konkretnim počinjenjem krivičnog djela. Oštećeni ima mogućnost da svoja prava u krivičnom postupku u BiH pokuša ostvariti sam, ali i uz pomoć zastupnika ili punomoćnika.¹⁴

Prava oštećenog

Iako se pravo na isticanje imovinskopravnog zahtjeva u toku krivičnog postupka ne veže direktno za pojam oštećenog,¹⁵ riječ je o jednom od značajnijih (iz, čini se, skromnog spektra) prava koja mu pripadaju. Još neka od **prava** koja oštećeni ima pravo koristiti u toku krivičnog postupka su da bude:

1. Obaviješten o nesprovođenju istrage, odnosno obustavi istrage (s obzirom da u oba slučaja oštećeni može podnijeti pritužbu na ovakvu odluku, u roku od osam dana, uredu tužioca);¹⁶

2. Upoznat sa rezultatima postupka pregovaranja o krivnji;¹⁷

3. Obaviješten o povlačenju optužnice i obustavljanju krivičnog postupka;¹⁸

4. Saslušan kao svjedok (i u istrazi i na glavnom pretresu);¹⁹

5. Prisutan na glavnom pretresu;

Naznačenome treba dodati i prava:

1. Da da završnu riječ (u kojoj se može osvrnuti na dokaze koji potkrepljuju imovinskopravni zahtjev),²⁰ i

2. Na žalbu na odluku o troškovima krivičnog postupka i imovinskopravnom zahtjevu,²¹

Navedenim se ne iscrpljuju prava oštećenog – na raspolaganju su mu i neka druga prava, pri čemu treba imati u vidu i mogućnost njihovog kumuliranja.²²

Obaveze/dužnosti oštećenog

Naspram izloženih prava, s druge strane, postoje i određene dužnosti oštećenog (koje nikako ne treba zanemarivati), od kojih se čini posebno značajnim navesti:

¹³ Dautbegović, A., Pivić, N., *ibidem*, str. 10., i Bejatović, S., *op. cit.*

¹⁴ Dautbegović, A., Pivić, N., *ibidem*, str. 13., Bejatović, S., *op. cit.*, kao i Bubalo, T., „Jednakost oružja“ i njegova afirmacija u okviru prava na obranu, u: *Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva – normativni i praktični aspekti*, Misija OSCE, Beograd, 2012., str. 215. – 235.

¹⁵ Sijerčić-Čolić, H. et al., *op. cit.*, str. 21., odnosno čl. 194. i 195. ZKP BiH; čl. 208. i 209. ZKP F BiH; čl. 194. – 195. ZKP BD BiH, i čl. 104. i 105. ZKP RS.

¹⁶ Čl. 216. ZKP BiH; čl. 231. ZKP F BiH; čl. 216. ZKP BD BiH, te čl. 224. ZKP RS, odnosno čl. 224. ZKP BiH; čl. 239. ZKP F BiH; čl. 224. ZKP BD BiH, i čl. 232. ZKP RS. Takođe, v. Dautbegović, A., Pivić, N., *ibidem*, str. 14. i 15.

¹⁷ Čl. 231. ZKP BiH, čl. 246. ZKP F BiH, čl. 231. ZKP BD BiH, i čl. 246. ZKP RS.

¹⁸ Čl. 232. ZKP BiH, čl. 247. ZKP F BiH, čl. 232. ZKP BD BiH, i čl. 247. ZKP RS.

¹⁹ Čl. 81., 86. i 264. ZKP BiH, čl. 90., 100. i 279. ZKP F BiH, čl. 81., 86. i 264. ZKP BD BiH, te čl. 146., 151. i 279. ZKP RS. *Upor.: Škulić, M., op. cit.*

²⁰ Čl. 277. ZKP BiH, čl. 292. ZKP F BiH, čl. 277. ZKP BD BiH, i čl. 292. ZKP RS.

²¹ Čl. 293. ZKP BiH, čl. 308. ZKP F BiH, čl. 293. ZKP BD BiH, kao i čl. 307. ZKP RS. *Upor.: Škulić, M., op. cit., Bejatović, S., op. cit., Bubalo, T., Pravni lijekovi u kaznenom postupovnom pravu, Dušević & Kršovnik, Rijeka, 2011., str. 68. i dalje, Bubalo, T., Pravo na žalbu u kaznenom postupku, Bemust, Sarajevo, 2006, str. 260.*

²² Tako prema: Sijerčić-Čolić, H., *op. cit.*, str. 232. – 234., Bubalo, T., *Pravni lijekovi u kaznenom postupovnom pravu, ibidem*, str. 70, Bubalo, T., *Pravo na žalbu u kaznenom postupku, Sarajevo, 2006, str. 261. i 262.*

1. Odazivanje se na uredan poziv;
2. Svjedočenje (u okviru položaja oštećenog kao aktivnog dokaznog sredstva);
3. Poštovanje suda, reda i discipline;²³

I ovdje, svakako, treba imati u vidu i druge dužnosti/obaveze oštećenog u okviru krivičnog postupka.²⁴ Takođe, na ovom mjestu čini se uputnim napomenuti kako oštećeni ne može, bez određenih posljedica, svoje dužnosti prekršiti ili zanemariti.²⁵

OŠTEĆENI KAO „AKTIVNO DOKAZNO SREDSTVO“

Posmatra li se položaj oštećenog u kontekstu aktivnog dokaznog sredstva, potrebno je imati u vidu da on može biti jako važan izvor saznanja o pravno relevantnim činjenicama koje je neophodno utvrditi tokom krivičnog postupka. Odatle potiče mogućnost (ali, i kao potreba) saslušanja oštećenog kao svjedoka. Nije zanemariva ni okolnost da je oštećeni često osoba prema kojoj je krivično djelo i učinjeno, pa, stoga, pored izvršioca krivičnog djela ima i najviše saznanja o toku izvršenja istog.

Oštećeni nije obavezan svjedočiti – takva njegova uloga je fakultativna. Ukoliko se sasluša, primjenjuju se ista pravila kao i u slučaju saslušanja drugih svjedoka (osim u posebnim slučajevima, predviđenim zakonskim odredbama). No, u kontekstu sudske psihologije, uputno je u ovom slučaju cijeniti i okolnost da je oštećeni zainteresovan za ishod krivičnog postupka. U okviru navedenog je svakako i obaveza ovlaštenog lica da se prije saslušanja svakog svjedoka provjeri njegov odnos sa osumnjičenim, odnosno optuženim, ali i sa oštećenim.²⁶

Ne odstupajući od naznačenog konteksta, od značaja je imati u vidu i mogućnost stigmatizacije oštećenog, ali i zastrašivanja od strane osumnjičenog, odnosno optuženog. Jedan od posebnih slučajeva odnosi se na saslušanje oštećene maloljetne osobe, pri čemu se mora postupati obazrivo, kako saslušanje ne bi štetno uticalo na njeno psihičko stanje. Iz istih razloga, maloljetnik se sasluša uz prisustvo psihologa, pedagoga ili druge stručne osobe.²⁷ Osim toga, saslušanje se obavezno snima audio ili audio-vizuelnim sredstvima, kada se sasluša mlađi maloljetnik oštećen krivičnim djelom.²⁸ Oštećenog nije dozvoljeno ispitivati o njegovom seksualnom životu prije izvršenog krivičnog djela, a ukoliko se to desi, na takvom iskazu nije dopušteno zasnovati sudsku odluku.²⁹ Prethodno navedeno posebno se primjenjuje u okviru pravila o dokazima u slučajevima seksualnih delikata, obzirom da su neprihvatljivi dokazi koji se odnose na ranije seksualno iskustvo, ponašanje ili seksualnu orijentaciju oštećenog.³⁰

²³ Čl. 242. ZKP BiH, čl. 257. ZKP F BiH, čl. 242. ZKP BD BiH, i čl. 257. ZKP RS.

²⁴ *Sijerčić-Čolić, H., op cit.*, str. 234.

²⁵ Sud će kazniti novčanom kaznom do 5.000,00 KM oštećenog koji u podnesku ili usmeno vrijeđa sud, u formi rješenja, protiv kojeg je dopuštena žalba, (čl. 150. ZKP BiH) a to može učiniti i u slučaju ako su njegovi postupci usmjereni na odugovlačenje krivičnog postupka (čl. 211. ZKP BiH). Ukoliko oštećeni koji je prisutan na glavnom pretresu ometa red ili se ne pokorava naređenjima sudije, bit će upozoren, pa ukoliko je upozorenje bilo bezuspješno, može se narediti udaljenje iz sudnice, uz novčanu kaznu do 10.000,00 KM (čl. 242. ZKP BiH).

²⁶ Čl. 86. ZKP BiH, čl. 100. ZKP F BiH, čl. 86. ZKP BD BiH, i čl. 151. ZKP RS.

²⁷ Čl. 86. ZKP BiH, čl. 100. ZKP F BiH, čl. 86. ZKP BD BiH, i čl. 151. ZKP RS.

²⁸ Čl. 90. ZKP BiH, čl. 104. ZKP F BiH, čl. 90. ZKP BD BiH, i čl. 155. ZKP RS.

²⁹ Čl. 86. ZKP BiH, čl. 100. ZKP F BiH, čl. 86. ZKP BD BiH, i čl. 151. ZKP RS.

³⁰ Čl. 264. ZKP BiH, čl. 279. ZKP F BiH, čl. 264. ZKP BD BiH, i čl. 279. ZKP RS, kao i *Sijerčić-Čolić, H., op cit.*,

Specifične kategorije svjedoka predstavljaju svjedoci koji su suočeni sa prijetnjama, kao i ugroženi i zaštićeni svjedoci.³¹ Uz dato, treba imati u vidu da se, kao pasivno dokazno sredstvo, oštećeni pojavljuje u okviru mogućeg podvrgavanja radnjama koje su protivne njegovoj volji, kao što su: vještačenje duševnog stanja, vještačenje tjelesnih povreda, uzimanje krvi i drugo.³²

PРАВНА REGULACIJA STATUSA OŠTEĆENOG U BIH-U

Prema pravu BiH-a, oštećeni je, bezmalo, isključen iz krivičnog postupka, što se može objasniti posljedicom oblikovanja tog postupka kao spora dvije ravnopravne stranke, pri čemu se položaj oštećenog svodi na položaj svjedoka.³³ Oštećeni, izuzetno, prema odredbama ZKP-u RS-a, a za krivična djela koja se gone po prijedlogu oštećenog, podnosi takav prijedlog tužiocu, u roku od tri mjeseca od dana saznanja za krivično djelo i njegovog učinioa.³⁴ Inače, nema mjesta za shvatanje položaja oštećenog kao ovlaštenog tužioca, u smislu privatne tužbe, niti kao supsidijarnog tužioca, ako se uzmu u obzir krivična djela koja se gone *ex officio*.³⁵

U fazi istrage, oštećeni ima pravo prijaviti krivično djelo, ali to pravo istovremeno pripada i bilo kojem drugom građaninu. Čini se kako, istovremeno, nedostaje legislativno rješenje koje bi obavezivalo nadležne organe da pruže oštećenom potrebne informacije o daljem postupku i pouke o pravima koja bi mogao ostvariti.³⁶

U postupku optuživanja, koji egzistira kao svojevrsna veza između istrage i glavnog pretresa,³⁷ oštećeni ima određena (minimalna) prava. Ona su, isključivo, vezana za pregovaranja o krivnji i povlačenju optužnice, i to samo u pravcu obaveznog obavješćavanja, dok izjašnjenje oštećenog o toku i rezultatu naznačenih (pod)faza krivičnog postupka nije predviđeno.³⁸

U okviru zakonskih odredbi o glavnom pretresu može se indirektnim putem zaključiti da je propisana obaveza informisanja oštećenog o toku postupka.³⁹ Izgleda kao nesporno da bi direktna odredba, koja bi propisivala obavezu pozivanja oštećenog na glavni pretres, bila umnogome kompatibilnija Okvirnoj odluci Vijeća Evropske unije, od 15.03.2001.g., o položaju žrtava u krivičnim postupcima.⁴⁰

str. 234. – 235. *Upor.: Škulić, M., op. cit.*

³¹ Dautbegović, A., Pivić, N., *op cit.*, str. 22.; *Pogl. šire* i odgovarajuće odredbe Zakona o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i zaštićenih svjedoka, kao i Bejatović, S., *op. cit.*

³² Čl. 108. i 109. ZKP BiH, čl. 122. i 123. ZKP F BiH, čl. 108. i 109. ZKP BD BiH, kao i čl. 172. i 173. ZKP RS; Sijerčić-Čolić, H., *ibidem*, str. 236.

³³ Dautbegović, A., Pivić, N., *ibidem*, str. 12., Bejatović, S., *ibidem*; Bubalo, T., „Jednakost oružja“ i njegova afirmacija u okviru prava na obranu, *op cit.*, str. 215. – 235.

³⁴ Čl. 213. ZKP RS.

³⁵ Dautbegović, A., Pivić, N., *ibidem*, str. 13.

³⁶ Dautbegović, A., Pivić, N., *ibidem*, str. 14.

³⁷ Sijerčić-Čolić, H., *ibidem*, str. 59., Bejatović, S., *op. cit.*

³⁸ Dautbegović, A., Pivić, N., *op cit.*, str. 17., Bejatović, S., *ibidem*.

³⁹ Prije početka glavnog pretresa oštećeni koji do tada nije podnio imovinskopравни zahtjev mora se podučiti da ga može podnijeti do završetka glavnog pretresa, odnosno pretresa za izricanje krivičnopravne sankcije pred sudom; oštećeni ima pravo i na završnu riječ, te na pouku o pravnom lijeku. *Šire pogl.: Dautbegović, A., Pivić, N., ibidem*, str. 18. i 19.

⁴⁰ Dautbegović, A., Pivić, N., *ibidem*, str. 19., Bejatović, S., *ibidem*.

Iz svega navedenog proizilazi da je neophodno unaprijediti mogućnost učešća oštećenog u prezentiranju činjenica i dokaza, te na taj način približiti njegov položaj položaju stranke.⁴¹

Značajna rješenja na polju međunarodnog krivičnog prava o pravima oštećenog nude dokumenti Ujedinjenih naroda (Deklaracija o temeljnim pravima žrtve krivičnih djela i zloupotrebe moći),⁴² te Konvencija protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta sa pripadajućim protokolima), preporuke Vijeća ministara Vijeća Evrope [R (85)11, R(87)4, R(87)18, R(87)21 i R(06)8] i drugi propisi.

ZAKLJUČNE NAPOMENE

I dok brojna nacionalna zakonodavstva, a uporedo s njima i međunarodni krivični sudovi, teže ka jačanju prava oštećenog u cilju istovremenog ostvarenja dva cilja: poticanja njegove saradnje i učešća u rasvjetljavanju krivičnog djela u okvirima krivičnog postupka i što šire i efikasnije zaštite prava i interesa oštećenog, procesnopravni položaj oštećenog u BiH, nasuprot tome, širokim koracima „grabi“ ka marginalizaciji i sužavanju tih istih prava. Pri tome, neprecizno su regulisana i ona skromna prava koja su kroz legislativna rješenja namijenjena oštećenom. To iako je reforma krivičnog zakonodavstva u BiH 2003. godine vršena upravo u cilju usklađivanja domaćeg krivičnog zakonodavstva sa međunarodnom sudskom praksom i aktuelnim standardima u oblasti zaštite ljudskih prava.

Pravo na podnošenje imovinskopravnog zahtjeva ima osoba koja ovakav zahtjev može ostvariti u okviru parničnog postupka. Oštećeni u okviru imovinskopravnog zahtjeva može predložiti provođenje postupka medijacije, do završetka glavnog pretresa. U presudi kojom optuženog oglašava krivim, sud može oštećenom dosuditi imovinskopravni zahtjev u cjelini ili djelimično, a za ostatak ga uputiti na parnični postupak. Isto tako, sud može oštećenog uputiti da imovinskopravni zahtjev u cjelini ostvaruje u parničnom postupku. Na dati način će svakako postupiti ukoliko donese presudu kojom se optuženi oslobađa optužbe ili kojom se optužba odbija ili kad rješenjem obustavi krivični postupak.

Ukoliko se oštećeni saslušava kao svjedok, u fazi istrage, upitat će se da li želi u krivičnom postupku ostvarivati imovinskopravni zahtjev. Ukoliko do glavnog pretresa ovakav zahtjev ne bude postavljen, o istom pravu oštećeni će biti poučen prije početka glavnog pretresa.

⁴¹ Dautbegović, A., Pivić, N., *ibidem*, str. 16., Bejatović, S., *ibidem*, Bupalović, T., „Jednakost oružja“ i njegova afirmacija u okviru prava na obranu, *op cit.*, str. 215. – 235.

⁴² Donesena na Opštoj skupštini UN-a, 1985. godine.

LITERATURA:

- Bejatović, S., Krivično procesno pravo, JP Službeni glasnik, Beograd, 2010.
- Bubalo, T., „Jednakost oružja“ i njegova afirmacija u okviru prava na obranu, u: Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva – normativni i praktični aspekti, Misija OSCE, Beograd, 2012.
- Bubalo, T., Pravni lijekovi u kaznenom postupovnom pravu, Dušević & Kršovnik, Rijeka, 2011.
- Bubalo, T., Pravo na žalbu u kaznenom postupku, Bemust, Sarajevo, 2006.
- Dautbegović, A., Pivić, N., Položaj oštećenog u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Analiza Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, 5/2010.
- Sijerčić-Čolić, H., Hadžimeragić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, N. M., Komentari zakona o krivičnom postupku u BiH, Savjet Evrope i Evropska komisija, Sarajevo, 2005.
- Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo – Knjiga I (Krivičnoprocesni subjekti i krivičnoprocesne radnje), 3. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012.
- Sijerčić-Čolić, H., Krivično procesno pravo – Knjiga II (Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci), 3. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2012.
- Škulić, M., Krivično procesno pravo, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2011.
- Legislativa i supranacionalni dokumenti:
- Deklaracija o pravima i pomoći žrtvama, usvojena od strane Opšte skupštine UN, 29.11.1985. godine.
- Deklaracija o temeljnim pravima žrtve krivičnih djela i zloupotrebe moći, donijeta od strane Opšte skupštine UN, 1985. godina.
- Izmjene i dopune Pravilnika o postupku i dokazima Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, br. IT/275, od 21.10.2011. godine.
- Konvencija protiv transnacionalnog organiziranog kriminaliteta, usvojena Rezolucijom Generalne skupštine UN-a, br. 55/25, od 15.11.2000. godine, sa pripadajućim protokolima.
- Pravilnik o postupku i dokazima Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, br. IT/32/Rev. 26, verzija 46., od 20.10.2011.
- Preporuke Vijeća ministara Vijeća Evrope, br. R (85)11, R(87)4, R(87)18, R(87)21 i R(06)8.
- Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, Rezolucija UN-a, br. 827, 25. 05. 1993., sa izmjenama shodno Rezolucijama br. 1166, 1329, 1411, 1431, 1481 1597, 1660, 1837 i 1877.
- Zakon o krivičnom postupku BD BiH, Službeni glasnik BD BiH, br. 10/03, 48/04, 6/05, 14/07, 19/07, 21/07, 2/08 i 17/09.
- Zakon o krivičnom postupku BiH, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, 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, 93/09.
- Zakon o krivičnom postupku FBiH, Službene novine FBiH, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 64/07, 9/09, 12/10 i 8/13.
- Zakon o krivičnom postupku RS, Službeni glasnik RS, br. 53/12.
- Zakon o zaštiti svjedoka pod prijetnjom i ugroženih svjedoka, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 3/03, 21/03, 61/04, 55/05.

Svjetlana Ivanović

lawyer

Assistant at the University of Tuzla

Rights and Obligations of the Damaged During Criminal Law in Bosnia and Herzegovina

Summary: This paper discusses the concept of damaged subject, in context of the criminal proceedings, and in corelation to the concept of victim, in a much wider context. Some of the basic rights that belong to the damaged subject during the criminal proceedings are also discussed, along with obligations which damaged subject is required to abide by. Through positive legal provisions applicable in the territory of Bosnia and Herzegovina, not neglecting the views of relevant theorists of law, this paper attempts to closely determine the position of the damaged subject, as well as to suggest some possibilities resulting in its improvement.

Keywords: criminal proceedings, damaged subject, the right of the damaged subject in criminal proceedings, criminal proceedings in Bosnia and Herzegovina.

DOI: 10.7251/GFP1303263C

UDC: 343.3/.7+327.7/.8

Stručni rad*Датум пријема рада:
15. јун 2013.**Датум прихватања
рада:
17. јун 2013.***Миломир Чодо**
*Секретар Окружног
суда у Бијелини*

Доказивање тероризма

Резиме: Криминалитет као друштвено негативна појава прати људско друштво кроз све епохе његовог развоја и прилагођава се том развоју. У теорији и пракси присутне су разне подјеле криминалитета. Једна од подјела криминалитета јесте подјела на политички, општи, привредни и еколошки криминалитет.

Посебно опасан облик испољавања политичког криминалитета јесте тероризам и због тога што је он уско повезан са организованим криминалом. Таква карактеристика тероризма и чињеница да он угрожава државу и њено уређење, захтијева изналажење адекватног одговора од стране државних органа на спречавању и откривању терористичких активности. Одговор државе мора да буде и кроз кориштење посебних метода с циљем откривања, разјашњавања и доказивања ових кривичних дјела. Надзор и техничко снимање телекомуникација као метод за постизање наведеног циља заузима посебно значајно мјесто.

Можемо да примјетимо да је тероризам постао сигурно један од највећих проблема данашњице. Поготово због својих разноврсних појавних облика и због све већег и већег броја жртава које доносе нове терористичке акције. Управо због све већег броја жртава схватамо тежњу и одлучност међународне заједнице да се избори са свим видовима тероризма.

У 21. вијеку терористичке активности су постале један од највећих проблема међународног система безбједности. Због тога је и сваки помак у проналажењу метода, идентификације и садржаја тероризма, врло значајан у борби против овог вида насиља. Повећање насиља и насилничког понашања у многим земљама свијета постало је један од основних проблема у друштву.

Терористичке активности су врло сложене и нису

довољно разјашњене нарочито када је ријеч о њиховим носиоцима и разлозима за њихово постојање. Поред тога, објекти напада и методи који се примјењују се стално мијењају. Због тога је за успјешно супротстављање терористичким активностима битан рад у континуитету.

Кључне ријечи: тероризам, кривично дјело, доказивање, посебне истражне радње, прикривени истражитељ, пресретнути разговор, вјештачење, криминалитет, полиција, тужилаштво, суд.

ПОЈАМ И ДЕФИНИЦИЈЕ ТЕРОРИЗМА

Појмовно одређење и дефинисање кривичног дјела тероризма је исто тако сложено као и схватање самог тероризма и терористичке активности. Ријеч тероризам потиче од француске ријечи „terreur“ и означава страх и ужас или примјену насиља све до физичког уништења. Сложеност дефинисања тероризма произилази и из мултидисциплинарног приступа проучавању овог друштвено негативног феномена. Поред тога, дефинисање тероризма отежава и низ других фактора од којих се могу навести само неки: постојање бројних увијезених и нејасних, и при томе још међусобно спорних колоквијалних представа о томе шта је то тероризам, пежоративност приликом дефинисања тероризма (његово дефинисање под утицајем емоција и интереса), демонизованост термина тероризма, итд. Анализа тих проблема потврђује да је тероризам веома сложен и изразито развијан феномен који има низ појавно разноврсних форми, али и то да његово дефинисање ометају: непознавање феномена, појмовна испреплетеност са сродним облицима политичког насиља, присутност емоција при дефинисању, а нарочито политички интереси оних који га дефинишу, као и низ других, мање уочљивих, мада не и мање битних фактора¹. О проблему дефинисања тероризма говори и податак да је у периоду од 1936. године до 1981. године постојало укупно 109 дефиниција овог појма.²

Када се дефинише тероризам неопходно је направити разлику између тероризма, терора, гериле, других облика насиља и насилничког понашања као и појединих облика криминала.

Институционалне или административне дефиниције тероризма су оне које су резултат дјеловања одређених државних или међународних институција. Ове дефиниције су битне из разлога што оне служе као основа за дјеловање органа кривичног гоњења.

Уједињене нације немају јединствену дефиницију тероризма, али у бројним резолуцијама, конвенцијама, декларацијама и протоколима одређени акти и понашања група или појединаца означавају се као тероризам. Тако, под тероризмом УН подразумеивају акте лишавања живота или рањавања, или акте уништавања или оштећења имовине цивила или влада, без јасне дозволе одређене владе, од стране

¹ Симеуновић, Д. (2005), Проблеми дефинисања савременог тероризма, СПМ број 3-4, год. XII, свеска 15, стр. 8–9.

² Бошковић, М. (1995), Криминалистичка методика, Виша школа унутрашњих послова, Београд, стр. 352.

појединца или група људи који самостално дјелују, или влада које дјелују из власти-тих побуда или вјеровања, да би постигле неки политички циљ³.

Европска унија је дефинисала терористичке акте као намјерне радње које могу опасно оштетити земљу или међународну организацију, законом означене као противправне радње, а почињене са циљем озбиљног узнемиравања народа, присиљавања владе или међународне организације да почини или се уздржи од чињења, и са циљем озбиљне дестабилизације или уништавања основних политичких, уставних, економских или социјалних структура земље или међународне организације (напад на људски живот, напад на физички интегритет лица, узимање талаца, отимање авиона, брода или других транспортних средстава, итд.).

Јасно је да сем ових институционалних дефиниција тероризма постоје и ван-ституционалне дефиниције које су у ствари дефиниције различитих научника и стручњака, како домаћих, тако и страних, из области безбједности и тероризма. Тако, **В. Димитријевић** тероризам дефинише као организовану и системску примјену насиља с намјером да се изазивањем страха и сличне несигурности грађана наруши ауторитет државе или остваре неки политички циљеви⁴.

О. Ђорђевић, у Лексикону безбедности, тероризам дефинише као метод смишљене и системске употребе аката насиља ради сијања страха према људима, од стране државних органа или организованих скупова, да би се остварили одређени политички циљеви⁵.

Б. Симоновић сматра да тероризам представља предузимање различитих аката физичког насиља или других облика угрожавања живота и здравља људи које најчешће карактерише неселективност при избору објеката напада и непосредних жртава, при чему се изазива страх и осјећај несигурности у одређеној друштвеној заједници и стварају услови за постизање политичких циљева⁶.

С. Ковачевић сматра да је тероризам метод политичке борбе у коме се систематским и организованим насиљем ради изазивања страха код ширег круга људи ствара неповјерење у друштвени поредак с циљем наметања политичке власти терориста, вршењем терористичких акција⁷.

Д. Модли и Н. Корајлић под тероризмом сматрају систематско и организовано насиље над пасивним субјектом које код пасивног субјекта ствара осјећај несигурности и производи стање страха с циљем да се пасивни субјекат задржи у политичкој покорности или да се код пасивног субјекта изазове неповјерење у постојећи друштвени поредак како би му се наметнула политичка власт терориста, као и на-

³ Вајт, Ц. (2004), Тероризам, Алехандрија Пресс, Београд.

⁴ Димитријевић, В. (1987), Појам тероризма, ССС, Београд, стр. 39.

⁵ Ђорђевић, О. (1986), Лексикон безбедности, Партизанска књига, Београд, стр. 332.

⁶ Симоновић, Б. (2004), Криминалистика, Графолик, Крагујевац, стр. 655.

⁷ Ковачевић, С. (1992), Тероризам и Југославија, Аркаде Принт, Београд, стр. 36.

сиље којим се врши утицај на политичку власт ради изнуђивања одређених политичких уступака⁸.

За **А. Савића**, у најширем смислу, *тероризам* је назив за метод политичке борбе за који је карактеристична систематска употреба насиља ради застрашивања противника и сламања његовог отпора, док је *тероризам* за **М. Милошевића**, плански акт насиља који предузимају одређене друштвене групе с циљем очувања или освајања власти, односно тероризмом се с правом назива онај терор који у свом бићу садржи социјално-психолошку, односно политичку компоненту.⁹

КРИВИЧНО-ПРАВНО ОДРЕЂЕЊЕ ТЕРОРИЗМА У БИХ

У Босни и Херцеговини кривично дјело тероризма је прописано у члану 201. Кривичног закона Босне и Херцеговине¹⁰. Ово кривично дјело је сврстано у групи кривичних дјела против човјечности и вриједности заштићених међународним правом. Инкриминација из члана 201. Кривичног закона Босне и Херцеговине одговара инкриминацији кривичног дјела тероризма прописаног у члану 299. Кривичног закона Републике Српске.¹¹

Аналогним члановима у Кривичним закону Федерације Босне и Херцеговине, члан 200 и члан 201. Кривичног закона Федерације Босне и Херцеговине, предвиђено је исто кривично дјело са истим елементима.¹²

Чланом 201. Кривичног закона Босне и Херцеговине предвиђено је кривично дјело тероризма које се састоји у чињењу терористичког чина с циљем озбиљног застрашивања становништва или присиљавања органа власти Босне и Херцеговине, владе друге земље или међународне организације да што изврши или не изврши, или с циљем озбиљне дестабилизације или уништавања основних политичких, уставних, привредних или друштвених структура Босне и Херцеговине, друге земље или међународне организације. За то дјело прописана је казна затвора у трајању од најмање три године. Уколико је дјело тероризма имало за посљедицу смрт једног или више лица, учинилац ће се казнити затвором најмање пет година. Најтежи облик тероризма постоји у случају да је истом приликом умишљајно лишено живота једно или више лица због чега се извршиоцу пријети казном затвора од најмање десет година или казном дуготрајног затвора.

Наведене законска рјешења су заснована на одређењу кривичног дјела тероризма у Оквирној одлуци Савјета Европске уније о борби против тероризма из јуна мјесеца 2002. године.¹³

⁸ Модли, Д., Корајлић, Н.(2002), Криминалистички ријечник, Print com, Тешањ, стр. 664.

⁹ Савић А.(1998), Основи државне безбедности, ВШУП, Београд, стр. 85.

¹⁰ Кривични закон Босне и Херцеговине, Службени гласник БиХ, бр. 3/2003, исправке закона 32/2003, измјене и допуне: 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006 и 32/2007.

¹¹ Кривични закон Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 49/2003, 108/2004, 37/2006, 70/2006 и 73/2010.

¹² Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, Службене новине Ф БиХ, бр. 36/2003, 37/2003, 21/2004 и 69/2004.

¹³ Европска конвенција о сузбијању тероризма, Службени гласник БиХ, Међународни уговори, број 12/2003.

Из законског одређења дјела јасно је да ово дјело има два основна елемента: радњу извршења и циљ. Законодавац је тачно навео шта подразумијева под терористичким чином, односно децидно је набројао радње тероризма уз навођење да оне морају бити намјерне, значи тражи се директни умишљај.

Радње којима се може извршити кривично дјело тероризма су:

- напад на живот лица који може проузроковати његову смрт,
- напад на физички интегритет лица,
- противправно затварање, држање затвореним или на други начин одузимање или ограничавање слободе кретања другог лица, с циљем да њега или некога другог присили да што изврши, не изврши или трпи (отмица), или узимање талаца,
- наношење велике штете објектима Босне и Херцеговине, владе друге државе или јавним објектима, транспортном систему, објектима инфраструктуре укључујући информациони систем, фиксној платформи која се налази у континенталном појасу, јавном мјесту или приватној имовини, за коју штету је вјероватно да ће угрозити људски живот или довести до знатне привредне штете,
- отмица авиона, брода или другог средства јавног саобраћаја или за превоз роба,
- производња, посједовање, стицање, превоз, снабдијевање, кориштење или оспособљавање за кориштење оружја, експлозива, нуклеарног, биолошког или хемијског оружја или радиоактивног материјала, као и истраживање и развој биолошког и хемијског оружја или радиоактивног материјала,
- испуштање опасних материја или изазивање пожара, експлозија или поплава с посљедицом угрожавања људских живота,
- ометање или заустављање снабдијевања водом, електричном енергијом или другим основним природним ресурсом с посљедицом угрожавања људских живота,
- пријетња учинијењем којег дјела из претходних тачака.

И поред тога што се законско одређење кривичног дјела тероризма своди на два основна елемента, оно је ипак веома компликовано, јер осим што предвиђа више могућих облика терористичког акта као радње чињења, оно, уз то, за сваки од законом предвиђених облика радње чињења захтијева и испуњење и једног додатног услова који се тиче значаја радње чињења са аспекта ефеката које она може проузроковати за конкретну државу или међународну организацију. С друге стране, законско одређење тероризма садржано у овој законској одредби додатно се компликује тиме што закон за поједине радње, да би се оне могле сматрати радњама чињења кривичног дјела тероризма, захтијева наступање конкретне опасности за живот људи или за привредне објекте, а за друге не. Осим тога, наведене радње по свом стварном значају морају бити такве да могу озбиљно оштетити државу или међународну организацију. Озбиљним оштећењем државе или међународне организације законодавац сматра не само озбиљно оштећење њихових структура или такву дестабилизацију која има за посљедицу озбиљно отежавање извршења њихових функција, него када је ријеч о држави, и њену функцију да обезбједи сигурност и гаран-

тује основна права и слободе лицима која су под њеном јурисдикцијом¹⁴. Може се закључити да је радња овог кривичног дјела у принципу акт насиља, с тим да свако насиље није тероризам, а да би постојао тероризам неопходно је постојање и другог елемента дјела, а то је циљ. Значи потребно је да насиље буде подобно да створи осјећај несигурности код грађана.¹⁵ Последица овог кривичног дјела јесте стварање осјећаја личне несигурности код грађана или групе грађана. Ово осјећање се прије свега манифестује у страховању грађана или групе грађана за њихов живот или живот њихових најближих.¹⁶

Овдје је јасна и разлика између кривичног дјела тероризма и неких других кривичних дјела као што су: Изазивање опште опасности, Убиство, Тешко убиство и сл., код којих је радња извршења дјела идентична али су циљеви различити..

Код кривичног дјела тероризма објекат заштите јесте држава Босна и Херцеговина, односно нека друга држава и њени органи и међународне организације због чега објекат напада, у смислу тачно одређене грађевине, појединца или групе појединаца не мора бити унапријед одређен и прецизно дефинисан.

Широка је и разноврсна лепеза облика кроз које се испољавају терористичке активности. Задржани су неки класични облици, као нпр: атентати и паљевине али су се појавили и присутни су и неки нови као што су напади на полицијске станице, отмице ваздухоплова и слично.¹⁷

Доказивање тероризма

Као што је и наведено у кривично-правном одређењу тероризма ради се о специфичном кривичном дјелу. Оно је специфично и сложено како по великом броју алтернативно одређених радњи извршења тако и по циљу извршења. Сложеност самог кривичног дјела тероризма је у директној вези са прикупљањем сазнања о планирању извршења дјела и његовим доказивањем, односно биће кривичног дјела тероризма отежава откривање планова и припрема извршења али и доказивање дјела након извршења.

У Босни и Херцеговини су полицијске агенције, обавјештајна служба и тужилаштва овлаштени и дужни да предузимају активности на откривању и спречавању тероризма од његове почетне припремне активности па до извршења. Уколико је ово кривично дјело извршено потребно је да се предузму радње на прикупљању доказа, материјалних и личних, што би у крајњем довело до успјешног процесуирања пред судом. Кључно је да се дође до сазнања о планирању и припремању терористичких активности што и јесте потешкоћа. Значи, када је терористички акт извршен и последице наступиле онда нема проблема за сазнање да је извршено кривично

¹⁴ Ауторски тим, (2005), Коментари закона о кривичном поступку у Босни и Херцеговини, Вијеће Европе/Европска комисија, Сарајево, стр. 659–668.

¹⁵ Бошковић, М. (1995), оп. цит. стр. 354.

¹⁶ Ауторски тим, (1982), Коментар кривичног закона СФРЈ, Савремена администрација, Београд, стр. 447.

¹⁷ Бошковић, М. (1995), оп. цит. стр. 354.

дјело тероризма.¹⁸ Након извршења терористичког чина и сазнања да је он извршен проблем је доказивања да радња извршења конкретног извршиоца има законом одређен циљ што је елемент овог кривичног дјела.

Наиме, није довољно доказати да је одређено лице посједовало, односно употребило одређену експлозивну напругу или ватрено оружје, потребно је доказати и његов директни умишљај, односно намјеру да том радњом постигне циљ угрожавања државе, међународних организација и стварање несигурности код грађана како је то прописано Кривичним законом Босне и Херцеговине.

Искључивим кориштењем класичних истражних радњи, односно увиђаја, саслушања свједока, претресања итд. овај циљ се не може једноставно постићи. Наведено је видљиво и кроз анализу случаја суђења двојице Јермена који су у Београду 9. марта 1983. године убили Турског амбасадора што је према тадашњим тумачењима био први случај међународног тероризма у Београду.¹⁹

У једној правоснажној пресуди Суда Босне и Херцеговине јасно се наводи да кривично дјело тероризма из члана 201. Кривичног закона Босне и Херцеговине има два основна елемента: 1) радњу учињења и 2) циљ. Како се у овој пресуди наводи, ради се о компликованом кривичном дјелу.....Код овог конкретног случаја радња извршења је била производња, посједовање, стицање оружја, експлозива и друге радње прописане у тачки ф) члана 201. Кривичног закона Босне и Херцеговине, а овим радњама је карактер тероризма дала противправност циља с којим су те радње предузете.²⁰

Доказивање циља јесте главна потешкоћа код доказивања одређеног дјела, значај доказивање зашто је неко предузео неку од алтернативно одређених радњи које законодавац сматра могућим радњама терористичког чина. Код овог кривичног дјела посебно до изражаја долазе два од девет златних питања криминалистике, а то су **шта и зашто**.

Важно је утврдити шта се десило, да ли је то што се десило кривично дјело, да ли се радња извршења која је предузета може законом прописаним радњама сматрати терористичким чином и зашто је извршилац предузео ту радњу и са којим циљем. На ова питања одговор у доброј мјери може дати и увиђај али посебно мјесто у давању ових одговора дају посебне истражне радње.

Као што је речено битно је доказати намјеру извршиоца, а она генерално произилази из његовог понашања. Видљиво је да је на одређен начин потребно прикупити доказе о понашању извршиоца тероризма, на примјер да је он ексклузив набавио како би га активирао на објекту који представља јавну установу и како би наступила несигурност и страх грађана коју последицу он хоће и жели, а не да је експлозив набавио како би га активирао на кући комшије који је узурпирао његову земљу. Јас-

¹⁸ Бошковић, М. (1995), оп. цит. стр. 357.

¹⁹ Губерина, В. (1995), Бранио сам...4, РЈ за издавачку дјелатност ЈП ПТТ саобраћаја Србија, Београд, стр. 9-374.

²⁰ Пресуда Суда БиХ, број: С1 2 К 003342 10

но је да у ова два случаја извршилац жели постићи различите циљеве: поставља се питање како то доказати.

Извршиоци тероризма, посебно самоубилачког, јесу специфичне личности, дјело ријетко могу извршити сами, потребни су им различити саучесници, саизвршиоци, помагачи, подстрекачи и слично, са саучесницима морају комуницирати, често желе да на себе привуку пажњу јавности, често дјелују и психолошко – пропагандно јер је то све у функцији постизања циља кривичног дјела. Имајући у виду наведено закључује се да они о припреми извршења кривичног дјела тероризма, његовом извршењу и посљедицама, као и често прихватању одговорности за извршено морају комуницирати па надзор и техничко снимање телекомуникација као посебна истражна радња представља значајно средство за откривање овог дјела као и његово доказивање поготову у дијелу који се односи на циљеве извршења. Тужилаштвима у Босни и Херцеговини су веома значајни пресретнути разговори извршилаца тероризма како би извођењем ових доказа суду доказали да се ради о тероризму, а не неком другом кривичном дјелу. Управо из телефонских разговора, односно тонских записа разговора, може се доказати мотив и циљ предузимања неке општеопасне радње (да је у позадини шовинизам, одређена идеологија, вјерски фанатизам и слично).

Практични приказ процесуираних случајева тероризма у Босни и Херцеговини

Сматрамо да је у овом раду, а у циљу потпунијег сагледавања појавних облика тероризма потребно извршити практични приказ процесуираних случајева тероризма у Босни и Херцеговини.

Тако је тужилац у завршној ријечи у једном предмету Суда Босне и Херцеговине у којем је више лица осуђено за тероризам навео: „... да су починили дјело за које се терете упућују проведени докази, и то садржај пресретнутих телефонских разговора између оптужених, те разговори сваког од оптужених са другим особама“ у којим разговорима један оптужени каже да може сакупити људство за мање од седам дана и то ону браћу која су најчвршћа у вјери и која имају највећа искуства у вођењу рата и организовању војске. У истом предмету, овом посебном истражном радњом је тужилаштво прикупило доказе, пресрело разговоре, у којима осуђени користе шифрирани језик „врбовали“ и друге особе „браћу“ за борбу против неистомисљеника пропагирајући при томе да невјернике треба убијати. Управо овим разговорима те њиховом анализом и вјештачењем је тужилаштво у конкретном предмету доказало да су осуђени оружје, експлозив и друго набавили, скривали и преносили како би га употребили са свијешћу, хтијењем и циљем да таквим нападом нанесу штету држави Босни и Херцеговини и међународним организацијама у Босни и Херцеговини.²¹ Значи доказивањем конкретних циља и психичког односа и воље извршилаца да остваре циљ доказано је и кривично дјело тероризма: без овога то не би био тероризам.

Анализом више правоснажно окончаних кривичних предмета пред Судом Босне и Херцеговине и Окружним судом у Бијељини уочено је да значај пресретну-

²¹ Пресуда Суда БиХ, број: С1 2 К 003342 10

тих и тонски забиљежених разговора као доказа долази до изражаја када се ти разговори доведу у везу са материјалним доказима (пронађеним оружјем, експлозивом и сл.) као и изјавама саслушаних свједока, прикривених истражитеља и информана-та јер се на такав начин утврђује право значење садржаја разговора.

Пресретнутим разговорима се доказује психички однос учиниоца према кривичном дјелу и посљедици, односно код тероризма директан умишљај, те заједничко дјеловање саучесника, међусобне улоге и хијерархија.

Код кориштења пресретнутих разговора као доказа значајна је и истражна радња вјештачења, односно провођење вјештачења над тонским записима. Вјештачење може да буде по више основа и вјештацима различитих струка. Понекад је потребно доказати да одређен спорни, пресретнути разговор, односно глас припада оптуженом лицу. Дешава се да оптужени негира да је он обавио одређени разговор који је снимљен. У овом случају мобилни телефон може да се пронађе код осумњиченог и та околност може бити од користи за утврђивање идентитета снимљених разговора. Међутим, чешћи је случај да се мобилни телефон не пронађе јер их „обучени“ осумњичени користе за одређену акцију након чега уништавају мобилне телефонске апарате и картице, управо због тога да се не би доказало да су они преко њих обавили инкриминисане разговоре.²² Код оваквог стања ствари потребно је доказати да је инкриминисани разговор обавио оптужени. Наведено се постиже путем вјештачења кориштењем законитости форензичких наука, јер говор као биолошка карактеристика човјека садржи у себи елементе индивидуалности који омогућавају препознавање говорника.

У форензичким наукама препознавање говорника јесте поступак поређења гласа починиоца кривичног дјела са гласом једног или више осумњичених особа с основним циљем идентификовања или искључења осумњиченог као починиоца. Посљедњих 20-так година говор се успешно користи у процесу идентификације. Говори појединих особа међусобно се разликују у толикој мјери да се разлике могу искористити за идентификацију.

Анализом кривичних списа Окружног суда у Бијелини уочено је да се ово вјештачење у периоду од 2008 до 2013 године вршило само у једном случају.²³ Ово вјештачење је вршено по наредби Окружног тужилаштва у Бијелини,²⁴ а у свом налазу је вјештак дао мишљење да сви резултати анализе показују да постоји висок степен вјероватноће да је узорак означен као глас И. Г. у снимку 14.49.40 (triaz).wav и узорак говора означен са А3А.wav изговорио исти говорник.

Такође је за доказивање тонским записима пресретнутих разговора значајно и вјештачење разговора и другог доказног материјала по вјештаку из области криптологије. Тако је у једном предмету Суда Босне и Херцеговине који је вођен због тероризма изведен и доказ: налаз и мишљење вјештака који је криптоанализом

²² Мирчић, В. (2006), Билтен бр. 69., Окружни суд у Београду, Београд, стр. 23.

²³ Пресуда Окружног суда у Бијелини, број: 012-0-К-06-0000 14

²⁴ Наредба Окружног тужилаштва у Бијелини, број: КТ-1153/05

пресретнутих телефонских разговора међу оптуженим за тероризам утврдио 21 потенцијалну ријеч и фразу које се користе као шифриране након чега је утврдио за девет ријечи да су шифре за које је нашао значење и то: „филијала“ – стан једног оптуженог у Бечу, „телад“ – наочале (могуће наочале за ноћно осматрање), „мјерачи“ – даљиномјери, „Пчелица Маја“ – пушка, „сова“ – оптика, „овце“ – аутоматски бацач граната итд.²⁵

Надзор и техничко снимање телекомуникација као радња је значајна и због чињеница да се из садржаја пресретнутих разговора може доћи до сазнања гдје се налазе материјални докази да одређено лице или лица учествују у извршењу кривичних дјела. Код тероризма је то значајно јер се на такав начин долази до сазнања гдје извршиоци скривају, како преносе, како производе средства за извршење дјела; оружје, експлозив, експлозивне направе, пропагандни материјал и слично па се ти материјални докази доводе у везу са извршиоцима.

У једном кривичном предмету органи кривичног гоњења су надзором телефонски разговора дошли до сазнања, а потом и претресањем просторија пронашли три импровизоване експлозивне направе у виду књига – „књига изненађења“ са насловом „Грађанско право“.²⁶ Радило се о експлозивним направама гдје су књиге представљале амбалажу за експлозивну направу јер је између 121 и 653 странице направљен отвор облика квадрата за смјештање направе. Из наведеног произилази да је вишеструк значај законито пресретнутих телефонских разговора код откривања и доказивања тероризма како због горе наведених разлога тако и због потребе доказивања заједничког дјеловања више саучесника.

АКТУЕЛНОСТ ТЕРОРИЗМА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Тероризам као један од облика насиља, све више у савременом свијету угрожава како унутрашњу, тако и међународну безбједност. Од овог облика угрожавања није поштеђена ни Босна и Херцеговина. Многобројни су фактори који доприносе појави тероризма у Босни и Херцеговини, а нарочито, то су они фактори који тероризму у Босни и Херцеговини дају међународну конотацију.²⁷

Сматрамо да су узроци тероризма у Босни и Херцеговини у њеној историји, затим географском положају, структури становништва у погледу вјерске, националне и друге припадности, државном и друштвеном уређењу. Тероризму у Босни и Херцеговини погодује, а у смислу њене историје, и чињеница да је на овим просторима недавно вођен рат, те да је раширена појава недозвољеног држања и трговине ватреног оружја и експлозивних материја.

Многи индикатори указују на опасност од тероризма по Босну и Херцеговину. Одређена безбједносна сазнања указују да је илегална трговина оружјем раширена појава која директно утиче на опште стање безбједности у Босни и Херцеговини, с обзиром на то да кријумчарено оружје може завршити у рукама извршилаца по-

²⁵ Пресуда Суда БиХ, број: С1 2 К 003342 10

²⁶ Пресуда Суда БиХ, број: С1 2 К 003342 10

²⁷ Шикман, М. (2009), Тероризам, Универзитет Синергија, Бањалука, стр. 363.

тенцијалних терористичких аката. Поред тога, не само да се у Босни и Херцеговини налази одређени број лица, безбједносно интересантних са аспекта терористичког дјеловања, него је и евидентан број њихових контаката са страним држављанима у земљи и иностранству из њима идентичног миљеа. Такође, забиљежено је и кретање и боравак странаца на подручју Босне и Херцеговине који су и раније боравили у Босни и Херцеговини као учесници рата, а што се доводи у везу са појединим терористичким организацијама. Надаље, органи Федерације Босне и Херцеговине, заједно са представницима међународне заједнице у Босни и Херцеговини током октобра и новембра 2001. године дошли су до података о постојању неколико терористичких група у Босни и Херцеговини афро-азијског поријекла које су регистроване као «алжирска», «египатска», «болоњска», «скопска» и многе друге групе. Током октобра 2001. године ухапшено је и стављено у притвор шест чланова «алжирске групе» под сумњом да су припремали терористичке нападе на амбасаду САД и Велике Британије у Сарајеву који су касније испоручени властима САД. Поред тога, 21. јула 2006. године изречена је прва пресуда за тероризам у Босни и Херцеговини и то лицима која су оптужена да су намјеравала да на територији Босне и Херцеговине или неке друге европске земље изврше терористички акт с циљем присиљавања власти Босне и Херцеговине или владе друге државе да повуку своје снаге из Ирака и Авганистана.

Потенцијалне мете терористичких напада у Босни и Херцеговини, нажалост, су разноврсне, почевши од безбједности лета ваздухоплова, енергетских постројења, транспортне и комуникационе инфраструктуре, дипломатских објеката и објеката од посебног значаја за Босну и Херцеговину и међународну заједницу, до мјеста масовног окупљања као што су школе, болнице, јавни превоз, градски тргови и слично. Заправо, цијела листа Критичних инфраструктурних сектора које је урадила Европска комисија, 2005. године, представља могуће објекте терористичких напада²⁸.

Даље, сматрамо да су поједини облици тероризма дио тамне бројке криминалитета и због чињенице да су органи кривичног гоњења у Босни и Херцеговини у погледу откривања и доказивања ових кривичних дјела недовољно ефикасни.

Према М. Шикману, институционални оквир заштите од тероризма у Босни и Херцеговини заснован је на два нивоа: нивоу Босне и Херцеговине и ентитетском нивоу (Република Српска и Федерација Босне и Херцеговине). Дат је приказ само оних агенција које непосредно предузимају оперативно-тактичке радње и радње доказивања у сузбијању тероризма, односно полицијских агенција (изузетак је Тужилаштво Босне и Херцеговине), при чему нису посебно наведена тужилаштва и судови у Босни и Херцеговини и ентитетима, иако је и њихова улога у заштити од тероризма неспорна.²⁹

²⁸ Шикман, М. (2009), оп. цит. стр. 363.

²⁹ Шикман, М. (2009), оп. цит. стр. 366.

Слика 5: Структура институција у БиХ у борби против тероризма

Извор: Обрада аутора

Видљиво је да у Босни и Херцеговини постоје многобројне институције које су надлежне и обавезне да се баве откривањем и доказивањем кривичних дјела из области тероризма

Ове институције су сходно економским приликама у Босни и Херцеговини кадровски и материјално-технички значајно попуњене.

У наставку се даје табеларни преглед годишњих буџета појединих од горе наведених институција, за године 2011 и 2012.

Назив институције	Буџет за 2011 годину	Буџет за 2012
Државна агенција за истраге и заштиту (СИПА) ¹	<u>29.795.693 KM</u>	<u>28.931.000 KM</u>
МУП РС ²	<u>150.550.649 KM</u>	<u>163.313.000 KM</u>
МУП ФБиХ ³	<u>40.648.308 KM</u>	<u>41.900.503 KM</u>
Обавјештајно-безбједносна агенција ⁴	<u>30.969.002 KM</u>	<u>33.121.000 KM</u>

У овом раду извршена је анализа постигнутих резултата у раду ових институција.

Мишљења смо да би резултат рада требао да буде значајан број правоснажно процесуираних случајева кривичних дјела тероризма пред судовима у Босни и Херцеговини и то оних дјела гдје су извршиоци откривени и процесуирани у припремној фази извршења овог кривичног дјела.

Тако је извршен увид у правоснажно окончане предмете пред Судом Босне и Херцеговине за кривична дјела из области тероризма за период 2003 - 2012 година за које се даје табеларни преглед:

Редни број	Број пресуде	Датум пресуде	Број извршилаца	Кривична санкција
1.	X- K-06/190	21.05.2007.	4	Затворске казне
2.	X- K- 09/670-1	29.12.2011.	4	Затворске казне за 3 лица и ослобађајућа пресуда

Из датих табеларних прегледа и шематског приказа институција јасно је видљиво да у Босни и Херцеговини постоје многобројне полицијске, безбједносне и правосудне институције које имају значајно високе буџете са тенденцијом њиховог сталног раста, а да су резултати откривања и процесуирања кривичних дјела тероризма веома слаби.

Наиме, за период 2000 – 2012 година пред Судом Босне и Херцеговине су правоснажно окончана само два предмета из области кривичних дјела тероризма против осам лица што је изразито лош резултат имајући у виду, с једне стране број институција и њихова буџетска средства и, с друге стране обавјештајне и аналитичке податке и процјене о присуству тероризма у Босни и Херцеговини.

ЗАКЉУЧАК:

Код схватања и доказивања тероризма веома је битно направити разлику између овог и других кривичних дјела; ова потреба је између осталог приказана у кривично-правном одређењу тероризма али и кроз анализу судске праксе и у смислу уочавања разлика између тероризма и неких других кривичних дјела чија је радња извршења идентична радњи тероризма, али је код кривичног дјела тероризма други циљ.

Кроз кривичноправно одређење тероризма, али и анализиране пресуде које су обрађене у овом раду јасно је доказано да је директни умишљај елемент бића кривичног дјела и да га је потребно доказати и то у односу према циљу због којег се ово кривично дјело врши.

Такође, анализом једне пресуде, односно оцијењених доказа у њој јасно је потврђено да су извршиоци кривичног дјела тероризма специфичне личности (специфична су њихова убјеђења и циљеви, начини понашања, комуникације итд.), а ово потврђују налази вјештака који су посебно оцјењивани.

Специфичност личности терориста је у овом раду приказана и кроз средства која се користе и израђују за извршење терористичког чина, иновативне и савремене експлозивне направе, ватрено оружје и друго.

Даље, доказана је потреба и значај примјене радње надзора и техничког снимања телекомуникација и обезбјеђења пресретнутих разговора као доказа

за психички однос извршиоца кривичног дјела тероризма према самом дјелу и његовим циљевима.

Рад говори и о потреби свеобухватне анализе пресретнутих разговора у циљу постизања бољих резултата код откривања и доказивања кривичних дјела из области тероризма што је видљиво кроз анализу налаза вјештачења по вјештацима криптоанализе и форензике, а који су саставни дио обрађиваних судских списа.

Такође, утврдили смо да се може анализом забиљежених, пресретнутих разговора те њиховим упоређивањем са неспорним тонским записима гласа извршити идентификација извршилаца ових кривичних дјела те извршити дешифрирање садржаја њихових разговора.

ЛИТЕРАТУРА:

- Ауторски тим, (2005), Коментари закона о кривичном поступку у Босни и Херцеговини, Вијеће Европе/Европска комисија, Сарајево.
- Ауторски тим, (1982), Коментар кривичног закона СФРЈ, Савремена администрација, Београд.
- Бабовић, Б. (1989), Интерпол против тероризма, Научна књига, Београд.
- Бабић, М. (1995), Кривично право, Правни факултет Бањалука, Бањалука.
- Бошковић, М. (1995), Криминалистичка методика, Виша школа унутрашњих послова, Београд.
- Бошковић, М., Скакавац, З. (2009), Организовани криминалитет, Факултет за правне и пословне студије, Нови Сад.
- Vajt, DŽ. (2004), Terorizam, Alexandria Press, Beograd.
- Губерина, В. (1995), Бранио сам....4, РЈ за издавачку дјелатност ЈП ПТТ саобраћаја Србија, Београд.
- Димитријевић, В. (1997), Страховлада, Досије, Београд.
- Димитријевић, В. (1987), Појам тероризма, CCS, Београд.
- Ђорђевић, О. (1986), Лексикон безбедности, Партизанска књига, Београд.
- Ковачевић, С. (1992), Тероризам и Југославија, Аркаде Принт, Београд.
- Laqueur, W. (2000), The New Terrorism, Oxford University Press.
- Мирчић, В. (2006), Билтен бр. 69., Окружни суд у Београду, Београд.
- Модли, Д., Корајлић, Н. (2002), Криминалистички ријечник, Print com, Тешањ.
- Савић, А. (1998), Основи државне безбедности, ВШУП, Београд.
- Симеуновић, Д. (2005), Проблеми дефинисања савременог тероризма, СПМ број 3-4, год. XII, свеска 15.
- Симеуновић, Д. (2009), Тероризам, Правни факултет, Београд.
- Симоновић, Б. (2004), Криминалистика, Графолик, Крагујевац.
- Стајић, Љ. (1999), Основи безбједности, Полицијска академија, Београд.
- Стојановић, С. (2011), Криминалистичко форензичко истраживања, Волумен 4, број 1.
- Шикман, М. (2009), Тероризам, Универзитет Синергија, Бањалука.
- Шкулић, М. (2003), Организовани криминалитет, Ауторска издавачка задруга, Београд.
- Шкулић, М. (2005), Прикривени иследник, Безбедност, број 3/05, Београд.

НЕАУТОРИЗОВАНИ ИЗВОРИ:

- Закон о буџету институција БиХ, Службени гласник БиХ, број 42/2012.
- Закон о извршењу буџета Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 1/2011 и 3/2012).
- Закон о буџету институција БиХ, Службени гласник БиХ, број 42/2012.
- Закон о кривичном поступку Републике Српске, Службени гласник РС, број 53/2012.
- Закон о кривичном поступку Федерације БиХ, Службене новине Федерације БиХ, бр. 35/2003, 37/2003, 56/2003 и 78/2004.
- Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ, Службени гласник Брчко Дистрикта БиХ, бр. 10/2003 и 48/2004.
- Европска конвенција о сузбијању тероризма, Службени гласник БиХ, Међународни уговори, број 12/2003.
- Кривични закон Федерације Босне и Херцеговине, Службене новине Ф БиХ, бр. 36/2003, 37/2003, 21/2004 и 69/2004.
- Кривични закон Републике Српске, Службени гласник РС, бр. 49/2003, 108/2004, 37/2006, 70/2006 и 73/2010.
- Кривични закон Босне и Херцеговине, Службени гласник БиХ, бр. 3/2003, исправке закона 32/2003, измјене и допуне: 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006 и 32/2007.
- Пресуда Округног суда у Бијелини, број: 012-0-K-06-0000 14.*
- Пресуда Суда БиХ, број: С1 2 К 003342 10.*
- Наредба Округног тужилаштва у Бијелини, број: КТ-1153/05.*
- <http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/budzet/index.php> од 2. новембра 2012. године.*
- www.wikiпедија.org/исламскитероризам, дана 12. септембра 2012. године.*

(Footnotes)

- 1 Закон о буџету институција БиХ (Службени гласник БиХ, број 42/2012).
- 2 Закон о извршењу буџета Републике Српске (Службени гласник РС, бр. 1/2011 и 3/2012).
- 3 <http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/budzet/index.php> од 2.11.2012. године
- 4 Закон о буџету институција БиХ (Службени гласник БиХ, број 42/2012).

Milomir Čodo*Secretary of the District Court in Bijeljina*

Proof of Terrorism

Summary: Crime as a negative social phenomenon accompanied human society through all the periods of its development and adapt to this development. In theory and practice, there are various divisions of crime. One of the crime division is the division of the political, general, economic and environmental crime.

Particularly dangerous form of expression of political terrorism and crime is because it is closely linked to organized crime. Such characteristics of terrorism and the fact that it threatens the state and its organization, requires a finding of adequate response by the authorities in preventing and detecting terrorist activities. The state's response has to be through the use of special methods in order to discover, clarify and prove the crimes. Surveillance and technical recording of telecommunications as a method to achieve this goal occupies a particularly important place.

We can notice that terrorism has certainly become one of the biggest problems of our time. Especially because of its various manifestations, and because of the growing and increasing number of victims who bring new terrorist attacks. Due to the increased number of victims understand the desire and determination of the international community to deal with all forms of terrorism.

In the 21 Ages terrorist activities have become one of the major problems of international security system. That is why any progress in finding a method of identifying content and terror, very important in the fight against this form of violence. Increasing violence and bullying in many countries it has become one of the major problems in society.

Terrorist attacks are very complex and not sufficiently clarified especially when it comes to their holders and the reasons for their existence. In addition, the object of attack and the methods used are constantly changing. Therefore, for successfully countering terrorist activities essential work continuously.

Keywords: terrorism, crime, evidence, special investigations, undercover investigators, intercept, expert opinion, crime, police, prosecution, court.

DOI: 10.7251/GFP1303279P

UDC: 347.4/5+347.7

Prikaz*Datum prijema rada:*
8. jun 2013.*Datum prihvatanja rada:*
17. jun 2013.*Проф. др*
Нина Планојевић
професор Правног
факултета
Универзитета у
*Крагујевцу***Проф. др Душко Медић,**
„Право обезбеђења
потраживања“**Паневропски универзитет „Apeiron“,**
Бања Лука, 2013, 292 стр.

Нова књига др Душка Медића¹ „Право обезбеђења потраживања“ представља квалитетан рад, који обрађује једну од тренутно најактуелнијих грађанско-правних тема не само у Републици Српској, већ и у читавом региону. Њену садржину чини девет целина, а у свакој од њих је на детаљан и студиозан начин обрађено по једно од девет најважнијих средстава обезбеђења потраживања: заложно право, право ретенције, земљишни дуг, фидуцијарни пренос својине, право задржавања својине, лизинг, јемство, уговорна казна и одустаница.

Излажући у оквирима истог рада разноврсна права обезбеђења, аутор је очигледно желео да у други план стави њихову традиционалну поделу на стварна и лична; и да, уместо подвлачења разлика измеђи њих по том основу, акценат стави на њихову истоветну функцију: да намирење повериоцевог потраживања учине сигурнијим. Након читања књиге остаје утисак да је једина разлика између тих средстава коју је аутор желео да истакне она, која се тиче степена сигурности који при намирењу пружају конкретном повериоцу у конкретној ситуацији – а не може се порећи да је та разлика у пракси заправо и најважнија. Предност приступа који је аутор изабрао је и у томе, што читаоцу пружа комплетан увид у листу најважнијих средстава обезбеђења потраживања – који је код њихове поделе и одвојеног излагања тежи. На тај начин је читаоцу олакшано њихово упознавање и компарација. Коначно, наведени приступ је и у складу са тенденцијом издвајања и формирања права обезбеђења као посебне гране грађанског права и посебне наставне и научне дисциплине. Зато овакав избор тема које чине садржину књиге сматрамо прикладним.

¹ Проф. др Душко Медић је редовни професор на грађанскоправној катедри Факултета правних наука Паневропског универзитета „APEIRON“ у Бања Луци и судија Уставног суда Републике Српске.

Посебан квалитет ове књиге је што су у њој, поред средстава обезбеђења која су регулисана у правном систему Републике Српске и која спадају у категорију традиционалних на овим просторима, обрађена и она, која постоје само у упоредном праву, попут земљишног дуга или фидуцијарног преноса својине. Притом аутор показује подједнако добро познавање и аналитичност при обради и једних и других.

С обзиром на велики број средстава обезбеђења која су у књизи обрађена, аутор је морао пажљиво одмерити простор који ће посветити сваком од њих и мишљења смо да је тај задатак успешно обавио. Он највећу пажњу с правом посвећује заложном праву, које је на овим просторима најзаступљеније средство обезбеђења потраживања, а има и највише облика. Покушавајући да буде рационалан, аутор заједничке одлике свих облика заложног права скупа и излаже – што је логичан, али не тако често коришћен приступ у делима овог типа; док особености појединих облика обрађује у обиму, који је примерен њиховој улози у пракси. При том предност оправдано даје хипотеци и регистрованој залози; али, по нашем мишљењу, неоправдано занемарује заложно право на правима. Можда је разлог томе оскудна регулатива овог облика заложног права у Републици Српској.

Осталим средствима обезбеђења потраживања аутор посвећује нешто мању пажњу, сразмерну значају који она имају у пракси, трудећи се да обради сва релевантна питања, али да читаоца не оптерети претераном количином података. Он акценат ставља на суштинска обележја сваког института и издваја најважнија питања, посебно указујући на спорна. Испуњавање овог задатка захтева перфектно владање материјом, што је аутор доказао да поседује. Посебно корисним сматрамо то што сваку целину аутор завршава закључком, у коме сумира предности и мане регулативе средства обезбеђења о коме је реч, износећи затим и предлоге за њено унапређење. Књига садржи и значајан преглед упоредноправних решења. Оно што јој, међутим, недостаје, а што би је учинило још прегледнијом, а самим тим и квалитетнијом – јесте већи број подналова у оквиру сваке од целина. На тај начин би се већ на први поглед учинило „видљивијим“ шта све „Право обезбеђења потраживања“ садржи.

Основа идеја коју ова књига носи, што желимо посебно да подвучемо, је да нема бољег или горег средства обезбеђења; већ само оног које је исправно изабрано у складу са околностима конкретног случаја или није. Стога сваки правник мора добро познавати свако средство обезбеђења потраживања, његове одлике, предности и мане, па ће књига „Право обезбеђења потраживања“ проф. др Душка Медића свакако имати широку читалачку публику: од студената права свих нивоа студија до искусних практичара и теоретичара права. Зато ову књигу богате садржине, јасног и разумљивог стила и са квалитетима научног рада са задовољством препоручујемо будућим читаоцима.

Sudska praksa

Datum prijema rada:
8. maj 2013.

Datum prihvatanja rada:
15. jun 2013.

Doc. dr

Slobodan Stanišić

*docent, Fakultet pravnih
nauka, Panevropski
univerzitet "Apeiron", Banja
Luka*

Sudska praksa

I. KRIVIČNO MATERIJALNO I PROCESNO PRAVO**Načelni stavovi i zaključci iz krivičnog prava****PRODUŽENO KRIVIČNO DELO - STAROSNA DOB UČINIoca**

U slučaju produženog krivičnog dela kod koga su neke radnje izvršene u vreme kad je učinilac bio maloletan, a druge u vreme kad je bio punoletan postupak se sprovodi po opštim odredbama Zakona o krivičnom postupku, a ako se sudi mlađem punoletnom licu (lice koje u vreme suđenja nije starije od 21 godine) primenjuju se odredbe sadržane u čl. 454, 455, 456. i 471. Zakona o krivičnom postupku.

Obrazloženje:

U Zakonu o krivičnom postupku ne nalazi se izričit odgovor na pitanje da li će se u slučaju produženog krivičnog dela kod koga su neke radnje izvršene u vreme kad je učinilac bio maloletan, a druge u vreme kad je bio punoletan, postupak sprovesti po opštim odredbama ili će se primeniti posebno odredbe o maloletnicima sadržane u XXVII glavi od čl. 452. do 492.

Zakon u čl. 457. stav 1. u načelu rešava procesnu situaciju kad maloletnik učestvuje u izvršenju krivičnog dela zajedno sa punoletnim licem na način da propisuje da će se postupak prema maloletniku izdvojiti i sprovesti po odredbama XXVII glave. U stavu 2. istog člana propisano je da se postupak prema maloletniku može spojiti sa postupkom protiv punoletnog lica i sprovesti po opštim odredbama zakona samo ako je spajanje postupka neophodno za svestrano razjašnjenje stvari. Rešenje o tome donosi veće za maloletnike nadležnog suda, na obrazloženi predlog javnog tužioca.

Radi obezbeđenja primene mera propisanih u krivičnim zakonima koje se odnose na maloletne učinioce krivičnih dela u stavu 3. istog člana propisano je da se u pogledu maloletnika primenjuju odredbe čl. 454, 455, 456, 459, 460, 462, 471, 473, 475. st. 1. i 2, 482, 483 i 490. Osim toga, u pomenutoj odredbi navedeno je da se primenjuju i ostale odredbe o postupku prema maloletnicima ako nisu u suprotnosti sa vođenjem spojenog postupka.

Prema tome, član 457. predviđa zajedničko vođenje krivičnog postupka samo kad je maloletnik učestvovao u izvršenju krivičnog dela zajedno sa punoletnim licem. Jasno je da se u ovakvoj procesnoj situaciji prema maloletniku mogu izreći samo one sankcije koje su propisane za maloletnike.

Član 458. Zakona o krivičnom postupku rešava procesnu situ-

aciju u slučaju kad jedno lice u isto vreme odgovara za krivično delo koje je učinilo kao maloletnik i krivično delo koje je učinilo kao punoletno lice. Tada se postupak obavezno spaja i teče po oštım odredbama Zakona o krivičnom postupku. U vezi sa ovom procesnom odredbom su i materijalne odredbe sadržane u čl. 48. stav 4. i 49. stav 2. Krivičnog zakona SFRJ. Ovim odredbama rešeno je pitanje odmeravanja kazne u slučajevima ako se punoletnom licu sudi za više krivičnih dela od kojih je neka izvršilo kao stariji maloletnik a druga kao punoletnik, pa mu sud za dela izvršena u doba maloletstva utvrdi kazne maloletničkog zatvora, a za dela izvršena u doba punoletstva kazne zatvora i drugo pitanje odmeravanja kazne kad lice koje izdržava kaznu maloletničkog zatvora izvrši kao punoletnik krivična dela za koja mu je utvrđen zatvor (čl. 48. stav 4. i 49. stav 2). U ovakvim slučajevima kao jedinstvena kazna izriče se zatvor, primenom pravila o izricanju jedinstvene kazne zatvora koja su sadržana u članu 48. stav 2. tač. 2. do 4. Za razliku od slučaja kad je postupak prema maloletniku spojen sa postupkom protiv punoletnog lica, ovde se izriču sankcije koje su propisane za punoletne učinioce krivičnog dela.

Određbu o produženom krivičnom delu nalazimo samo u članu 404. stav 1. tačka 6. Zakona o krivičnom postupku, koja se odnosi na ponavljanje krivičnog postupka. Kako se, prema tome, o produženom krivičnom delu u zakonu izuzetno govori, nije rešeno ni procesno pitanje primene Zakona o krivičnom postupku (opštih ili posebnih), kao ni materijalno pitanje izricanja sankcija (koje važe za maloletne ili punoletne učinioce) kad neko izvrši više krivično-pravnih radnji pre i posle punoletstva koje sve zajedno predstavljaju produženo krivično delo.

U pravnoj teoriji i praksi prihvaćeno je da se uzrast učinioca koji je od značaja za njegovu odgovornost i primenu krivične sankcije za produženo krivično delo, utvrđuje prema vremenu kada je preduzeta poslednja radnja koja je ušla u sastav produženog krivičnog dela.

Polazeći od rešenja sadržanih u napred navedenim procesnim i materijalnim odredbama, kao i stanovišta prihvaćenih u pravnoj teoriji i praksi, koja se odnosi na konstrukciju produženog krivičnog dela, opravdano je prihvatiti rešenje da se u slučaju produženog krivičnog dela kod koga su neke radnje izvršene u vreme kad je učinilac bio maloletan, a druge u vreme kad je bio punoletan, postupak sprovodi po opštım odredbama Zakona o krivičnom postupku, u kom slučaju se primenjuju materijalne odredbe koje se odnose na punoletne učinioce krivičnih dela.

Kako su, međutim, mlađa punoletna lica posebna kategorija učinilaca krivičnih dela, prema kojima se pod uslovima propisanim u članu 82. stav 1. Krivičnog zakona SFRJ mogu izreći i vaspitne mere, opravdano je prema licima koja u vreme suđenja nisu starija od 21 godine primeniti odredbe o maloletnicima sadržane u članu 454. (zabrana suđenja u odsustvu), 455. (organizovanje odbrane), 456. (obaveza svedočenja o ličnosti) i 457. (prikupljanje podataka o ličnosti maloletnika).

(Zaključak br. 2/85 - Savetovanje krivičnih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda - 26. mart 1985. godine)

Trajanje pritvora prema maloletnicima

Trajanje pritvora prema maloljetnicima od najduže tri meseca odnosi se samo na pritvor određen i produžen u pripremnom postupku.

Trajanje pritvora prema maloljetnicima posle završenog pripremnog postupka i postupka prema maloljetniku koji je spojen sa postupkom protiv punoljetnog lica nije vremenski ograničeno.

Obrazloženje:

Pritvor prema maloljetnicima može se izuzetno odrediti. Postojanje razloga za određivanje pritvora mora se krajnje strogo i objektivno cijeniti, kao što se mora cijeniti i koji su to "opravdani razlozi" na osnovu kojih vijeće za maloljetnike može produžiti pritvor.

Odredbe o pritvoru prema maloljetnicima sadržane su samo u članu 474. Zakona o krivičnom postupku (ZKP). Prema ovoj odredbi na osnovu rješenja o pritvoru koje je donio sudija za maloljet-

nike pritvor može trajati najviše mjesec dana. Vijeće za maloljetnike istog suda može iz opravdanih razloga produžiti pritvor najduže za dva mjeseca.

Kako su ovo jedine odredbe o pritvoru u postupku prema maloljetnicima i nalaze se u odjeljku koji se odnosi na pripremni postupak, u praksi se postavlja pitanje da li se navedeno ograničenje trajanja pritvora do tri mjeseca odnosi samo na pripremni postupak ili na cijeli postupak prema maloljetnicima do njegovog okončanja.

U praksi sudova u Saveznoj Republici Jugoslaviji postoje različita shvatanja o tom pitanju.

Prema stanovištima izraženim u odlukama pojedinih sudova proizlazi da se navedeno zakonsko ograničenje, u pogledu trajanja pritvora do tri mjeseca odnosi samo na pripremni postupak, a ne i na fazu postupka posle podnošenja predloga za suđenje i da pritvor može da traje sve do završetka postupka. Izraženo je mišljenje da je posle predaje predloga sudu, vijeće za maloljetnike dužno da vrši kontrolu osnovanosti trajanja pritvora u smislu čl. 199. stav 2. ZKP, tj. dvomjesečnu kontrolu, odnosno drugo mišljenje da je to dug razmak za izuzetno hitan postupak, pa bi tu kontrolu trebalo vršiti shodno članu 433. stav 3. ZKP.

Postoje odluke sudova u kojima je izraženo stanovište da se navedeno ograničenje trajanja pritvora do tri mjeseca odnosi ne samo na pripremni postupak, nego i na cijeli tok postupka tj. da pritvor u postupku prema maloljetnicima može najviše trajati do tri mjeseca i da se taj rok ne može produžavati. Ovo zbog toga što bi duže trajanje pritvora moglo negativno da se odrazi na ličnost maloljetnika. Osim toga, odredbe člana 474. ZKP određuju trajanje pritvora do tri mjeseca, a kako su to jedine odredbe o pritvoru u postupku prema maloljetnicima, to se odnose na pritvor u čitavom postupku. Da je zakonodavac htio da pritvor prema maloljetniku traje i duže od tri mjeseca to bi izričito bilo regulisano zakonskim odredbama. To u sadašnjem ZKP nije učinjeno, pa se ograničenje odnosi ne samo na pripremni, nego i na čitav postupak.

U praksi sudova u posljednje vrijeme preovladava stanovište da se trajanje pritvora od najviše tri mjeseca odnosi samo na pritvor određen i produžen u pripremnom postupku. U prilog ovakvom stavu navodi se, pored već naprijed navedenog, da je prema članu 457. stav 2. ZKP moguće spajanje postupka prema maloljetniku sa postupkom prema punoljetnom licu, ako su punoljetno i maloljetno lice krivično delo izvršili zajedno, a spajanje postupka je neophodno za svestrano razrješenje stvari. U tom slučaju određeno je da će se postupak sprovesti po opštim odredbama ZKP. Pri tome se ističe da su u stavu 3. navedenog člana taksativno navedene odredbe iz postupka prema maloljetnicima koje će se uvijek primjenjivati u spojenom postupku radi zaštite ličnosti maloljetnika. U ove odredbe nije unijeta odredba člana 474. ZKP, što znači da nije ograničeno trajanje pritvora prema maloljetniku do tri mjeseca, što dalje znači da zakonodavac nije računao na primjenu te odredbe van pripremnog postupka.

Iz navedenih razloga na savjetovanju je jednoglasno prihvaćen stav izražen u Zaključku broj 2/94.

(Zaključak br. 2/94 - Savetovanje krivičnih odeljenja Saveznog suda, Vrhovnog vojnog suda, Vrhovnog suda Srbije i Vrhovnog suda Republike Crne Gore - 27. i 28. oktobar 1994. godine)

Saslušanje maloletnika uz pomoć stručnog lica

1. Pomoć stručnog lica predviđena u odredbi člana 168. stav 9. Zakona o krivičnom postupku može se koristiti u pretkrivičnom postupku i u istrazi, a u kasnijim fazama krivičnog postupka samo kad su u pitanju radnje koje u suštini predstavljaju istražne radnje (npr. čl. 284, 330, 331. i član 370. stav 4. Zakona o krivičnom postupku).

Pomoć stručnog lica predviđena u članu 240. stav 1. Zakona o krivičnom postupku može se koristiti u svim fazama krivičnog postupka kad se vrši uviđaj ili rekonstrukcija.

Stručnu pomoć predviđenu u odredbama člana 168. stav 9. i član 240. stav 1. Zakona o krivičnom postupku može pružiti jedno ili više stručnih lica.

Ispitivanje maloletnika prema kome se vodi postupak i saslušanje maloletnika kao svedoka uz pomoć pedagoga ili drugog stručnog lica može se obavljati u svim fazama krivičnog postupka.

2. Na stručna lica se ne primenjuju odredbe člana 242. stav 1, člana 243. stav 2. i člana 245. stav 1. i 2. Zakona o krivičnom postupku koje se odnose na veštake.

3. Ako su prilikom davanja obaveštenja odnosno pružanja pomoći od stručnog lica stranke prisutne, sud će ih upoznati sa svojstvom stručnog lica. U zapisniku o sprovođenju procesne radnje treba zabeležiti prisutnost stručnog lica (član 80. stav 1. Zakona o krivičnom postupku), kao i njegova objašnjenja na pitanja stranaka, a po potrebi i druga objašnjenja.

4. Stručno lice može se saslušati kao svedok, a izuzetno se može odrediti da izvrši veštačenje pod uslovima iz člana 242. stav 2. do 4. Zakona o krivičnom postupku.

5. Odredba člana 44. stav 1. Zakona o krivičnom postupku o izuzeću stručnih lica odnosi se i na stručna lica kad sudu pružaju pomoć u smislu člana 240. Zakona o krivičnom postupku.

(Načelni stav br. 6/79 - Zajednička sednica Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda - 25. i 26. oktobar 1979. godine)

Obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi

U postupku za primenu mere bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi (ili lečenja na slobodi), koji se vodi protiv neuračunljivog izvršioca krivičnog dela, sve dok se taj postupak pravosnažno ne okonča, okrivljeni može neposredno vršiti svoja procesna prava i u slučaju kada je u isto vreme na snazi druga odluka kojom je okrivljeni lišen poslovne sposobnosti i na osnovu koje je stavljen pod starateljstvo.

Okrivljeni je ovlašćen da lično podnese zahtev za ponavljanje postupka protiv pravosnažnosti rešenja kojim mu je, kao neuračunljivom izvršiocu krivičnog dela, izrečena mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi (ili lečenja na slobodi), a sud će u takvom slučaju doneti odluku.

Obrazloženje:

Postupak za primenu mere bezbednosti iz člana 63. KZ SFRJ polazi od pretpostavke da je okrivljeni u vreme izvršenja krivičnog dela bio neuračunljiv. Zakon o krivičnom postupku određuje da molodjetnik ili lica lišena poslovne sposobnosti, privatni tužilac i oštećeni kao tužilac, svoja prava u postupku vrše preko svojih zakonskih zastupnika (član 54. stav 1, član 64. stav 1. i dr.). U zakonu nema takve odredbe u pogledu okrivljenog, čak ni u delu gde se uređuje posebna procedura za primenu ove mere bezbednosti (čl. 493-498). On poznaje "staraoca okrivljenog" (član 360. stav 1), ali ih ne ovlašćuje da odgovarajuće procesne radnje preduzimaju umesto, već pored okrivljenog. Tu zastupanja u pravom smislu te rieči i nema. Prema odredbi člana 494. stav 5. ZKP okrivljeni ima pravo da izjavi žalbu protiv prvostepenog rešenja o izricanju ove mere, a to znači da mu se ova odluka mora lično dostaviti itd. Prema tome, sama pretpostavka da je okrivljeni neuračunljiv ne može ograničiti pravo okrivljenog da u ovom postupku neposredno preduzima procesne radnje. Isto tako, činjenica da je okrivljeni u vreme kad se ovaj postupak vodi, već lišen poslovne sposobnosti i drugom odlukom stavljen pod starateljstvo (sa drugačijim konkretnim osnovom), ne može imati nikakvog uticaja na ovaj postupak, bar ne u sektoru koji pokriva pitanje o kojem se raspravlja. Okrivljeni u ovoj situaciji stvarno ima zakonskog zastupnika, ali zakon ovom ne daje ovlašćenje da umesto okrivljenog preduzima procesne radnje (staralac okrivljenog ima pravo da bude obavešten o pretresu prema odredbi člana 494. stav 2. ZKP, a zakonski zastupnik okrivljenog može izjaviti žalbu protiv prvostepenog rešenja prema odredbi člana 494. stav 5. u vezi sa članom 360. stav 1. ZKP, ali zakonski zastupnik u ovim situacijama ne istupa umesto okrivljenog već pored njega). Pored toga, postojanje odluke o

lišenju poslovne sposobnosti ne eliminiše potrebu da se u postupku za primenu ove mere utvrđuje činjenica da je okrivljeni u vreme izvršenja dela bio neuračunljiv. Ta odluka nema nikakav značaj za ovaj postupak, niti ona može imati uticaja na pravo okrivljenog da preduzima procesne radnje.

Nadalje, s obzirom da se procesna prava ne mogu deliti na postupak do pravnosnažnosti presude i postupak po vanrednim pravnim lekovima, to se okrivljenom koji je neuračunljiv ne može uskratiti ni pravo na preduzimanje radnji za ponavljanje postupka.

Prema tome okrivljeni u postupku ove mere, iako je neuračunljiv, može vršiti svoja procesna prava kako do pravnosnažnosti presude, tako i kod vanrednog pravnog leka ponavljanja krivičnog postupka.

(Načelni stav br. 1/84 - zajednička sednica Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i vrhovnog Vojnog suda - 17. i 18. maja 1984. godine)

Načelo zabrane - reformatio in peius

Povređeno je načelo zabrane "reformatio in peius" (član 378. ZKP) u slučaju kada prvostepeni sud na novom glavnom pretresu osudi optuženog po strožem krivičnom zakonu, nakon što je drugostepeni sud, povodom žalbe nadležnog tužioca izjavljene samo zbog odluke o krivičnoj sankciji, po službenoj dužnosti (zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka) ukinuo prvostepenu presudu.

Obrazloženje:

Povod za razmatranje ovog pitanja su nejasnoće odredbe člana 378. ZKP, koje su se pojavile u njenoj primeni.

Zabrana preinačenja na gore (zabrana "reformatio in peius") predstavlja zaštitu okrivljenog od preinačenja prvostepene odluke na njegovu štetu, ako je samo u njegovu korist izjavljen pravni lek. U krivično-procesno pravo ovaj pravni institut je ušao prvenstveno iz razloga pravičnosti, branjen argumentima od okrivljenog, koji nezadovoljan sudskom odlukom ne sme strahovati da li će njegovo obraćanje sudu višeg stepena imati pozitivno dejstvo ili će mu pogoršati položaj, ako viši sud preinači takvu odluku na njegovu štetu. Iako na prvi pogled izgleda logično da se okrivljenom moraju pružiti procesne garancije da u slučaju upotrebe pravnog leka ne pogorša svoj položaj, o ovom pravnom institutu ne postoji jedinstveno mišljenje, kako u pogledu njegovog zakonodavnog konstituisanja, tako i u pogledu obima zaštite koju okrivljenom treba obezbediti.

Mišljenja o ovom pravnom institutu kreću se od onih koji smatraju da je dovoljno samo postojanje žalbe nadležnog tužioca na štetu okrivljenog da bi se presuda mogla izmeniti na njegovu štetu, pa do onih koji smatraju da se ni u jednom delu ožalbena presuda ne može izmeniti, ako u tom pravcu ne postoji žalba ovlašćenog tužioca.

Dosadašnja praksa sudova ukazuje da je prilikom primene člana 378. ZKP u većini slučajeva preovladalo mišljenje da se po žalbi izjavljenoj na štetu optuženog može doneti odluka na njegovu štetu samo u pogledu dela presude koji se žalbom pobija i samo iz razloga iz kojih se pobija.

Različita mišljenja prisutna su i kada je u pitanju primena zabrane "reformatio in peius" na novom glavnom pretresu, posle ukidanja prvostepene presude i donošenja nove presude, kao i u pogledu uticaja žalbe ovlašćenog tužioca na novu presudu.

Prema jednom stanovištu nije povređeno načelo zabrane "reformatio in peius" u slučaju kada prvostepeni sud na novom glavnom pretresu osudi optuženog po strožem krivičnom zakonu nakon što je drugostepeni sud, povodom žalbe nadležnog tužioca izjavljene samo zbog odluke o krivičnoj sankciji, po službenoj dužnosti (zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka), ukinuo prvostepenu presudu.

Suprotno stanovište je izraženo u dispozitivu načelnog stava.

Radi potpunijeg sagledavanja ovog instituta potrebno je poći od osnova zbog kojih se presuda može pobijati i s tim u vezi od granice ispitivanja presude.

U smislu člana 363. ZKP presuda se može pobijati zbog: bitne povrede odredaba krivičnog

zakona, pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, krivične sankcije i dr.

Ako je protiv presude izjavljena žalba, presuda će se ispitati u onom delu u kojem se pobija žalbom, a po službenoj dužnosti (član 376. tač. 1. i 2. ZKP) sud mora ispitati: prvo, da li postoji povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 364. stav 1. tač. 1, 5, 6, 8. do 11, da li je glavni pretres protivno odredbama zakona održan u odsustvu optuženog, a u slučaju obavezne odbrane i u odsustvu njegovog branioca, i drugo, da li je povređen krivični zakon na štetu optuženog (član 365. ZKP).

Kao što se vidi, granice ispitivanja presude su zakonom jasno određene.

Iz zakonske formulacije člana 376. stav 1. ZKP, da drugostepeni sud ispituje presudu u onom delu u kojem se pobija žalbom, proizilazi da se na štetu okrivljenog odluka može izmeniti samo u pogledu dela presude koji se žalbom pobija i to isključivo u onom pravcu u kom se pobija i samo iz onih razloga koji su u žalbi istaknuti. Žalba izjavljena na štetu okrivljenog može imati pravnog dejstva samo u domenu u kojem je izjavljena, pa se i položaj okrivljenog može pogoršati isključivo u tom domenu, a ne i izvan domašaja žalbe. Pri tome, nije od značaja da li je odluka koja se ispituje, doneta u ponovljenom postupku, nakon ukidanja prvostepene presude, niti da li je prvobitna odluka ukinuta po službenoj dužnosti ili usvajanjem žalbe ovlašćenog tužioca.

Prema tome, kada je prvostepeni sud, na novom glavnom pretresu, osudio okrivljenog po stožem krivičnom zakonu nakon što je drugostepeni sud, po službenoj dužnosti povodom žalbe nadležnog tužioca, izjavljene samo zbog odluke o krivičnoj sankciji, ukinuo prvostepenu presudu, povredio je načelo zabrane „*reformatio in peius*”.

U skladu sa iznetim razlozima zajednička sednica donela je načelni stav izražen u dispozitivu.

(Načelni stav br. 16/87 - Zajednička sednica saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda - 17. i 18. jun 1987. godine)

POVREDA ZABRANE „REFORMATIO IN PEIUS” - ČLAN 378. ZKP

NAČELNI STAV

Povređeno je načelo zabrane „*reformatio in peius*” (član 378. ZKP) u slučaju kada prvostepeni sud na novom glavnom pretresu osudi optuženog po strožem krivičnom zakonu, nakon što je drugostepeni sud, povodom žalbe nadležnog tužioca izjavljene samo zbog odluke o krivičnoj sankciji, po službenoj dužnosti (zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka) ukinuo prvostepenu presudu.

(Zajednička sednica Saveznog suda, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 27. i 28. V 1985)

SUDSKA PRAKSA SUDOVA U BOSNI I HERCEGOVINI

1. Stavovi opšte sjednice Suda Bosne i Hercegovine

Prije donošenja rješenja o određivanju pritvora, sudija za prethodni postupak će preispitati osnovanost zahtjeva o određivanju pritvora i u skladu sa članom 5.3. Evropske konvencije o ljudskim pravima saslušati osumnjičenog i razmotriti sva pitanja u vezi lišenja slobode.

(Zaključak Opšte sjednice od 07.10.2004. godine)

Kada u smislu člana 231. (3) ZKP-a, sudija za prethodno saslušanje razmatra sporazum o priznanju krivnje, u slučaju prihvatanja sporazuma, izreći će i presudu u smislu člana 231. (5) ZKP-a.

(Zaključak Opšte sjednice od 07.10.2004. godine)

Kada u toku glavnog pretresa odbrana stavi prijedlog da optuženi svjedoči u svoju korist, optuženi će se saslušati u svojstvu svjedoka i biti ispitan direktno i unakrsno, ukoliko se dobrovoljno odrekao prava na šutnju i kada odluči dati informacije u pogledu činjenica i okolnosti koje se odnose na predmet suđenja.

(Zaključak Opšte sjednice od 26.04.2005. godine)

U skladu sa članom 14. ZKP-a BiH i članom 6. (1) Evropske konvencije o ljudskim pravima, (ravnopravnost stranaka-postavka da svaka strana u postupku treba imati iste mogućnosti da izloži svoje argumente i pravo na informaciju o činjenicama i navodima suprotne strane), sud mora, prije

donošenja odluke, osigurati da se kopije podnesaka dostavljenih u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku (žalbe na rješenja, zahtjevi i prigovori jedne strane u postupku po kojima je sud obavezan odlučiti), dostave drugoj strani na odgovor, osim u slučajevima podnošenja zahtjeva ovlaštenog tužioca za određivanje pojedinih istražnih radnji i posebnih istražnih radnji.

(Zaključak Opšte sjednice od 24.05.2005. godine)

U smislu člana 34. ZKP-a BiH, odredbe o izuzeću sudija shodno se primjenjuju i na tužitelja i osobe koje su na osnovu zakona ovlaštene da ga zastupaju u postupku, ali to ne znači da će u vezi sa prijedlogom za izuzeće tužitelja, u smislu člana 29. tačka f) ZKP-a BiH, sudija ili raspravno vijeće obustaviti svaki rad na predmetu obzirom da tužitelj, čije se izuzeće zahtjeva, do donošenja odluke Kolegija tužitelja o izuzeću, može preduzimati radnje za koje postoji opasnost od odlaganja. Pri tome, treba imati u vidu da se, u smislu člana 297. stav 1. tačka b) ZKP-a BiH, predviđa bitna povreda odredaba krivičnog postupka samo u slučaju da je na glavnom pretresu učestvovao sudija koji se morao izuzeti, što je razumljivo kada se ima u vidu da sud sudi, a tužitelj je stranka u postupku.

U svakom slučaju, sudiji odnosno vijeću ostavlja se na ocjenu, u vezi sa okolnostima slučaja, potreba prekida postupka.

(Zaključak Opšte sjednice od 30.06.2005. godine)

2. Sudska praksa ostalih sudova u Bosni i Hercegovini

Član 366. stav 1. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine

Za postojanje krivičnog djela nesavjestan rad u službi iz člana 366. Stav 1. Krivičnog zakona federacije bosne i hercegovine nije potrebna trajnost i sistematičnost u neurednosti vršenja službe, a niti ocjena ukupnog djelovanja učinitelja u njegovom poslovanju kao službene osobe, već je dovoljno samo jedno činjenje ili nečinjenje koje ima karakter očigledno nesavjesnog postupanja u vršenju dužnosti u službi u smislu ovog krivičnog djela.

Iz obrazloženja:

Na utvrđeno činjenično stanje prvostepeni sud je pravilno primijenio krivični zakon kada je našao da je okrivljeni, na način opisan u izreci pobijane presude, učinio krivično djelo iz čl. 366. st. 1. KZ FBiH, jer i ovaj sud nalazi da je on, iz razloga detaljno navedenih u obrazloženju pobijane presude, kao službena osoba svjesnim kršenjem zakona očigledno nesavjesno postupio u vršenju dužnosti, uslijed čega je nastupila povreda prava drugog. Neosnovan je navod u žalbi branioca okrivljenog, istican i u toku postupka, a koji prvostepeni sud pravilno nije prihvatio, da je za postojanje očigledno nesavjesnog rada u službi potrebno da postoji izvjesna trajnost, pa i sistematičnost u neurednosti u službi i da bi u svakom konkretnom slučaju trebalo obuhvatiti čitavo djelovanje učinioa u njegovom poslovanju kao službene osobe da bi se mogao donijeti zaključak da se radi o očigledno nesavjesnom postupanju. Naime, i jedno činjenje ili nečinjenje može imati karakter očigledno nesavjesnog postupanja u vršenju dužnosti, a ponašanje okrivljenog u konkretnom slučaju, i po ocjeni ovog suda, ima takav karakter, jer priroda službene dužnosti okrivljenog, s obzirom da od njenog savjesnog vršenja zavisi uspješnost procesa povratka, zahtijevala je posebnu pažnju, tako da je i prvostepeni sud pravilno našao, a i ovaj sud nalazi, da se u radnjama okrivljenog iz izreke pobijane presude stiču sva obilježja krivičnog djela iz čl. 366. st. 1. KZ FBiH. Takav zaključak ne dovodi u pitanje ni žalbeni navod da, zbog toga što je G. J. u upravnom postupku imala mogućnost i ostvarivala svoja prava (i na kraju ih i ostvarila), nema jednog od bitnih obilježja krivičnog djela za koje je okrivljeni oglašen krivim, jer se pravo ostvareno u tom postupku može smatrati samo otklanjanjem već učinjene povrede prava, a ni u kom slučaju ne ukazuje da zbog toga nema jednog od bitnih obilježja krivičnog djela iz čl. 366. st. 1. KZ FBiH u radnjama okrivljenog. Stoga ne stoji ni žalbeni osnov povrede krivičnog zakona.

(Presuda Kantonalnog suda u Tuzli, broj: KŽ-595/02 od 22. 04. 2003. godine)

Član 35. tačka 5. Zakona o krivičnom postupku

Sudija koji je kao član vijeća sudjelovao u donošenju drugostepene presude, koja je po žalbi okrivljenog ukinuta rješenjem suda u trećem stepenu, može ponovo sudjelovati u donošenju odluke drugostepenog suda, jer ta okolnost da je ranije već sudjelovao u donošenju drugostepene presude nije razlog za njegovo izuzeće.

Iz obrazloženja:

U odredbi člana 35. tačka 5. ZKP propisano je da sudija ne može vršiti sudsku dužnost ako je u istom predmetu sudjelovao u donošenju odluke nižeg suda ili ako je u istom sudu sudjelovao u donošenju odluke koja se pobija žalbom. Iz tako koncipirane zakonske odredbe jasno proizilazi, da je njezin ratio legis u tome da sudija ne može sudjelovati u odlučivanju o odluci koju je donio kao sudija pojedinac ili u sastavu vijeća. Dakle, naprijed citirana zakonska odredba se ne može tumačiti na način kako to smatraju branioči okrivljenog I.B. u podnesenom zahtjevu za izuzeće odnosno ona ne zabranjuje da nakon ukidanja presude ponovo odlučuje vijeće u istom sastavu. Da je ovo zaista tako može se zaključiti i iz odredbe člana 378. stav 2. ZKP /koju da je trebalo primijenio bi Vrhovni sud Federacije rješavajući u trećem stepenu na temelju ovlaštenja iz člana 384. stav 2. ZKP). U toj zakonskoj odredbi je propisano da drugostepeni sud može narediti, da se novi glavni pretres održi pred potpuno izmijenjenim vijećem. To bi shodno takvom zakonskom određenju značilo da je i u konkretnom slučaju Vrhovni sud Federacije odlučujući u trećem stepenu mogao odrediti da se drugostepeni postupak provede pred novim vijećem. Postojanje takve odredbe bi bilo apsurdno, kada bi zakonska osnova iz koje branioči okrivljenog I.B. traže izuzeće i razlozi koje su naveli onemogućavala da u ponovnom odlučivanju učestvuje vijeće u istom sastavu koje je donijelo raniju drugostepenu odluku koja je ukinuta. Imajući sve naprijed izloženo u vidu, mora se zaključiti da zahtjev branilaca okrivljenog I.B. za izuzeće sudije Vrhovnog suda Federacije I.D. nije osnovan.

(Rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: Su-422/02 od 6. 11. 2002. godine)

Član 183. stav 1. tačka 4. Zakona o krivičnom postupku

Ako su ispunjeni opći i posebni uvjeti za određivanje (produženje) pritvora u smislu člana 183. Stav 1. Tačka 4. Zkp za neko od taksativno nabrojanih krivičnih djela, pritvor se može odrediti odnosno produžiti i za njihov kvalifikovani oblik (koji se ne navodi u zakonu) primjenjujući princip logičnog tumačenja pravne norme, argumentum a minore ad maius (zaključivanjem da je nešto dopušteno za teži slučaj, kada je dopušteno u lakšem slučaju).

Iz obrazloženja:

Prema shvatanju ovog suda primjena navedene tačke 4. zahtijeva određeno tumačenje, koje ima za cilj utvrđivanje smisla navedene zakonske odredbe metodom logike. Evidentno je da je zakonodavac propisivanjem odredbe tačke 4. stav 1. člana 183. ZKP-a, za određena, najteža krivična djela, u određenim okolnostima determinisanim načinom izvršenja ili posljedicama izvršenja tog djela, želio utvrditi poseban osnov za određivanje mjere pritvora. Pri tome je zakonodavac u pravnoj normi precizirao i krivična djela u odnosu na koja se po tom, specifičnom, osnovu mjera pritvora može odrediti, međutim prema shvatanju ovog suda primjena navedenog osnova zahtijeva logičko tumačenje pravne norme principom argumentum a minore ad maius (zaključivanjem da je nešto dopušteno za teži slučaj, kada je dopušteno u lakšem slučaju). Tačka 4. navedenog člana kao jedno od krivičnih djela u odnosu na koje je moguće primijeniti taj propis predviđa krivično djelo ubistva iz člana 171. stav 1. KZ FBiH. Međutim, ta odredba se odnosi na osnovni oblik krivičnog djela ubistva dok su u članu 172. stav 2. KZ FBiH predviđeni kvalifikovani oblici ubistva. Pri tome je bitno ukazati da kvalifikovani oblik krivičnog djela ubistva u sebi uvijek sadrži i osnovni oblik tog krivičnog djela, zakonski tekst kvalifikovanih oblika uvijek u sebi sadrži definiciju osnovnog oblika djela - "ko drugog liši života", pa je stoga ovaj sud mišljenja da član 183. stav 1. tačka 4. ZKP-a može biti osnov i za određivanje mjere pritvora kada je u pitanju krivično djelo ubistva iz člana 171. st. 2. tačka 5. KZ FBiH, te

se suprotno tvrđenje u žalbi ukazuje kao neosnovano.

(Rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: Kž-430/03 od 10. 09. 2003. godine)

Član 358. stav 2. ZKP u vezi sa članom 276. stav 3. ZKP i članom 6. stavom 3. (b) i (c) Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda

Postavljanje optuženom branioca po službenoj dužnosti neposredno pred početak glavnog pretresa na kojem je donijeta presuda, bez ostavljanja mogućnosti braniocu da se upozna sa spisima u konkretnom predmetu i da sa svojim branjenikom obavi razgovor o načinu odbrane, predstavlja povredu prava optuženog na odbranu učinjenu na glavnom pretresu koja je mogla biti od utjecaja na zakonito i pravilno donošenje presude.

Iz obrazloženja:

S obzirom na navedenu sadržinu spisa u ovom predmetu i sadržinu zapisnika o glavnom pretresu, ovaj sud nalazi tačnom žalbenu tvrdnju okrivljenog V.S. da mu je branilac po službenoj dužnosti postavljen neposredno pred početak glavnog pretresa na kojem je donijeta presuda, a kako u spisu ne postoje podaci koji bi ukazivali da se, nakon što je postavljen za branioca po službenoj dužnosti okrivljenom V.S. advokat H.S. upoznao sa spisima u konkretnom predmetu, a niti da je obavio razgovor sa svojim branjenikom, ovaj sud nalazi i da je na taj način povrijeđena odredba člana 6. stava 3. (b) Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojom je određeno da svako ko je optužen za krivično djelo ima, između ostalih prava u okviru prava na odbranu, i pravo da mu se osiguraju vrijeme i uvjeti neophodni za pripremanje odbrane. To pravo osobe optužene za krivično djelo mora se posmatrati zajedno sa pravom na branioca, ustanovljenim članom 6. stavom 3. (c) Konvencije, tako da ono obuhvata i pravo da se i braniocu osiguraju vrijeme i uvjeti neophodni za pripremanje odbrane, a što svakako podrazumijeva i pružanje braniocu mogućnosti uvida u spise predmeta i razgovora sa njegovim branjenikom u cilju pripremanja odbrane. Stoga se osnovano žalbom okrivljenog V.S. ukazuje da je navedenim postupanjem prvostepenog suda na glavnom pretresu povrijeđeno njegovo pravo odbrane, a, s obzirom na sadržinu same povrede, i da je to moglo biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude, te da je na taj način učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 358. stava 2. u vezi sa članom 276. stav 3. ZKP i članom 6. stav 3. (b) i (c) Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

(Rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: Kž-623/01 od 26. 08. 2003. godine)

Član 394. stav 1. Zakona o krivičnom postupku

Pravomoćno rješenje o obustavi kaznenog postupka doneseno u smislu člana 394. Stav 1. Zkp ne spada u kategoriju neopozivih sudskih odluka i pored toga što je steklo formalnu pravnu snagu, ovo zbog toga jer ta rješenja ne mogu steći i materijalnu pravnu snagu, s obzirom da je u toj zakonskoj odredbi propisano da se na zahtjev ovlaštenog tužioca može dozvoliti ponavljanje kaznenog postupka ako podnese nove dokaze na osnovu kojih se sud može uvjeriti da su se stekli uvjeti za ponovno pokretanje postupka, stoga je prvostupanjski sud pogriješio kada je nasuprot tome izveo zaključak, da se u tom slučaju radilo o presuđenoj stvari (res iudicata) i samo na temelju toga rješenjem odbacio zahtjev nadležnog tužioca za ponovno pokretanje kaznenog postupka.

Iz obrazloženja:

Iz stanja spisa predmeta se vidi, da je pravomoćnim rješenjem prvostupanjskog suda broj K-90/96 od 06. 08. 1996. godine protiv okrivljenog E. Č. obustavljen kazneni postupak iz razloga što je Predsjedništvo Republike Bosne i Hercegovine donijelo Odluku broj 02-248-591/96 od 29. 07. 1996. godine o njegovoj aboliciji za predmetno kazneno djelo. Nakon toga kantonalni tužitelj u Sarajevu (tada viši javni tužitelj u Sarajevu) nije izjavio žalbu, pa je navedeno rješenje postalo pravomoćno, ali je naknadno podnio zahtjev za nastavak kaznenog postupka koji je prvostupanjski sud

pobijanim rješenjem odbacio iz određenih razloga.

Protiv tog rješenja žalbu je izjavio kantonalni tužitelj u Sarajevu zbog povrede odredaba kaznenog postupka i povrede kaznenog zkona (u obrazloženju vrlo detaljno iznio shvatanja da odlukom Predsjedništva Republike Bosne i Hercegovine okrivljenom nije mogla biti data abolicija, s obzirom da se radi o kaznenom djelu ratnog zločina protiv civilnog stanovništva iz članka 142. bivšeg kaznenog zakona).

U obrazloženju pobijanog rješenja prvostupanjski sud smatra da je, prethodno rješenje toga suda o obustavi kaznenog postupka pravomoćno i da njegovo dejstvo nije privremenog karaktera. Također je u tom rješenju navedeno, da u procesnim odredbama nije predviđena mogućnost za nastavak kaznenog postupka i da se u ovom kaznenom predmetu radi o presuđenoj stvari, pa je zbog svega toga nižestupanjski sud odbacio podneseni zahtjev Kantonalnog tužitelja u Sarajevu.

Prije davanja relevantnih odgovora na žalbene prigovore Kantonalnog tužitelja u Sarajevu valjalo je prije toga ocijeniti da li prethodno pravomoćno rješenje prvostupanjskog suda o obustavi kaznenog postupka (protiv koga je tada viši javni tužitelj u Sarajevu propustio izjaviti žalbu) daje snagu presuđene stvari u odnosu na predmetno kazneno djelo ili se radi o rješenju za koje je izričito propisano da se sud po zahtjevu ovlaštenog tužitelja može na njega vratiti i opozvati ga bez obzira što je okrivljenom priznato neko pravo. Odgovor na ovo pitanje očigledno ovisi od ocjene da li je rješenje o obustavi kaznenog postupka pored formalne steklo i materijalnu pravomoćnost, što je bitni preduvjet za zaključak da se radi o presuđenoj stvari (*res iudicata*). Prilikom davanja odgovora na to pitanje ovaj sud je imao u vidu da prema procesnim odredbama postoji veliki broj rješenja u pogledu kojih je sud ovlašten ili dužan da se na njih vraća i pored toga što je nastupila njihova formalna pravomoćnost, a što samo po sebi ima značenje da ona nisu stekla materijalnu pravnu snagu. Imajući sve to u vidu, te uzimajući u obzir sa jedne strane da je nižestupanjski sud pravomoćno rješenje o obustavi kaznenog postupka donio prije početka glavne rasprave - pretresa i sa druge strane da odredba članka 394. stavak 1. ZKP između ostalog propisuje da ako je kazneni postupak rješenjem pravomoćno obustavljen prije početka glavne rasprave - pretresa, da se onda u tom slučaju može na zahtjev ovlaštenog tužitelja dozvoliti ponavljanje kaznenog postupka ako se podnesu novi dokazi na temelju kojih se sud može uvjeriti da su se stekli uvjeti za njegovo ponovno pokretanje, onda ovaj kao drugostupanjski sud nije mogao prihvatiti naprijed navedeno zaključivanje u pobijanom rješenju (da se radi o presuđenoj stvari).

(Rješenje Vrhovnog suda Federacije BiH, broj: KŽ-427/01 od 7. 02. 2003. godine)

II. GRAĐANSKO MATERIJALNO I PROCESNO PRAVO

1. Sudska praksa Suda Bosne i Hercegovine

Član 176. i član 13. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH

Revizijsko vijeće je dužno raspraviti i prigovore revizije koji se odnose na činjenično stanje, ako su ti prigovori u vezi sa članom 176. i članom 13. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH.

Tužiocu pripada pravo na isplatu plaća i drugih naknada ako mu je isplata nezakonito obustavljena u slučaju kada je tužilac faktički radio na radnom mjestu na koje je raspoređen ili na drugom (u konkretnom slučaju na radno mjesto radnika u Ambasadi BiH u Parizu), sve dok je radio i dok mu radni odnos nije prestao po rješenju o prestanku radnog odnosa poslodavca (u konkretnom slučaju tužene).

Iz obrazloženja

Drugostepeno građansko vijeće je postupilo u skladu sa materijalnim i procesnim zakonom kada je uvažilo činjenično stanje utvrđeno u presudi prvostepenog parničnog vijeća Suda BiH broj P- 49/05 od 20. 04. 2006. godine, kao i materijalnopravne propise na koje se to vijeće u navedenoj presudi pozvalo, te odbilo žalbu tužene kao neosnovanu i prvostepenu presudu potvrdilo. Za takvu

odluku drugostepeno građansko vijeće je u pobijanoj presudi navelo potpune i pravilne razloge, kako u pogledu činjeničnog stanja, tako i u pogledu materijalnopравnih i procesnih propisa, koje u cijelosti usvaja i revizijsko vijeće. Revizijsko vijeće ukazuje da se prigovori revidenta, uglavnom, odnose na pobijanje činjeničnog stanja utvrđenog u prvostepenoj presudi parničnog vijeća, koje je prihvaćeno i od drugostepenog građanskog vijeća, iako se revizija ne može izjaviti zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (član 207. stav 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH), ali je revizijsko vijeće raspravilo i neke od ovih prigovora i to one koje revident dovodi u vezu sa članom 176. i članom 13. navedenog zakona, dok druge nije razmatralo, niti je imalo za to zakonsko ovlaštenje.

Drugostepeno građansko vijeće je pravilno postupilo kada je prihvatio činjenično utvrđenje i ocjenu dokaza prvostepenog parničnog vijeća, a odbilo žalbene prigovore tužene, prema kojem činjeničnom stanju, iz provedenih dokaza, koji su u prvostepenoj presudi detaljno navedeni i pravilno cijerenjeni u skladu sa članom 13. navedenog zakona, a iz kojih, i po ocjeni revizijskog vijeća, proizilazi da je tužilac dana 31. 03. 1999. godine rješenjem tužene od 07. 04. 1999. godine privremeno raspoređen na radno mjesto konzularnog radnika u Ambasadi BiH u Parizu, te je po tom rješenju, za rad koji je obavljao, primao plaću i druge naknade, kao i naknadu za iznajmljeni stan u Parizu sve do kraja januara 2001. godine, kada mu je isplata plaće i naknada obustavljena, iako mu je radni odnos po rješenju tužene prestao tek 24. 06. 2001. godine, do kada je tužilac i proveo na radu u Ambasadi u BiH u Parizu. Pobijanom presudom je, nadalje, pravilno prihvaćena i visina dosuđnih naknada utvrđena od strane prvostepenog vijeća na osnovu nalaza i mišljenja vještaka finansijske struke Hodžić Abida, koji je izvršio obračun na osnovu Pravilnika o plaćama i drugim primanjima i naknadama osoblja DKP BiH i Odluke Vijeća ministara o načinu obračuna plaća i ostalih materijalnih prava zaposlenih u Vijeću ministara, ministarstvima i drugim organima BiH, kojem ni tužena nije prigovorila, izuzev što je istakla prigovor na obračun zakupnine za iznajmljeni stan u Parizu. Pobijanom presudom drugostepenog građanskog vijeća pravilno je riješen i prigovor tužene koji se odnosio na radni odnos tužioca, uz navodjenje da tužena ni jednim dokazom nije dokazala da je tužiocu prestao radni odnos prije donošenja rješenja tužene dana 24. 06. 2001. godine.

Revizijsko vijeće je odbilo kao neosnovan prigovor revidenta da su pobijanom presudom povrijeđene odredbe člana 176. i 13. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH, jer je drugostepeno građansko vijeće, kako je to već navedeno u ovoj, a i u pobijanoj presudi, u cijelosti prihvatilo činjenično stanje koje je utvrdilo prvostepeno parnično vijeće u presudi P- 49/05 od 20. 04. 2006. godine, kao i ocjenu dokaza kojim je to činjenično stanje utvrđeno, pa tako i ocjenu izvedenog dokaza uvidom u rješenje MVP-a broj 10921-02-3-12999/01 od 10. 07. 2001. godine, na osnovu kojeg je utvrdio da je tužiocu prestao radni odnos u MVP-a sa danom 24. 06. 2001. godine i to iz razloga što je tužilac tada odbio da radi na novim poslovima na koje je raspoređen i od tada više nije dolazio na posao. Radilo se o poslovima tehničkog sekretara- korespondenta u Ambasadi BiH u Švedskoj, na koje je raspoređen po rješenju broj 10921-02-10330/00 od 12. 07. 2000. godine, a na koju dužnost tužilac nije nikad stupio, ali mu iz tog razloga ni tada ni kasnije nije prestao radni odnos, nego tek po rješenju MVP-a od 10. 07. 2001. godine sa gore navedenim datumom. Isto se odnosi i na činjenično stanje vezano za Instrukciju MVP-a broj 10921-01-16680/00 od 16. 11. 2000. godine o povratku radnika iz DKP najkasnije do 01. 12. 2000. godine, koje je drugostepeno građansko vijeće takodje prihvatilo usvajajući sve, pa i ocjenu tog dokaza provedenog u prvostepenom postupku i činjenično stanje utvrđeno u vezi te Instrukcije, prema kojem je tužilac, i nakon datuma donošenja navedene Instrukcije, nastavio da radi u Ambasadi BiH u Parizu, utvrdivši da je ambasador te Ambasade dopisom od 04. 12. 2000. godine ukazao MVP-a na specifičnost situacije konzularnog odjeljenja u Ambasadi, te određeno tražio da tužilac nastavi sa radom u toj Ambasadi, što se ne može smatrati samovoljnim postupanjem tužioca, iz čega prvostepeno parnično vijeće zaključuje, a drugostepeno građansko vijeće pravilno prihvata, da se MVP složilo sa daljnjim radom tužioca u navedenoj Ambasadi i otkazao mu radni odnos tek sa 24. 06. 2001. godine, iako je imalo mogućnost da to učini

i ranije, a ovo pogotovo što je tužiocu i nakon 01. 12. 2000. godine dva mjeseca isplaćivana plaća i druge naknade, što se svakako ne bi činilo da tužilac nije nastavio da radi, a tek je od 01. 02. 2001. godine isplata prestala. To, i po ocjeni revizijskog vijeća, znači, da je tužilac sve do zvaničnog prestanka radnog odnosa, nastavio da radi u Ambasadi BiH u Parizu, te da je, u svjetvu konzularnog radnika u toj Ambasadi, izvršio i primopredaju dužnosti dana 29. 06. 2001. godine, kada je predao zalihe pasoških knjižica, bazu podataka i dr. sve navedeno u dopisu Ambasade BiH u Parizu broj 208-04-164 od 29. 06. 2001. godine, pa je revizijsko vijeće prigovore revidenta i u ovom pogledu odbilo kao neosnovane, jer tako ne bi bilo postupljeno da je tužilac primopredaju izvršio samoinicijativno, niti bi MVP-a uvažilo tu primopredaju.

Suprotno navodima revidenta, drugostepeno građansko vijeće je, pravilno cijeneći dokaze provedene u prvostepenom parničnom postupku, prihvatilo i odluku prvostepenog vijeća da tužiocu za utuženi period pripada pravo kako na plaću, tako i na naknadu za topli obrok i izdatke učinjene na ime stanarine (zakupnine) za iznajmljeni stan u Parizu. Mjesečna visina stanarine je utvrđena iz platnih lista priloženih za period za koji su mu isplaćivane (do 01. 02. 2001. godine) u iznosu od 1.731,34 KM mjesečno, čija ukupna visina je utvrđena nalazom i mišljenjem pomenutog vještaka, kao i visina plaće u mjesečnom iznosu od 2.746,09 KM i toplog obroka u iznosu od 4,00 KM dnevno. Logičan je i zaključak drugostepenog građanskog vijeća naveden u pobijanoj presudi, da tužilac, za kojeg je utvrđeno da je radio u Ambasadi BiH u Parizu sve do prestanka radnog odnosa (24. 06. 2001. godine), boraveći i radeći u Parizu, morao da ima i odgovarajući smještaj kao i do tada, te da plaća zakupninu, prihvatajući kao dokaz u tom pogledu i iskaz tužioca saslušanog u svojstvu stranke, pa su prigovori revidenta istaknuti i u tom pravcu odbijeni kao neosnovani.

S obzirom na iznijete razloge, revizijsko vijeće je ocijenilo da je revizija tužene neosnovana, pa ju je odbilo primjenom člana 215. Zakona o parničnom postupku pred Sudom Bosne i Hercegovine, jer je utvrdilo da ne postoje razlozi zbog kojih je revizija izjavljena (i zbog kojih se može izjaviti), kao ni razlozi na koje revizijsko vijeće pazi po službenoj dužnosti.

(Presuda revizijskog vijeća Suda BiH broj Rev- 16/07 od 18. 12. 2007. godine)

Nespojivost obavljanja poslova inspeksijskog nadzora carinjenja sa poslovima špeditera koji se bavi uvozom robe

Tužiocu koji je prilikom prijema na rad u carinsku ispostavu raspoređen na određeno radno mjesto, s tim da se uslijed povećanja obima poslova i dr. unutar sektora odnosno odjeljenja u koje je raspoređen, zbog potrebe posla, može rasporediti i na poslove nadzora nad zakonitošću rada u oblasti obrta ili samostalne profesionalne djelatnosti prestaje radni odnos ako se utvrdi da on ili član njegove uže porodice (roditelj, bračni drug ili djeca) u mjestu življenja obavlja samostalnu profesionalnu djelatnost, odnosno vlastiti obrt ili ima vlastito preduzeće.

Iz obrazloženja:

Revizijsko vijeće je ispitalo pobijanu presudu drugostepenog građanskog vijeća u smislu odredbi člana 208. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH („Službeni glasnik BiH”, broj 36/04), tj. u granicama razloga navedenih u reviziji, pazeći po službenoj dužnosti na primjenu materijalnog prava i povrede odredbi parničnog postupka koje se odnose na stranačku sposobnost i zastupanje, pa je odlučilo kao u izreci ove presude iz sljedećih razloga:

Drugostepeno građansko vijeće je postupilo u skladu sa zakonom kada je, prihvatajući činjenično stanje utvrđeno u prvostepenoj presudi, kao i odgovarajuće materijalnopravne i procesno-pravne norme, što je sve u pobijanoj presudi u glavnim crtama i citiralo, dajući pravilna tumačenja materijalnopravnih propisa, te odbilo žalbu tužioca izjavljenu protiv prvostepene presude i tu presudu potvrdilo, odbijajući žalbene prigovore tužioca kao neosnovane, uz navodjenje razloga zbog kojih je tako odlučilo.

Odredbom člana 10. stav 1. Zakona o radnim odnosima i plaćama službenika organa uprave

FBiH („Službene novine FBiH“, broj 13/98), koja je bila osnov za donošenje rješenja o prestanku radnog odnosa tužiocu sa danom 06. 12. 1999. godine, propisano je da se ne može primiti u radni odnos, niti biti u radnom odnosu lice koje samo ili član njegove uže porodice (roditelj, bračni drug ili djeca) u mjestu življenja tog lica obavlja samostalnu profesionalnu djelatnost, odnosno koje obavlja vlastiti obrt ili ima vlastito preduzeće, ako se prima na radno mjesto za obavljanje inspeksijskog nadzora ili nadzora nad zakonitošću rada u oblasti obrta, odnosno djelatnosti tog preduzeća. Nižestepena vijeća su u svojim presudama, polazeći od odredbi Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji Carinskih uprava u FBiH od 01. 10. 1996. godine, koji je bio na snazi u vrijeme nastanka ovog spornog odnosa, a na osnovu kojeg je tužilac rasporedjen i koje poslove obavlja, uz obavezu da vrši i druge poslove koje odredi šef ispostave, a koja obaveza je utvrđena za sve radnike Carinske uprave u Federaciji BiH u skladu sa članom 37. navedenog pravilnika, te odredbe člana 16. tog pravilnika, u kojoj je određeno da carinska ispostava vrši i poslove carinskog nadzora i carinjenja robe, te prima robu pod carinski nadzor i izdaje je ispod carinskog nadzora, kao i druge poslove pobježe navedene u tom članu, kao i odredbe člana 40. istog pravilnika, koja propisuje da se u pojedinoj carinarnici usljed povećanja obima poslova i dr. unutar pojedinog sektora, odnosno odjeljenja, može vršiti preraspodjela radnika povećanjem, odnosno smanjenjem broja izvršilaca u pojedinim odjeljenjima, izvode pravilan zaključak da se i tužilac, zavisno od potrebe poslova, u svakom momentu mogao rasporediti na poslove koje mu šef ispostave naredi, što je potvrdila i svjedokinja Safeta Šemdin, pa i one koji uključuju i poslove nadzora nad zakonitošću rada u oblasti djelatnosti koju obavlja preduzeće tužiočevog sina. Naime, prema utvrdjenju nižestepeni vijeća, tužiočev sin obavlja špeditersku djelatnost, a špediter kod uvoza robe nastupa u ime i za račun uvoznika (nalogodavca), a postupak carinjenja uvezene robe vrše radnici Carinske uprave, uglavnom carinici - samostalni referenti, koju dužnost je tužilac obavljao. Carinici, takodje, vrše nadzor i kontrolu onoga što su špediteri uradili, prateći da li su postupili u skladu sa zakonom i podzakonskim aktima, zbog čega se prigovori revidentista istaknuti u ovom pravcu ukazuju neosnovanim.

Revizijsko vijeće, stoga, smatra, da je u pobijanoj presudi pravilno zaključeno da ono što tužilac radi i ono što mu se može staviti u radni zadatak, smatra poslovima nadzora nad zakonitošću rada u oblasti djelatnosti kojom se bavi njegov sin (špediterska djelatnost), te da je zato pravilno primijenjena odredba člana 10. Zakona o radnim odnosima i plaćama službenika organa uprave u Federaciji BiH. Pravilan je i stav nižestepeni vijeća, koji se revizijom pobija, da mišljenje Ministarstva pravde BiH nema obavezujući karakter, jer se radi samo o mišljenju tog ministarstva, a autentično tumačenje daje Parlament FBiH.

Drugostepeno građansko vijeće, kao i prvostepeno parnično vijeće, u svojim presudama su se pravilno izjasnili i o eventualnoj povredi Ustava BiH i Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava, koje razloge usvaja i revizijsko vijeće, pa su prigovori revidentista i u tom pravcu odbijeni kao neosnovani i nedokazani.

Ostali prigovori revidentista predstavljaju prigovore na pravilnost i potpunost utvrđenog činjeničnog stanja, zbog kojih se revizija ne može izjaviti (član 207. stav 2. Zakona o parničnom postupku pred Sudom BiH), pa ih revizijsko vijeće nije posebno ni razmatralo.

(Presuda revizijskog vijeća Suda BiH broj Rev- 9/07 od 01. 10. 2007. godine)

2. SUDSKA PRAKSA OSTALIH SUDOVA U BOSNI I HERCEGOVINI

OBLIGACIONO PRAVO - OPĆI DIO

Član 56. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima

Ništav je ugovor o doživotnom izdržavanju zaključen od lica koje zbog demencije nije bilo sposobno da shvati značaj ugovora koji potpisuje.

Iz obrazloženja:

Neosnovane su revizione tvrdnje da se iz pobijane odluke ne vidi da li sud prihvata da je sporni ugovor o doživotnom izdržavanju, zaključen 02.04.1997. godine između tužene i majke stranaka, apsolutno ili relativno ništav.

Tačno je da se drugostepeni sud pogrešno pozvao na odredbe člana 111. i 112. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) umjesto na odredbe člana 56. stav 1. ZOO, na koje se pozvao prvostepeni sud.

No, iz izreke prvostepene presude i činjeničnog obrazloženja obje nižestepene presude nesumnjivo slijedi da sudovi utvrđuju da je sporni ugovor ništav, a ne rušljiv. Prvostepeni sud tužbenom zahtjevu tužitelja udovoljava, a drugostepeni sud takvu presudu potvrđuje, s obrazloženjem da majka stranaka u vrijeme zaključenja ugovora o doživotnom izdržavanju dana 02.04.1997. godine (umrla je 11.10.1997. godine u 75. godini života) nije bila sposobna da shvati značaj ugovora. Do ovakvog zaključka nižestepeni sudovi su došli na osnovu nalaza i mišljenja saslušanog vještaka medicinske struke - neuropsihijatra koji je izričit da majka stranaka uslijed demencije izazvane moždanim udarom, epilepsijom i šećernom bolesti nije mogla da zna šta potpisuje i shvati značaj ugovora koji potpisuje.

Ne mogu se prihvatiti revizioni prigovori da je nalaz vještaka suprotan svim drugim dokazima - izjavama stranaka i svjedoka, a posebno svjedoka H. I. - koja je kao sudija ovjerila sporni ugovor (član 120. stav 2. Zakona o nasljeđivanju).

I po mišljenju ovog suda jedino je vještak medicinske struke, odnosno neuropsihijatar, bio kompetentan da na osnovu medicinske dokumentacije da stručno mišljenje o stanju svijesti i psihičkom stanju nekog lica kod koga je, kako se vještak izjasnio, u početku "očuvana fasada ličnosti koja ponekad može da zavede laika".

Prema činjeničnom utvrđenju u nižestepenom postupku majka stranaka u vrijeme zaključenja spornog ugovora nije bila sposobna da shvati značaj ugovora koga potpisuje, a to znači da nije imala poslovnu sposobnost koja se traži za zaključenje takvog ugovora. Bez obzira što joj poslovna sposobnost nije bila oduzeta, postojale su činjenične i pravne pretpostavke za potpuno oduzimanje poslovne sposobnosti. To je dovoljno da ugovor koji je u takvom stanju zaključila, bude ništav po odredbi člana 56. stav 1. ZOO. Stoga drugostepeni sud nije pogrešno primijenio materijalno pravo, iako se pogrešno pozvao na odredbe člana 111. i 112. ZOO koje govore o rušljivosti ugovora zbog mana volje.

(Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 070-O-Rev-06-001289 od 26. 06. 2007. godine)

Član 189. stav 2. i član 277. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima

Zatezna kamata na naknadu nenovčane materijalne štete dosuđena u novcu prema cijenama u vrijeme presuđenja, teče od dana donošenja prvostepene presude kojom je visina naknade određena.

Ako je oštećeni sam otklonio štetu prije donošenja sudske odluke, zatezna kamata teče od dana kada je šteta otklonjena, odnosno kad su učinjeni troškovi radi otklanjanja štete.

(Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 070-O-Rev-06-000470 od 24. 05. 2007. godine)

Načelni stav - Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine 3/87

Članovi 154. stav 1., 155., 158. i 279. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima

Član 175. Zakona o izvršnom postupku

Član 1. stav 2. preuzetog Zakona o visini stope zatezne kamate

Član 1. stav 2. federalnog Zakona o visini stope zatezne kamate

Banka odgovara za štetu prouzrokovanu tražitelju izvršenja pogrešnim obračunom kamata.

Suspenzija primjene odredbe člana 279. Stav 1. Zakona o obligacionim odnosima prestala je 15.07.1994. Godine primjenom zakona o promjeni vrijednosti dinara kada je domaća valuta postala stabilna.

Iz obrazloženja:

U ovoj pravnoj stvari tužitelj je podnio tužbu protiv tužene radi naknade štete po odredbi člana 175. Zakona o izvršnom postupku, jer da tužena nije postupila u skladu sa rješenjem Općinskog suda T. broj Ip-269/01 od 15.08.2001. godine pogrešno obračunavši kamatu na glavni dug od 1,10 KM, te je dužnika iz tog rješenja obavezala da tužitelju, kao povjeriocu, isplati zateznu kamatu na taj dug za period od 23.01.1992. do 21.12.2001. godine u iznosu od samo 16,59 KM. Tužitelj je, nakon finansijskog vještačenja, svoj tužbeni zahtjev precizirao na iznos od 17.784, 82 KM smatrajući da obračunata kamata na glavni dug za sporni period iznosi upravo toliko.

I po mišljenju ovog suda nižestepeni sudovi su pravilno primijenili materijalno - odredbe člana 175. ZIP-a u vez odredbama člana 154. stav 1., 155. i 158. Zakona o obligacionim odnosima (ZOO) kad su ocijenili da je tužena odgovorna za materijalnu štetu nastalu tužitelju pogrešnim obračunom zateznih kamata prilikom izvršenja rješenja o izvršenju Općinskog suda T. broj Ip-269/01.

Tačna je revizionna tvrdnja da odredbe člana 279. stav 1. ZOO ne dozvoljavaju da na dospjele, a neisplaćene zatezne kamate teče zatezna kamata odnosno da se ta kamata pripisuje glavnici te i na nju, uz glavnici, obračunava zatezna kamata.

Međutim, u periodu iz koga potiče dug izvršenika po rješenju o izvršenju pa sve do 15.07.1994. godine zbog perioda velike inflacije koja je obezvrjeđivala domaću valutu, naša sudska praksa je suspendirala primjenu odredbe člana 279. stav 1. ZOO, te je jedinstveno prihvaćeno da se svakomjesečno obračunata kamata po odredbama člana 1. stav 2. tada važećeg preuzetog Zakona o visini stope zatezne kamate ("Službeni list SFRJ", broj 57/89) pripisuje glavnici i daljnji obračun kamata vrši na tako uvećanu glavnici, kako bi se na taj način glavnica revalorizovala i tako donekle zadržala svoju realnu vrijednost.

No, kad je stupio na snagu, odnosno kada se od 15.07.1994. godine počeo primjenjivati Zakon o promjeni vrijednosti dinara ("Službeni list RBiH", broj 16/94 i 33/94) i domaća valuta (BH dinar, a od 11.08.1997. godine konvertibilna marka) postala stabilna valuta, nije više bilo potrebe za suspendizmom člana 279. stav 1. ZOO. Od tog datuma odredbe člana 279. stav 1. ZOO su se ponovo počele primjenjivati. Konformni pak metod obračuna zateznih kamata, propisan odredbom člana 1. stav 2. preuzetog saveznog Zakona o visini stope zatezne kamate, ostao je u primjeni do 01.10.1996. godine kad je stupio na snagu federalni Zakon o visini stope zatezne kamate ("Službene novine FBiH", broj 18/96) koji je konformni metod obračuna zatezne kamate, na novčane obaveze iz ugovora u privredi, zadržao samo za razdoblje obračuna kraće od godinu dana.

Iz pismenog nalaza finansijskog vještaka, u koji su nižestepeni sudovi vršili uvid, se vidi da je vještak u varijanti pod brojem 2. obračun zateznih kamata na glavni dug izvršio upravo primjenom tada važećih odredaba Zakona o visini stope zatezne kamate ("Službeni list SFRJ", broj 57/89, te "Službene novine FBiH", broj 18/96 i 27/98). Vještak finansijske struke, saslušan u nižestepenom postupku, je za period od 23.01.1992. godine pa do 15.07.1994. godine kamatu pripisivao glavnici, od 15.07.1994. godine kamatu više ne pripisuje glavnici ali koristi konformni metod obračuna kamata sve do 01.10.1996. godine, od kada kamatu obračunava prostim kamatnim računom sve do 21.12.2001. godine kad je tužena postupila po rješenju o izvršenju broj Ip-269/01, ali sa obračunatom kamatom na glavni dug u ukupnom iznosu od samo 16,59 KM, umjesto u iznosu od 17.784, 82 KM.

Ne mogu se prihvatiti revizionni prigovori da drugostepeni sud ne cijeni odredbe novog Zakona o visini stope zatezne kamate na neizmirena dugovanja, jer je taj zakon stupio na snagu 24.10.2004. godine ("Službene novine FBiH", broj 56/04, 68/04 i 29/05), dok je prvostepena presuda, čiju je zakonitost cijenio drugostepeni sud, donijeta 18.06.2004. godine, dakle, prije stupanja na snagu tog zakona.

(Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 070-0-Rev-06-000779 od 06. 09. 2007. godine)

Član 262. Zakona o obligacionim odnosima

Član 5. stav 1. poglavlje IX Ustava Federacije BiH

Član 60. stav 1. Zakona o putevima

Član 18. stav 1. Uredbe o cestama HZ HB

Za štetu u saobraćajnom udesu nastalu zbog zaleđenog kolovoza odgovaraju solidarno preduzeće za održavanje puteva i direkcija cesta federacije bosne i hercegovine.

Iz obrazloženja:

U nižestepenom postupku je utvrđeno da je tužitelj dana 12.01.2002. godine u saobraćajnom udesu na dijelu magistralne ceste M-6 u mjestu D., Općina Č. oko 2.30 časova pretrpio totalnu štetu na svom vozilu kad je neočekivano naletio na zaleđenu površinu desne strane kolovoza u dužini od 12 m, uslijed čega je izgubio kontrolu nad vozilom, sletio sa ceste i udario u zaštitnu ogradu i stub. Pri tome je pretrpio materijalnu štetu na vozilu te tužbom traži da mu tu štetu solidarno naknade prvotuženi i drugotuženi.

Prvostepeni sud je svojom odlukom tužbeni zahtjev tužitelja za naknadu materijalne štete zbog uništenog vozila u odnosu na prvotuženog odbio smatrajući da je za konkretnu štetu odgovorna drugotužena primjenom odredbi tada važećeg Zakona o putevima ("Službeni list SRBiH", broj 10/90, te "Službeni list RBiH", broj 21/92, 13/94 i 33/95), te je drugotuženu Direkciju cesta FBiH obavezao da tužitelju naknadi kompletnu štetu u iznosu od 36.052,48 KM sa kamatama i troškovima spora.

Drugostepeni sud, međutim, prvostepenu presudu preinačava i na naknadu štete u istom iznosu obavezuje prvotuženog pozivom na odredbe člana 18. Uredbe o cestama HZHB koja je na području gdje se šteta desila bila na snazi od travnja 1993. godine ("Narodni list HZHB", broj 8/93 i 18/94).

Ovaj sud nalazi da drugostepeni sud, donoseći pobijanu presudu, nije pogrešno primijenio materijalno pravo, kako to neosnovano smatra revizija prvotuženog, i to zbog sljedećeg:

Tačna je reviziona tvrdnja prvotuženog da je odredbom člana 60. stav 1. Zakona o putevima predviđeno da Direkcija puteva FBiH odgovara za štetu korisnicima koja nastane zbog neizvršenja potrebnih radova i mjera u održavanju i zaštiti puteva. Međutim, nije tačna reviziona tvrdnja da tužitelj svoj tužbeni zahtjev nije mogao usmjeriti i prema prvotuženom i to pozivom na odredbe Ugovora o zimskom održavanju magistralnih cesta u Federaciji BiH koji je prvotuženi kao izvođač radova dana 14.11.2001. godine zaključio sa drugotuženom kao naručiocem. Radovi na koje se prvotuženi tim ugovorom obavezao nabrojani su u članu 3. ugovora, a između ostalih, to je i obaveza spriječavanja klizavosti zbog poledice te nabavka, preuzimanje i deponovanje abrazivnog materijala i soli za posipanje. U članu 10. tog ugovora predviđeno je da nastale štete prouzrokovane neispunjenjem tog ugovora od strane izvođača radova padaju na teret izvođača, bez obzira da li se radi o direktnim ili indirektnim štetama za naručioca ili trećeg lica. Dakle, prvotuženi je potpisivanjem tog ugovora pristao da i sam odgovara za štetu trećim licima nastalu neizvršenjem radova iz ugovora. Sem toga, u vrijeme štetnog događaja na području gdje se šteta desila važila je Uredba o cestama HZHB iz 1993. godine, pa je prvotuženi tužitelju odgovoran za nastalu štetu i po odredbi člana 18. stav 1. te Uredbe sve da nije potpisao ugovor od 14.01.2001. godine.

Odredbe ove Uredbe nisu u suprotnosti sa odredbama Zakona o putevima iz 1990. godine, jer taj zakon na naknadu štete zbog neodržavanja magistralnih cesta obavezuje Direkciju cesta FBiH, a Uredba o cestama HZHB - Javno preduzeće "Ceste HZHB" (čiji je sljednik prvotuženi). Stoga je tužitelj mogao birati koga će od ova dva pravna lica tužiti za štetu, a mogao je tužiti i oba, jer u članu 72. Uredbe o cestama stoji da se primjenjuju i zakoni i drugi propisi RBiH koji se odnose na oblast cestovnog prometa, a nisu u suprotnosti sa tom Uredbom.

Neosnovani su revizioni prigovori da se u konkretnom slučaju nisu mogle primijeniti odredbe Uredbe o cestama, jer prema odredbi člana 5. stav 1. poglavlja IX Ustava Federacije BiH, koji je stupio na snagu 30.03.1994. godine, svi zakoni i drugi propisi koji su na snazi u Federaciji na dan stupanja na snagu tog ustava ostaće na snazi u mjeri u kojoj nisu u suprotnosti sa tim ustavom dok nadležni organi vlasti ne odluče drukčije. Uredba o cestama nije proglašavana neustavnom, a organi

vlasti su odlučili da je stave van snage tek stupanjem na snagu novog Zakona o cestama Federacije BiH dana 22.02.2002. godine kad je u članu 108. stav 1. tog zakona propisano da danom stupanja na snagu tog zakona na teritoriji Federacije prestaje primjena zakona i drugih propisa iz oblasti cesta, koji su se primjenjivali na teritoriji Federacije do dana stupanja na snagu tog zakona.

Stoga činjenica što su tuženi ugovor o zimskom održavanju magistralnih cesta zaključili pozivom na član 59. Zakona o putevima ne znači da se na konkretan slučaj nisu mogle primijeniti i odredbe Uredbe o cestama, jer je u vrijeme štetnog događaja na području gdje se udes desio Uredba važila.

Dakle, prvotuženi je, uz Direkciju cesta FBiH koja je za štetu odgovorna po odredbi člana 60. stav 1. Zakona o putevima, i sam odgovoran tužitelju, ali po drugom osnovu - članu 18. stav 1. Uredbe o cestama HZHB te odredbi člana 10. ugovora o održavanju magistralnih cesta koji je zaključio sa drugotuženom. No, kako je drugostepenom odlukom tužbeni zahtjev tužitelja u odnosu na drugotuženu Direkciju cesta odbijen, a tužitelj je od svoje revizije na tu presudu odustao, to se zakonitost pobijane odluke u odbijajućem dijelu u odnosu na drugotuženu nije mogla cijeniti na osnovu revizije prvotuženog.

Konačno, ne mogu se prihvatiti ni revizioni prigovori prvotuženog da je tužitelj sam odgovoran za nastalu mu štetu (član 192. Zakona o obligacionim odnosima) jer da nije blagovremeno reagirao na upravljački mehanizam vozila i nije koristio pogodnosti ABS uređaja. Odgovor zašto ovaj revizionni prigovor nije osnovan dali su već nižestepeni sudovi - prvostepeni sud na strani petoj svoje odluke, a drugostepeni sud na strani drugoj pobijane odluke. Ovaj sud prihvata zaključke nižestepenih sudova da je iznenadna i nepredviđena pojava leda na do tog mjesta suhom kolniku neposredni i isključivi uzrok nastanka prometne nezgode dana 12.01.2002. godine.

(Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 070-O-Rev-06-000659 od 10. 07. 2007. godine)

Član 568. Zakona o obligacionim odnosima

Član 34. stav 1. i 2., 35., 36. i 37. Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija

Pismena opomena zakupodavca zbog neplaćanja ugovorene zakupnine kojom se traži od zakupoprimca i predaja u posjed poslovnog prostora ima karakter izjave o odustanku od ugovora.

Iz obrazloženja:

Zbog neizvršenja obaveze iz ugovora, neplaćanja ugovorene zakupnine, tužitelj je prvotuženom dana 2.9.2003. godine poslao opomenu kojom od njega traži predaju u posjed predmetnog poslovnog prostora.

Smatrajući navedenu opomenu izjavom o odustanku, nižestepeni sudovi pravilno zaključuju da je do prestanka ugovora o zakupu poslovnih prostorija došlo na osnovu odustanka zakupodavca od ugovora o zakupu poslovnih prostorija jer zakupac nije platio dospelu zakupninu, a kako je propisano članom 34. stav 1. tačka 2., članom 35, 36. i 37. Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija.

Navedena opomena zakupodavca se može tumačiti i otkazom ugovora o zakupu u smislu odredbi člana 26., 27. i 28. Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija jer je do donošenja presude istekao i otkazni rok od šest mjeseci određen članom 28. navedenog zakona.

Neovisno od toga na koji od načina predviđenih zakonom je došlo do prestanka ugovora o zakupu poslovnih prostorija (sud nije vezan za pravni osnov tužbenog zahtjeva - član 53. stav 3. Zakona o parničnom postupku), nižestepeni sudovi su pravilno odlučili kada su polazeći od navedenih činjeničnih utvrđenja udovoljili tužbenom zahtjevu tužitelja.

(Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 070-O-Rev-06-000654 od 19. 06. 2007. godine)

Član 209. i 229. stav 1. tačka 3. Zakona o parničnom postupku

Drugostepeni sud je počinio povredu odredaba parničnog postupka kad je na sjednici vijeća, bez otvaranja rasprave, izvršio drugačiju ocjenu dokaza - saslušanja svjedoka, te tužitelja kao par-

nične stranke.

Iz obrazloženja:

Iz obrazloženja prvostepene presude slijedi da sud utvrđuje da je tužitelj povređen padom sa konja koji je uzrokovan susretom sa medvjedom na utvrđenom uzgojnom području u šumi M. - I. "K.". Okolnosti povređivanja i nastanka štete prvostepeni sud utvrđuje na osnovu iskaza tužitelja i svjedoka A. Š. i D. Š. koje je tužitelj sreo neposredno nakon povređivanja i štetnog događaja i kojima je ispričao kako je povređen, koji svjedoci su potvrdili njegov iskaz, te na osnovu mišljenja vještaka veterinara koji se izjasnio o reakcijama konja tužitelja. Na utvrđeno činjenično stanje prvostepeni sud je pravilno primijenio odredbe člana 58. stav 2. Zakona o lovstvu ("Službeni list SR BiH", broj 7/77 i 30/90) kada je obavezao tužene da tužitelju naknade štetu zbog pretrpljenih fizičkih bolova, straha i umanjenja životne aktivnosti u ukupnom iznosu 8.500,00 KM.

Po žalbi tuženog drugostepeni sud je prvostepenu presudu preinačio i tužbu odbio.

Po ocjeni drugostepenog suda izvedenim dokazima tužitelj nije dokazao da je do nezgode i štete došlo na način kako tvrdi, odnosno da tužitelj nije dokazao uzročno-posljedičnu vezu između štetne radnje i nastale štete. Drugostepeni sud zaključuje da tužitelj ničim nije dokazao da je jašući na konju kroz šumu ugledao medvjeda, da se konj uplašio medvjeda i da je zbog toga prilikom pada sa konja zadobio teške tjelesne povrede zbog kojih potražuje naknadu nematerijalne štete od tuženih.

Iz navedenog obrazloženja drugostepenog suda slijedi da drugostepeni sud ne prihvata iskaz tužitelja i saslušanih svjedoka, da vrši drugačiju ocjenu dokaza. S obzirom da je pobijanu odluku drugostepeni sud donio u sjednici vijeća, a ne na osnovu održane rasprave, drugostepeni sud nije mogao drugačijom ocjenom iskaza parnične stranke i svjedoka utvrditi drugačije činjenično stanje nego što je utvrdio prvostepeni sud. Na taj način drugostepeni sud je povrijedio odredbu člana 229. stav 1. tačka 3. Zakona o parničnom postupku kojom je propisano da će drugostepeni sud na osnovu održane rasprave preinačiti prvostepenu presudu ako na osnovu novih dokaza ili ponovnog izvođenja već izvedenih dokaza utvrditi drugačije činjenično stanje nego što je ono u prvostepenoj presudi. Tačkom 2. stava 1. člana 229. Zakona o parničnom postupku propisano je ovlaštenje drugostepenog suda da preinači prvostepenu presudu ako u sjednici vijeća nađe da je prvostepeni sud pogrešno ocijenio isprave i posredno izvedene dokaze. Uslov za primjenu ove odredbe je da prvostepeni sud nije neposredno izvodio niti jedan drugi dokaz sem čitanje isprava i zapisnika o posredno izvedenim dokazima, a što u konkretnom predmetu nije slučaj, jer je drugostepeni sud drugačijom ocjenom neposredno izvedenih dokaza utvrdio drugačije činjenično stanje odnosno izveo zaključak da tužitelj nije dokazao činjenični osnov nastanka štete od medvjeda.

(Presuda Vrhovnog suda FBiH broj 070-O-Rev-06-001064 od 23. 08. 2007. godine)

Prenos trajnog prava korišćenja građevinske parcele na kojoj je izgrađen građevinski objekat sa više suvlasnika – način i obim prenosa i upis prava u zemljišnu knjigu.

Član 18. stav 1. i 3. ranije važećeg Zakona o građevinskom zemljištu u društvenoj svojini ("Službeni list SRBiH", br. 13/74)

Član 40. stav 1. i član 42. stav 1. Zakona o građevinskom zemljištu ("Službeni list SRBiH", br. 34/86, 1/90, 25/90, te ("Službeni glasnik RS, br. 29/94 i 23/98).

Iz obrazloženja:

Kada na građevinskom zemljištu u društvenoj (državnoj) svojini postoje građevinski objekti sa više suvlasnika, pravo korišćenja zemljišta koje služi redovnoj upotrebi tih objekata ne može se izražavati u idealnim dijelovima obzirom na veličinu idealnog dijela na objektima, jer je to pravo zajedničko i nedjeljivo. Trajno pravo korišćenja zemljišta vezano je uz pravo vlasništva na zgradi (ovdje na porodičnoj kući i štali) koja je na njemu izgrađena i dijeli sudbinu tog vlasništva. Prenosom prava vlasništva u zemljišnoj knjizi na zgradi koja je izgrađena na građevinskom zemljištu u društvenoj (državnoj) svojini prenosi se i trajno pravo korišćenja građevinske parcele, bez posebnog upisa u

toj knjizi član 11. stav 1. i 3. Zakona o građevinskom zemljištu u društvenoj svojini – “Službeni list SRBiH”, br. 13/74 koji je bio na snazi u vrijeme izvršene diobe, a sada član 40. stav 1. i član 42. stav 1. Zakona o građevinskom zemljištu “Službeni list SRBiH”, br. 34/86, 1/90, 25/90, te “Službeni glasnik RS, br. 29/94 i 23/98). Ono se u zemljišnoj knjizi ne upisuje na određenog vlasnika zgrade, već na neodređenog odnosno svakog vlasnika zgrade, tako da se na svako lice koje upisom u zemljištu knjigu postane vlasnik zgrade, automatski prenosi i upis trajnog prava korišćenja zemljišta pod zgradom i koje služi njezinom normalnoj upotrebi.

Vrhovni sud Republike Srpske, Rev-177/2000 od 23.03.2001. godine

Sticanje bez osnova – pravo na naknadu za rad u kući i na imanju trećeg lica – pravne pretpostavke za ostvarenje tog prava

Član 210. Zakona o obligacionim odnosima.

Kada neko lice obavlja rad u kući i na imanju trećeg lica sa kojim nije sklopljena ni izričito ni inače pogodba o radu za platu – onda to lice ne može iz najamnog odnosa potraživati naknadu za takav rad. U ovakvom slučaju to lice ima pravo da u skladu sa odredbom iz člana 210. Zoo potražuje naknadu onog novčanog iznosa za koji se druga strana neosnovano obogatila njegovim radom. Mogućnost postavljanja ovakvog materijalnog zahtjeva postoji pod pretpostavkom da je višak vrijednosti takvog rada koristio drugoj stranci u jednom od ova dva pravca: 1. U pravcu uvećanja imovine druge stranke i 2. Ako uvećanja ima – u pravcu očuvanja imovine druge stranke.

Iz obrazloženja:

U ovoj parnici tužioc traži da mu tuženi naknadi iznols koristi kojim se tuženi obogatio njegovim radom ulozenim u imovinu tuženog.

Činjenično stanje, kako ga je uzeo utvrđenim prvostepeni sud, a prihvatio i drugostepeni sud, jeste slijedeće: tužioc je od 1980. godine pa do 1989. godine, kada je otišao na odsluženje vojnog roka, a iza toga u Vojsku Republike Srpske, živio sa tuženim koji mu je stric, i za ovo vrijeme je pohađao školu, a i istovremeno “obavljao sitnije poslove” na imanju tuženog. Za ovo vrijeme tužioc se hranio, odijevao i povremeno stanovao u kući tuženog. Tužioc nije učestvovao u izgradnji bilo kakvih građevinskih objekata u korist tuženog. Između stranaka nije postignut ni izričito ni inače bilo kakav sporazum o radu uz naknadu. Na osnovu ovakvog činjeničnog stanja, a imajući u vidu rodbinske odnose između stranaka, nižestepeni sudovi su zaključili da tužiocu ne pripada naknada iz najamnog odnosa, niti iz drugog osnova – sticanje bez osnova, da je tužioc za svoj rad na imanju tuženog dobio adekvatnu naknadu u besplatnoj ishrani, odijevanju, pomoći u školovanju i drugoj pomoći od strane tuženog i da ovakav njegov rad nije doveo do uvećanja imovine tuženog, te da je time isključen njegov reparacioni zahtjev po bilo kome pravnom osnovu, pogotovo što je tužioc, s obzirom na njegove rodbinske odnose sa tuženim u okolnostima konkretnog slučaja izvršavao moralne dužnosti za koje mu u smislu člana 213. Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO) ne pripada naknada za takav rad, pa su sudili tako što su odbili tužbeni zahtjev.

Ovo su u bitnom razlozi nižestepenih presuda.

Presude nižestepenih sudova nije moguće sa sigurnošću ispitati u pogledu pravilnosti i zakonitosti njenih odluka.

Prema činjeničnom stanju, utvrđenom u nižestepenim presudama, kako ga prikazuju i obje strane, među njima nije sklopljena ni izričito ni inače pogodba o radu za platu, pa tužioc ne može iz najamnog odnosa potraživati naknadu za rad u kući i na imanju tuženog, kako to ispravno uzimaju nižestepeni sudovi. Tužioc ima pravo, u skladu sa odredbom iz člana 210. Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO), na naknadu onog iznosa za koji se tuženi neosnovano obogatio njegovim radom.

U konkretnom sporu odlučno je bilo utvrditi ne samo vrijednost tužiteljevog rada u kući i na imanju tuženog i vrijednost koristi koju je on dobijao, nego i utvrditi da li je i u čemu imovina tuženog uvećana odnosno ako uvećanja nema da li je i u čemu imovina tuženog očuvana – šta je to što

bi tuženi izgubio da je izostao tužiteljev rad. Činjenica da je tužioc radio u kući i na imanju tuženog i da je postojao višak vrijednosti tužiočevog rada u odnosu na koristi koje je on time dobijao u vidu ishrane, odijevanja i druge slične koristi, sama za sebe, ne može da opravda tužiočev pravni zahtjev iz sticanja bez osnova. Mogućnost postavljanja ovakvog materijalnog zahtjeva postojala bi samo pod pretpostavkom da je višak vrijednosti tužiočevog rada koristio tuženom u jednom od ova dva iznijeta pravca. Sama činjenica da su stranke u rodbinskom odnosu ne isključuju mogućnost postavljanja zahtjeva prema tuženom pod pretpostavkom da se tuženi tužiočevim radom obogatio, ali to obogaćenje treba da postoji i treba da se u postupku utvrdi. U konkretnom slučaju, naime, tužioc, nije po ocjeni Vrhovnog suda, izvršavao prema tuženom neku moralnu dužnost koja je na njemu ležala kao posljedica nekog moralnog pravila, pogotovu ako je opstojana tvrdnja tužioca, koju nižestepeni sudovi nisu uzeli u obzir, da je sve poslove u kući i na imanju tuženog obavljao u očekivanju da će mu tuženi, jer da je tako obećao, prenijeti u svojinu određene nepokretnosti, a pokazalo se da to obećanje nije ispunjeno. Zato nije bilo mjesta odbijanju tužbenog zahtjeva pozivom na odredbu iz člana 213. ZOO.

Prema tome, za rješenje stvari je od bitnog značaja bilo potrebno uzeti u obzir odnos u cjelini i ispitati odnose stranaka ne samo u pravcu uvećanja, nego i u pravcu održavanja imovine tuženog. Za razjašnjenje ovog pitanja u stvari u cjelini, bilo je potrebno utvrditi pod kakvim sve okolnostima je tuženi prihvatio tužioca u svoju kuću i da li mu je obećao prenijeti u svojinu dio svoje imovine, te uslijed čega je došlo do prekida odnosa među strankama, zatim utvrditi koliki je bio posjed tuženog, koliki je bio obim poslova na njegovom imanju, ko je sve te poslove i u kom obimu obavljao i da li je tuženi, da nije bilo tužiočevog rada morao angažovati tuđu radnu snagu. Dok se u ovom pravcu stanje stvari ne raščisti ne može se sa sigurnošću suditi da li je zakonita izreka drugostepene i prvostepene presude. Nižestepeni sudovi nisu ovako posmatrali stvar i nižestepene presude ne sadrže potrebno obrazloženje iz kojega bi se moglo vidjeti da tužiocu ne pripada pravo da u odnosu na tuženog ističe pravni zahtjev iz sticanja bez osnova predviđen odredbom iz člana 210. ZOO. Nedostatak nižestepenih presuda u ovom pravcu predstavlja bitnu povredu odredaba parničnog postupka označenu u članu 354. stav 2. tačka 13. Zakona o parničnom postupku (dalje: ZPP) na koju revizija osnovano ukazuje i koja predstavlja dovoljan razlog da se obje nižestepene presude ukinu i predmet vrati prvostepenom sudu na ponovno suđenje (član 394. stav 1. ZPP).

U ponovljenom postupku prvostepeni sud će otkloniti nedostatke na koje je ukazao ovaj sud, te nakon toga prema konačnom rezultatu rasprave, donijeti odgovarajuću odluku.

Vrhovni sud Republike Srpske, Rev-172/2001

Povreda nužnog nasljednog dijela – redukcija ugovora o poklonu zbog povrede nužnog dijela – vraćanje poklona od poklonoprimčevog univerzalnog nasljednika.

Član 29. stav 1., 30., 37., 38. i 41. Zakona o nasljeđivanju.

Kad je poklonom u cjelini povrijeđen nužni nasljedni dio – nužni nasljednik može u smislu člana 37. Zakona o nasljeđivanju (dalje: zn) tražiti vraćanje poklona i od poklonoprimčevog univerzalnog nasljednika bez obzira što je poklonoprimac umro prije ostavioca (poklonodavca), bez obzira što nije in concreto, zbog svoje smrti prije ostavioca, pozvan na naslijeđe.

Iz obrazloženja:

U ovoj parnici tužitelji traže da se izvrši redukcija ugovora o poklonu zbog povrede njihovog nužnog nasljednog dijela na zaostavštini njihovog oca pok. N.G.

Utvrđujući da je sada pok. N.G. (dalje: ostavitelj) na osnovu ugovora o poklonu ovjerenim kod Osnovnog suda u B. pod poslovnim brojem Ov-2028/84 od 26.6.1998. godine sporne nekretnine poklonio svojoj supruzi iz drugog braka N.G. (majci tuženih), da su ove nekretnine, kao ostavinsku movinu njihove majke koja je umrla prije ostavitelja, naslijedile tužene, svaka sa po 1/2 dijela, da je ostavitelja na osnovu ugovora o poklonima ovjerenim od Osnovnog suda u B. pod poslovnim brojevima Ov-299/98 od 25.7.1980. godine i Ov-301/80 od 25.7.1980. godine poklonio svome sinu

sada pok. N.D. i svojoj kćeri – prvotuzenoj određene nekretnine, da je navedenim raspolaganjima ostavitelj rasporedio cijelu svoju zaostavštinu, zbog čega je ostavinski sud rješenjem O-516/96 od 28.2.1997. godine odlučio da se ne raspravlja zaostavština, da su tužitelji, jednako kao i tužene, nužni nasljednici, jer su svi djeca ostavitelja, da ostavitelj za života nije ništa dao tužiteljima na ime njihovog nasljednog dijela, niti im na bilo koji drugi način (testamentom, legatom) ostavio individualno određene ostavinske predmete – prvostepeni sud je zaključio da je tužiteljima navedenim raspolaganjem u cjelini povrijeđen nužni dio, i to svakom od po 1/10 dijela, i da se poklon koga je ostavitelj učinio majci tuženih ima smanjiti radi namirenja nužnog dijela tužitelja, te pozivom na odredbe iz člana 28. stav 1. i 29. stav 2. i 41. Zakona o nasljeđivanju – prečišćen tekst ("Službeni list SRBiH", br. 7/80 - dalje: ZN) sudio tako što je usvojio tužbeni zahtjev.

Okrugni sud je djelimično uvažio žalbu tuženih, preinačio prvostepenu presudu i tužbeni zahtjev odbio. Drugostepeni sud se složio sa činjeničnim stanjem koje je našao prvostepeni sud, međutim, smatra da je prvostepeni sud pogrešno primijenio omaterijalno pravo jer da se "prema stanovištu sudske prakse u postupku utvrđivanja vrijednosti ostavine radi izračunavanja nužnog dijela u račun ne uzima poklon koji je ostavilac prije nastupanja posljednje godine života dao licu koje nije pozvano na naslijeđe iako to lice spada u krug zakonskih nasljednika prema članu 9. ZN". Kako je ostavilac na osnovu ugovora, čiju redukciju traže tužitelji, sporne nekretnine poklonio svojoj supruzi iz drugog braka, a majci tuženih, prije nastupanja posljednje godine svoga života i kako ona nije mogla biti pozvana na naslijeđe, jer je umrla prije ostavioca, drugostepeni sud smatra da ne postoje uslovi da se vrijednost poklona učinjenog majci tuženih "doda vrijednosti zaostavštine ostavioca G.", pa je sudio tako što je odbio tužbeni zahtjev tužioca da se izvrši redukcija navedenog ugovora o poklonu radi povrede njihovog nužnog nasljednog dijela.

Stanovište drugostepenog suda nije pravilno.

Svrha je ustanove nužnog dijela da spriječi da ostavitelj zavještanjem ili besteretnim zaživotnim raspolaganjem ugrozi materijalni položaj njemu najbližih lica, nužnih nasljednika. to je razlog zašto je zakonodavac u članu 29. stav 1. ZN, koji se analogno primjenjuje u ovom sporu u skladu sa odredbom člana 12. Ustavnog Zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske ("Službeni glasnik RS, br. 21/92) odredio da nužni nasljednici imaju pravo na dio zaostavštine kojim ostavilac ne može raspolagati i koji se naziva nužni dio. Pravo na nužni dio je nasljedno pravo (član 30. ZN), a nužni nasljednik je nasljednik u pravom smislu. On je univerzalni sukcesor i u pravilu mu pripada alikvotni dio zaostavštine koji odgovara njegovom nužnom dijelu. Za sticanje prava na nužni dio potrebno je da nužni nasljednik preživi ostavioca (član 133. ZN) i da je dostojan za nasljeđivanje (član 129. ZN). Nužni nasljednik nema pravo na nužni dio ako je opravdano isključen iz naslijeđa (član 45. ZN) ili ako se za života odrekao nasljedstva, kada je takvo odricanje po zakonu dopušteno (član 138. ZN).

U konkretnom slučaju je nesporno: da su tužitelji i tuženi, kao djeca ostavioca, nužni nasljednici, a pored njih još i unuk ostavioca N.M., od ranije preminulog sina D. (član 28. ZN), da je tužiteljima u cjelini povrijeđen nužni dio jer im nije pripala nikakva vrijednost ni iz zaostavštine, ni od ostaviočevih poklona, da tužitelji nisu isključeni iz naslijeđa i da se nisu odrekli nasljedstva. U žalbi protiv prvostepene presude tužene su istakle prigovor da su tužitelji nedostojni za nasljeđivanje, jer da su se teže ogriješili o obavezi izdržavanja prema ostaviocu. Takođe je nesporno da je ostavilac za života rasporedio cijelu zaostavštinu na osnovu tri ugovora o poklonu koji su ovjereni kod Osnovnog suda u B. pod poslovnim brojevima Ov-299/80 i Ov-301/80, oba od 25.7.1980. godine, te Ov-2028/84 od 25.6.1998. godine, učinjeni sada pok. sinu D., prvotuzenoj i bračnom drugu G. – majci tuženih. I konačno je nesporno da su nekretnine koje je ostavilac poklonio bračnom drugu G. po osnovu ugovora ovjerenim pod poslovnim brojem Ov-2028/84 od 25.6.1984. godine, čija se redukcija traži, naslijedile njene kćeri – tužene, svaka sa po 1/2 dijela.

Prema tome ostavilac je u konkretnom slučaju besplatnim raspolaganjem inter vivos u cjelini povrijedio nužni nasljedni dio tužitelja, jer je raspolagao i sa dijelom imovine sa kojom nije mogao

raspolagati, uslijed čega tužitelji, pod uslovom da su dostojni za nasljeđivanje, imaju pravo da u cjelini zahtijevaju vrijednost svojih nužnih nasljednih dijelova. Kako je ostavilac rasporedio cijelu zaostavštinu odnosno obračunsku vrijednost zaostavštine poklonima to se onda ne primjenjuje pravilo sadržano u članu 31. ZN prema kome se utvrđuje obračunska vrijednost zaostavštine tj. ona vrijednost koja služi kao osnovica za izračunavanje vrijednosti nužnog dijela svakog pojedinog nasljednika, a samim tim i za utvrđivanje ukupnog nužnog raspoloživog dijela nego se odmah pristupa izračuna vanju i utvrđenju da li je i za koliko nekom nužnom nasljedniku povrijeđen nužni dio.

Ovdje je poklon, čija se redukcija traži, učinjen pred smrt ostavioca i to licu koje je u vrijeme učinjenog poklona imalo kvalifikaciju zakonskog nasljednika in abstracto, a tužene su zakonski nasljednici poklonodavca, jednako kao i tužitelji. Ovim poklonom tužitelji⁸ma je u cjelini povrijeđen nužni nasljedni dio uslijed čega mogu u smislu člana 37. ZN tražiti vraćanje poklona i od poklonoprimčevog univerzalnog nasljednika (ovdje od tuženih) bez obzira što je poklonoprimac (ovdje majka tuženih) umro prije ostavioca, odnosno što nije in concreto, zbog s voje smrti prije ostavioca, pozvan na naslijeđe. Svako drugačije rezonovanje vodilo bi izigravanju nužnog dijela i prava na nužni dio. U pitanju je, naime, imperativna zakonska odredba po osnovu koje se u vezi sa ranije navedenim zakonskim propisima ostvaruje pravo na nužni dio koji pripada nužnim nasljednicima i sa kojim ostavilac ne može raspolagati na bilo koji način, jer je on garantovan nužnom nasljedniku (član 29. stav 1. ZN).

Kad je povrijeđen nužni dio, prvo se smanjuju raspolaganja testamentom, pa ukoliko nužni dio time ne bi bio namiren, vraćaju se pokloni (član 38. ZN). U konkretnom slučaju, kao što je rečeno, nužni dio tužitelja povrijeđen je u cijelosti besplatnim raspolaganjem ostavioca – poklonom. U ovakvoj situaciji ZN je u članu 41. odradio vraćanje poklona radi namirenja nužnog dijela (tzv. restitucija). Prvo se vraća poklon učinjen neposredno pred smrt ostavioca, a zatim ostali idući redom ka onom koji je najprije poklonjen. Restitucijom proces se zaustavlja na onom poklonu čija je vrijednost konačno dovoljna da se nužni dio u potpunosti namiri, a ako je više lica istovremeno primilo poklone, oni se vraćaju srazmjerno njihovoj vrijednosti (stav 2. član 41. ZN).

Drugo je, međutim, pitanje da li su se tužioci koji traže da se izvrši redukcija predmetnog ugovora o poklonu zbog povrede nužnog dijela teže ogriješili o obaveze izdržavanja ostavioca, što su tvrdili tuženi u žalbi protiv prvostepene presude odnosno da li su tužitelji dostojni za nasljeđivanje. Drugostepenii sud zbog pogrešnog pravnog stava da tužiteljima ne pripada pravo da zahtijevaju redukciju ugovora o poklonu nisu ocijenili ovaj žalbeni prigovor iako je od odlučnog značaja za odluku o sporu.

Vrhovni sud Republike Srpske, Rev-75/2001 od 20.11.2001. godine



ISSN 2232-9668



9 772232 966003